

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
УЖГОРОДСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
Науково-дослідний інститут порівняльного публічного права
та міжнародного права
Юридичний факультет

ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕКОНОМІЧНИХ ІНСТИТУЦІЙ

Навчальний посібник

За редакцією проф. Михайла Савчина

Ужгород – 2021

СПИСОК СКОРОЧЕНЬ

ГК	Господарський кодекс України
ГПК	Господарський процесуальний кодекс України
ДФЕС	Договір про функціонування ЄС
ЕКПЛ	Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
ЄС	Європейський Союз
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
КАС	Кодекс адміністративного судочинства України
КК	Кримінальний кодекс України
МВФ	Міжнародний валютний фонд
СОТ	Світова організація торгівлі
Угода про асоціацію	Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони
ЦК	Цивільний кодекс України
ЦПК	Цивільний процесуальний кодекс України

СПИСОК СУДОВИХ РІШЕНЬ

Рішення зарубіжних конституційних та верховних судів

1. BVerfGE 7, 377, 438–42 (*Apotheken-Urteil*).
2. BVerfGE, 2 BvR 859/15)
3. BVerfGE, 1 BvR 276/17 and 1 BvR 16/13, Entscheidungen von 6 November 2019.
4. BVerfGE, 2 BvR 859/15.
5. BVerfGE, 71, 183 (191).
6. *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791.
7. *Coppage v Kansas* 236 US 1, 22 (1914).
8. *Mantouvalou, V.* (2010, April 12). The Case for Social Rights.
9. *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934)
10. *R (on the application of Mahmood) v Secretary of State for the Home Department* [2001] 1 WLR 840 (EWCA)*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
11. *R v Secretary of State for Defence, ex parte Smith and Grady* [1996] QB 517, 547
12. *Ukraine v The Law Debenture Trust Corporation Plc* (Rev 1) [2018] EWCA Civ 2026 (14 September 2018), [2019] QB 1121, [2018] EWCA Civ 2026, [2019] 2 WLR 655, [2018] WLR(D) 583.
13. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)

Рішення ЄСПЛ

1. *Béla Né Nagy v. Hungary* [GC], no. 53080/13, 13 December 2016
2. *Bensaid v. the United Kingdom*, app. № 44599/98, ECHR 2001-I
3. *Burghartz v. Switzerland*, Judgment on 22 February 1994 p., Series A no. 280-B
4. *D. v. the United Kingdom*, 2 May 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III.
5. *Draon v. France* [GC], no. 1513/03, 6 October 2005.
6. *Dubetska and Others v. Ukraine*, no. 30499/03, 10 February 2011.
7. *Ekoglasnost v. Bulgaria*, no. 30386/05, 6 November 2012.

8. *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands*, 23 February 1995, Series A no. 306-B.
9. *Hatton and Others v. the United Kingdom*, no. 36022/97, 2 October 2001
10. *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 58, ECHR 1999-II.
11. *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, Series A no. 98.
12. *Kopecký v. Slovakia*, no. 44912/98, § 35, 7 January 2003.
13. *M.M. v. the United Kingdom*, app. № 24029/07.
14. *Marie Izabella Zamoyski-Brisson v Poland and 3 other applications*, no. 19875/13, 12 September 2017.
15. *Marzari v. Italy*, no. 36448/97, ECHR 1999.
16. *Megadat.com SRL v. Moldova*, no. 21151/04, ECHR 2008.
17. *Peck v. the United Kingdom*, app. №44647/98, ECHR 2003-I
18. *Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland*, 29 November 1991, Series A no. 222.
19. *Powell v. the United Kingdom*, no. 45305/99, ECHR 2000-V.
20. *Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany* [GC], no. 42527/98, ECHR 2001-VIII.
21. *Radomilja and Others v. Croatia* [GC], nos. 37685/10 and 22768/12, 20 March 2018.
22. *Rasmussen v. Poland*, no. 38886/05, 28 April 2009.
23. *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, ECHR 2011.
24. *Sargsyan v. Azerbaijan* [GC], no. 40167/06, ECHR 2015.
25. *Sciacca v. Italy*, app. № 50774/99, ECHR 2005-I
26. *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No. 48553/99, 27 July 2002.
27. *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, 23 September 1982
28. *Ukraine v Russia (Re Crimea)*, App. nos. 20958/14 and 38334/18 [GC] 21 January 2012.
29. *Ünal Tekeli v. Turkey*, заява № 29865/96, параграф 42, ECHR 2004-X (витяги)
30. *Valkov and Others v. Bulgaria*, nos. 2033/04 and 8 others, 25 October 2011.
31. *Van der Mussele v. Belgium*, 23 November 1983, Series A no. 70.
32. *Van Marle and Others v. the Netherlands*, 26 June 1986, Series A no. 101.
33. *Wallová and Walla v. the Czech Republic*, no. 23848/04, 26 October 2006.

34. *Winterstein and Others v. France*, no. 27013/07, 17 October 2013.
35. *Z. v. Finland*, 25 лютого 1997 р., *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I
36. Зеленчук і Цицюра проти України, заяви №№ 846/16 та 1075/16, від 22 серпня 2018.

Рішення Конституційного Суду України та Верховного Суду

1. Рішення КСУ № 2-рп/99.
2. Рішення КСУ № 2-рп/2000
3. Рішення КСУ № 29-рп/2009.
4. Рішення КСУ № 7-рп/2013 від 11.07.2013 р.
5. Рішення КСУ № 3-рп/2015.
6. Рішення КСУ № 5-р/2018 від 22 травня 2018 р.
7. Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 18 січня 2017 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень*, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/65537651>
8. Постанова [КГС ВС] від 17.01.2018 р. у справі № 908/184/16. *Єдиний державний реєстр судових рішень*, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71676338>
9. Постанова [КЦС ВС] від 30 січня 2018 р. у справі № 756/7489/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*, URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72073900>
10. Постанова [ВП ВС] від 13.03.2018 р. у справі № 914/881/17, *Єдиний державний реєстр судових рішень*, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72819699>
11. Постанова [КЦС ВС] від 18.04.2018 № 753/11000/14-ц URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/73500675>
12. Постанова [ВП ВС] від 3 квітня 2019 р. № 333/6020/16. *Єдиний державний реєстр судових рішень*, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81573936>
13. Постанова [КАС ВС] від 15.09.2020 № 635/7878/16-а *Єдиний державний реєстр судових рішень*, URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91538349>

ВСТУП

Українська економіка знаходиться на перехресті. Певною мірою така невизначеність, а з іншого боку — нові можливості, пов'язані із недовершеністю правового регулювання. Сучасні тенденції розвитку правової, економічної та політичної системи в Україні дозволяють цілком істотно змінити ціннісні орієнтири, що може мати вирішальне значення для правового регулювання економічної системи.

У світі цього у цьому посібнику викладено основні міркування щодо визначення оптимальної моделі правового регулювання економічної системи України в умовах глобалізації відповідно до критеріїв верховенства права, свободи, поваги людської гідності, інноваційного та сталого розвитку.

У посібнику обґрунтовуються засади соціетальної моделі національної економічної системи. В якості засад цієї моделі розглядаються сукупність юридичних засобів, заснованих на вільному розвитку індивіда, реальних гарантіях економічних свобод, функціонуванні засад вільної ринкової соціально орієнтованої економіки та збереженні довілля. Окрему увагу буде приділено дослідженню правового забезпечення інноваційного та сталого розвитку національної економіки в умовах процесів глобалізації. З точки зору європейської інтеграції та інших регіональних форм економічної співпраці буде розкрито основні напрями правового забезпечення інноваційного та сталого розвитку економічної системи України.

У посібнику розкрито основні моделі втручання держави в економічну систему, зокрема розкриваються тенденції до формування соціетальної моделі економічної системи. Окрему увагу приділено питанням ефективності правового регулювання та функціонування економічних інституцій, його особливостей у перехідних економіках.

У рубриці адміністративно-правових аспектів економічних інститутів висвітлено межі адміністративного втручання в економічні інституції та ефективності правового регулювання податкових відносин.

Посібник зачіпає приватно-правові аспекти економічних свобод, зокрема природи окремих свобод з точки зору їх самообмеження, права на приватність, ліцензійних договорів у сфері авторського права, економічних свобод у сімейному праві, особливостей юридичних осіб приватного права. У контексті розвитку комерційного права висвітлено особливості формування накопичувальної системи пенсійного страхування, розвитку цифрової економіки, інновацій у підприємницькій діяльності та свободи наукових досліджень, доктрини заборони суперечливої поведінки як засіб виявлення недобросовісності.

Завершується посібник характеристикою природу соціально-економічних прав та їх юридичного захисту, а також забезпечення засобами конституційної юстиції та у практиці Європейського суду з прав людини. Також розкривається проблематика захисту соціально-економічних прав з точки зору економічного аналізу права та його ціннісного виміру

Навчальний посібник рекомендовано для магістрів та аспірантів, які проводять дослідження у відповідних сферах юриспруденції, а також для фахівців, які спеціалізуються у сфері юриспруденції, економіки та соціології.

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

Розділ 1.

ОСНОВНІ МОДЕЛІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕКОНОМІЧНОЇ СИСТЕМИ

Вступ

На початку буде зроблено невеликий огляд основних моделей втручання держави у здійснення економічних свобод. В основі головних критеріїв їх буде розглянуто верховенство права, добре урядування та пропорційність. Хоча зазначені доктрини переважають між собою, однак вони мають цілком самостійну конотацію з огляду вирішення питання про демократичну легітимність формування правил і процедур в економічній сфері. У залежності від вибору моделі втручання держави в економічну систему можна судити про ступінь її відкритості, адаптивності та здатності адекватно реагувати на виклики, що призводять до процесу трансформації в економічних відносинах, їх правового регулювання та функціонування економічних інститутів. Як свідчить досвід подолання економічної рецесії 2008-2010 років та пандемії коронавірусу, збалансований підхід у механізмах ринкового саморегулювання та організаційної ролі держави, наддержавних інституцій та міжнародних організацій можуть сприяти формуванню соціетальної моделі економіки. Цей підхід поєднує у собі відносини ієрархії та координації, визнання держави правил, які сформовані економічними акторами та вирішальної ролі держави в алокації ресурсів, необхідних для вирішення непередбачуваних обставин та чинників, перед якими опинилася сучасна економіка.

1.1. Основні моделі втручання держави у економічні свободи та діяльність економічних інституцій

Теорія систем вказує на те, що у її структурі завжди є домінуючий елемент. Оскільки далі буде йти мова про втручання держави в діяльність

економічних інституцій, то зрозуміло, що тут йтиме мова про економічну систему. Держава як організована форма урядування політичної нації має безпосередній вплив на економічну систему. І тут стоїть питання, чи такий вплив є насправді вирішальним і якими чинниками цей вплив визначається. Далі стоїть питання: а чи є вчинення впливу державою на економічні процеси і явища смислом діяльності держави, її функцією, іншими словами — її самоціллю.

1.1.2. Природа та критерії типології економічних систем. Згідно із Толкотом Парсонсом, суспільство розвивається або забезпечує стабільність правил гри. У рамках соціуму, суспільства його підсистеми функціонують наступним чином: соціальна забезпечує координацію та інтеграцію зусиль щодо досягнення її цілей; культурна забезпечує відтворення певних соціальних моделей, паттернів; політична як особистісна підсистема реалізує цілепокладання суб'єкта через мотивацію та визначення цілей певного учасника; економічна визначає поведінкові взірці (за виразом Парсонса, організми) сприяють адаптації¹. Якщо ми це візьмемо за основу при дослідженні економічної системи відкритого або закритого типу, чи їх перехідні модифікації, то раціональність вибору та цілепокладання складно розглядати у рамках цілепокладання певного індивіда чи якогось інституту. Най би то і була навіть держава. Тому, як справедливо підкреслює Парсонс, інтегративним параметром цих підсистем є їх інституціоналізація через цінності, норми, колективи і ролі².

Звісно, ключовим чинником приведення у дію цих складників системи є легітимізація правил і процедур, в основі чого лежить узгодження інтересів та забезпечення їх реалізації у взаємодії. Тим самим, стоїть питання, яким чином можна виражати інтереси через свободу економічної діяльності, яка є основою економічної системи і за допомогою яких інституцій така свобода забезпечується. Звідси й виникає питання про межі економічної свободи у рамках забезпечення

¹ Парсонс Т. (1998) Система современных обществ (пер. с англ. Л.А. Седова и А.Д. Ковалева) Москва: Аспект Пресс 15-16

² Там само 16-17.

балансу інтересів у суспільстві. Власне кажучи, виправдання організації суспільства у державу і втручання держави в економічну діяльність обґрунтовується із міркувань балансування інтересів у гетерархічному суспільстві. Таким чином, стоїть питання про демократичну легітимацію економічних правил і процедур. Оскільки держава репрезентує політичну компоненту суспільства, у цьому процесі її роль не є вирішальною. Такі правила і процедури є результатом узгодження інтересів в економічній системі. Однак втручання держави може відіграти чи не вирішальну роль, чи економічна система буде відкритою чи закритою. Відкрита економічна система характеризується спонтанністю формування правил і процедур, оскільки такі базуються на свободі економічної діяльності. Натомість, замкнута економічна система стає закритою внаслідок (1) нав'язування правил і процедур певною домінуючою силою чи стратою в економічній системі або (2) коли такий вплив вчиняє держава, хоча знову ж таки держава буде здійснювати це в інтересах певної страти/групи. Останній тип економіки є розбалансований і рано чи пізно вона дезінтегрується і занепадає.

Ентоні Гідденс, розглядаючи соціальну систему як дуальну структуру, з притаманним їй функціоналізмом і структуралізмом у якості інтегративної її основи розглядав герменевтику як процес комунікації³. Нас це буде цікавити у контексті розуміння природи відкритих і закритих економічних систем, оскільки слід тут шукати джерело формулювання інститутів, правил і процедур, а також мотивації поведінки у силу обмеженості доступу до інформації на ринку. Далі Гідденс наголошує на тому, що якісною характеристикою влади є «здатність до перетворень»⁴. Якщо накласти концепт конституційної ідеографії, розробленої Раном Гіршлем, на правову систему (а для цього є цілком достатні підстави — конституційні принципи є основоположними принципами національного правопорядку), то дійсно вирішальним для цього процесу набуває демократична комунікація, за якому досягається легітимізація структури того, що прийнято вважати конституційною

³ Ентоні Гідденс (2005) *Устроение общества: Очерк теории структуризации*. Москва: Академический проект 38-41.

⁴ Там само 56.

економікою у сенсі Джеймса Бюкенена. Це є важливим положенням з точки зору інституційної спроможності держави щодо здійснення певних заходів в економічній сфері, зокрема економічних реформ. У цьому ключі Гідденс розглядає відповідальність і підзвітність через призму «інтерпретаційних схем і норм», основою чого є легітимація прав і обов'язків, норм і санкцій, які приводять у дію трансформаційний потенціал влади⁵.

На підтвердження і поглиблення позицій Парсонса та Гідденса Нілас Ліман говорить про аутопоєзис систем, тобто здатність формулювати та відтворювати правила, але цьому процесу має бути наданий певний смисл (зміст)⁶. При цьому Луман наголошує, що цей процес не завжди можна цілком верифікувати чи фальсифікувати за Карлом Поппером. З точки зору конституціоналізму і верховенства права смисл певних конструкцій полягає у визначенні мети, яка має відповідати критеріям демократичної легітимності та балансування інтересів у суспільстві. Якщо розглядати ці процеси через призму економічного аналізу права, то тут виникає дилема цінностей і мети діяльності суб'єктів економічної системи. Цю дилему Луман описує так⁷:

«Творення беззмислового можливе лише у тому випадку, коли ми утворюємо більше вузьке поняття осмисленого (наприклад, повсякденно-буденного або очікуваного), а потім відрізняємо від нього беззмислове. Аналогічно проходить і тоді, коли ми з більшою напругою намагаємось створити щось особливо «осмислене», а потім, можливо, починаємо відчувати беззмисловість всіх цих зусиль».

В економічній теорії виділяють функціональний, структурно-морфологічний, інформаційний та генетичний підхід у трактуванні сутності економічних систем. Виходячи із цього, економічну систему характеризують як «складну, фрактальну, гетерархічну цілісність підсистем та

⁵ Ентоні Гідденс (2005) *Устроение общества: Очерк теории структуризации*. Москва: Академический проект 76-77.

⁶ Ніклас Луман (2004) *Общество как социальная система* (пер. с нем. А. Антоновского) Москва: АСТ 39-41, 45

⁷ Там само 52.

елементів економіки, процесуальними атрибутами якої є самоорганізація, саморозвиток, історичність та людинорозмірність»⁸. Натомість, її доречніше трактувати цілісно, оскільки насправді динаміка розвитку економічних систем певною мірою поєднує ці підходи. Якщо поєднувати економіку і право, то основним критерієм розмірності функціонування системи служить економічна свобода.

Економічна свобода опирається економічному порядку. Інтегративною основою їх взаємодії служать права людини, як би це не парадоксально звучало. У Фрідріха фон Гаєка є міркування про *nomos* і *kosmos*, що відповідно виражається у порядку та хаосі; за цією логікою у хаосі зароджується певний порядок. І тому тут слід говорити про спонукальні чинники формування цього порядку, для чого потрібно ставити питання про забезпечення балансу інтересів у гетерархічному суспільстві, узгодження інтересів між учасниками економічних відносин. У правовому відношенні такі учасники розглядаються формально рівними у правах, але переважно нерівними за фактичним станом речей. Тому стоїть питання, яким чином забезпечити еквівалентність та рівність в економічних відносинах, на підставі чого виникають підстави для такого втручання в економічну свободу і чи не порушує це сутнісний зміст права. Таку проблематику ми тут будемо розглядати через три основні критерії — верховенство права, пропорційність та добре урядування.

і) *Верховенство права*. Як пише Ентоні Огус верховенство права є сприятливим для розвитку економічної системи з таких міркувань: 1) правила опубліковані і тому заздалегідь відомі; 2) існують механізми застосування норм без дискримінації; 3) обов'язковість рішень незалежної судової влади; визнання, принаймні на мінімальному рівні, основоположних прав людини⁹. Як зазначає Ондраш Шайо:

«У теорії права верховенство права часто розуміють як мінімум, який вводить закон у систему, в «правову» площину: це питання легіти-

⁸ Гражевська Н.І. (2008) Економічні системи епохи глобальних змін. Київ: Знання 20-25, 29.

⁹ Anthony Ogus (2007) The Economic Approach: Competition Between Legal System. In Esin Örüçü and Nelken David. *Comparative Law. A Handbook*. Bloomsbury Academic 157

мності. Політична теорія розглядає цю концепцію у рамках моделі державного урядування, де право відіграє вирішальну роль, тоді як конституційна теорія, по суті, розглядає верховенство права як обмеження свавілля уряду»¹⁰.

Насправді верховенство права в економічних відносинах на засадах юридичної визначеності, заборони дискримінації та поваги до прав людини надає достатній інструментарій для забезпечення рівності у розвитку. Особливо це має значення для глобального ринку, де спостерігається нерівномірність розподілу багатств і такий стан речей, власне, і підриває засади верховенства права. Однак для цього має діяти на задовільному рівні інституційна компонента верховенства права, яку прийнято у континентальній традиції права характеризувати як правову державу (*Rechtsstaat*). Хоча, як нижче ми з'ясуємо, не всі концепти правової державності забезпечують верховенство права, зокрема неприпустимість покладення інтересів певної особи чи групи осіб над законом чи використання законності виключно у власних партикулярних інтересах, як то було при нацизмі, радянщині чи африканських або латиноамериканських військових диктатурах. Так само, змінюється роль держави в економічній системі і критикується надмірний дирижизм в економічних процесах. Своєрідним компенсатором тут розглядається доктрина доброго урядування (*good governance*).

Як відомо із однієї максими про верховенство права, таке означає, що індивід не має зверхності над законом — закон визначає однаковий масштаб свободи. Однак таке масштабування є ніщо іншим як певним розподілом благ або забезпечення рівного доступу до них. Розподіл благ часто супроводжується дискусією чи навіть конфліктами, в яких слід визначити межі доступу до цих благ. Тому критерієм для правосуддя у даному випадку є усунення такого стану юридичної невизначеності. Об'єктивним критерієм тут виступають права людини та обов'язку суду захищати сутнісний зміст права. Чому стоїть так постановка питання?

¹⁰ Andras Sajó (2019) Rule of Law from a Comparative Constitutional Law Perspective, in R. Masterman and R. Schütze (eds) *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*. Cambridge University Press 262.

Сам факт конституційного закріплення таких критично важливих засад, як правова держава та верховенство права, які накладають конкретні обов'язки на державу щодо забезпечення справедливого правосуддя, встановлюючи стандарти щодо його здійснення. І такі конституційні засади не слід розглядати як політичні декларації, оскільки вони накладають на суди обов'язок ефективно захищати основоположні права, критерієм чого служить обмеження свавілля владних рішень та людська гідність. Тут питання полягає в тому, наскільки юристократія (влада судів) втручається у поле конституційного розсуду законодавця. Як зазначає американський конституціоналіст Джеремі Волдрон, тут питання стосується не кількісних визначень, а «будь-якої форми аргументації чи аргументації щодо ціннісних параметрів (значень)»¹¹. На думку Войцеха Садурського захист конституційних прав конституційною юстицією є не завжди є бездоганим¹², що у світлі практики розгляду конституційних скарг є цілком справедливим стосовно КСУ.

Згідно з 2020 Rule of Law Report «The rule of law situation in the European Union» визнаються чотири опори (pillars) верховенства права у ЄС, які мають відповідати критеріям ефективності та міцності (robust):

Верховенство права вимагає створення екосистеми, що базується на повазі до незалежності судової влади, ефективної антикорупційної політики, вільних та плюралістичних засобів масової інформації, прозорого та якісного публічного урядування та вільного і активного громадянського суспільства.

Це означає значне розширення контексту верховенства права, оскільки, як зазначала Анна Петерс, корупція атакує насамперед права у сфері освіти та охорони здоров'я, що у світлі сьогодишньої ситуації є чи не найістотнішим чинником розвитку соціальних і правових інституцій¹³.

¹¹ Waldron, Jeremy. (1994) Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. 45 Hastings L.J. 819.

¹² Sadurski Wojciech (ed.), (2005) *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States in Central and Eastern Europe*. Springer Publishing 289.

¹³ Peters Anne. (2019) Corruption as a Violation of International Human Rights. 4(29) *European Journal of International Law* 1256.

За таких умов забезпечення верховенства права залежить від демократичної підзвітності і підконтрольності влади, а також доброго урядування.

ii) *Пропорційність*¹⁴. З точки зору систематики юридичних засобів втручання у сферу економічних свобод, то таке здійснюється державою шляхом правового регулювання, конкретизації та інтерпретації закону. Принцип пропорційності також дає відповідь на питання інтенсивності правового регулювання, щоб воно, за словами Бруно Леоні, не перетворювалося на банальну інфляцію законодавства із притаманними їй колізіями та прогалинами. З цього приводу Шмідт-Ассманн пише так: «З точки зору юридичного складу втручання кваліфікувалося чотирма ознаками: його визначали як державно-владне, юридично-формальне, цільове (фінальне) обмеження охоронюваних законом інтересів; тобто малося на увазі імперативне втручання»¹⁵. Далі він наводить положення рішення Федерального конституційного суду Німеччини, згідно з яким¹⁶:

«Оскільки основоположні права не захищають лише від заходів, регульованих органами публічної влади. І не вимагають загалом, щоб обтяження індивіда були прямим наслідком заходу держави. З урахуванням охоронної функції відповідного основоположного права навіть фактичне обмеження інтересів суб'єкта основоположних прав — залежно від виду і ступеня — може означати втручання в основоположні права».

Ідея втручання як легітимного впливу у сфері приватної автономії ґрунтується на тому, що найбільш ефективним гарантом прав людини є держава, одночасно виступаючи найпотенційнішим їх порушником. Тому таке втручання має мати належне обґрунтування, бути розумним, передбачуваним і не посягати на сутнісний зміст права. З цього приводу лорд Бінгем висловився так¹⁷:

¹⁴ За основу тут взято основні положення із монографії: Савчин М. (ред.) (2020) *Правове регулювання та економічні права і свободи*. Ужгород: РІК-У 25-30.

¹⁵ Герхардт Шмідт-Ассманн, *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання систематики адміністративного права*. Вид. 2-е. (Вид-во «K.I.C.» 2009) 81.

¹⁶ BVerGE, 71, 183 (191).

¹⁷ R v Secretary of State for Defence, ex parte Smith and Grady [1996] QB 517, 5147

«чим суттєвіше втручання в права людини, тим більше суд вимагатиме обґрунтування, перш ніж він переконується, що рішення є розумним».

У цьому відношенні також справедливим міркування, що загальні слова законів не можуть скасовувати основоположні права¹⁸, що поєднується із розуміння поваги до прав людини. З іншого боку, має значення приватної автономії як критерію визначення меж втручання держави у здійснення економічних свобод. Поняття приватної автономії є широким, починаючи від розуміння приватності до здійснення актів самовизначення, зокрема, що стосується вибору видів економічної діяльності. Ці питання зачіпаються у різних концепціях раціонального вибору чи людини економічної (*homo oeconomicus*), але попри цю дискусію, головним у цьому процесі є розуміння конституції як результату спільної діяльності та ступеня здійснення економічних свобод та доступу до економічних благ. Інтенсивність втручання будь-якого органу публічної влади у здійснення основоположного права «вимагає істотного об'єктивного обґрунтування»¹⁹.

Загалом зміст принципу пропорційності²⁰ визначають критерії судової перевірки владних дій при здійсненні функцій законодавства, управління та правосуддя. Трискладовий тест складають такі підстави застосування державою певних заходів:

1) *на основі закону*. Запроваджувані заходи мають ґрунтуватися на законі задля оптимального досягнення легітимної мети. Слід при цьому відрізняти законні (*legal*) і незаконні (*illegal*) та неправомірні (*unlawful*) заходи²¹, оскільки останні можуть відповідати формальним вимогам законності, однак істотно порушувати основоположні права, що має наслідком їх суперечність законі. Прикладом формально законного, але неправомірного та несправедливого по суті є обвинув-

¹⁸ Lord Steyn (2002) *Democracy Through Law*. EHRLR 723, 729.

¹⁹ *R (on the application of Mahmood) v Secretary of State for the Home Department* [2001] 1 WLR 840 (EWCA), para 18.

²⁰ Райнгольд Циппеліус, *Філософія права* (Тандем 2001) 72-78.

²¹ Jowell, Jeffrey, and Anthony Lester. (1988) *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*. *Commonwealth Law Bulletin* 14(2) 859.

вальний вирок суду у справі Зайцевої, коли обидвох обвинувачених засудили до десяти років позбавлення волі, хоча ступінь вини у вчиненні злочину та заподіяння шкоди потерпілим ними вочевидь була різною і суду у цьому випадку слід було диференціювати покарання на засадах його індивідуалізації. Такі заходи мають бути вимушені і без їхнього запровадження мета не буде досягнута, на основі чого закон має уповноважувати публічну адміністрацію забезпечувати громадський порядок, захист прав людини та економічний добробут;

2) *необхідність у демократичному суспільстві*. Запроваджені заходи мають бути нагальними і мінімально обмежувати права людини, вони мають «передбачати певну форму організації публічної адміністрації та відповідних процедур, у рамках яких відбувається збір та узагальнення індивідуалізованих завдань»²². Між втручанням державного органу та метою, задля якої воно застосовується, має існувати чіткий зв'язок. Як і у правотворчості, у правозастосуванні в основі мети, яку має бути досягнуто, лежить баланс відповідних публічних та приватних інтересів, однак вони набувають конкретно-правового характеру, оскільки стосуються визначеного кола осіб. Тому і зв'язок між заходом та метою має бути очевидний і достатній з урахуванням обставин конкретної справи, зокрема заходи мають бути індивідуалізовані²³.

3) *достатність і доречність засобів*. Застосування заходів має бути розумним, адекватним і в рамках процесуальної економії досягати легітимної мети таким чином, щоб не посягати на сутнісний зміст економічних свобод. Наприклад, при застосуванні заходів юридичної відповідальності орган влади має застосовувати більш м'який захід впливу.

iii) *Добре врядування (good governance)*. Серед методологічних інструментів покращення стосунків публічної адміністрації та приватних суб'єктів важливе місце займає концепція належного врядування (*good governance*) та концепція належного адміністрування (*good administration*) як її елемент. Поява їх відображає зміну ролі управлін-

²² Герхардт Шмідт-Ассманн. Там само. С. 92.

²³ Євтошук Ю.О. (2015) *Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права*. Дис... к.ю.н. Київ: Університет економіки і права «Крок». 101.

ня, робить акцент на його якості, вводить нормативний вимір процесу прийняття рішень і формулювання державної політики²⁴. Значення засад доброго врядування для публічного адміністрування полягає в тому, що вони встановлюють стандарти та стимулюють публічних службовців на забезпечення публічного інтересу. При цьому їх формальна легалізація здійснюється у різних правових актах — від конституцій до окремих нормативних актів і судових прецедентів²⁵.

У світовій та європейській практиці та доктрині існує не одне визначення категорії добре врядування. Організація співробітництва та розвитку вважає за його основними складниками такі, як повага до прав людини, безпека угод, ефективне управління, демократичні політичні інститути [26]. У список Світового банку ввійшли: підзвітність, політична стабільність, відсутність насильства, ефективність управління, якість регулювання, верховенство закону і боротьба з корупцією [27]. Органи Європейського Союзу, у свою чергу, роблять акцент на відкритості, участі, підконтрольності, ефективності, пропорційності та субсидіарності [28], однак у інших джерелах цей перелік видозмінюється та вміщає демократизацію, захист прав людини, зміцнення законності та підвищення якості правосуддя, підвищення ролі громадянського суспільства, реформування державного управління та децентралізацію [29].

Певної визначеності поняттю «*good governance*» надала Резолюція Комісії з прав людини 2000/64 «Роль належного врядування у забезпе-

²⁴ Погребняк С. (2012) Концепції *good governance* та *good administration* (міжнародний, європейський та національний досвід). 1 *Філософія права і загальна теорія права* 177

²⁵ Галунько В. та ін. (ред.) (2018) *Адміністративне право. Повний курс* Херсон: ОЛДІ-ПЛЮС 42

²⁶ Nicolas Meisel. Is «Good Governance» a Good Development Strategy? The Organisation for Economic Co-operation and Development. November, 2007 URL: <http://www.oecd.org/>

²⁷ <http://info.worldbank.org/governance/wgi2007/>

²⁸ European Governance. A White Paper. European Commission. COM(2001) 428 final 25 July 2001. Brussels: URL: http://ec.europa.eu/white-papers/index_en.htm

²⁹ Draft Handbook on Promoting Good Governance in EC Development and Co-operation. European Commission. 2003 http://ec.europa.eu/europeaid/what/governancedemocracy/documents/final_draft_handbook_gg_en.pdf.

ченні прав людини»³⁰. Вона визначила ключові атрибути доброго врядування: прозорість, відповідальність, підзвітність, участь, чутливість до потреб людей. Зі змісту положень цієї резолюції також стає зрозуміло, що її розробники прямо пов'язали категорію «добре врядування» зі створенням сприятливих умов для забезпечення прав людини, сприянням зростання і сталим людським розвитком³¹.

Сутністю принципів доброго врядування в країнах-учасниках ЄС є те, що вони реально виконуються на всіх рівнях публічного адміністрування, адже дієво захищені від порушень — громадським контролем, виконавчим контролем системи органів юстиції, судовою владою та парламентським контролем. У сфері права ЄС Палац правосуддя визначив низку принципів доброго урядування, які притаманні сьогодні для держав-членів ЄС. У судовій практиці Європейського суду з прав людини визначаються вагомі принципи, що мають виконуватися всіма державами-членами ЄС, зокрема це: принцип адміністрування через закон; принципи пропорційності, юридичної визначеності, захисту законних очікувань, недопущення дискримінації, право на слухання в ході адміністративних процедур щодо ухвалення рішень; забезпечувальні заходи; справедливі умови доступу громадян до адміністративних судів; позадоговірна відповідальність публічної адміністрації.

Серед систематизованих юридичних документів, які визначають чітко та рельєфно складники цієї концепції, слід навести Хартію основоположних прав Європейського Союзу (статтю 41, що стосується питання доброго адміністрування) та Кодекс Європейського омбудсмена належної адміністративної поведінки, який призначений у більш деталізованому розкритті змісту даного поняття. Так, стаття 41 Хартії визначає, що кожна людина має право на неупереджений, справедливий розгляд його справи упродовж розумного строку інститутами і органами Європейського Союзу. Дане право передбачає, зокрема: а) право

³⁰ The role of good governance in the promotion of human rights. *Commission on Human Rights resolution 2000/64*.

³¹ Карабін Т. О. (2016) Забезпечення міжнародних стандартів адміністрування в контексті положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС 4(13) *Прикарпатський юридичний вісник* 69

кожної людини висловити свою думку, до того як до нього персонально будуть застосовані заходи, які можуть спричинити за собою несприятливі для нього наслідки; б) право кожної людини на доступ до стосуються його матеріалами при дотриманні законних інтересів конфіденційності, а також професійної та комерційної таємниці; в) обов'язок адміністративних органів мотивувати прийняті рішення.

Кодекс європейського омбудсмена належної управлінської поведінки деталізує, що саме має означати на практиці право на належне адміністрування³². Цей документ допомагає окремим громадянам зрозуміти та реалізувати свої права, підвищує інтерес до відкритої, ефектної та незалежної адміністрації та служить корисним керівництвом для публічних службовців у їх стосунках з громадськістю. Положення Кодексу групують принципи на окремі групи:

- загальні принципи адміністративного права, такі як: принцип законності, недискримінації, пропорційності, а також неприпустимості зловживання повноваженнями, безсторонності та незалежності, законних очікувань, послідовності та інформування; захисту даних та доступу до інформації та документів;

- принципи адміністративної процедури, такі як: об'єктивність, інформування громадськості, справедливість у сенсі справедливого, неупередженого і розумного ставлення, право на використання мови громадянина, підтвердження одержання звернення та визначення компетентної посадової особи, право бути вислуханим і робити заяви, право розумного строку для прийняття рішення, обов'язку повідомляти про підстави для прийняття рішення, вказівки на можливість оскарження, повідомлення про рішення;

- неправові стандарти, пов'язані з питаннями службової етики, що містяться в положеннях про ввічливість, обов'язок передати звернення до компетентного підрозділу установи, прихильність до громадян та чесність, об'єктивність та повага до інших, ведення належного обліку і потребу в публічності кодексу.

³² The European Code of Good Administrative Behaviour. URL: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/publication/en/3510>

У рамках Ради Європи регламентація відповідних принципів здійснена у Рекомендації CM/Rec(2007)7, текст якої «закріплює» найбільш важливі принципи належного адміністрування³³. У преамбулі цієї рекомендації зроблені спроби окреслити рамки самого поняття «належне адміністрування». Нею, зокрема, визначено, що належне адміністрування передбачає, що послуги повинні задовольняти основні потреби суспільства, і тому воно стосується не тільки правових механізмів, але і залежить від якості та організації управління в цілому. Крім того, належне управління передбачає баланс між правами й інтересами тих, на кого прямо впливають дії владних суб'єктів, та інтересами суспільства в цілому, а процедури, призначені для захисту інтересів фізичних осіб у відносинах з державою, повинні в деяких випадках захищати інтереси інших осіб та суспільство в цілому.

Особливої уваги заслуговує розділ II аналізованої рекомендації, який містить конкретні норми регулювання процедурних питань щодо прийняття адміністративних рішень. Сюди розробники кодексу віднесли стандарти, пов'язані з ініціюванням прийняття управлінських рішень, запитами від приватних осіб, участю приватних осіб у прийнятті окремих нормативних рішень, формами управлінських рішень, порядком набрання їх чинності та виконання. Останній, третій розділ, містить тільки дві статті стосовно оскарження адміністративних рішень і компенсацій за незаконні рішення публічної адміністрації.

На звернення, слід наголосити, що критерій верховенства права визначає якісні параметри втручання держави в економічні свободи, добре врядування вказує на інституційні компоненти такого втручання, а через принцип пропорційності визначається ступінь балансування між публічним і приватним інтересом. Як це здійснюється, буде предметом розгляду у наступній частині роботи. Водночас пандемія коронавірусу свідчить про оформлення якісно нового типу балансування публічного і приватного інтересів — соціальної моделі.

³³ Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration. URL: <https://rm.coe.int/cmrec-2007-7-of-the-cm-to-ms-on-good-administration/16809f007c>

1.1.2. Основні типи правового регулювання економічних систем³⁴. При виборі моделей урядування, що напряду впливає на зміст і характер владних рішень, а звідси — на підходи у правовому регулюванні, має значення розуміння між консервативним, ліберальним та соціальним підходами. Вибір цих підходів (моделей) правового регулювання виражає ступінь втручання держави в економічні свободи.

i) Консервативний підхід. Даний підхід базується на супротиві інновацій та збереженню існуючого порядку речей, який спирається на емпіричний досвід, а тому система інституцій не підлягає істотній зміні. Консерватори, якщо сприймають зміни, то більш схильні до еволюції інституцій. Як відзначає Семюел Гантінгтон з посиланням на Едмунда Бьорка, консерватизму притаманні такі риси: 1) характеристика людини як релігійної тварини, оскільки релігія є основою громадянського суспільства і соціальний порядок пронизує Божественна санкція; 2) суспільство є природним, органічним продуктом поступового історичного розвитку, а право виконує своєрідну функцію часу; 3) людина є істотою, яка зіткана із емоцій, інстинктів та наділена розумом, а тому істина існує не лише в розумі, а також у життєвому досвіді; 4) спільнота є важливішою від індивіда, а права людини виводяться із її обов'язків; 5) статус людини не виражає засад рівності, оскільки суспільство складне із притаманними йому відносинами ієрархії, диференціації та лідерства; 6) надання переваги усталеним моделям управління на противагу «будь-якого невипробуваного проекту», оскільки насправді доволі складно реалізувати певні далекосяжні проекти — як правило, зусилля, спрямовані на усунення зла, спричиняють ще більше зло³⁵ (за відомими прислів'ям «добрими намірами дорога встелена до пекла»).

На думку багатьох неправих та консерваторів надмірне державне втручання, зокрема через розростання програм соціального захисту «держави добробуту» руйнують принцип опори людини на власні

³⁴ При написанні цього підпараграфу використано матеріали: Савчин М. (2018) Конституційна економіка та основні моделі втручання держави в економічні процеси 5 *Право України* 17-21.

³⁵ Хантингтон Сэмюэл (2016) Консерватизм как идеология 1 *Тетради по консерватизму* 234

здатності та зусилля та виховують у людей настрої утриманства³⁶. Це має наслідком зниження ініціативності та відповідальності індивіда, хоча водночас визнається, що певні функції держави добробуту мають бути присутні. І це не дивно, цей бік консерватизму, будучи його ахілесовою п'ятою, по суті суперечить існуючій соціальній інфраструктурі (освіта, охорона здоров'я, соціальне і медичне страхування, соціальні послуги і допомоги), яка існує у розвинутих та зростаючих економічно країнах. Також економічна рецесія 2008-2010 років та необхідність подолання пандемії коронавірусу свідчать, що існує необхідність чіткого механізму взаємодії та організації діяльності відповідної соціальної інфраструктури.

Загалом, консервативний підхід є домінуючим на пострадянському просторі, він також був взятий на озброєння адміністрацією президента США Дональдом Трампа. Сумнозвісні доктрини «руського міра», «духовних скреп» та суверенної демократії, взятих на озброєння президентом Росії Володимиром Путіним є консервативними по суті. Такі концепції є елітаристськими по суті, а в Росії — корпоративістськими, які базуються на відносинах ієрархії, визнання безумовного авторитету влади, незважаючи на зміст владних рішень з огляду на засади верховенства права та повагу до прав людини. Звідси, будівництво закритих моделей національної економіки з притаманними їм монопольними чи олігопольними структурами, які слабко підконтрольні та підзвітні з огляду на добросовісну конкуренцію та обмеження зловживання монополізмом чи домінуючим положенням на ринку.

ii) Ліберальний підхід тяжіє до мінімального втручання публічної влади у приватне життя індивіда; конституція вважається інструментом обмеження публічної влади правовими рамками, основним елементом якого є вільна конкуренція на ринку, свобода руху капіталів, товарів, послуг і робочої сили. Тобто лібералізм передбачає гарантії свободи у рамках закону, рівність перед законом і судом, верховенство права, заперечення ідеї, що закони визначають наслідки соціальних процесів, влада має обмежуватися регулюванням задля гарантування свободи і

³⁶ Гаджиев К.С. (2013) Консерватизм в современном мире: кризис или возрождение? 1 *Власть* 64

вона передбачає реформи задля індивідуальних свобод перед обличчям невизначеності; тому у лібералізмі немає раз і на завжди заданої ідеї³⁷. Водночас, Томаш Седлачек наголошує на тому, що лібералізм не надає очевидної відповіді щодо етосу економічної діяльності та ідеї саморегулювання ринку, які насправді є взаємодоповнюваними³⁸.

Лібералізм виник на протигагу свавільній владі, беззаконню, диктатурі, тоталітаризму та авторитаризму. Лібералізм постійно модифікується, еволюціонує і характеризується плюралізмом різноманітних підходів до розуміння його змісту, водночас він являє собою ціннісну систему, яку уособлюють дві найвищі цінності лібералізму — людина та свобода. Згідно з лібералізмом закон не забороняє, а дозволяє (свобода в рамках закону) на засадах індивідуалізму, толерантності та злагоди, визнаються як невідчужувані права на свободу, життя і власність. Складовими елементами лібералізму є: індивідуалізм, індивідуальне благо, раціональність, негативна свобода, права людини³⁹.

Фрідріх фон Гаек схиляється до синергетичного трактування соціального порядку, оскільки цінності мають відносний та утилітарний характер — «абстрактний порядок може бути метою правил поведінки». За таких умов закон виражає той самий «абстрактний порядок», а судові рішення забезпечує підтримання та поліпшення існуючого порядку⁴⁰. Таким чином суддя перетворюється у реального дистриб'ютора між абстрактними правилами у сенсі концепції «невидимої руки» А. Сміта.

Ліберальна модель втручання ґрунтується на мінімальному обмеженні свободи договору, вільній конкуренції, свободи руху капіталу, товарів, послуг і робочої сили тощо. Прикладом такого підходу є відоме

³⁷ Дж. Итуэлл, М. Милгейт, П. Ньюмен (ред.) (2004) *Экономическая теория*. Москва: Изд-во ИНФРА-М 475-480.

³⁸ Томаш Седлачек, (2017) *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи* Львів: Вид-во Старого Лева.

³⁹ Гришук О., Слюсарчук Х. (2020) Ліберальний комунітаризм як філософія правового розвитку постмодерного суспільства. 1. *Український часопис конституційного права* 22.

⁴⁰ Ф.А. фон. Хайек, (2006) *Право, законодательство, свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики*. Москва: ИРИСЭН 132, 137.

рішення Верховного суду США у справі Лохнер проти Нью-Йорка⁴¹. Суд визнав неконституційним статут штату, який встановлював обмеження у 10-годинний день у пекарнях і пральнях, пов'язаний із шкідливими для здоров'я працівників умовами праці. Верховний суд керувався 14-ю Поправкою до Конституції США, зокрема свободою договору і тим, що питання такого роду мають регулюватися Конгресом США.

Динамічний характер економічної системи зумовлений тим, що за своєю природою вона є відкритою, оскільки визначається раціональною поведінкою учасників економічної діяльності, в основі якої лежить забезпечення їх інтересів. Зважування інтересів учасників економічної діяльності раціоналізує їх в сторону забезпечення балансу інтересів. Такий баланс завжди є нестійким, оскільки питома вага певних інституцій, учасників, об'єктів змінюється в силу зміни потреб та інтересів у самій економічній системі. Флуктуації, які відбуваються у рамках економічної системи, об'єктивно призводять до пошуку нового шляху узгодження інтересів, що передбачає певні процедури прийняття рішень.

iii) *Ліберально-демократичний підхід* втілений у конституційній економічній теорії Джеймса Б'юкенена, основним призначенням якої є забезпечення вибору [легітимних конституційних] обмежень на відміну від вибору у рамках [економічних] обмежень згідно з класичною економічною теорією, яка бере витоки з Адама Сміта⁴². Як на недоліки ліберальної моделі вказують на те, що складно спрогнозувати перебіг економічних циклів, тому необхідне накопичення капіталу та ресурсів з розрахунку на стадії циклу із низьким рівнем розвитку та й тої обставини, що не завжди має місце економічне зростання⁴³. Економічні процеси самі по собі є непередбачувані і певні чинники, які можуть спричинити економічні кризи складно своєчасно і достеменно передбачити⁴⁴.

⁴¹ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁴² Дж. Итуэлл, М. Милгейт, П. Ньюмен (ред.) *Экономическая теория* 168.

⁴³ Дж. Итуэлл, М. Милгейт, П. Ньюмен (ред.) *Экономическая теория* 431 і наст.

⁴⁴ Нассим Николас Талеб, (2010) *Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости* Москва: Колибри 225 і наст.

Акцентуючи увагу на альтернативах політичного вибору (власне кажучи, конституційних моделей легітимності втручання у свободу економічної діяльності) і зумовлених цим вибором соціальних взірців-моделей поведінки, прибічники цієї теорії зумовлюють такий вибір досягненням у суспільстві консенсусу на засадах критерію ефективності правил та інститутів як результату цього консенсусу (К. Віксель). За таких умов Дж. Ст. Міль наголошує, що основі поведінки чи то приватної особи, чи держави як юридичної особи лежить інтерес, який вона буде переслідувати, по можливості, зловживаючи ним. На думку Дж. Кейнса ринкові механізми саморегулювання не можуть забезпечити належний рівень добробуту і зайнятості, тому є виправданим втручання держави з метою справедливого розподілу ресурсів⁴⁵.

При визначенні обґрунтованості правового регулювання американський науковець Річард Іпстейн (Epstein) з посиланням на Джона Лока наголошує на трьох функціях держави — оподаткуванні, регулюванні та модифікації правил відповідальності. Тому держава має насамперед компенсувати збитки, заподіяні приватній власності у разі здійснення правового регулювання, оподаткування та зміни правил відповідальності⁴⁶. При цьому, як сформулював у своїй юриспруденції КСУ⁴⁷ запровадження таких заходів має відповідати засадам пропорційності, тобто «обмеження прав і свобод людини і громадянина є допустимим виключно за умови, що таке обмеження є домірним (пропорційним) та суспільно необхідним».

Така матриця відносин зумовлює раціональність вибору, заснованого на забезпеченні балансу інтересів. Однак такий баланс впирається у проблему обмеженості ресурсів. Тому конституційна економічна теорія так і не може дати відповіді на проблему легітимності конституційних обмежень. Частковою спробою подолати такий недолік є антимонопольне законодавство, починаючи від Акта Шермана, який передбачив повноваження прокуратури США щодо переслідування фактів

⁴⁵ Дж. Итуэлл, М. Милгейт, П. Ньюмен (ред.) *Экономическая теория* 454-455.

⁴⁶ Richard A Epstein, (1985) *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain* Harvard University Press 93, 95.

⁴⁷ Рішення КСУ № 29-рп/2009 та № 3-рп/2015.

картельної змови трестів на ринку, що призводило до монопольного становища на ринку та обмеження свободи договору.

iv) *Перехідні моделі*. У посткейнсіанському напрямі розвитку економічної науки роблять акцент на динамічному характері економіки, якій притаманні неясність в зв'язку із недостатністю інформації та фундаментальна непередбачуваність, за якої недостатня інформація не може бути виявленою, оскільки є ще не створеною⁴⁸. Тобто прийняття рішень в економічному середовищі зумовлено проблемою доступу до інформації, яка дозволяє здійснювати раціональну поведінку акторів економічної системи. За таких умов досить складно ставити за мету діяльності держави досягнення конкретних результатів в економічній системі, коли складно передбачити динаміку цін, структуру та інші параметри ринку на майбутнє.

Іншою проблемою перехідних конституційних демократій є утвердження незалежного і безстороннього правосуддя, що має значення для забезпечення стабільності контрактів та їх додержання контрагентами. Звісно, що у цій системі координат суд має демонструвати зваженість та розсудливість при ухваленні рішень і не зводить їх до формулювання правил, згідно з якими «звіт про оцінку майна не створює жодних правових наслідків для учасників правовідносин з оцінки майна, а лише відображає та підтверджує зроблені суб'єктом оціночної діяльності — суб'єктом господарювання висновки і його дії щодо реалізації своєї практичної діяльності»⁴⁹. Адже згідно із вимогами юридичної аргументації оцінка майна може відігравати визначальну роль для визначення фактичного складу та належної юридичної кваліфікації, що може лягти в основу рішення у справі.

Ця ситуація є доволі класичною для перехідних конституційних демократій, оскільки вона пов'язана із еволюцією сучасного розуміння права власності, яке на сьогодні зводиться не лише до класичних

⁴⁸ И. В. Розмаинский, 'К формированию посткейнсианской теории государства' (2010) 1 (8) Terra eсоpoticus. Экономический вестник Ростовского государственного университета 14.

⁴⁹ Постанова від 13.03.2018 р. у справі № 914/881/17, Велика Палата Верховного Суду *Єдиний державний реєстр судових рішень*, URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72819699>

володіння, користування і розпорядження майном. На сьогодні вкрай важливим для розуміння права власності є здійснення державою позитивних обов'язків щодо реєстру права власності на майно, облік операцій із ними, оцінки майна, сертифікації відповідних установ, які надають відповідні послуги на ринку майна тощо. Багато в чому ефективне здійснення державою названих позитивних обов'язків визначає її рівень інституційної спроможності.

Тому актуальним є формування певних, усталених абстрактних правил, які б гарантували доступ до інформації та побудови на основі цього раціональних патернів (усталених взірців, моделей поведінки акторів економічної системи). Виходячи з цього слід погодитися з думкою, що одними із функцій держави є забезпечення виконання контрактів на майбутнє, захист права власності, забезпечення конкурентоздатного доступу до ринків, формування стабільних та ефективно діючих законів, благодатний вплив на економічну ідеологію⁵⁰. Насамкінець, багато що тут упирається в інституційно спроможну державу та забезпечення збалансованої моделі впровадження економічних реформ. На небезпеці незбалансованості та асистемності проведення реформування у перехідних демократіях наголошує Мартін Кригер, який зазначає, що верховенство права⁵¹

«стало невідворотним кліше міжнародних організацій будь-якого виду. Міжнародні донори зараз витрачають мільярди доларів на сприяння верховенству права, не зважаючи на серйозно низький рівень успіху. Раніше верховенство права не було предметом розгляду, ще менше вимагало витрат коштів; тепер вони прагнуть досягти успіху. Зараз економісти рекомендують його як необхідність для економічного розвитку, демократи — як невід'ємну частину своїх проектів; конституціоналісти як іншу назву бізнесу, яким вони займаються; ті, хто поспішає ремонтувати «неспроможні», «постконфліктні», «постдиктаторські», «перехідні» держави, завжди мають у своєму розпорядженні інструменти, що просувають верховенство права».

⁵⁰ И В Розмаинский. Там само 16.

⁵¹ Martin Krygier. *Re-imagining the Rule of Law*. Denis Leslie Mahoney Prize Public Lecture (7 September 2017)

Сам по собі перехід від закритих до відкритих моделей економіки складний без побудови ринкових інституцій та належних гарантій стабільності контрактів та додержання умов договорів. Інституційною основою тут виступають демократична легітимізація законодавчого процесу, який має бути інклюзивним та прозорим, ефективна діяльність незалежних регуляторів на ринку та забезпечення справедливого правосуддя.

1.2. Соціетальна модель правового регулювання економічної системи

Соціетальний підхід ґрунтується на визнанні самодостатнього характеру горизонтальних зв'язків, у силу чого суб'єктами творення права є не лише публічна влада, а також приватні особи. Прикладом цього може слугувати *lex mercatoria*, *lex digitalis* та третейський арбітраж тощо. Всі ці правові інструменти мають різну природу, оскільки стосуються свободи торгівлі, обміну інформацією та вироблення механізмів узгодження інтересів з метою залагодження комерційних конфліктів та збереження ділових стосунків між партнерами на ринку⁵². Соціетальний підхід, таким чином, формулює специфічне явище, яке отримало назву горизонтального ефекту прав людини, оскільки саме завдяки йому визначаються сучасні стандарти вимог до організації публічної влади. Водночас соціетальний конституціоналізм розглядається як альтернатива викликам, які постали перед концептом соціальної держави (*Welfare State*).

Ознакою соціетальної моделі є функціональні структури такого порядку, що породжують явища за влучним висловом Гюнтера Тойбнера «глобального права без держави (бездержавного права)» або «космополітичної демократії»⁵³. Іншим сучасним трендом є формування *lex mercatoria* та *lex digitalis*, які закладають бездержавні та інфор-

⁵² Guenther Teubner (2012) *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* Oxford University Press.

⁵³ Guenther Teubner, (1997) 'Global Bukovina': Legal Pluralism in the World Society (Ed. by Guenther Teubner) *Global Law without a State* Aldershot: Dartmouth Gower.

маційно-електронні засади мереживного типу правопорядку, в якому правила і процедури формуються без прямого та імперативного впливу держави. При цьому такі тенденції мають місце не лише на наднаціональному чи національному рівнях, а також на субнаціональному рівні; тим більше, що вони можуть набувати інтер-субнаціонального рівня.

Гетерархія сучасного суспільства зумовлює тенденцію до наділення його окремих інститутів елементами владних повноважень, оскільки вони більш оперативні і адекватно реагують на суспільні запити на засадах верховенства права і процесуальної автономії. Окремі процеси в галузі освіти, культури, охорони здоров'я та інших соціальних сферах мають спонтанний характер, зумовлені суспільними інноваціями та станом соціального капіталу і довіри. Тому легітимація правил і процедур здійснюється завдяки зусиллям суспільних інститутів. Держава у цих умовах не може забезпечити формулювання правил, оскільки вони можуть бути нав'язаними і стримувати розвиток соціальних процесів. Зокрема, соціальною функцією держави є підтримка мережі освітніх закладів та контроль за додержанням мінімальних стандартів освіти. Однак формування стандартів освіти залежить від якості освітніх послуг, конкурентоспроможності установ освіти, попиту на ринку праці на фахівців певних професій. Тому цю справу краще здійснюватимуть незалежні інститути, засновані на добровільному об'єднанні працівників освіти, які зацікавлені у забезпеченні високих стандартів освітніх послуг. Саме з цих причин існує необхідність конституювання в якості дорадчо-консультативних органів Національну економічну раду та Національну раду соціального партнерства, які б надавали висновки на проекти правових актів парламенту та уряду в цих сферах регулювання. Це може стати одним із інструментів побудови державної політики на основі прозорих і раціональних абстрактних правил, спрямованих на демонополізацію конкурентного простору між соціальними і елітарними групами.

Різновидом соціетального підходу можна розглядати комунітаризм. Комунітаристи критикують лібералів за надмірний індивідуалізм і атомізм у взаємовідносинах між людиною і суспільством, незадовільну концепцію цінностей, у якій можна виявити риси суб'єктивізму,

скептицизму і універсалізму. На думку комунітаристів, надмірний індивідуалізм лібералізму призводить до того, що людина не почуває себе частиною цілого, а отже, концепція особистості зводить до мінімуму включення людини в різноманітні суспільні практики та неминучість виконання нею різноманітних соціальних ролей. Комунітаристи протиставляють ліберальним уявленням про людину як вільну і раціонально дієву істоту ідею соціальної обумовленості особистості, її діяльності, її прав, свобод, ідей і принципів⁵⁴.

Вразливістю соціетального підходу вважають те, що правила і процедури можуть формуватися через такі інструменти, як мирова угода, третейський арбітраж, медіація, *lex mercatoria*, *lex digitalis*. Ці інструменти критикують за їх непублічність та пов'язаними із цим проблемами доступу до самого процесу формування правил і процедур. Тому головними тут є надання їм публічного і конкурентного характеру, оскільки правила визнання, базуються на таких вимогах верховенства права, як правова визначеність (*legal certainty*), передбачуваність права (*foreseeability of law*) та балансування (*weighing*) інтересів. Вимоги демократичності визнання правил розкривають більш широке коło визнання правил, що є критичним для розуміння природи зважування інструментів свободи договору та державного правового регулювання.

Для з'ясування проблематики забезпечення балансування інтересів у гетерархічному суспільстві слід визначитися зі співвідношенням приватних і публічних інтересів. Зазначена проблематика постала емпірично у конституційній юриспруденції при розгляді конституційних скарг. Так, згідно із підкодом ФКС Німеччини при вирішенні конституційних скарг має забезпечуватися баланс публічних і приватних інтересів. По суті, іншими словами тут стоїть питання у площині верховенства права, а не верховенства особи над законом. Водночас виникає питання щодо ступеня глибини та інтенсивності втручання держави у сферу приватної автономії.

Проблему суспільних інтересів вітчизняні вчені переважно аналізували через галузеві юридичні дисципліни. Зокрема, Д. Гетманцев

⁵⁴ Гришук О., Слюсарчук Х. (2020) Ліберальний комунітаризм як філософія правого розвитку постмодерного суспільства. 1 *Український часопис конституційного права* 25.

пише, що обмеження, які визначені у Конституції мають бути адекватними, пропорційними, необхідними та співвідноситися із цілями обмежень, встановлених Конституцією. Такі мають відповідати засадам справедливості, а також не обмежувати межі, і тим більше, застосування основного змісту відповідних конституційних норм⁵⁵. Натомість конституціоналісти висловлюють міркування, що публічні інтереси є найбільш значущі інтереси у суспільстві та державі, від реалізації яких залежить забезпечення конституційного ладу, розмежовуючи при цьому суспільні і державні інтереси⁵⁶. Останні думки мають більш вагоме значення у світлі субстантивного та процедурного аспектів розуміння поняття суспільного інтересу.

У субстантивному значенні суспільні інтереси виражаються у гарантованості доступу до матеріальних і духовних благ, які є надбанням всього суспільства. Якщо йде мова про духовні блага, то у суспільстві існує консенсус, що такі складають спільну інтелектуальну спадщину та є цінністю для всього суспільства. Якщо йде мова про співвідношення між суспільними та державним чи муніципальним публічними інтересами, то слід говорити про відносини підзвітності та підконтрольності публічної влади суспільству. Тому не випадково міжнародно-правові акти вживають обережне формулювання «необхідність у демократичному суспільстві». Таким чином, ми отримуємо такий алгоритм дій: суспільний інтерес – підзвітність і підконтрольність публічної влади суспільству – державний та/або муніципальний (публічний) інтерес⁵⁷. Часто це вирішується через балансування, що передбачає зважування цінностей і при цьому може виникати питання про їх ієрархію. Як пише Нільс Петерсен, суди можуть уникати висловлення абстрактних переваг щодо однієї цінності над іншою і тим самим утримуватися від вста-

⁵⁵ Гетманцев Д.О. (2011) Щодо значення публічного інтересу для адміністративного права 4 *Часопис Київського університету права* 153

⁵⁶ Андрушко І.П. (2011) Категорія «публічний інтерес» у конституційному праві: поняття і зміст 4 *Часопис Київського університету права* 140

⁵⁷ Савчин М.В. (2020) Суспільний інтерес як критерій обмеження прав людини та боротьба з пандемією. Харитонов Є.О., Харитонova О.І., Некіт К.Г. (ред.) *Права приватної особи в умовах пандемії COVID-19: Проблеми здійснення і захисту*. Одеса: Видавничий дім «Гельветика» 80

новлення ієрархій конкуруючих цінностей. Цей неієрархічний підхід має дві переваги: з одного боку, він дає судам поле для маневру. Вони можуть упевнитися у вирішенні справи, не створюючи прецедентів для майбутніх ситуацій, які важко передбачити. З іншого боку, це виражає повагу до позиції кожної зі сторін. Це принципово не дискредитує абстрактну легітимність однієї з позицій і рішення ґрунтується на обставинах конкретної справи⁵⁸. Такий підхід при оперуванні цінностями демонструє доволі значний вплив конституційної юстиції на легітимізацію політичного процесу і потребує належної аргументації, виходячи із забезпечення економічних свобод. Хоча такий підхід не зовсім може бути виправданий, коли йде мова про запобігання чи відвернення загроз економічним свободам і правам невизначеного кола осіб.

Наприклад, ФКС Німеччини, розглядаючи справу, що стосувалася балансу інтересів фармацевтичних компаній та свободи професії, Суд утримувався від порівняння вартості конкуруючих інтересів. Натомість він акцентував увагу на емпіричних питаннях, що лежать в основі економічного регулювання. Врешті-решт він скасував законодавство, оскільки мав серйозні сумніви щодо ефективності обраної регуляторної схеми. При цьому Суд наголосив, що при запровадженні певних обмежень у здійсненні свободи професії, такі мають відповідати засадам пропорційності і не посягати на сутність права, а запроваджувані обмеження щодо доступу до професії мають відображати особливості професійної діяльності згідно відповідного рівня, а додаткові обтяження чи критерії мають вичерпуватися, виходячи із відповідного рівня професійних вимог⁵⁹.

У матеріальному значенні суспільні інтереси виражаються у гарантованості доступу до матеріальних і духовних благ, які є надбанням всього суспільства. Якщо йде мова про співвідношення між суспільними та публічним (державним чи муніципальним) інтересом, то тут слід

⁵⁸ Niels Petersen (2015). Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court. 4 *Global Constitutionalism* 52-53.

⁵⁹ BVerfGE 7, 377, 438–42 (*Apotheken-Urteil*).

говорити про відносини підзвітності та підконтрольності публічної влади суспільству. Специфіка української термінології дає змогу розмежувати публічні і суспільні інтереси через балансування, оскільки саме сенс балансування полягає в узгодженні публічного і приватного інтересу і таке саме по собі забезпечує підзвітність і підконтрольність публічної влади, юридичні акти яких мають ґрунтуватися на вагомій правовій підставі та не атакувати сутнісний зміст основоположного права, зокрема економічних свобод.

Доктрина сутнісного змісту права орієнтує суди забезпечувати захист приватних осіб від неправомірного втручання публічної влади у сферу приватної автономії, зокрема, вказує, що суди не можуть відмовляти у їх захисту у разі недоліків законодавства. Це впливає із природи прав людини, які пов'язані із особистістю людини, а не в силу факту закріплення певних привілеїв чи прерогатив у законах. Закон лише надає органам публічної влади формальну юридичну підставу діяти у певних легітимних цілях.

У цьому ключі говорить Рональд Коуз про природу організаційних витрат певної фірми, до яких також відносяться адміністративні витрати, пов'язані із алокацією ресурсів через оподаткування державою та їх спрямування на певні цілі⁶⁰, зокрема охорону довкілля чи на певні соціальні програми. Однак такі міркування стали традиційними як для ліберально-демократичного підходу, так і для прибічників доктрини держави добробуту. Однак в останні роки відбулися значні зміни у цьому відношенні. Вони стосуються насамперед диджиталізації суспільних відносин та виникнення поза істотним впливом держави сфери ІТ-права. Суспільство отримало значні інструменти комунікації та обробки метаданих, які сталися в нагоді при введенні обмежень внаслідок пандемії коронавірусу. На більшість викликів, які виникли внаслідок доволі істотних обмежень свободи пересування, свободи вибору професії і роду занять, що були запроваджені внаслідок оголошення режиму надзвичайного стану чи інших (доволі часто сумнівних з точки зору гарантій основоположних свобод) гібридних адміністративних режимів

⁶⁰ Coase Ronald (1960) The Problem of Social Costs 3 *The Journal of Law and Economics* 17

(адаптивний карантин, локдаун тощо), ІТ-сфера, у принципі, знайшла нові інструменти для вирішення ситуації.

Тут проблематика переміщається у площину захисту приватності, природа якої трансформується. Зокрема, у зв'язку із зростанням ролі комунікацій у соціальній організації та обробкою метаданими операторами мереж та провайдерів, на перший план виходить захист персональних даних, які можуть використовуватися у політичних та комерційних цілях для таргетування відповідної аудиторії⁶¹:

«Однак це зростає значення захисту приватного життя в Європі слід розуміти не лише щодо захисту прав людей, але й з огляду на його значення для демократичних суспільств; зміцнюючи особисту свободу людей, європейський захист конфіденційності водночас виявляється важливим для розвитку та процвітання демократичних практик, концептуальних як колективні акти вільного спілкування.»

Особливо ця проблематика загострилася після закриття твіттер-акаунта на той час ще чинного президента США Дональда Трампа за неоднозначні пости у цій мережі, які фактично спровокували 6 січня 2021 року штурм учасниками масового мітингу приміщення Капітолію. Слід відзначити, що Трамп протягом своїх обидвох президентських кампаній і під час своєї президентської кампанії активно використовував Твіттер як засіб прямої комунікації із виборцями, минаючи офіційні канали комунікації, включаючи прес-службу. Таке миттєве і двостороннє у режимі реального часу змінює акценти у комунікаціях між політиками, державними діячами та громадянами. Тому виникло питання, чи може приватна кампанія на кшталт Twitter, Google, Facebook чи інших аналогів виконувати фактично державні функції і приймати рішення про заборону доступу до власного акаунту, фактично заперечуючи сутнісний зміст права на свободу вираження поглядів? Якщо така фактична делегація допускається, то які стандарти прозорості додержання процедур та критерії обмеження доступу до інформації допускаються?

⁶¹ Seubert S, and Becker C (2021). The Democratic Impact of Strengthening European Fundamental Rights in the Digital Age: The Example of Privacy Protection 22 *German Law Journal* 32

Тут справа полягає у дуальній природі комунікації. Як відзначають Юрген Габермас і Клаус Гюнтер, комунікативна свобода може отримати двозначне розуміння, що складається з добровільного спілкування кожної людини та колективної свободи комунікативної спільноти⁶². Індивідуальна комунікативна свобода може бути досягнута лише в контексті, що характеризується взаємним інтересом сприяти, захищати та реалізовувати цю свободу для всіх інших. Спільнота вільних комунікацій, у свою чергу, залежить від індивідуальної комунікативної свободи своїх членів, хоча вона не може бути зведена до свободи як такої⁶³. Таким чином, усередині суспільства через засоби комунікації посилюються горизонтальні зв'язки і на перший план виходять певні алгоритми обробки метаданих, у чому сприяє штучний інтелект, що дає змогу переслідувати певну економічну, політичну чи соціальну мету.

Стосовно носіїв прав, то цілком очевидно, що межі приватності трансформуються, що пов'язано із середовищем комунікації кожного індивіда, який також несе певну долю відповідальності за те, яку інформацію він залишає внаслідок користування засобами комунікації чи навіть пошуковими системами. З точки зору економічних акторів зростає роль обробки такого роду метаданих для визначення певних пріоритетів свого розвитку та просування своєї продукції та/чи послуг на ринку. Такого роду інформація також стає актуальною для економічного шпіонажу та з боку спецслужб держави, що зумовлює посилення парламентського контролю за їх діяльністю (який в Україні, відверто кажучи, знаходиться чи не стані анабіозу). Так само різного роду відкриті дані про осіб стають корисними при веденні політичних кампаній (*Brexit* у Сполученому Королівстві) чи виборчих кампаній (президентські вибори у США (2016), України (2019), парламентські у Франції (2018)) та визначення порядку денного, зокрема з економічних питань.

Все це є свідченням посилення горизонтальних зв'язків у відносинах щодо творення правил і процедур, в яких знову значна роль належить

⁶² Jürgen Habermas, (1996) *Between Facts and Norms*; Klaus Günther (1996), *Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis*, 17 *Cardozo Law Review* 1035

⁶³ Christopher Parsons (2015), *Beyond Privacy: Articulating the Broader Harms of Pervasive Mass Surveillance* 3 *Media and Communication* 1.

приватним економічним акторам та інститутам громадянського суспільства. IT-сфера якраз є свідченням того, як ці правила формуються і яким чином тут трансформується роль держави, яка має посилюватися за рахунок парламентського контролю, незалежних регуляторів на відповідних сегментах ринку та безстороннього і незалежного правосуддя.

З точки зору здійснення правосуддя важливе значення мають вимоги належної правової процедури. Доктрина *due process* прийшла до українського права транзитом через практику Європейського суду з прав людини, яка включає більшість вказаних нижче елементів.

З точки зору матеріальної правової процедури слід зважати на критерії якості закону (юридичної визначеності, передбачуваності юридичних приписів, повноти/щільності правового регулювання, мінімізації прогалин та колізій у законодавстві тощо), певних вимог до адміністративної та судової практики, яка має відповідати засадам справедливості та поваги до прав людини, а також відповідним процесуальним гарантіям прав людини. Ці критерії мають значення для перевірки судами обґрунтованості актів публічної адміністрації в світлі доброго урядування (*good governance*).

Належна правова процесуальна процедура включає такі компоненти: 1) право бути заслуханим перед судом; 2) доступ до захисту; 3) змагальність і рівність сторін у процесі; 4) презумпція невинуватості і принцип довіри; 5) принцип дослідження і обґрунтованість судових рішень. Як правило, порушення цих засад є грубим порушенням вимог процесуального закону, що має слугувати підставою для перегляду рішень. Такого роду порушення підривають довіру до суду, оскільки вимога особи має бути розглянута судом на предмет наявності підстав щодо захисту стверджуваного порушення права. Зокрема, гарантії доступу до правосуддя включають такі елементи: 1) досудове вирішення спорів (яке може включати адміністративні процедури оскарження, арбітраж чи певні форми медіації); 2) безоплатна правова допомога особі, які в силу певних життєвих обставин її потребують; 3) розумні строки провадження; 4) оскарження судових рішень.

Зазначені вимоги закладають стандарти інклюзивного та демократичного процесу ухвалення рішень як носіями публічної влади, так

приватними особами, що важливо при формуванні правил або виконання контрактів, їх тлумачення чи забезпечення примусом. Особливо це має значення при алокації ресурсів та забезпечення заходів загального характеру, які стосуються економічних інституцій та соціальної інфраструктури. Тут слід виходити із мінімально достатніх стандартів життя, яким має відповідати гідне життя особи. Зокрема Верховний суд Канади у справі, що стосувалася правомірності запровадження системи медичного страхування, яка поєднувала державне і приватну схему страхування, виходив із засад пропорційності. Виходячи із емпіричного досвіду думка більшості схилилася до того, що запровадження приватного медичного страхування не призведе до погіршення послуг, що пропонуються за державною схемою. Хоча більшість звернулася до досвіду інших країн та інших канадських провінцій і стверджувала, що приватні та державні схеми можуть співіснувати, меншість протистояла тому, що цей досвід не може бути переданий без урахування особливостей Квебека⁶⁴. Таке поєднання державних та приватних механізмів соціального страхування розраховані на певні ринкову та соціальну інфраструктуру і передбачають певні форми взаємодії публічних і приватних установ, а також певну систему підзвітності та підконтрольності відповідних установ, що надають страхові послуги. Це питання зачіпає також проблематику мінімальних життєвих стандартів, які гарантувати людську гідність та вільний розвиток особистості, які у компаративній літературі характеризуються наступним чином:

«[Існує] універсальний набір матеріальних товарів та умов, які домогосподарствам та суспільствам необхідні, як мінімум, для подолання бідності та підтримки гідного життя для всіх. Ми виходимо за рамки існуючих показників як за обсягом, так і за специфікою. Голод — це не просто достатня кількість калорій, а достатня кількість вітамінів і мінералів. Притулок повинен мати достатній простір, міцну конструкцію, сучасні печі, опалювальне/охолоджувальне обладнання, освітлення, воду та туалети, доступ до Інтернету та громадського транспорту. Громади повинні мати школи та медичні клініки. Країни,

⁶⁴ Chaoulli v. Quebec (Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 791.

в свою чергу, повинні витратити достатні ресурси на фізичну інфраструктуру, охорону здоров'я та освіти, щоб забезпечити надання цих товарів та послуг. Жодна з цих систем не повинна генерувати забруднення повітря понад безпечний рівень. Кількості цих предметів слід уточнювати локально на основі методів участі та подальшого аналізу. Ці вимоги DLS (достатнього рівня життя) також є функцією сучасності — вони були визначені на основі сучасних технологій та норм, але з обережністю, включаючи лише ті, що мають доказову загальну привабливість.»⁶⁵

Соціетальний підхід також розширює методологічний інструментарій врегулювання економічної системи. На сьогодні домінуючими підходами є формально юридичний, який базується на юридичній гарантії економічних свободах та визначення ступеня втручання держави в економічні свободи. Іншим поширеним підходом є економічний аналіз права, який спирається на аналіз ефективності економічних інституцій та розподіл благ на тлі інституційного дизайну, зокрема щодо подолання бідності⁶⁶. Однак якщо це співмірювати із цінностями, ні перший підхід, який є індиферентним до їх зважування, ні другий через призму алокації ресурсів, не дають очевидних відповідей, про що буде більш детально розглянуто у розділі 6.1, присвяченому проблемам економічного аналізу права та гарантіям соціально-економічних прав. У свою чергу, як свідчить аналіз проблематики через призму теорії ігор, у перехідних економіках головну роль відіграють інституції — демократичний контроль і підзвітність, незалежність суду та підтримка громадської думки економічних реформ⁶⁷.

Згідно із правовим плюралізмом суб'єктами творення права окрім держави виступають також і інші актори. Так, ще в 1950-х років науков-

⁶⁵ Narasimha D. Rao (2018) Decent Living Standard: Material Prerequisites for Human Wellbeing 138 *Social Indicators Research* 242

⁶⁶ Niels Petersen and Emanuel V. Towfigh (2016) *Economic methods for Lawyers*. Edward Elgar Publishing 12-15

⁶⁷ Desai, Raj M. and Olofsgård, Anders, Constitutionalism and Credibility in Post-Communist Economies (March 2005). *Georgetown University School of Foreign Service Working Paper*, SSRN. URL: <https://ssrn.com/abstract=709144>

ці писали про трансформацію національного суверенітету під впливом транснаціональних корпорацій. Це зумовлює нові механізми творення правил і процедур, які складаються стихійно на ринку. Оскільки вони мають максимізуючий ефект для забезпечення балансу інтересів, то правила і процедури, які склалися у практиці їх діяльності, певною мірою визнаються публічною владою в особі держави чи наднаціональних або міжнародних організацій. Як відзначає Марко Дані, інтеграційні процеси в рамках ГАТТ/COT та ЄС змінюють природу таких відносин від державо-центричних до конституційно обслуговуючої економіки, яка передбачає як ринкову, так і соціальну інфраструктуру⁶⁸.

Криза національної державності у цьому контексті полягає, як це процес назвав Бруно Леоні, в інфляції законодавства. Він наголошує на тому, що писане право, себто *lotos*, набрало ваги після хвилі кодифікації та особливо в рамках ЄС, коли правові приписи почали носити суперечливий характер із притаманними йому прогалинами⁶⁹. Адже до цього звичайним інструментом вирішення питань служили конструкції, притаманні звичаєвому праву, римському праву та правилам ділового обігу. З юридичної точки зору, значну роль відіграють в умовах такої юридичної невизначеності саме принципи права, які застосовувалися юридичним співтовариством чи не з часів, коли сфера юриспруденції виділилася від етичних чи релігійних систем соціальних норм. У свою чергу, конституція як сукупність фундаментальних принципів права однаковою мірою поширюється на публічне право, що виражається у доктринах найвищої юридичної сили та горизонтального ефекту конституції. Наприклад, доктрина горизонтального ефекту конституції через призму конституційно конформного тлумачення законів розкривається для інтерпретації природи авторського права, публічного домену та свободи ліцензійних договорів⁷⁰. Це означає, що у разі різностороннього та поліваріантного

⁶⁸ Marco Dani. Economic Constitutionalism(s) in a Time of Uneasiness – Comparative Study on the Economic Constitutional Identities of Italy, the WTO and the EU Jean Monnet Working Paper 08/05 URL: <http://ssrn.com/abstract=1346995>

⁶⁹ Леони Бруно (2008) *Свобода и закон* (пер. с англ. В. Кошкина) Москва: ИРИСЭН 95 і наст.

⁷⁰ Koukal, Pavel (2019) *Autorské právo, public domain a lidská práva*. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita 271.

тлумачення приписів законодавчих актів мають застосовуватися лише той варіант тлумачення, який сумісний із конституційними цілями та принципами, а інші варіанти – відкидатися, як такі, що є джерелом свавілля та порушення прав людини. Такий інструмент тлумачення дозволяє враховувати різносторонні інтереси у суспільстві і перетворює право у нейтральний інструмент дистрибуції благ. Зокрема, набуває значення гарантії рівного доступу до ринку як в якості споживача, так і вибору роду професійної чи комерційної діяльності. Принцип заборони дискримінації у поєднанні зі свободою вибору професії чи роду занять тут відіграють чи не ключову роль. Для України у цьому відношенні відіграють роль впровадження стандартів верховенства права в управлінські рішення, соціально відповідального бізнесу та гармонізація законодавства та юридичної практики відповідно до Угоди про асоціацію із ЄС.

Висновки

Стандарти верховенства права закладають змістовну компоненту економічним системам, доброго урядування – інституційну складову, а засади пропорційності дають відповідь на питання на забезпечення балансу між приватними і публічними інтересами та зважування цінностей. Хоча тут існує певна дискусія про емпіричний підхід або наявність ієрархії між правовими цінностями, однак у своїй сукупності дані критерії дають змогу виділити різні типи економічних систем, яким притаманні відповідні моделі правового регулювання. Сьогоднішнім трендом є те, що законодавство, тобто писане право, не завжди встигає за динамікою економічних відносин, яким притаманні відносини еквівалентності та змагальності. У разі виникнення ситуації монополії чи домінування на ринку, необхідні механізми демократичної підзвітності і підконтрольності. Соціетальна модель економіки дозволяє забезпечити визначення сфери інтересів її акторів, сприяти у формулюванні справедливих правил гри на ринку на основі фундаментальних принципів права – поваги до людської гідності, свободи, рівності, демократичної підзвітності та підконтрольності.

Розділ 2.

ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕКОНОМІЧНИХ ІНСТИТУЦІЙ

Вступ

Як вже зазначалося вище, правове регулювання державою економічних відносин визначається дією трьох чинників: верховенством права, добрим урядуванням та засадами пропорційності втручання в економічні свободи з метою забезпечення економічного добробуту. Водночас це доволі абстрактна постановка питання, яка потребує свого аналізу через призму трансформації сучасної економічної системи та переосмислення функцій держави. У цій частині роботи буде розкрито основні параметри ефективності правового регулювання економічних інституцій.

У першій частині піде мова про вплив на трансформацію сучасної економічної системи епідемічного чинника у частині зміни правил і процедур, вимір економічних свобод через дилему ефективності та цінностей, диджиталізації та застосування штучного інтелекту у контексті свободи вибору професії, роду занять та структури зайнятості і економічної інфраструктури, а також кризи глобалізації, фрагментації світової економіки та впливу воєнного чинника в Україні. У другому підрозділі буде розкрито природу економічних інституцій та трансформацій через інституційний дизайн національної та глобальної економіки, співвідношення цінностей та інституцій, функцій держави в економічній сфері. Проблема перехідних економік та демократичної підзвітності присвячена третя частина роботи з точки зору економічного конституціоналізму, ролі концепту регуляторної держави, демократичної підзвітності у системі економічних відносин.

2.1. Чотири вершники переходу

Сучасна економічна система знаходиться у кризовому стані. Це також відбивається на її правовому регулюванні. Це пов'язано із чотирма комплексними проблемами. Серед таких можна виділити трансформацію функціонування економічних інституцій у зв'язку із пандемією коронавірусу, що викликало буквально параліч інститутів влади при запровадженні обмежувальних заходів на засадах пропорційності щодо економічних свобод. У свою чергу, від цього істотно страждають економічні свободи, оскільки державам слід змінювати акценти у їх правовому регулюванні у сторону попередження і запобігання економічних криз унаслідок зниження ділової активності у зв'язку із запровадження протиепідемічних заходів та пов'язаним із ним ефектом доміно в економічному циклі. Водночас, людство отримує шанс вирівняти ситуацію за допомогою штучного інтелекту, але тут кардинально слід вирішити питання із захистом персональних даних, нових конотацій у розумінні приватності та обробкою метаданих в інтересах економічного добробуту людей. Насамкінець, я розглядаю кризу глобалізації у зміщенні центрів перебігу економічних процесів, зокрема інтеграції у Тихоокеанському та Азійському регіонах та поновлення активності США у регіоні після поразки Дональда Трампа на президентських виборах; в Україні ця проблематика поглиблюється російсько-українською війною. Йде мова про трансформації, які докорінним чином змінюють існуючі економічні інституції і в Україні у світлі цих тенденцій слід пристосовувати власну правову систему.

2.1.1. Пандемія коронавірусу та соціальні паттерни. Цілком очевидно, що пандемія коронавірусу, яка розпочалася рівно рік назад, коли пишуться ці рядки, у китайському місті-мільйоннику Вухані, істотно вплине на зміст правил і процедур у майбутньому. Це також матиме і вже має доволі значний вплив на функціонування соціальних, політичних і економічних інституцій.

Однак карантинні заходи та інші обмеження свободи, пов'язані із пандемією, показали іншу сторону медалі низки винаходів людства,

зокрема в ІТ-сфері. Адже ці обмеження істотно змінюють соціальні паттерни, змінюють характер міжособистісних контактів. Напевно, воно може змінити низку ритуалів, які пов'язані із народженням, весіллям та похоронами, які є ключовими у житті будь-якої людини. Названі речі істотно впливають на характер і дух соціальних норм, в тому числі і правових норм. Вони можуть служити істотними чинниками зміни структури суспільства. Наприклад, як вказує Світовий банк вплив коронакризи на освіту буде відчуватися впродовж десятиків років, обмежуючи економічні можливості тих, кому не пощастило навчатися у цей складний час. За оцінками, втрати доходів через проблеми з освітою можуть сягнути 10 трлн доларів або майже 10% світового ВВП⁷¹.

Як свідчать економічні дослідження, сьогодні рівень життя навіть у Європі та Північній Америці впав за купівельною спроможністю у порівнянні із 1970 роками. Критерієм порівняння тут служить те, який період часу слід працювати людині, щоб купити житло, автомобіль тощо⁷². І така купівельна спроможність значно знизилася. Натомість розрив у рівні доходів між верхньою і нижньою десяткою все збільшився, а за математичними законами при подальших таких тенденціях цей розрив лише має зростати. Так само визнається, що збільшується розрив у індексі розвитку людини, що загалом обмежує доступ до ресурсів та соціальних послуг, хоча масштаби крайньої бідності зменшуються⁷³.

І що ми маємо на виході? Карантинні заходи та інші обмеження прав людини під час пандемії знижують рівень доходів, а більшість людей живе в орендованому житлі, що потім матиме непоправимі наслідки. Обмеження людських прав під час пандемії змушує працездатних жити в ізоляції без роботи, оскільки сучасна структура зайнятості пов'язана насамперед із сферою обслуговування. На певний час си-

⁷¹ Десятки мільйонів нових бідних, проблеми з освітою «на десятки років» — як COVID-19 змінює світ. *BBC News Україна*. 3 січня 2012. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/news-55520748>

⁷² Angus Maddison (2007) *Counturs of the World Economy 1-2030 AD: Essays in Micro-Economic History*. OUP Oxford.

⁷³ Доповідь про стан людського розвитку за 2019 рік. Огляд. (2019) *Програма розвитку ООН — UNDP* 3-6.

стема соціального страхування може захистити людей, які не можуть працювати у зв'язку із карантинном.

При пандемії, зокрема з COVID19, існує три виміри забезпечення балансу інтересів у суспільстві. *Перший* пов'язаний із застосуванням карантинних заходів, спрямованих на істотне обмеження свободи пересування, оскільки метою є захист людського життя. *Другий вимір* пов'язаний із одночасним обмеженням свобод та необхідності алокації ресурсів, які мають бути спрямовані на боротьбу із COVID19. *Третій вимір* полягає у збалансованості загальних заходів та доступності до загальних медичних послуг та боротьбою із конкретною епідемією.

Якщо ми говоримо про забезпечення епідемічної безпеки у контексті гарантій індивідуальної цілісності особи (пацієнта), то існує потрібне: 1) цілісність пацієнта та епідемічна безпека; 2) цілісність пацієнта та потенційна небезпека для невизначеного кола осіб; 3) цілісність і права пацієнта та доступ до медичного забезпечення інших категорій осіб балансування (зокрема, при COVID-19 принцип згоди пацієнта та доступ до медичних ресурсів може навіть виглядати як вирішення «дилема Бога»).

Обмеження прав і свобод в Україні були введені з міркувань епідемічної безпеки урядовими постановами №№ 211 та 392, які потім зазнавали неодноразових змін, однак щодо сутнісного змісту свобод так і не стали предметом конституційної перевірки. Воно викликало подальшу хвилю законодавчої інфляції, коли уряд далі продовжив продукувати сумнівні правові акти з точки зору конституційної легітимності.

Проаналізую рішення Конституційного Суду України № 10-р/2020, яке стосувалося конституційності Закону № 553-ІХ та постанови Кабінету Міністрів № 392. КСУ визнав неконституційними приписи частин першої, третьої статті 29 Закону № 294-ІХ зі змінами та абзацу дев'ятого пункту 2 розділу ІІ «Прикінцеві положення» Закону № 553-ІХ. Однак питання конституційності урядових актів він обминув, зробивши лише застереження загального характеру. Йшла мова про перевірку конституційності положень підпунктів 5, 6, 7, 14 пункту 3, абзацу шостого пункту 6 постанови Кабінету Міністрів № 392, пунктів 10, 17 Поряд-

ку здійснення протиепідемічних заходів, пов'язаних із самоізоляцією, затвердженого цією постановою, які зокрема передбачали обмеження низки основоположних свобод.

КСУ відмовився перевіряти конституційність цих положень підзаконних правових актів у зв'язку із втратою чинності актом, щодо якого порушено питання відповідності Конституції України.

Цей підхід Конституційного Суду є нікчемним з огляду на права людини та його позитивні обов'язки захищати права людини. Адже, не залежно від стану регулювання у статусному законі про цей орган, у світлі приписів статті 3 Конституції як орган державної влади КСУ має виконувати обов'язок щодо утвердження і забезпечення прав людини. Тому навіть у разі втрати чинності правовим актом, яким заподіяно шкоду правам людини, такий акт має стати предметом судової перевірки, бути визнаним неконституційним при наявності достатніх підстав, а заподіяна шкода має бути компенсована.

Власне кажучи, КСУ, на жаль, всупереч статті 8 свого статусного закону⁷⁴, яка містить вимогу безумовного конституційного перегляду правових актів, які належать до предмета його юрисдикції, попри навіть втрату ними своєї чинності.

Це породжує ситуацію юридичної невизначеності, оскільки такого роду чи аналогічні обмеження і надалі встановлюються урядом на підставі його постанов всупереч приписам статті 64 Конституції, які передбачають запровадження обмеження прав людини на підставі судового рішення на основі Конституції або шляхом оголошення надзвичайного стану в Україні чи окремих місцевостях. Оскільки формально КСУ не визнав такі дії неправомірними, насправді це провокує уряд і надалі ухвалювати антиконституційні акти, які атакують сутнісний зміст основоположних свобод, не запроваджуючи адекватних заходів у світлі позитивних обов'язків держави забезпечувати епідемічну безпеку людей.

Добре, що хоча би КСУ вказав у своєму рішенні засаду про обґрунтованість підстав для запровадження обмежувальних заходів з мотивів забезпечення епідемічної безпеки наступним чином:

⁷⁴ Про Конституційний Суд України: Закон України № 2136-VIII від 13.07.2017 р. *Відомості Верховної Ради України*, 2017, № 35, ст. 376.

«обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина є можливим у випадках, визначених Конституцією України. Таке обмеження може встановлюватися виключно законом — актом, ухваленим Верховною Радою України як єдиним органом законодавчої влади в Україні. Встановлення такого обмеження підзаконним актом суперечить статтям 1, 3, 6, 8, 19, 64 Конституції України».

Таке міркування в режимі *obiter dictum* (в якості додаткової аргументації рішення) дає формальну юридичну підставу для оскарження актів Кабінету Міністрів щодо запровадження обмежень з мотивів забезпечення епідемічної безпеки. І це сповна використовують органи місцевого самоврядування. Відсутність демократичної легітимації правил рано чи пізно закінчується колапсом національного правопорядку.

Необхідно наголосити на декількох методологічних засадах забезпечення балансування інтересів при запровадженні заходів у рамках епідемічної безпеки. Насамперед, слід виділити наступні рівні балансування при обґрунтуванні запроваджуваних заходів:

- а) абстрактний рівень — свобода індивіда і епідемічна безпека;
- б) баланс приватних і публічних інтересів — свобода індивіда і потенційна загроза життю і здоров'ю невизначеному колу людей при епідемії/пандемії/епізоотії;
- в) медична інфраструктура та доступ до медичної допомоги: принцип згоди пацієнта та доступ до медичних ресурсів («дилема Бога»).

У комплексі це виражає стандарти поведінки із індивідами при встановленні допустимих меж обмеження свободи пересування, поселення, зібрань, вибору роду занять. Якщо йде мова про ступінь реалізації індивідуальних свобод, то тут слід говорити про встановлення їх обмежень, оскільки самі по собі заходи по забезпеченню епідемічної безпеки означає їх обмеження. З точки зору конституційної систематики основоположних свобод єдиним легітимним засобом їх обмеження є процедура запровадження надзвичайного стану в Україні чи в окремих місцевостях. Це передбачає надання відповіді на три комплекси питань: 1) які свободи обмежуватимуться; 2) в якому обсязі обмежу-

ються свободи; 3) які позитивні обов'язки здійснює держави задля забезпечення балансу інтересів між свободою та безпекою індивіда. Це непрості питання, які потребують законодавчого оформлення і прискіпливого парламентського контролю, про що, до речі наголошував суддя КСУ Василь Лемак у окремій думці до рішення № 10-р/2020. Суддя КСУ Олег Первомайський при цьому наголосив у своїй окремій думці, що:

Відносини між громадянами, з одного боку, та державою й Урядом [у значенні системи урядування, влади загалом – М.С.] – з іншого, ґрунтуються вже не стільки на довірі, наскільки на прагматичному розрахунку перших отримати, зокрема, за сплати на користь держави податки, гідний адміністративний сервіс у спокійні часи та ефективний захист і гарантії – у періоди різного роду потрясінь. Будь-яке спотворення суті та змісту такого суспільного договору внаслідок бездіяльності Уряду чи вчинення ним помилкових або навіть незаконних рішень та дій є початком шляху руйнації цих відносин, кризи інститутів громадянського суспільства та самої держави.

Запровадження протиепідемічних заходів атакує насамперед економічні свободи, що потенційно може мати наслідком зниження ділової активності, яке може мати ефект доміно: знизиться економічна діяльність – знижуються доходи – зменшується база оподаткування – зменшується обсяг публічних фінансів – утворення дефіциту ресурсів для вжиття протиепідемічних заходів. Виходить зачароване коло.

Насправді, сьогодні не існує такого лінійного зв'язку, оскільки багато форм економічної активності відбувається у цифровій віртуальній формі, зокрема як проведення певних заходів чи продаж в режимі онлайн. Водночас, ці форми цифрової економічної активності наразі не мають ще вирішального впливу на структуру зайнятості населення – об'єктивно запровадження протиепідемічних заходів передбачає все ж таки зниження ділової активності населення. Тут урядові (як системи урядування загалом) слід прослідковувати основні тенденції у структурі зайнятості і розважливо та у розумних межах запроваджувати обмежувальні заходи задля епідемічної безпеки. Насамперед, згідно із

доктриною позитивних обов'язків уряд має дбати про збалансований розподіл публічних фінансів, які мають бути спрямовані на стимулювання новітніх форм ділової активності з точки зору епідемічної безпеки та поглибленого розвитку медичної інфраструктури і підвищення рівня попередження захворювань і боротьби з хронічними хворобами.

Це відчувається на суперечливих процесах у Європейському Союзі, який вживає загалом збалансованих протиепідемічних заходів, запровадивши Фонд COVID-оздоровлення, на який, наприклад розраховано асигнування у розмірі 750 млрд євро на 2021 рік. Хоча наразі цей процес блоковано Польщею та Угорщиною з міркувань «порушення засад верховенства права», однак консультації тривають щодо узгодження позицій всередині ЄС. Це доволі дражливе питання для ЄС ще з травня 2020 р. Ще в липні, лідери ЄС вперше домовились зібратися разом і зібрати майже 2 трлн євро, щоб витратити протягом наступних семи років, намагаючись оговтатися від фінансової кризи, спричиненої COVID-19. Тоді угода була прозвана «чарівним моментом» президентом Ради ЄС Шарлем Мішелем, який зазначив, що це «безпрецедентний» захід, оскільки доступ до фінансів буде обумовлений країнами, які дотримуються верховенства права⁷⁵.

Однак не все так просто було. Травневе рішення Федерального конституційного суду Німеччини підняло питання щодо алокації ресурсів на боротьбу із COVID-19 між національними державами та наднаціональним рівнем в рамках ЄС. Питання зачепило зміст принципу пропорційності та субсидіарності ЄС. Мається на увазі рішення Федерального конституційного суду Німеччини від 5 травня 2020 р. у справі щодо Програми надзвичайних закупівель в умовах пандемії.

ФКС Німеччини відрізняється особливим підходом при визначенні співвідношення між німецьким правом та правом ЄС та співвідношення права Ради Європи та німецьким правом. Одними із останніх рішень ФКС Німеччини⁷⁶ у цьому відношенні стало зміна у підходах щодо застосування права ЄС у сфері прав людини, запровадивши нові рамки

⁷⁵ EU budget blocked by Hungary and Poland over rule of law issue. BBC, 17.11.2020 URL: <https://www.bbc.com/news/world-europe-54964858>

⁷⁶ 1 BvR 276/17 and 1 BvR 16/13, Entscheidungen von 6 November 2019.

«паралельної застосовності» національних права та прав ЄС⁷⁷. По суті, ФКС Німеччини суто у руслі правового плюралізму застосовує своєрідні юридичні паралелі і дає у цій канві оцінку юридичним заходам інститутам ЄС, зокрема у світлі національних стандартів захисту прав людини. Це наклало свій відбиток на оцінку механізму алокації ресурсів в рамках ЄС щодо COVID-19 фонду (*PEPP – The Pandemic Emergency Purchase Programme*).

Програма надзвичайних закупівель пандемії (PEPP) є нестандартним заходом грошово-кредитної політики у відповідності з іншими нестандартними заходами, прийнятими Європейським центральним банком у період з 2010 по 2014 рік: Програмою ринків цінних паперів (SMP), Програмою прямих валютних операцій (OMT) та Пакет програм придбання активів (APP). До програми APP, яка є єдиною в даний час, входить Програма закупівель державного сектору (PSPP) для придбання облігацій, випущених державами-членами єврозони, визнаними відомствами, міжнародними організаціями та наднаціональними установами, розташованими в євроні. PEPP – це окремий і додатковий тимчасовий інструмент, який поєднує деякі особливості попередніх програм.

Спочатку обсяг PEPP становив 750 млрд євро. Однак 4 червня 2020 р. Рада керуючих ЄЦБ вирішила збільшити її на 600 млрд. Євро. Нинішній обсяг PEPP у розмірі 1350 млрд. Євро значно великий. Передбачається використати фінансовий пакет PEPP для придбання всіх категорій активів, які вже прийняті згідно з APP (тобто цінних паперів приватного та державного секторів). Крім того, PEPP також охоплює інструменти, випущені нефінансовими компаніями та боргові цінні папери із залишковим терміном погашення не менше 70 днів⁷⁸.

5 травня 2020 року Другий сенат ФКС Німеччини виніс рішення за конституційними скаргами щодо PSPP⁷⁹, всупереч рішення Палацу

⁷⁷ Dana Buckhardt. Backlash against the Court of Justice of the EU? The Recent Jurisprudence of the German Constitutional Court on EU Fundamental Rights as a Standard of Review. *German Law Journal* (2020), 21, pp. 1–18.

⁷⁸ Annamaria Viterbo. The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court: Throwing Sand in the Wheels of the European Central Bank. *European Papers*. 2020, vol. 5, pp. 671–685; pp. 674–675.

⁷⁹ 2 BvR 859/15.

правосуддя ЄС у справі *Weiss*⁸⁰. ФКС Німеччини підтвердив, що рішення Суду було визнано найвищим: під час оцінки пропорційності PSPP Палац правосуддя ЄС не взяв до уваги фактичний вплив програми на економічну політику, а також не здійснив «зрозумілого перегляду» щодо того, чи дотримувався ЄЦБ обмежень щодо свого мандату. Оскільки акти *ultra vires* не мають обов'язкової дії та не застосовуються в Німеччині, ФКС вирішив, що він має право провести власний огляд чинності програми PSPP. Тим самим, як зауважує Єнс Гілебранд Пол, ФКС кинув виклик принципу верховенства права ЄС та Палацу правосуддя ЄС як остаточного арбітра застосування його права⁸¹. Як зазначає Долорес Утріла, оскільки ФКС вказав на певні обов'язки Федерального уряду та Німецького федерального банку, на початку липня Ів Мерш, член Виконавчого комітету ЄЦБ, заявив, що ЄЦБ «підтримує Німецький федеральний банк у його співпраці з Федеральним урядом та Бундестагом», водночас нагадуючи, що ЄЦБ підзвітний лише Європейському парламенту і підлягає юрисдикції лише СЕС⁸².

У результаті конституційної перевірки ФКС Німеччини дійшов висновку, що, безумовно переслідуючи цілі монетарної політики PSPP, не враховуючи наслідків її економічної політики, ЄЦБ явно знехтував принципом пропорційності; у рішенні PSPP ЄЦБ не зміг збалансувати цілі монетарної політики з ефектами економічної політики, що впливають із програми. Таким чином виникло питання, чи тлумачення принципу пропорційності, яке здійснював Суд, та розмежування компетенції ЄСЦБ, що впливало з цього, не перевищило його судовий мандат щодо здійснення конституційної перевірки актів інститутів ЄС, які є наднаціональними, і наскільки це виправдано з точки зору паралельності застосування національних прав та прав людини ЄС⁸³.

⁸⁰ Weiss and Others C-493/17.

⁸¹ Jens Hillebrand Pohl. Emergency, security and strategic autonomy in EU economic regulation. *ERA Forum*, 2020, vol. 21, pp. 143–154; p. 144.

⁸² Dolores Utrilla. Insight: «Three months after Weiss: Was nun?» *EULawLive*, 2020, 5th August. URL: <https://eulawlive.com/three-months-after-weiss-was-nun/>

⁸³ Annamaria Viterbo. Ibid, pp. 678–679.

Попри такі елементи юридичної аргументації ФКС, що рішення Палацу правосуддя від 11 грудня 2018 р. (справа C-493/17), яке було винесено щодо PSPP, не має значення, оскільки воно, щодо принципу пропорційності, було незрозумілим (*schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar*) та *ultra vires*, тут слід виходити із звичайної практики діяльності інституцій ЄС та їх взаємодії із органами влади держав-членів ЄС⁸⁴.

Як зазначається у дослідженнях, наприкінці весни інституції ЄС стикнулися із подвійною кризою — кризою PSPP та кризи COVID-19, що мало наслідком необхідності перегляду застосування фінансових інструментів у рамках інститутів ЄС, насамперед з боку Єврокомісії та ЄЦБ. На відміну від застосування процедури секвестру публічних фінансів, тут стояло питання про алокацію ресурсів на розширення інфраструктурних проектів у рамках ЄС на фоні зростання суверенних боргів держав-членів (зокрема, Італії, Іспанії тощо) та необхідності розгортання заходів щодо подолання COVID-19.

З іншого боку, нечітка структурованість публічних фінансів та розмежування прерогатив ЄЦБ та національних банків держав-членів ЄС у здійсненні монетарної та інвестиційної кризи послужили джерелом кризового рішення ФКС Німеччини⁸⁵.

Це стало причиною конкуренції юрисдикцій ФКС та Палацу правосуддя ЄС. Зокрема, у своєму рішенні ФКС Німеччини наголосив на наступному:

По закінченню тримісячного періоду після рішення ФКС Німецький федеральний банк більше не матиме права брати участь у реалізації та виконанні Рішення ЄЦБ, якщо ЄЦБ не опише до кінця цього періоду

⁸⁴ Jens Rinze and Matthew Kirk. German Federal Constitutional Court Judgment of 5 May 2020 prohibits Bundesbank from participating in ECB's Public Sector Asset Purchase Programme. *Restructuring GlobalView. Worldwide Restructuring and Insolvency News*. 2020, 5 May. URL: <https://www.restructuring-globalview.com/2020/05/german-federal-constitutional-court-judgment-of-5-may-2020-prohibits-bundesbank-from-participating-in-ecbs-public-sector-asset-purchase-programme/>

⁸⁵ Sophie Bertin, Alexis Lautenberg, Marco Brand, and Roemer Sijmons. Judgement of the BVerfG dated on 5 May 2020: ECB's Public Sector Purchase Program. *Cov Financial Service*. URL: <https://www.covfinancialservices.com/2020/07/judgement-of-the-bverfg-dated-5-may-2020-ecbs-public-sector-asset-purchase-program/>

зрозуміло та обґрунтовано, що цілі монетарної політики, які переслідує PSPP, не є непропорційними щодо дії економічної та фінансової політики.

Федеральний уряд та Бундестаг повинні вжити активних заходів проти PSPP у його нинішній формі, зокрема повинні вжити заходів, спрямованих на те, щоб ЄЦБ здійснював покращену оцінку пропорційності.

Як реакція на рішення ФКС, Палац правосуддя ЄС вже 8 травня 2020 року заявив:

Для того, щоб забезпечити рівномірне застосування законодавства ЄС, юрисдикцією є лише Суд ЄС, який був створений з цією метою державами-членами. Постановити, що акт установи ЄС суперечить законодавству ЄС.

Водночас, я розглядаю цю ситуацію з точки зору природи субсидіарності та принципу *заборони ultra vires*.

Із ситуації є очевидним, що ФКС Німеччини давав оцінку щодо алокації ресурсів на рівні наднаціональних інститутів, хоча він намагався визначити наскільки була врахована позиція Німеччини при цьому, зважаючи на те, який вклад робить ця держава у публічні фінанси ЄС. Однак такі міркування складно обґрунтувати навіть через паралельне застосування національних прав та прав людини ЄС, як то нещодавно сформульовано у юриспруденції ФКС.

З точки зору доктрини принципу *заборони ultra vires* тут також доволі складно говорити про перевищення повноважень інститутами ЄС. Навіть якщо взяти у порівнянні рішення Апеляційного суду Англії та Вельсу по суверенним запозиченням України на фондовій біржі Дубліна у розмірі 3 млрд дол США, то тут ще менше ґрунту для прийняття такого рішення ФКС. Попри визнання того факту, що проти України вчинявся економічний тиск з боку Росії та прийняття рішення було допущено з порушенням принципу *заборони ultra vires*, Апеляційний суд Англії та Вельсу виходив із звичайної практики прийняття рішень урядом та профільним міністром фінансів щодо здійснення такого роду запозичень. Тобто суд визнав обставини перевищення ліміту суверенних запозичень понад визначені рамки у законі про державний

бюджет такими, що не мають істотного значення для вирішення справи, зважаючи на усталену практику розподілу публічних фінансів за результатами здійснення фінансових запозичень. У справі щодо запозичень українським урядом 3 млрд дол США шляхом розміщення облігацій на фондовій біржі Дубліна Апеляційний суд Англії і Вельсу вказав⁸⁶ наступне, що стосується предмета нашого дослідження в аспекті звичайної практики здійснення алокації публічних фінансів, зокрема їх залучення через певні фінансові інструменти на кшталт деривативів:

(1) Існує два типи повноважень, дійсні (actual) та очевидні (ostensible). Дійсні повноваження передбачають справжні відносини агентства, тоді як очевидне агентство описує ситуацію, коли одна особа (довіритель) своїми власними діями, словами чи поведінкою утримується від заперечення повноважень іншої особи (агента) прив'язувати довірителя до операції, яку агент претендував здійснити від імені довірителя. <...>

(7) Очевидне повноваження може виникнути за будь-яких обставин, за яких довіритель вважає агента таким, що має повноваження вступати у відповідну операцію від імені принципала.

Екстраполюючи такий підхід на ситуацію із подвійною кризою PSPP та кризи подолання COVID-19, питання алокації публічних фінансів та вжиття заходів не є предметом перегляду з боку ФКС. ФКС застосував неналежний юридичний інструментарій для оцінки цих заходів, оскільки він стосується відносин у рамках діяльності Єврокомісії та ЄЦБ, заходи яких є підконтрольні Європарламенту та Палацу правосуддя ЄС.

В Україні маємо протилежну ситуацію із питаннями контролю за заходами виконавчої влади щодо подолання COVID-19, оскільки парламентський контроль знаходиться у стані постійної летаргії, а судовий контроль здійснюється спорадично лише переважно судами загальної юрисдикції.

⁸⁶ *Ukraine v The Law Debenture Trust Corporation Plc* (Rev 1) [2018] EWCA Civ 2026 (14 September 2018), [2019] QB 1121, [2018] EWCA Civ 2026, [2019] 2 WLR 655, [2018] WLR(D) 583..

Таким чином, пандемії є своєрідним краш-тестом ефективності національних систем охорони здоров'я. Задовільна система забезпечення охорони здоров'я є сьогодні складовою у систематичі позитивних зобов'язань держави щодо захисту права на життя. Як засвідчує досвід боротьби із пандемією в Україні медична галузь працює із істотним напруженням. Такі складнощі обумовленні зі слабким інституційним і ресурсним забезпеченням законодавства, так і незначними асигнуваннями держави на медичну галузь. З урахуванням недостатності бюджетного забезпечення медичної галузі наразі так і не запроваджено загальнообов'язкового медичного страхування, що би диверсифікувало джерела доходів для галузі. Хоча, на перший погляд, тут немає кореляції із боротьбою із пандемією COVID19, але наявність диверсифікованої системи фінансування медицини полегшило би алокацію ресурсів для боротьби з пандемією.

При обмеженні ресурсів слід використовувати наявну економічну кризу як привід для зміни самої структури національної економіки. Основним інструментом для держави тут є держзамовлення та певні ліберальні режими для малого і середнього бізнесу, оскільки у цій сфері значна частка самозайнятого населення, якому не є сенсу платити соціальні допомоги, а відповідні кошти можна спрямувати на подолання пандемії. З урахуванням фактичного стану війни з Росією, це би дало змогу дати поштовх національній економіці також і через військові замовлення на суміжні галузі економіки. У зв'язку зі змінами у структурі зайнятості, зокрема, за рахунок дистанційного виконання певних видів робіт, буде змінено трудове законодавство, яке має бути зацентровано на гарантування доходів працівників, які б гарантували гідне життя та право людини на її вільний розвиток. Через систему публічних закупівель держава може стимулювати розвиток інноваційних напрямків національної економіки, що сприятиме її зростанню на стратегічну перспективу.

2.1.2. Економічні свободи: від ефективності до цінностей. Яким чином вимірювати ефективність економічних свобод? Добробутом? Економічним достатком? Потужною національною економікою? Здійсненням свобод? І так, і ні.

Свідченням дії економічних свобод є проблематика криптовалют, яка передбачає систематику схвалення дій інших учасників системи для підтвердження певної трансакції з активом. Водночас наразі криптовалюти волатильними за своєю природою і для неї потрібна специфічна інфраструктура, відмінна від традиційних бірж чи інших торговельних площадок, на яких визначається ціна на сировину, товари чи послуги. Це проблематика пов'язана із штучним інтелектом та цілепокладанням у рамках ШІ, а також зважуванням цінностей, серед яких є і свобода контрактів. Тому, як на мене, цікавим буде досвід Китаю щодо впровадження власної криптовалюти YuanPayGroup⁸⁷. Оскільки сама по собі система взаємного ствердження трансакцій на ринку криптовалют є децентралізованою і передбачає делегування, це потенційно закладає міну вповільненої дії у систему тотального стеження громадян, як це вже у КНР впроваджено у провінції Сінцзянь проти уйгурів⁸⁸, а також спроби впровадження системи соціального рейтингування громадян.

З точки зору права питання лежить у площині юридичної визначеності і належних судових гарантій економічних свобод. Зокрема, з урахуванням позиції Аарона Барака, техніка обходу невідгінних юридичних позицій мислима у площині ефективності захисту прав людини або/та подолання інституційних проблем, які породжують істотні порушення права. Згідно з критерієм розумності слід виходити із практичної корисності правових приписів, які мають ефективно і дієво захищати сутнісний зміст основоположних свобод. Тут слід мати на увазі нормативний та інституційний аспекти прецедентного права — міркування юридичної визначеності та стабільності судової практики як запорука єдності юриспруденції. Однак коли має місце суперечлива судова практика, то слід надавати перевагу рішенням із практичною користю з урахуванням стандарту захисту прав людини.

⁸⁷ Shen Haixiong. China Officially Backs a Cryptocurrency and Established It as Their Official Coin. *Forbes*, January 9, 2021. URL: <https://greatfidelio.com/who-is-watching/>

⁸⁸ China has transformed Xinjiang into a 'mass detention camp' — UN. *WorldWatchMonitor*. September 3, 2018. URL: <https://www.worldwatchmonitor.org/coe/china-has-transformed-xinjiang-into-a-mass-detention-camp-un-committee/>

Згідно зі Звітом про стан верховенства права в ЄС за 2020 рік⁸⁹ визнаються чотири опори (*pillars*) верховенства права у ЄС, які мають відповідати критеріям ефективності та міцності (*robust*):

Верховенство права вимагає створення екосистеми, що базується на повазі до незалежності судової влади, ефективної антикорупційної політики, вільних та плюралістичних засобів масової інформації, прозорого та якісного публічного урядування та вільного і активного громадянського суспільства.

Це означає значне розширення контексту верховенства права, оскільки, як зазначала Анна Петерс, корупція атакує насамперед права у сфері освіти та охорони здоров'я, що у світлі сьогоденної ситуації є чи не найістотнішим чинником розвитку соціальних і правових інституцій. За таких умов забезпечення верховенства права залежить від демократичної підзвітності і підконтрольності влади, а також доброго урядування.

З точки зору обґрунтованості втручання держави у здійснення економічних свобод має значення розмежування здійснення політики та правового регулювання, що можна продемонструвати на прикладі визначення цін на ринку енергетики. Існує **різниця між політикою та формуванням правил, створенням правових норм, тобто правотворенням. Конституційна формула про визначення правового режиму права власності означає те, що з цих питань Кабінет Міністрів є зв'язаним законом**. Правові засади цінової політики означає можливість Кабінету Міністрів забезпечувати призначення керівників ЦОВВ, які не входять до складу Кабінету Міністрів, та забезпечують виконання механізму визначення цін на основі закону.

Закон може визначати загальні правила встановлення цін. Закон безсилий для встановлення самих цін, оскільки сама по собі ціна не є нормою права — нормою права є правило, яким визначається механізм встановлення цін на певний товар, послугу. В умовах ринкової економіки це досягається за допомогою трьох інструментів: уста-

⁸⁹ 2020 Rule of Law Report «The rule of law situation in the European Union».

леної ділової практики укладання договорів, типових договорів або через регуляторні акти незалежних державних агентств-регуляторів. Тому Верховна Рада не може безпосередньо визначати ціни і тарифи, зокрема і на електроенергетику. Це є порушенням поділу влади. Закон може встановлювати загальні засади визначення цін і тарифів, що насамперед полягає у розподілі компетенції у системі публічної адміністрації між органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування, між незалежними державними регуляторами та ринковими платформами (біржі, фондові ринки), а також визначення порядку встановлення цін і тарифів, який має відповідати критеріям належної правової процедури. Про це також наголошував Конституційний Суд, зазначивши таке⁹⁰:

Невідомою частиною реалізації засад політики ціноутворення в державі є визначення механізму та конкретних органів, на які покладено обов'язки щодо забезпечення виконання політики в цій сфері.

В одному зі своїх попередніх рішень Конституційний Суд наголосив, що Верховна Рада визначила свою цінову політику у вигляді Закону про ціни і ціноутворення⁹¹:

Цінова політика, тобто стратегія держави щодо встановлення і зміни цін, є однією із складових частин внутрішньої економічної і соціальної політики держави. Конституційне повноваження Верховної Ради України на визначення засад цієї політики реалізоване нею, зокрема, у Законі України «Про ціни і ціноутворення», який сформулював основні принципи встановлення і застосування цін і тарифів та організації контролю за їх дотриманням на території України.

У свою чергу, Закон про ціни і ціноутворення⁹² встановлює, що сферою його регулювання охоплюються «відносини, що виникають у процесі формування, встановлення та застосування цін Кабінетом Міністрів України, органами виконавчої влади, органами, що здійснюють

⁹⁰ Рішення КСУ № 2-рп/2000

⁹¹ Рішення КСУ № 2-рп/99.

⁹² Про ціни та ціноутворення: Закон України № 5007-VI від 21.06.2012 р.

державне регулювання діяльності суб'єктів природних монополій, <...> а також здійснення державного контролю (нагляду) та спостереження у сфері ціноутворення» (стаття 2 Закону).

Закон може регулювати загальні принципи визначення цін і тарифів, як от: граничні (верхні чи нижчі) межі, які можуть вираховуватися у кратному чи відсотковому відношенні до середньозваженої ціни на ринку; яка інституція є відповідальною за встановлення цін; чи віддавати вирішення цього питання органу публічної влади чи керуватися рівнем цін на ринкових інституціях (біржі, фондові ринки тощо); механізм підзвітності та відповідальності інституцій, які встановлюють ціни і тарифи; система співвідношень та градацій між різними категоріями товарів і послуг, на які встановлюються ціни і тарифи.

При розмежуванні понять цінової політики та правового регулювання слід також мати на увазі конституційні форми здійснення політики Верховної Ради, інструментами якої у сенсі положень статті 85 Конституції (пункти 4-6, 8, 11 частини першої) є:

- (а) заслуховування щорічних і позачергових послань Президента про внутрішнє і зовнішнє положення України;
- (б) розгляд і схвалення Програми діяльності Кабінету міністрів;
- (в) затвердження Державного бюджету та внесення змін до нього, контроль за його виконанням, прийняття звіту щодо його виконання;
- (г) затвердження загальнонаціональних програм економічного, науково-технічного, соціального розвитку та програм охорони довкілля.

Таким чином, здійснення політики та законодавчого регулювання полягає у тому, що при здійсненні політики парламент забезпечує взаємодію з іншими інститутами влади та ухвалює документи програмного характеру, на основі яких можуть ухвалюватися і закони. Наприклад, схвалена парламентом програма діяльності уряду може істотно вплинути на законодавчу діяльність, оскільки уряд може вносити законопроекти на основі і на реалізацію власної програми діяльності. Закон визначає конкретні сфери правового регулювання, визначають правила та процедури. У свою чергу, Верховна Рада ухвалює рамкові

законі, про які у статті 92 Конституції йде мова як встановлення «за-сад», «основ», «правового режиму» тощо, а також звичайні закони, які мають відповідати критеріям повноти і щільності правового регулювання і вони не потребують для належного застосування ухвалення регуляторних актів.

2.1.3. Диджиталізація економіки і штучний інтелект. Ключовим питанням тут є забезпечення приватності, зокрема персональних даних. На сьогодні багато соціальних платформ та програм використовуються для збору персональних даних з метою просування на ринку певних товарів і послуг. При цьому існує небезпека маніпулювання рівнем споживання тими товарами і послугами, які за звичайних умов, не складали для конкретного споживача певну цінність. Це питання напряму пов'язано із обмеженістю та справедливістю розподілу ресурсів. Тут доволі парадоксально ми виходимо до питання правового регулювання штучного інтелекту (ШІ), яке лише стоїть на порядку денному. Спеціаліст з проблем ШІ Макс Теґмарк пов'язує її вирішення не лише із питаннями приватності і захисту персональних даних, а також із проведенням наукових досліджень у цій сфері та ступеня правового регулювання у світлі свободи інформації і захисту приватності, надання прав машинам (наприклад, безпілотним автомобілям чи роботам)⁹³. Цю проблематику зачіпав вітчизняний правознавець Дмитро Гудима щодо етичних аспектів законів роботехніки, де за основу беруть три відомі закони фантаста Айзека Азімова⁹⁴.

Однак в останні часи цього визнається недостатнім, що пов'язано із розумінням свідомості та здатностями зважувати цінності, що є важливим при ухваленні рішень. У цьому контексті ключовим є питання про контроль за ШІ, щоб він виконував потрібні людям речі. У плані правового регулювання це пов'язано із остаточним схваленням рішень, що приймається ШІ. Якщо на ринку праці машини істотно ви-

⁹³ Макс Теґмарк (2020) *Життя 3.0. Доба штучного інтелекту*. Київ: Наш формат 134-136.

⁹⁴ Дмитро Гудима (2010) Деякі новели в інтерпретації поняття «суб'єкт права»: абсурдні чи перспективні? 2 *Право України* 82-87.

тіснять людину, виникає питання забезпечення не настільки зайнятості людей, наскільки їх доступу до ресурсів. Тобто ця проблема загрожуватиме поглибленням подальшого розшарування населення і поглиблення несправедливості. У принципі, ШІ дасть змогу більш раціонально використовувати ресурси, однак тут виникає питання щодо розподілу благ, зважаючи на кардинально інакшу структуру зайнятості населення та питання забезпечення контролю щодо розподілу благ чи делегування таких прерогатив від людей ШІ. Вже на сьогодні ШІ дозволяє оперувати та аналізувати метаданими про споживачів і формувати таргетну рекламу для просування ринку певних товарів і послуг, формувати логістичні ланцюжки, а також в умовах обмежень, пов'язаних із захистом здоров'я населення під час пандемії, забезпечувати поставку товарів та надання послуг. Це вже вносить доволі істотні зміни у структуру зайнятості населення та формування нових ніш у структурі зайнятості та професійних навичок на ринку праці. Відповідно це вносить істотні зміни у зміст трудових контрактів та договірну практику. Сфера економічних свобод за рахунок цього розширюється, оскільки ієрархічне за природою державне регулювання істотно відстає від цих реалій життя.

Із ШІ також потенційно трансформуються соціальні системи, зокрема ієрархія та системи розподілу повноважень у складних управлінських системах на кшталт держави чи вищих форм інтеграції. Як зазначає Макс Теґмарк⁹⁵:

Щоб не дати нечесним гравцям зіпсувати успішну співпрацю великої групи, усім може бути вигідно передати частину влади на вищий рівень ієрархії, який каратиме шахраїв.

Згідно з теорією ігор Неша і Моргенштерна конфлікт та суперництво має негативний ефект для обидвох сторін (ситуація lose-lose), а кооперація дає вигравний ефект (ситуацію win-win). У майбутньому розробка ресурсів буде залежати від ШІ, оскільки енергетика людством згідно із законами фізики використовуються вкрай неефективно. Тому стоятиме питання про делегування/передачу влади на більш високі ступені влади,

⁹⁵ Макс Теґмарк (2020) *Життя 3.0. Доба штучного інтелекту*. Київ: Наш формат 186.

досяжним для нашого розуміння яким тепер виступає наднаціональний Європейський Союз із його внутрішніми суперечностями, сильними сторонами та інституційними вадами. Дещо нижче ми побачимо, яким чином співвідноситься конфронтаційна та кооперативна модель співпраці у межах ЄС, яка лише є підтвердженням цих висновків.

Як тут може зарадити держава? На моє переконання, тут спроба державного регулювання правил лише призведе до юридичної інфляції, яка супроводжується прийняттям численних правових актів, які суперечать та входять у колізії один із одним. Це є станом юридичною невизначеності, що суперечить засадам верховенства права та поваги до гідності та прав людини. Тому слід державі звернути уваги на надання якісних сервісів у рамках доброго урядування та належної правової процедури.

Загальною тенденцією при використанні ШІ стає поглиблення децентралізації та переміщення акцентів у відносинах публічного урядування із відносин ієрархії та субординації на горизонтальні зв'язки. Про це наголошується футурологами, а також у юридичній доктрині та юриспруденції. Зокрема, футурологи наголошують на тому, що здатність ШІ оперувати та аналізувати метаданими дозволяє трансформувати систему публічного урядування на горизонтальні зв'язки, внаслідок чого існують перспективи функціонування мережевого урядування (*networked governance*)⁹⁶. Про засади трансформації державного суверенітету у певну мережу ще раніше писала Ен-Марі Слотер⁹⁷. У юриспруденції це виражається у доктрині горизонтального ефекту дії основоположних прав і свобод, відповідно до якого засади рівності та еквівалентності, добросовісності, розумності та збалансованості однаковим чином діють і в приватноправових відносинах⁹⁸. Загалом, на-

⁹⁶ 2021-2030. Чоловіки й жінки чи 71 вид статі. *Укрінформ*, 08.01.2021. URL: <https://www.ukrinform.ua/amp/rubric-technology/3166982-20212030-coloviki-j-zinki-ci-71-vid-stati.html>

⁹⁷ Anne-Marie Slaughter (1985) *A New World Order*. Princeton University Press, 368 p.

⁹⁸ P. Alston (ed) *Non-State Actors and Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2005); Gavin Phillipson. The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper? *The Modern Law Review* Vol. 62, No. 6 (Nov., 1999), pp. 824-849; Lottie Lane (2018). The Horizontal Effect of International Human Rights Law in Practice. 5 *European Journal of Comparative Law and Governance* 5 5-88.

працьовано достатньо доктринальних поглядів та юридичних позицій судів щодо вирішення балансу і щодо співвідношення вертикальних і горизонтальних зв'язків в організації влади та відносин приватних та публічних суб'єктів у правовідносинах. Слід наголосити, що цю доктрину взяв на озброєння і Конституційний Суд України при розгляді справи Козлова⁹⁹, в якій констатував практику надання споживчих кредитів банками під високі проценти, з різними штрафами, пенями, неустойками з максимальним розтягуванням у часі рішення про стягнення заборгованості як нерозумну, недобросовісну, несправедливу та дискримінаційну, зобов'язавши Верховну Раду внести відповідні зміни у законодавство щодо введення граничної межі розміру стягнень по зобов'язаннях фізичних осіб, як це встановлено для юридичних осіб (до цих пір парламент так і не виконав це рішення КСУ).

З іншого боку, оперування метаданими та її обробка ШІ, зокрема із маркетингового позиціонування та просування, потребує захисту персональних даних, що зокрема впроваджено в ЄС у General Data Protection Regulation¹⁰⁰. Відповідно із цим Регламентом персональні дані, які використовуються при обробці метаданих, підлягають анонімізації і має бути забезпечено найвищий ступінь рівня приватності за замовчуванням. Однак якщо дивитися на процес оприлюднення індивідами певних персональних даних у соціальних мережах отримуємо явище розмивання меж приватності та публічності, оскільки таке розміщення приватних даних є актом вільного волевиявлення їх носія. Так само поведінка користувача мережі інтернет автоматично призводить до його обробки даних, оскільки як провайдер, так і оператор мережі, володільці браузеру та інших ІТ-платформ можуть обробляти певні дані про цю особу як споживача і сформулювати певну поведінковий портрет такого індивіда. Такі дані є не лише об'єктом консьюмерського інтересу, він також використовується і в політичних цілях. Обробка метаданих за поведінковими моделями користувачів у мережі інтернет стали однією із важливих складників у кампанії Brexit у Сполученому Королівстві, на президентських виборах у Франції та США, а також

⁹⁹ Рішення КСУ № 7-рп/2013 від 11.07.2013 р.

¹⁰⁰ GDPR; Regulation (EU) 2016/679

в Україні, як і на парламентських виборах у Франції. Суть полягала в тому, на підставі обробки персональних даних користувачів інтернету виборча аудиторія опрацьовувалася таргетно під час виборчої кампанії переважно через різного роду популістичні гасла. На порядок денний виходить здійснення державою позитивних обов'язків.

З точки зору позитивних обов'язків держави щодо кримінально-правової охорони має бути забезпечений розумний баланс між приватністю та публічним інтересом при розслідуванні кіберзлочинів. Зокрема, цю легітимну мету переслідує законопроект № 4003, який передбачає надання можливості правоохоронцям, у тому числі прокурору, застосовувати такий захід забезпечення кримінального провадження, як термінове збереження інформації під час досудового розслідування кіберзлочинів. Законопроект дає можливість під час проведення обшуку законним чином діставати доступ до комп'ютерних систем, які розташовані за межами місця проведення обшуку, долати системи логічного захисту, отримувати інформацію про особливості функціонування комп'ютерних систем і застосовані щодо них заходи захисту¹⁰¹. Також поступово в Україні обговорюються шляхи запровадження застосування ШІ при здійсненні судочинства, щодо чого навіть виробила певні пропозиції Вища рада правосуддя¹⁰².

Інша проблема, пов'язана із ШІ, як зазначають Реймонд Курцвайл та Макс Тегмарк є дилема створення суперлюдини. Зокрема Курцвайл у своїй книзі «Наближення сингулярності» внаслідок формування супер-ШІ, який здатний самовідтворюватися і самовивантажуватися, можлива така ступінь інтеграції машини та людини, що може виникнути своєрідна каста суперлюдей, яка запровадить сувору стратифікацію в суспільстві та стане незрозумілою для переважної більшості людей¹⁰³. Однак, швидше ШІ буде тяжіти до самовивантажуватися, що людство

¹⁰¹ Альона Кауфман. «Петя» більше не страшний. *Закон і бізнес*. 2020. № 52(1506). URL: https://zib.com.ua/ua/print/146213-u_kpk_mozhut_zakripiti_pravo_slidchogo_na_terminove_znyattya.html

¹⁰² Вперше в Україні штучний інтелект замінить суддю *Закон і бізнес*. 10.02.2021. URL: https://zib.com.ua/ua/146665-vpershe_v_ukraini_shtuchniy_intelekt_zaminit_zhivogo_suddu_.html

¹⁰³ Ray Kurzweil (2005) *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*, New York: Viking Penguin, 602 p.

переважно буде використовувати певні системи контролю та визначатиме певні форми делегування функцій ШІ у залежності від їх складності та масштабів завдань. Тому кардинальним питанням є розуміння співвідношення між ШІ та свідомістю, що пов'язано, на думку Тегмарка, із вирішенням трьох питань: 1) як ШІ розумітиме цілі людства; 2) як ШІ сприйматиме цілі людства та 3) як ШІ дотримуватиметься наших цілей¹⁰⁴. Загалом, це є постановка питання про здатність ШІ зважувати цінності, які лежать в основі формулювання правил та інституцій. Оскільки доволі складно визначати та постановляти, що пов'язано із обробкою певного масиву інформації, доступ до якої обмежено, то постановка цілей навіть для ШІ є обмеженою, оскільки попри їх постановку, ШІ все рівно ці цілі буде коригувати з отриманням нової інформації, про що власне свідчить і людська історія та типові поведінкові паттерни людства.

Що ми отримуємо у результаті з точки зору права? Проблема сингулярності ШІ цілком лежить у площині юридичних гарантій економічних свобод, які здійснюються на засадах пропорційності та субсидіарності, про що вище вже писалося через приклад делегування повноважень від людей до ШІ на прийняття рішень. Так само стосовно постановки цілей, оскільки цей процес потребуватиме кореляції, тому не уникнути взаємодії між ШІ та людством. З точки зору зайнятості та розподілу ресурсів, тренд до розширення сфери надання послуг та осмислення змісту певних процедур набуватимуть все більшого значення, але значне коло професій залишиться без змін, про що лише свідчить історія людства. Однак це значно трансформує роль трудового права та трудових контрактів, особливо на фоні просто ренегатного КЗпП.

2.1.4. Криза глобалізму та фрагментація світової економіки. Сучасна світова економіка, яка зародилася у XVI-XVII століттях внаслідок індустріальної революції¹⁰⁵, сьогодні у стані кризи і проходить трансформацію. Криза глобалізму сьогодні пов'язується зі зміщенням цен-

¹⁰⁴ Макс Тегмарк (2020) 315.

¹⁰⁵ Иммануил Валлерстайн (2001) *Анализ мировых систем и ситуация в современном мире*. Санкт-Петербург: Изд-во «Университетская книга» 109 і наст.; Фернан Бродель (1998) *Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм. XV-XVIII ст.* В 3-х т. Т. 3. Час світу. Київ: Основи.

тру розвитку від економік ліберально-демократичного спрямування світу Заходу до економік із поглибленим адмініструванням у країнах Азійсько-Тихоокеанського регіону (АТР). При цьому під час президентства Дональда Трампа ми спостерігали не посилення лібералізації національної економіки у США, що ніби стало загальним місцем у розмірковуваннях, а скоріше, як на мене, це звернення до консервативної моделі. Зокрема, саме Дональд Трамп у 2017 році рішуче відмовився ратифікувати яку угоду про Транстихоокеанського партнерства (ТТП) – договір про торговельну лібералізацію між країнами АТР (окрім Китаю) та США. Загалом ядро електорату Трампа поділяє скоріше консервативні цінності, аніж ліберальні. Це верифікується через міграційне питання, відкритість національної економіки, ставлення до світових інтеграційних процесів, а також через ступінь інклюзивності процесу ухвалення рішень. Поступовий дрейф США у сторону консерватизму, який видавався більшості як посилення лібералізації, очікувано тепер буде змінюватися до більш центристського підходу при новообраному президентові Джо Байдені. При цьому, як свідчить перебіг пандемії COVID-19, у США існують істотні проблеми у соціальній інфраструктурі – медичного забезпечення, загальній освіті, соціальному захисту, які потребують трансформації у цій країні.

Якщо говорити про тенденції розвитку економіки ЄС, то залишаються чільною економічною потугою, за визначенням Імануїла Валлерстайна, державою-світом, Унія на сьогодні перебуває в інституційній кризі та осмисленні структури публічних фінансів та їх цільового спрямування. Це цілком знайшло свій відбиток на кризі затвердження механізму алокації ресурсів в рамках ЄС щодо COVID-19 фонду у рамках Програми надзвичайних закупівель (*PEPP – The Pandemic Emergency Purchase Programme*). Так само, доволі інертно інституції ЄС реагували на економічну рецесію 2007-2008 років, що призвело до «просідання» економіки цього наднаціонального об'єднання. Адже досвід ЄС критично є важливим, оскільки на сьогодні саме в Унії йде процес трансформації влади у своєрідне поєднання відносин ієрархії та гетерархії, що базується на визнанні національних правових традицій та правопорядку Унії, заснованого на спільних правових цінностях і принципах.

АТР набуває все більшого значення, оскільки в ньому сьогодні також розпочалися процеси інтеграції у цьому регіоні. Здається, що на зміну АСЕАН, яка була основою інтеграції у Південно-Східній Азії та в Океанії приходить нове інтеграційне об'єднання. 15 листопада 2020 року, після восьми років переговорів у місті Ханой, В'єтнам, було підписано угоду про вільну торгівлю (Угоду про всебічне регіональне економічне співробітництво, *RCEP – Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement*) в АТР. RCEP охоплює десять країн АСЕАН (Асоціації держав Південно-Східної Азії) – Сінгапур, В'єтнам, Індонезію, Малайзію, Лаос, Таїланд, Філіппіни, Бруней, Камбоджу та М'янму – і п'ять їхніх ключових торговельних партнерів: Австралію, Нову Зеландію, Китай, Японію та Південну Корею, формуючи об'єднання, на яке припадає третина світового ВВП, RCEP спрямована на створення нових торговельних та інвестиційних можливостей через єдині та зрозумілі правила для експортерів товарів. Так, угода передбачає поступове зниження митних ставок на товари та послуги і впровадження чіткого алгоритму визначення походження товарів¹⁰⁶. Поряд зі зменшенням мит, RCEP сприяє зниженню так званих нетарифних бар'єрів для торгівлі, зокрема, шляхом створення єдиних технічних, санітарних та фітосанітарних правил. На відміну від Транстихоокеанського партнерства RCEP знижує тарифи лише на 80% товарів (замість 90% за ТТП). У цьому інтеграційному об'єднанні вирішальну роль відіграватиме КНР, хоча стримуючу роль можуть зіграти принаймні Австралія, Нова Зеландія, Південна Корея та Японія. Порівняно із ТТП, RCEP має менш детальні та амбітні положення щодо транскордонної торгівлі послугами. Вочевидь, підписантів цієї угоди насторожив негативний досвід інтеграції в рамках ТТП, який був зупинений волюнтаристськи президентом США Трампом.

Ці три гравці – США, ЄС та АТР (RCEP) – є визначальними для обрисів майбутньої економіки, які виражають явище глокалізації, тобто формування регіональних наднаціональних об'єднань чи функціонування самодостатніх держав на кшталт США чи КНР. Наскільки КНР може визначати

¹⁰⁶ Марина Рабінович. Нова азійська зона вільної торгівлі: що це означає для США, ЄС та України. *Економічна правда*. 20 листопада 2020. URL: <https://www.eurointegration.com.ua/experts/2020/11/18/7116657/>

порядок денний RCEP, визначить майбутнє, однак, на мою думку, це може призвести до істотних трансформацій самого Китаю у сторону більш відкритого суспільства та руху економіки у сторону певної соціальної моделі. У цій системі координат для України має чинник російський фактор. Загалом, у відносинах РФ Україна позбавляється поступово постколоніальної спадщини, що насамперед полягає у наразі відтворення олігопольної структури національної економіки із доволі вузьким спектром диверсифікації окремих її сектором, що пояснюється невисокою інституційною спроможністю Антимонопольного комітету та іншими регуляторними органами. Також істотно на ці відносини впливає чинник війни має доволі істотний вплив на економічні інституції. Слід також наголосити, що ще до російсько-української війни, яка триває з 2014 року, РФ неодноразово застосовувала інструменти, які є складниками економічної війни. Нагадаю лише про них: газові війни (2005/2006, 2009/2010, 2013), неодноразові ембарго на різні товарні позиції протягом 2013 року і не тільки у ключових сферах економіки України (труби, кондитерська продукція, цукор, молочні, м'ясні продукти тощо) напередодні підписання Угоди про асоціацію з ЄС. Нещодавно Європейський суд з прав людини, визнавши прийнятною скаргу України проти РФ, вказав на те, що ще протягом 2010-2013 років ця країна перебувала військовою структурою до ведення більш агресивної військової політики, що вилилося в анексії Криму, над яким РФ взяла повний контроль в ніч з 26 на 27 лютого 2014 р.¹⁰⁷

Зокрема це проявляється в стані інституційної підтримки оборонно-промислового комплексу йде значна частка ресурсів із публічних фінансів. Як свідчить аналіз, не існує прямої кореляції, що ОПК може стати драйвером економічних та політичних реформ¹⁰⁸. Навпаки, одним із тригерів виборчої президентської кампанії у 2019 році стало публічне обговорення проблеми використання публічних фінансів державним концерном «Укроборонпром», що також стало чинником невдачі чинного на той час Президента Петра Порошенка. Загалом на цілі оборони видатки у Державному бюджеті зростали з початку військових дій:

¹⁰⁷ *Ukraine v Russia (Re Crimea)*, App. nos. 20958/14 and 38334/18 [GC] 21 January 2012.

¹⁰⁸ Резнікова Н., Панченко В. (2020) Військовий бюджет. *Дзеркало тижня*, 29 вересня. URL: <https://zn.ua/ukr/economic-security/vijskovij-bjudzhet.html>

2018 – 74 млрд грн, 2019 – 102,4 млрд грн, 2020 – 117,6 млрд грн. За проектом Державного бюджету на 2021 рік передбачається видатків у сфері національної безпеки і оборони 267 млрд грн із загальної обсягу видатків у 1.350 млрд грн. Наразі держава не виробила свого бачення, чи розглядати ОПК в якості кластера для трансформації національної економіки та впровадження відповідних реформ чи хоча би впровадження прозорих механізмів підзвітності у сфері публічних фінансів. Хоча виклик військової загрози України та необхідність поновлення територіальної цінності мало би стимулювати перетворення у політичних та економічних інституцій, які би були спрямовані на досягнення сталого розвитку суспільства та конкурентоспроможної економіки.

Економічні війни твердо увійшли в арсенал підривної діяльності проти держав, яких розглядають як потенційних суперників на світовому ринку, або для зниження обороноздатності держав, які розглядаються в екзистенційному, майже за Карлом Шміттом, сенсі як ворог. Загалом, Україна входить у світову систему колективної безпеки, основу якої наразі складає нерозповсюдження ядерної зброї та стримування розширення звичайних видів озброєння. Запорукою цьому слугували і слугують положення Будапештського меморандуму 1994 р., в якому взамін ядерного роззброєння Україні надавалися гарантії щодо недоторканності її суверенітету і територіальної цілісності з боку США, Великої Британії та Російської Федерації, до яких пізніше приєдналися Франція разом з КНР. Відповідно до його положень у разі здійснення економічного тиску на Україну можуть бути задіяні механізми консультацій із державами-гарантами. Однак жодного разу Україна не скористалася цими механізмами у ході економічних воєн між Україною та Росією, які ініціювалися 2006 та 2009 роках останньою з приводу ціни купівлі-продажу природного газу та умов транзитної поставки трубопроводами через територію України у європейські країни. Ці випадки і так само неодноразове здійснення економічного ембарго і, насамперед, напередодні підписання Україною Угоди про асоціацію з ЄС слід розглядати як форми економічного тиску, що було грубим порушенням РФ умов Будапештського меморандуму. Однак всі ці речі пов'язані з економічною спроможністю держави, тобто її можливістю

гарантувати економічні свободи, захищати добросовісну конкуренцію, забезпечувати економічний баланс у зовнішній торгівлі та контролювати належний рівень суверенних запозичень. З цієї точки зору існують потенційні асиметричні загрози на національну економічну систему, кінцевим об'єктом якої служитиме саме державний суверенітет і спроможність держави самостійно впроваджувати власні рішення.

Важливими складниками юридичного механізму економічної безпеки держави є конкурентоспроможність національної економіки, ступінь гарантованості економічних свобод, гарантії права власності та додержання контрактів, структура зовнішніх запозичень та платіжного балансу держави.

Економічні війни мають інституціональний та глобальний аспект. Інституціональний аспект полягає в структурі (олігопольній чи конкурентній) національної економіки, ступені її відкритості, гарантіях економічних свобод, ефективністю захисту конкуренції та обмеження монополізму. При веденні економічних воєн, як правило, використовують олігопольну структуру економіки та орієнтацію збуту власних товарів і послуг із контрагентами на зовнішніх ринках. Такою інституціональною проблемою, яка частково існує і сьогодні є переважно сировинна структура економіки України та її зав'язаність на ринки РФ, що давало змогу російському уряду використовувати економічні ембарго на певні товарні позиції та шантажувати цінами на енергоносії для ухвалення українським урядом вигідних рішень для РФ. Для цього використовувалися інституції та традиційні зв'язки всередині України, які залишилися після колапсу Радянського Союзу та їхні мережі як своєрідних агентів впливу, як на рівні прийняття законів, так і ухвалення рішень публічною адміністрацією з економічних питань, зокрема, щодо приватизації державного майна чи блокування процесу його приватизації або зловживань задля концентрації ресурсів у власних руках.

Говорячи про роль цих структур у подальшій приватизації державного майна та створення нових політичних структур, з цього приводу Л. Бруст і Д. Штарк пишуть так¹⁰⁹:

¹⁰⁹ David Stark and Laszlo Bruszt (eds.) (1998) *Postsocialist Pathways: Transforming Politics and Property in East and Central Europe*. Cambridge University Press. 300 p.

«Сильні мережеві структури є важливим ресурсом, проте не можна сказати, що вони не несуть в собі виділених проблем. Вони можуть бути як утвореннями, що забезпечують розвиток, так і шукають свою вигоду групами розкрадачів державної скарбниці, що гальмують економічний розвиток. При яких умовах досить сильні держави можуть визнавати координаційний потенціал щодо сильних мережевих структур, не обтяжуючи при цьому держави і зміцнюючи його можливості здійснювати ефективний моніторинг цих самих мережевих структур?».

Ержебет Салаї писала про те, що трансформація власності державних підприємств, що розпочалася в Угорщині за декілька років до 1989 року, була продиктована прагненням управлінців дати поштовх процесу «спонтанної приватизації». Цей тип економічної реструктуризації не привів до створення нових ресурсів, навпаки — він дозволив зайняти стратегічно вигідне положення елітам отримати колосальну вигоду від операцій з іншими великими компаніями і комерційними банками¹¹⁰. Елемер Ганкіш відзначав, що

«управлінці... гарячково перетворюють довірені їм державні компанії в акціонерні товариства ... Вони діють як квазівласники, отримуючи непомірно високі бонуси і пільги, купують за низькими цінами акції в своїх власних компаніях і навіть організовують власний приватний бізнес»¹¹¹.

До речі, аналіз цих авторів свідчить про джерела зародження корупції в Україні, становлення її як соціального та економічного інституту після колапсу Радянського Союзу, як своєрідної протизваги надмірному дирижизму держави в економічні процеси. Водночас через вказані мережеві структури РФ з використанням корупції формує різні канали впливу на прийняття управлінських рішень і навіть актів законодавства України.

¹¹⁰ Erzsebet Szalai (1991) Integration of Special Interests in the Hungarian Economy: The Struggle Between Large Companies and the Party and State Bureaucracy 15 *Journal of Comparative Economics* 290–303.

¹¹¹ Elemer Hankiss (1990) *East European Alternatives*. Oxford: Clarendon Press.

У аспекті глобалізації економічні війни мають за мету зберегти традиційно вигідне орієнтування національних ринків на глобальних акторів, що використовується для проникнення заінтересованих транснаціональних корпорацій (ТНК) на національні ринки та здійснення впливу на процес ухвалення юридичних рішень певної держави. Це виливається у використанні суверенних запозичень в якості інструменту впливу на характер законодавства та урядових рішень, прикладом чого є справа за позовом трастової компанії *The Law Debenture Trust Corporation PLC* про стягнення боргу розміром 3 млрд. дол. США з України. Використання стану платіжного балансу країни може використовуватися в якості шантажу з метою впливу на зміст правових актів і тим самим рівень їх суверенності істотно знижується.

Слід також мати на увазі використання ІТ у мережі даркнет, а також поступову тенденцію до використання криптовалюти, зокрема, як гарантію виконання певних зобов'язань, реалізацію яких може забезпечуватися через виконання певного алгоритму команд, які забезпечують проведення фінансових трансакцій на їх виконання. Наприклад, Bitcoin як криптовалюта ґрунтується на децентралізованій системі розподілу на зашифрованих електронних ресурсах, що потребує спеціального програмного забезпечення із відповідним секретним кодом доступу (блокчейн, тобто такий протокол самовиконуваного коду в майбутньому може замінити юристів, бухгалтерів, консультантів і банкірів), в якій генеруються трансакції з обміну цієї зашифрованої інформації, що дає змогу накопичувати відповідну криптовалюту на криптогаманцях її володільців. Уряд не може ефективно контролювати цю децентралізовану системою, яка є фактично паралельною системою певних фінансових взаємозаліків між володільцями криптогаманців і певною мірою нагадує собою фінансові піраміди. Тим самим біткойни виступають в якості грошових ресурсів і використовуються як засіб обміну і платежів. Ця криптовалюта, яка є вельми волатильною і не забезпеченою певними якимось активами, фактично є технологізованою спробою реалізації ідеї лібертаріанців про відсутність потреби у центральному національному банку, що належить державі і що валюту можуть продукувати приватні особи.

На тлі процесів глобалізації Україні слід розширяти свої економічні пріоритети, не обмежуючись лише ринками ЄС та цілями євроінтеграції. На Сході зароджуються серйозні інтеграційні процеси, із провідними гравцями якого Україні слід і налагодити співробітництво. Як свідчить аналіз у наведеній публікації із переважною більшістю потужних та потенційно зростаючими азійськими економіки, за деякими винятками, в Україні негативне торгове сальдо¹¹². Хоча це питання, на перший погляд, ніби опосередковано стосується правового регулювання економічних, однак воно насправді є свідченням стану економічних свобод та інституційної спроможності держави. А це є якраз питанням права.

Насамкінець, глобалізація полягає у формуванні нового економічного порядку, в основі якого лежить поєднання приватноправового та ієрархічного механізму творення правил і процедур. Наразі досвід свідчить, що в основі формування таких правил переважав приватноправовий механізм творення, зокрема у договірному праві, корпоративному праві, вирішення комерційних спорів, у сфері ІТ тощо. Від активності держав та наднаціональних об'єднань, тобто ієрархічної структури, залежить творення певних інституцій, які визнають такі правила і процедури та забезпечують гарантії рівного розвитку суб'єктам комерційних відносин. Глобалізація і є на те глобалізацією, щоб формувати певні універсальні правила, які наповнюються певним змістом у національних правопорядках з урахуванням їх інституційної та процедурної компоненти.

2.2. Економічні інституції та трансформації. У цій частині я зосереджу увагу на ціннісному та інституційному вимірі економічного конституціоналізму та особливостях його становлення у перехідних демократіях. Тут не тільки проблема первинності курки і яйця, а питання зумовленості змісту інституцій цінностями, оскільки цінності спрямовують цілі функціонування інституцій. Вони можуть програмувати діяльність учасників економічної системи та визначати роль держави як дистриб'юто-

¹¹² Георгій Ерман. Величезні можливості. Як Азія може змінити долю України. *BBC News Україна*. 20 грудня 2020. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/features-55173910>

ра благ в економічній системі. Зокрема, Імануїл Валлерстайн вбачає у можливості будувати стратегію, заснованій на рівності та демократії, Фрідріх Гаєк на економічних свободах як основі економічного порядку, а Дарон Аджемоглу та Джеймс Робінсон більше звертають увагу на інституційні компоненти економічної системи.

2.2.1. Інституційний дизайн: національна та глобальна економіки. Дарон Аджемоглу та Джеймс Робінсон пояснюють відмінність економічних інституцій у Північній та Латинській Америках різними підходами у колонізації Американського континенту англійцями та іспанцями¹¹³. Різниця полягає в тому, що іспанці для швидкого оволодіння запасами срібла та золота брали у заручники правителів місцевих держав ніби налагодження із ними дипломатичних стосунків під час переговорів і методами шантажу добивалися своєї мети. Потужні срібні рудники Потосі були побудовані на системі розподілу робочої сили між іспанцями фактично на рабській основі через інститут *encomandero*, які були сконцентровані у міті — ареалі близько на 500 тис. км. навколо Потосі. І різниця в економічному укладі земель, які були в складі міти, та інших земель відчувається і донині і не на користь перших.

Натомість, у Північній Америці процес пішов інакше — срібла і золота не виявили, форми соціальної співпраці між індіанцями були на вищому ступені на відміну від імперій-деспотій інків та ацтеків. Коли англійці заснували Джеймстаун у 1607 році у цих місцях існував союз із 30 держав Повгатан, де вже існували механізми запобіжники концентрації влади. У зв'язку із обмеженістю ресурсів та інакшим соціальним структурам індіанців використання їх у якості рабської сили було неможливим. Тому землі було передано у право користування кожному колонізаторові 50 акрів землі. Кожна колонія мала губернатора та асамблею, а при наявності інституційної основи — шерифів і мирових судів — існували гарантії верховенства права. Попри визнання на той час рабства як природного стану, все одно це питання стало предметом дебатів щодо представництва південних штатів, що пізніше втіли-

¹¹³ Дарон Аджемоглу, Джеймс Робінсон (2020). *Чому нації занепадають. Походження влади, багатства та бідності*. Київ: Наш формат 11-35.

лося у сумнозвісну формулу про 3/5 голосу у тексті Конституції США 1787 року.

Таким чином традиції верховенства права і підзвітності та підконтрольності влади дозволяють формувати більш відкриті та конкурентні економічні інституції. Як справедливо зауважував Аннерс, при формуванні інститутів державності відіграє доступ до ресурсів, що впливає на переважання договірних або консенсуальних засад у творенні права¹¹⁴. Тут виходить як би ситуація навиворіт, оскільки воно зумовлено підходом колонізаторів до місцевих жителів та формування доступу до природних ресурсів. В іспанців це виразилося із самого початку шляхом заручництва та поневолення місцевого населення у підневільний стан у формі *encomandero*, а в англійців — у перших спробах налагодження торговельних стосунків та формування певних економічних структур та інституцій. Тут також важливу роль відіграє якраз підзвітність і підконтрольність та існуючі вимоги верховенства права¹¹⁵, які дозволяють формулювати справедливі правила і процедури, які лежать в основі реалізації економічних свобод.

Тепер оглянемо наші рідні простори, Україну. Серед таких інституцій, які кардинально впливають на економічний публічний порядок, я би виділив декілька ключових речей.

Інститут залежного стану кріпосництва, як би воно не парадоксально звучало, знайшов свою реанімацію у Речі Посполитій, коли Західна і Центральна Європа поступово про нього забула. Ключовим чинником цього стала епідемія чуми 1346-1353 років, яка отримала назву Чорної смерті. Разом з епідемією прийшла також зміна клімату, що стало причиною неврожаїв та голоду. Це мало наслідком підвищення вартості робочої сили і використання підневільної праці стало економічно не вигідним, а тому інституції на кшталт кріпацтва втратили свій сенс. Натомість, Річ Посполита через років двісті реанімує кріпацтво, оскільки через цей інструмент експлуатації залежного селянства переважно через екстенсивні методики вирощування зернових, забезпечує

¹¹⁴ Аннерс Е. (1994) *История европейского права*. Москва: Наука 397 с.

¹¹⁵ Фукуяма Френсіс (2018) *Витоки політичного порядку. Від прадавніх часів до Французької революції*. Київ: Наш формат 269-314.

експорт зернової продукції через порт Данцига. Така ресурсозалежна економіка, яка подібна до сьогодношньої моделі російської економіки, призвела до стагнації і політичного порядку цієї союзної держави і наклало свій відбиток на сучасний економічний устрій України.

Розберемося чому?

Нагадаю, що Радянський Союз, до складу якого входила маріонеткова УРСР майже повністю відтворила ліквідоване кріпацтво у 1861 році у вигляді колгоспного устрою. Слід наголосити також на тому, що жителі села, як то було заведено при кріпосницькому укладі, до 1974 року не могли виїхати за межі села. Саме у 1974 році, тобто через рік після мого народження, у селах лише розпочали населенню видавати паспорти. По суті, система колгоспів була системою поневолення і упослідження людської гідності. Протягом майже тридцяти років незалежності України відповідні соціальні паттерни зберігалися у формі накладання мораторію на купівлю-продаж земель сільськогосподарського призначення. Також сюди слід віднести проблематику забезпечення повсюдності територіальних громад, оскільки значне число земель не було передано в управління місцевих громад задля повного розвитку місцевого самоврядування. Існування проблем у введенні земельного кадастру, ведення обліку операцій із нерухомістю та гарантій непорушності контрактів та справедливості правосуддя згідно із засадами верховенства права, лише поглиблювали ці інституційні вади. Тому на сьогодні маємо специфічну структуру економіки на ринку землі, де має місце, як і в часи Речі Посполитої значна концентрація земельних ресурсів у невеликого числа власників – на зміну магнатам прийшли крупні агрохолдинги.

Звідси інші корені проблеми інституційного дизайну економічної системи в Україні – її олігопольна структура, тяжіння до монополізму та різноманітних практик зловживання домінуючим положенням на ринку, завершуючи рейдерством. Саме по собі, домінуюче положення на ринку не є неправомірним, оскільки воно може виражати розвиток та технологічну перевагу певної корпорації на ринку, як то є з тими ж Amazon, Google, Microsoft тощо. Однак при цьому мають існувати певні запобіжники, які спрямовані на нормальне функціонування ринку.

2.2.2. Цінності та інституції. Тут ми приходимо впритул до питання про співвідношення цінностей та інституцій при правовому регулюванні. Я вже однієї зі статей давав огляд основних моделей втручання держави в економічні свободи¹¹⁶ і тут слід додати, що на ці моделі накладають свій відбиток система цінностей. Етос в економічній діяльності відіграє значну роль, про що писали Джеймс Бюкенен, Макс Вебер, Фрідріх фон Гаек, Томаш Седлачек, Йозеф Шумпетер¹¹⁷. Хоча зазначені автори по різному ставляться до питань цінностей, однак ціннісні орієнтири та установки можуть мати вирішальне значення для ухвалення рішень, що має значення для правового регулювання економічних процесів. Однак система цінностей передбачає їхнє балансування у площині економічна свобода – економічний добробут і це доволі витончена система прийняття правових актів та юридичної аргументації. Як писав Макс Вебер, етика заощаджень та підприємливості, які розглядалися як моральні чесноти у протестантів дали змогу забезпечити конкуренції на ринку та високий ступінь доходів у порівнянні із представниками інших конфесій, що видно на компаративному аналізі ефективності економічних систем країн Півночі та Півдня Європи. Відповідно до цих засад формувалася спочатку цехова корпоративна культура, яка потім стала основою корпоративного права, зокрема у Німеччині, про що підкреслює Френсіс Фукуяма¹¹⁸.

Якщо зважати на історичний розвиток української державності, то необхідно зважати на доволі істотні традиції боротьби традицій парламентаризму та авторитаризму. Однак на фоні нерозвиненості політичних структур, такі відносини знаходяться на стадії патрон-клієнтелізму. У силу цих відносин певна політична структура забезпечує просування

¹¹⁶ Савчин М. (2018) Конституційна економіка та основні моделі втручання в економічні свободи 5 *Право України* 13-29

¹¹⁷ Buchanan, James M. (1977) *Freedom in Constitutional Contract: Perspectives of a Political Economist*. College Station: Texas A&M University Press; Макс Вебер (2018) *Протестантська етика і дух капіталізму*. Київ: Наш формат; Томаш Седлачек, (2017) *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи* Львів: Вид-во Старого Лева 2017; Ф. А. фон Хайек, (2006) *Право, законодавство, свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики* Москва: ИРИСЭН; Йозеф А Шумпетер, (2011) *Теорія економічного розвитку. Дослідження прибутків, капіталу, кредиту, відсотка та економічного циклу* Київ: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія».

¹¹⁸ Фукуяма Френсис (2004) *Доверие*. Москва: АСТ, Ермак 342-359

своїх членів на керівні посади, які розглядаються як джерела доступу до розподілу обмежених ресурсів. Такі практики накладаються на інститут «кормління», який укорінився у публічній адміністрації завдяки російським впливам. Клієнтелізм та кормління є системою просування «своїх» людей по кар'єрній драбині у публічній адміністрації, формування відповідного етосу та правил адміністрування. Також клієнтелізм є практикою купівлі-продажу певних брендів громадських організацій та брендів, що доволі активно спостерігається на теперішніх муніципальних виборах. Така система відбору та просування службовців призводить до надмірного регулювання національної економіки, що знижує ділову активність. Як зазначав Ернандо де Сото, надмірне регулювання ринку нерухомості та обліку операцій на ньому призвело до того, що наприкінці минулого тисячоліття у Перу біля 70 % нерухомості було в тіні¹¹⁹. Цим пояснюються у зростанні трансакційних видатків, що може буквально паралізувати легальну економічну діяльність¹²⁰, заганняючи її у тінь. На виході ми маємо джерело корупції, оскільки вона тоді відіграє роль соціального інституту для обходу діловими колами бюрократичних рогаток. У свою чергу, клієнтела, яка зорієнтована на кормління, лише чекає такої реакції від ділових кіл. Виходить зачароване коло: дирижизм — корупція — економічна несвобода.

Для цього мають значення інституційна спроможність держави. Інституційну спроможність держави слід розглядати через права людини, які послужили об'єктивним критерієм підходу КСУ у висновку від 30 липня 2015 року. У контексті економічних свобод та економічної системи, інституційна спроможність держави полягає у забезпеченні рівних можливостей у здійсненні економічних свобод, для чого мають бути організовані відповідні інституції та процедури. Зокрема, у субстантивно-матеріальному сенсі критерій економічних свобод визначає перевірку конституційних законопроектів на предмет:

- належного здійснення державою негативних і позитивних обов'язків щодо забезпечення доступу приватних осіб до пев-

¹¹⁹ Ернандо де Сото (2009) *Загадка капіталу. Чому капіталізм перемагає лише на Заході і ніде більше*. Київ: Ніка-Центр 36-43.

¹²⁰ Coase Ronald (1960) The Problem of Social Cost. 3 *Journal of Law & Economic*

них матеріальних і духовних благ, їх законних інтересів щодо самовизначення як індивіда;

- інституційних складових функціонування владних інститутів, заснованих, зокрема, на повазі до людської гідності, недопущення дискримінації та свавілля через поділ влади та засади саморегулювання, ініціативності, доступу до управлінських послуг;
- процедурних складових державності, до яких належать засади довіри, належного розслідування та розгляду всіх істотних обставин справи, заслуховування зацікавлених осіб, змагальності у процесі, права на оскарження рішень, принципу *res judicata*.

У системному зв'язку такі компоненти визначають зміст інститутів, процедур і правил. Їхнє сутнісне наповнення забезпечується: обґрунтованими судовими рішеннями, судовий активізм виправданий міркуваннями підвищення захисту економічних свобод; забезпечення прийняття передбачуваного та якісного законодавства; наближеністю, прозорістю і демократичною підзвітністю публічної адміністрації; збалансовану систему стримувань і противаг; можливість своєчасно, оперативно і ефективно захистити національний суверенітет і територіальну цілісність України, економічний добробут населення та економічну безпеку.

2.2.3. Функції держави та економіка. Джон Лок виділяє три основні функції держави — оподаткування, регулювання та модифікації правил відповідальності¹²¹. У свою чергу, держава має насамперед компенсувати збитки, заподіяні приватній власності у разі здійснення правового регулювання, оподаткування та зміни правил відповідальності¹²². При цьому, як сформулював у своїй юриспруденції Конституційний Суд України запровадження таких заходів має відповідати засадам пропорційності, тобто *«обмеження прав і свобод людини і громадянина є*

¹²¹ Джон Лок (2004) *Два трактати про врядування*. Київ: Основи

¹²² Richard A Epstein (1985) *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*. Harvard University Press 93, 95.

допустимим виключно за умови, що таке обмеження є домірним (пропорційним) та суспільно необхідним»¹²³.

Така матриця відносин зумовлює раціональність вибору, заснованого на забезпеченні балансу інтересів. Однак такий баланс впирається у проблему обмеженості ресурсів. Тому конституційна економічна теорія так і не може дати відповіді на проблему легітимності конституційних обмежень. Частковою спробою подолати такий недолік є анти-монопольне законодавство, починаючи від Акта Шермана, який передбачив повноваження прокуратури США щодо переслідування фактів картельної змови трестів на ринку, що призводило до монопольного становища на ринку та обмеження свободи договору. У світлі такого досвіду в Україні слід кардинально змінити підходи у забезпеченні економічних свобод. При цьому важливими є інструменти досягнення суспільної згоди щодо засад правового регулювання економічної системи, співвідношення недержавних акторів та незалежних державних регуляторів в економічній системі, гарантій стабільності контрактів та незалежності й безсторонності правосуддя. Цілком слушно Томаш Седлачек наголошує на тому, що лібералізм не надає очевидної відповіді щодо етосу економічної діяльності та ідеї саморегулювання ринку, які насправді є взаємодоповнюваними¹²⁴. Згідно із доктриною соціетального конституціоналізму я тут дам спробу пояснити, які шляхи існують для подолання згаданих двох інституційних проблем для національної економіки України і які потенційні виклики існують для неї.

При проведенні економічних реформ у перехідних суспільствах слід вирішувати фундаментальні завдання – побудова інститутів ринку та соціального захисту, які є слабко розвинутими в авторитарних та традиційних суспільствах. Такі суспільства характеризуються атомізацією, тобто низьким рівнем суспільної координації та інтеграції. Згідно із теорією ігор формування правил, які б забезпечували консенсус та високий рівень ділової активності, за таких умов є складним і навіть неймовірним процесом, оскільки вони потребують значну координацію зусиль учасників економічних відносин. Це пов'язано з тим,

¹²³ Рішення КСУ № 29-рп/2009 та № 3-рп/2015.

¹²⁴ Томаш Седлачек, *Економіка добра і зла*.

що формування легітимних правил ґрунтується на доступі до інформації, можливості на цій основі досягати згоди щодо взаємовигідних умов реалізації свободи економічної діяльності. Як свідчить емпіричний досвід, досягнення згоди щодо взаємовигідних правил поведінки ґрунтується на максимізуючому підході, який у кінцевому результаті дає змогу сформулювати правила, що визначають конкретні механізми забезпечення балансу інтересів між суб'єктами економічної діяльності. Доволі складно це пояснити з точки зору раціональності поведінки, оскільки цілепокладання конкретного учасника може входити у суперечність із економічною системою, що зачіпатиме публічний економічний порядок. На перший план тут виходять додержання державою стандартів верховенства права, доброго урядування та пропорційності при повазі до економічних свобод.

Тому метою економічних реформ є забезпечення соціальної інтеграції у сфері економічної реформи, яка має бути забезпечена належними правилами, процедурами та інститутами економічної системи на засадах відкритості інформації та доступу до ресурсів. Соціальна інтеграція у рамках економічної системи досягається завдяки сталого розвитку, що зумовлено обмеженістю в ресурсах. Необхідною умовою цього процесу є становлення «економічного громадянства», побудованого на засадах раціональності, вільної ініціативи, індивідуальної мобільності з урахуванням можливостей та якостей, соціальної інтеграції з його обов'язками та відповідальністю задля зростання добробуту, формування об'єднань задля участі в економічній діяльності¹²⁵. Соціальна інтеграція досягається завдяки забезпеченню добробуту та гарантій реалізації економічних свобод як невід'ємної складової свободи розвитку особистості, що забезпечується конституційними засобами (стаття 23). За таких умов свобода розсуду уряду й адміністрації має бути обмежена розумними рамками виключно на основі закону як результату консенсусу в суспільстві. Ступінь втручання публічної влади у сферу економічної свободи має бути збалансованими і не посяга-

¹²⁵ Jayasuria Kanishka (2006) Economic Constitutionalism, Liberalism and the New Welfare Governance. In: *The Neoliberal Revolution: Forging the Market State*, London: Palgrave Mac-Millan 5-6.

ти на сутність її змісту. Тому при проведенні економічних реформ є виправданим формування інститутів економічної системи, які мають неухильно слідувати економічним правилам і процедурам і володіти достатньою свободою саморегулювання, оскільки економічні процеси за своєю природою є динамічними і не можуть підлягати надмірному законодавчому регулюванню¹²⁶.

В останній час говорять про звуження ролі держави. Про відмирання ролі держави говорить Імануїл Валлерстайн¹²⁷, про «обмежену державу» вказує архітектор економічних реформ у Польщі Лешек Бальцерович¹²⁸. При цьому слід наголосити на авторитетності висновків Бальцеровича, оскільки закладена ним економічна основа Польщі дала змогу витримати рецесію 2007-2010, коли економіка країни на відміну від інших держав-членів ЄС зберегла позитивну динаміку, хоча і дещо сповільнилася. Ще більш радикальну позицію посідає Роберт Нозік, згідно з яким має існувати «мінімальна держава», яка обмежується «функціями захисту всіх громадян від насильства, крадіжок і шахрайства, а також наглядом за додержанням контрактних зобов'язань»¹²⁹. Насправді можуть використовуватися різні моделі втручання держави, які ми вже розглянули вище. Однак при цьому найбільш характерним має стати перерозподіл повноважень згідно засад субсидіарності та пропорційності. А принцип субсидіарності імпліцитно включає гарантії економічних свобод, зокрема свободи підприємницької діяльності та вибору роду занять, які й так є предметом атак з боку надмірного дирижизму урядів і які мають захищатися судами.

2.3. Перехідна економіка та демократична підзвітність. Тепер людська цивілізація перебуває на стадії переходу до четвертої стадії свого роз-

¹²⁶ Савчин М.В. (2012) Економічний конституціоналізм і Конституційний Суд України. 4 *Юридична наука* 327-38.

¹²⁷ Иммануил Валлерстайн (2001) *Анализ мировых систем и ситуация в современном мире* 387 і наст.

¹²⁸ Лешек Бальцерович (2007) *Навстречу ограниченному государству*. Москва: Новое издательство 13 і наст.

¹²⁹ Robert Nozick (1974) *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books 26

витку. Раніше розвиток цивілізації поступальні переходи до (i) осілого життя з його аграрною революцією до так званого (ii) осьового часу, коли виникла етика, релігія і юриспруденція та завершуючи (iii) індустріалізацією, якому відповідали засади ієрархії її побудови. Сьогодні у зв'язку (iv) із постіндустріальністю та необхідністю перегляду ієрархічних структур на горизонтальні все більшого значення набувають інституції, правила і процедури у рамках концептів глобалізації та сталого розвитку людства¹³⁰. Як на мене, три рівні вирішення викликів для перехідних економік, наведених у першій частині цієї роботи, зокрема і для національної економіки України: (i) економічний конституціоналізм; (ii) регуляторна держава та (iii) демократична підзвітність і підконтрольність економічних інститутів. Тут я лише дозволю інтегрувати вже те, що я вже писав на тематику конституційних засад економічних свобод.

2.3.1. Економічний конституціоналізм та перехідна демократія. Проблемою перехідних конституційних демократій є утвердження незалежного і безстороннього правосуддя, що має значення для забезпечення стабільності контрактів та їх додержання контрагентами¹³¹.

¹³⁰ Це стало предметом аналізу у доповіді Римського клубу 2019 року «Come On! Capitalism, Short-termism, Population and the Destruction of the Planet», в якому основними викликами людства розглядаються питання гармонії людства із природою, виклики, пов'язані зі штучним інтелектом, досягнення якого можуть використати багатії для впровадження суворої кастової ієрархії на базі використання ШІ у якості нейрокомп'ютерних інтерфейсів для формування раси надлюдей. Окремі моменти цих проблем досліджуються у доктринах багаторівневого конституціоналізму (Pernice, Ingolf. (2009) *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*. 3(15) *Columbia Journal of European Law* 349-407), глобалізації (Jeffrey L. Dunoff, Antje Wiener, Matthias Kum, Anthony F. Lang, Jr. and James Tully (2015). *Hard times: Progress narratives, historical contingency and the fate of global constitutionalism*. 4 *Global Constitutionalism* 1-17; Kjaer F. Poul. *The Concept of the Political in the Concept of Transnational Constitutionalism: A Sociological Perspective*. In: Christian Jorges, Tommi Ralli (Eds.): *After Globalization - New Patterns of Conflict and their Sociological and Legal Reconstruction*. Oslo: Arena, 2011. p. 285–231) та біоетики в праві (Lavazza A (2018) *Freedom of Thought and Mental Integrity: The Moral Requirements for Any Neural Prosthesis*. *Frontiers in Neuroscience*. 12:82; Ienca, M., and Andorno, R. (2017). *Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology*. 13 *Life Sci. Soc. Policy* 5).

¹³¹ Савчин М. (2018) Конституційна економіка та основні моделі втручання в економічні свободи 5 *Право України* 21.

Звісно, що у цій системі координат суд має демонструвати зваженість та розсудливість при ухваленні рішень. Це питання економічного конституціоналізму, який окреслює відповідність владних рішень засадам верховенства права та їх судових контроль. Це дає можливість захистити економічні свободи та обмежити владне свавілля. Перехідним економікам притаманне вирішення дилеми першості економічних та політичних реформ. У рамках інституційного підходу тут питання скоріше вирішується комплексно — для ефективного функціонування економічної системи та забезпечення економічних свобод мають діяти хоча би на задовільному рівні інституції ринкової економіки. Проблема перехідної економіки України носить подвійний характер — відмова від посттоталітарної і постколоніальної інституційної складової.

Посттоталітарна компонента, ще йменована командно-адміністративною системою, характеризується дирижизмом, тобто істотним втручанням уряду в економічні процеси. Якщо після колапсу Радянського Союзу та створення незалежної України уряд відмовився на пряму від планування та від розподілу продукції на ринку, натомість значних зрушень щодо гарантій приватної власності та зменшення втручання держави у свободу договору не відбулося. Власне це і є ключовим чинником низької інвестиційної привабливості України, що її так відкидає істотно у світових рейтингах економічних свобод (станом на кінець 2020 р. Україна посідає 134 позицію у світовому рейтингу із індексом 54,9 (категорія переважно невільних країн), який піднявся на 2,6 пункти за рік)¹³². Добрим тестером тут є також міркування неомарксиста Імануїла Валлерстайна, що, як би то не було дивним, економічну систему КНР доволі складно віднести до системи соціалізму¹³³. Про це так само свідчать ступінь гарантованості економічних і соціальних прав у цій країні. Загалом, держава рідко коли забезпечує справедливості розподілу ресурсів в економічній системі — це виправдано хіба що для цілей соціального захисту, коли є визначені його адресати. Однак планування заперечити повністю не можна — це є складовою алокації

¹³² 2020 Index of Economic Freedom. *Heritage*. URL: <https://www.heritage.org/index/ranking>

¹³³ Иммануил Валлерстайн (2001) *Анализ мировых систем и ситуация в современном мире* 31-32.

публічних фінансів та впровадження стратегій та національних і регіональних програм економічного розвитку.

За таких умов свобода розсуду уряду й адміністрації має бути обмежена розумними рамками виключно на основі закону як результату консенсусу в суспільстві. Ступінь втручання публічної влади у сферу економічної свободи має бути збалансованими і не посягати на сутність її змісту. Тому при проведенні економічних реформ є виправданим формування інститутів економічної системи, які мають неухильно слідувати економічним правилам і процедурам і володіти достатньою свободою саморегулювання, оскільки економічні процеси за своєю природою є динамічними і не можуть підлягати надмірному законодавчому регулюванню¹³⁴. Таким чином, вимоги верховенства права як складник економічного конституціоналізму передбачає формування ринкових інститутів та правил їх функціонування. Це має критичне значення для визначення збалансованих і раціональних цін на ринку, які мають встановлюватися через ринкові інструменти — біржі, публічні торги та незалежні регулятори.

Інша проблема — яку модель трансформації обрати, що є чи не ключовим питанням для перехідних конституційних демократій: надати перевагу політичним реформам чи надати пріоритет економічним реформам або вирішувати це комплексно. Я лише наведу приклад із законодавчим мораторієм щодо земель сільськогосподарського призначення, який визнаний Європейським судом з прав людини таким, що порушує право на мирне володіння майном¹³⁵. На ці речі впливають маркери економічних інституцій, які мають тяглість із формуванням кріпосництва (залежного статусу) українських селян у Речі Посполитій та Російській імперії, чого вже у той час не знала Західна Європа, радянських колгоспів.

Постколоніальна спадщина полягає у зниженні залежності української економіки від різних сегментів російської економіки, яка власне тут є економікою колишньої метрополії. Як засвідчив судовий процес

¹³⁴ Савчин М. (2012) Економічний конституціоналізм та Конституційний Суд України 4 *Юридична наука* 38.

¹³⁵ Зеленчук і Цицюра проти України, заяви №№ 846/16 та 1075/16, від 22 серпня 2018.

по запозиченням 3 млрд дол США урядом Миколи Азарова через офшорну компанії, кінцевим бенефіціаром якої було Міністерство фінансів РФ. Як виклала свої аргументи українська сторона у цій справі, на фоні втрати Україною доступу до кредитів за лінією МВФ, СБ, ЄС, ЄБРР, які є дешевшими, російська сторона прибігла фактично до своєрідної економічної війни, наклавши ембарго на низку стратегічно важливих товарів, які експортували українські виробники на російський ринок. Тому у цьому відношенні критично важливою є грамотна ділова практика самих учасників економічних відносин та здійснення заходів з боку держави (митна, фіскальна та регуляторна політика).

2.3.2. Регуляторна держава. Загальною тенденцією у розвитку ролі держави в економічних процесах стало посилення регулюючої ролі держави. З іншого боку, це призвело до надмірного дирижизму держави, зокрема в економічних процесах. Про це ще майже півстоліття назад відзначав у Бруно Леоні, говорячи про інфляцію законодавства у Європейських Співтовариствах та їх країн-членів, насамперед за рахунок актів виконавчої влади¹³⁶.

Після ухвалення Конституційним Судом України доволі контраверсійного рішення по скарзі Запорізького заводу феросплавів на порядок денний стало питання ролі органів влади, які займають проміжне положення між органами законодавчої та виконавчої влади. Адже принцип поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову визначає загальний функціонал сучасної державності — розмежування влади по горизонталі з метою недопущення її концентрації та зловживання нею. Водночас при здійсненні урядування низка питань, які потребують оперативного вирішення стають предметом безуспішних гострих політичних дебатів чи сферою зіткнення інтересів бізнесових кіл чи сфери бізнесу і споживачів. Невирішеність питань щодо їх правового регулювання може породити кризові явища, які пов'язані із такими процесами, як уніфікація правил торгівлі, визначення механізму цін на певних ринках, банківського проценту або розподіл ролей на ринку

¹³⁶ Бруно Леоні (2008) *Свобода и закон*. Москва: ИРИСЭН. 308 с.

товарів чи послуг щодо доступу до певних благ. У згадуваному рішенні Конституційного Суду (далі — КСУ), як для нас, доктрина зупинилася на рівні дискусій сторічної давнини, яка тривала у американській чи європейській юридичній літературі. Це стало одним із рушійним фактором так званої конституційної кризи в Україні, яка триває до цих пір, коли пишуться ці рядки.

В американській конституційній доктрині проблематика незалежних державних агентств постанала на зламі XIX-XX століть, коли значне коло питань економічного характеру складно було провести через рішення Конгресу США¹³⁷, зокрема щодо будівництва залізниць, які перебували у приватній власності, та впровадження передових технологій і впровадження ефективного ресурсозбереження у лісовому господарстві. У результаті складних процесів консультацій та узгодження політик у Конгресі та впровадження конгресових рішень у життя поступово виникають незалежні агентства, які здійснюють певні регуляторні повноваження, які не можуть бути вирішені політичним шляхом, а потребують прийняття рішень фахівцями з публічного урядування у конкретній сфері¹³⁸. Зростання професійної і безсторонньої бюрократії на протидію політичним механізмам ухвалення рішень у стінах Конгресу зумовлюють підвищення ролі незалежних державних агентств. По суті, вони посідають проміжне місце законодавчою і виконавчою владою, будучи підзвітними і відповідальними перед Конгресом та незалежними перед Адміністрацією Президента з гарантіями незалежності їх очільників. Вони також виконують функції, які носять квазісудовий характер, водночас посадовці незалежних державних агентств несуть відповідальність за належне здійснення своїх повноважень у судовому порядку, тобто юридичні акти незалежних державних агентств підлягають судовому переглядові на відповідність верховенству права та вимог належної процедури.

¹³⁷ Фукуяма Френсіс (2018) *Політичний порядок та політичний занепад. Від промислової революції до глобалізації демократії*. Київ: Наш формат. С. 171-204.

¹³⁸ George Warp, Independent Regulatory Commissions and the Separation of Powers Doctrine, 16 NOTRE DAME LAW. 183 (1941); Haines C.G. Effects of the Growth of Administrative Law upon Traditional Anglo-American Legal Theories and Practices, 26 *Ai. PoL. Sci. Rv.* 875 (October, 1932); Brown R.A. Administrative Commissions and the Judicial Power, 19 *MwNn. L. Rv.* 261 (February, 1935).

Концепт регуляторної держави полягає в тому, що з інституційної точки зору саме незалежні державні агентства складають основу правового регулювання в економічній сфері, яка є поширеною у компаративній літературі з конституційного і адміністративного права. Складовими цього концепту є: 1) принципи конституційного і адміністративного права; 2) делегування повноважень; 3) належна правова процедура; 4) діяльність незалежних агентств та 5) судовий контроль над актами незалежних державних агентств¹³⁹. Створення таких незалежних регуляторів зумовлено потребами дистанціювання ухвалення рішень в економічній сфері від впливу політиків та ділових кіл¹⁴⁰. Також це зумовлено тим, що закони не повинні надмірно деталізувати правила функціонування ринку, які слід дати на відкуп професійним службовцями, які мають враховувати основні тенденції на ринку і, виходячи із них, конкретизувати і деталізувати положення законів. При цьому існує ситуація навіть не делегування повноважень, а уповноваження незалежних регуляторів, оскільки вони конкретизують правила на основі Конституції і законів. Правда, діяльність незалежних регуляторів на кшталт національних комісій з енергетики, телебачення і радіомовлення, Національної служби здоров'я, Фонду гарантування вкладів тощо інтенсивно атакується з боку ділових кіл, які посідають монопольне або домінуюче положення на ринку. І це не дивно, адже поведінка того ж Ігоря Коломойського, що через афілійовані структури використовує навіть інститут конституційної скарги, нічим не відрізняється від аналогічної практики використання *recurso de amparo* (звернення до захисту) мексиканського крупного біржового гравця Карлоса Сліма, володільця компанії *Telmex*, яка посідала монопольне становище на ринку телефонії, міжміських переговорів та міжнародних дзвінків¹⁴¹. Тут відіграє критичну роль лояльність публічних службовців до

¹³⁹ Савчин М. (ред.) (2020) *Правове регулювання та економічні свободи і права*. Ужгород: РІК-У 39-40

¹⁴⁰ Michel Rosenberg and Andras Sajo (eds.) (2013) *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law* Oxford University Press 673-674.

¹⁴¹ Дарон Аджемоглу, Джеймс Робінсон (2020). *Чому нації занепадають. Походження влади, багатства та бідності* 38-39.

цінностей конституційної демократії, зокрема захисту вільної та добросовісної конкуренції, запобігання зловживанню монопольному чи домінуючому положенню на ринку.

Проблема усвідомлення та осмислення появи нових за статусом органів у державному механізмі та співставлення їх компетенції із конституційними текстами і традицією, що встановлює три галузі влади, не є новим у світовій практиці. Так, у справі *Humphrey's Executor v US* ще у 1935 році Верховний Суд США прийшов до висновку, що повноваження агентства реалізуються без втручання виконавчої влади, а, отже, повинні бути вільними і від контролю з боку виконавчої влади (Президента та його адміністрації у випадку США). А виконавчі функції агентство реалізує у тому обсязі — на відміну від виконавчої влади в конституційному розумінні — у якому реалізує свої квазізаконодавчі чи квазісудові повноваження, або як орган законодавчої чи судової влади. Також, з тексту рішення зрозуміло, що Конгрес, створюючи квазізаконодавчі органи, вправі вимагати від них виконувати свої обов'язки незалежно від виконавчого контролю, може встановити період протягом якого вони діють, а також заборонити їх ліквідацію.

Подібна справа розглядалася також у 1986 році *Synar v US*, де піднімалося питання очевидності, на відміну від 1930-х років, що можуть бути такі речі, як незалежні регуляторні агенції, що навіть теоретично бажано ізолювати їх від демократичного поділу влад. Сторони стверджували, що виконувати закони повинен Президент, тому в рамках реалізації виконавчих функцій агентства є агентами виконавчої влади. Вони не є ні «квазі», ні «незалежними», а органами виконавчої влади в класичній системі поділу влад. Однак, суд у рішенні підтвердив незалежність агентств.

Так у літературі підкреслюється, незалежні регуляторні комісії сильно вкорінені в американській державній практиці, а думка про те, що традиційна адміністративна структура може бути неконституційною, лякає¹⁴².

¹⁴² Hermann Pünder. Democratic Legitimation of Delegated Legislation. International Conference „Convergence and Divergence of Law: German and Israeli Perspectives», Tel Aviv March 24-25, 2009

В той же час, мова йде не тільки про Сполучені Штати Америки. На даний час в Україні діють чотири органи, які є державними колегіальними органами, що мають регуляторні повноваження та не входять до жодної з гілок влади. Це Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації, Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку та Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг.

2.3.3. Демократична підзвітність і підконтрольність економічних інститутів. До економічної демократії відносяться такі засади: рівність видів власності та гарантії права приватної власності, свобода економічної діяльності, зокрема підприємницької діяльності та вибору професії або виду занять, свобода конкуренції та гарантії прав споживачів, гарантії участі працівників в управлінні справами підприємства.

На мікрорівні економічної системи економічна демократія полягає в управлінні корпоративними правами. На макрорівні ці відносини полягають у визначенні певної моделі корпоративних відносин та втручання держави у здійснення корпоративних прав з метою забезпечення соціального партнерства між роботодавцями і працівниками, підприємцями та споживачами¹⁴³.

Вади демократичної підзвітності були очевидними в Україні після колапсу Радянського Союзу, коли розпочалася приватизація. Адже Верховна Рада була обрана на виборах у 1989 році, ще коли існував Союз. Це мало наслідком прийняття неякісного приватизаційного законодавства, яке не передбачало ринкові інструменти встановлення вартості цінних паперів, демократичного контролю за прозорістю дотримання процедур і правил приватизації державного майна. За таких умов колишня партноменклатура, маючи доступ до інсайдерської інформації, організовувала формальні торги, які не відповідали критеріям прозорості та демократичної підзвітності. На сучасному етапі, відсутність

¹⁴³ Савчин М. (2011) Економічна демократія та право на свободу підприємницької діяльності 4 *Часопис Київського університету права* 194.

Адміністративного процедурного кодексу та наявність всупереч засад верховенства права спеціальних законів про особливості приватизації окремих майнових комплексів на кшталт Укррудпрому чи комплексу імені Ілліча, призводить до численних зловживань у відчуженні публічного майна на користь приватних бенефіціарів. Так само, енергетична криза, яка виникла у 2020 році внаслідок млявості Антимонопольного комітету та Національної комісії енергетики і регулювання комунальних послуг, призвела до зростання цін на енергетику в Україні вище за ціни в країнах Європейського Союзу. Тому прозорість процедур та додержання вимог належної правової процедури при розслідуванні недобросовісної ділової практики є основою демократичної підзвітності учасників економічних відносин. Для розуміння природи цих процесів необхідно розглянути деякі економічні теорії, які лежать в основі правового регулювання комерційної діяльності.

i) *Концепція трансакційних видатків Річарда Коуза.* Дана теорія¹⁴⁴ ґрунтується на тому, що будь-яка угода потребує певного часу і зусиль, що має матеріальний вимір і впливає на кінцеву ціну продукту, послуги чи товару на ринку. З точки зору правового регулювання теорія трансакційних видатків Коуза означає принаймні такі речі: а) правове регулювання контрактів та гарантії їх додержання, зокрема реєстрацію операцій з нерухомістю; б) правове регулювання, пов'язане із ліцензуванням певних видів економічної діяльності, квотуванням виробництва певних видів продукції, надання дозволів на будівництво чи сертифікацією товарів, послуг. Згідно з цією теорією втручання держави має бути збалансованих, оскільки порушення балансу втручання в економічні свободи є джерелом корупції, а також сповільнення економічного розвитку. Разом з тим, ця теорія також пояснює породження корупції як соціального інституту, який знижує трансакційні видатки, що пов'язано із постколоніальним минулим чи подоланням авторитарних практик правління.

ii) *Вартісна теорія Річарда Познера.* Згідно із Познером¹⁴⁵ в основі

¹⁴⁴ Коуз Р. *Фирма, ринок и право*. (Дело 1993).

¹⁴⁵ Познер. Р. *Экономический анализ права*. В 2-х т. Т. 2. (Экономическая школа 2004) 2, 829-838.

економічного аналізу конституції лежить аналіз допустимих меж втручання держави у сферу економічних свобод шляхом з'ясування цілей і принципів конституції, принципу поділу влади, прав людини, зокрема з точки зору вимог їх процесуальних гарантій (належна правова процедура) та проблема обґрунтованості рішень органів публічної влади з точки хору їх правової визначеності та додержання вимог процедури.

На подібній позиції також стоять Нільс Петерсен та Емануель Тоуфай¹⁴⁶, які розглядають в такій якості конституційні цілі по обмеженню влади та гарантій прав людини як критерію втручання в економічні свободи з боку держави. Принцип пропорційності розглядається ними як сутнісна характеристика ступеня втручання держави в економічні свободи, наслідком чого є визначення сутнісного змісту економічних свобод, який за жодних умов не може бути порушено. Також розглядається принцип рівного ставлення до кожного як нормативна основа правового регулювання економічних свобод та запобігання дискримінації, зокрема, щодо гарантування свободи конкуренції, обмеження монополізму та забезпечення рівного доступу до ресурсів та рівного і справедливого розподілу ресурсів. Автори покладають додержання зазначених вимог як основу стандартів правового регулювання економічних свобод.

iii) *Теорія цінностей Джеймса Б'юкенена*. На відміну від попередніх концепцій Б'юкенен розглядає втручання в економічну систему насамперед з точки зору визнання певних цінностей, які служать основним критерієм правомірності рішень публічної адміністрації¹⁴⁷. Йозеф Шумпетер розглядав економіку як цілісну систему, параметри якої є взаємоузгодженими, розвиваються на основі свободи та поєднують у собі економічний розвиток в рамках економічних циклів¹⁴⁸. На циклічній

¹⁴⁶ Niels Petersen and Emanuel V. Towfigh. *Economic Methods and legal reasoning* (University of Muenster 2015) 1-17.

¹⁴⁷ James M. Buchanan. *Between Anarchy and Leviathan*. (Chicago University Press 1977); Geoffrey Brennan and James M. Buchanan. *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*. (Academic 2008).

¹⁴⁸ Йозеф А Шумпетер, *Теорія економічного розвитку. Дослідження прибутків, капіталу, кредиту, відсотка та економічного циклу* (Видавничий дім «Києво-Могилянська академія» 2011). 21 і наст., 203 і наст.

природі економічних процесів наголошують Фернан Бродель та Микола Кондратьєв¹⁴⁹. Економічна система цілком згідно із висновками Нікласа Лумана є автопоетичним конгломератом. Вона є відкритою і самодостатньою, що служить запобіганням випадків ентропії у формулюванні правил¹⁵⁰, що у законотворенні означає надмірне втручання держави в економічні свободи у формі численних суперечливих правових актів, маса яких накопичується і ускладнює ділову та економічну активність акторів. Насмкінець, Томаш Седлачек наголошує на тому, що лібералізм не надає очевидної відповіді щодо етосу економічної діяльності та ідеї саморегулювання ринку, які насправді є взаємодоповнюваними¹⁵¹.

На початку XX століття американський вчений Чарлз Берд зазначав, що конституція налаштовує уряд сприяти утриманню благ і передачі благ невеликій меншині людей, дбаючи насамперед їхнім безпосереднім майновим інтересам¹⁵². На противагу цьому, Річард Познер підкреслює, що розподіл благ в конституційній економіці не здійснюється за такою лінійною схемою, цей розподіл більш структурований: а) насамперед, від людей можна очікувати, що вони діятимуть у власних інтересах; б) переслідуючи власний інтерес, люди реагують на стимули передбачувано; та в) переслідуючи власні інтереси, люди, беручи участь у добровільному обміні, можуть принести користь не лише собі, а й суспільству, оскільки такий добровільний обмін спрямовує ресурси на їх найбільш цінне використання¹⁵³. Джонатан Мейсі зазначає, що інтерес громадян до постконституційної політики проявляється у формі фракцій чи спеціальних груп інтересів, метою яких є здійснити

¹⁴⁹ Фернан Бродель, *Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм. XV-XVIII ст.* Том 3: Час світу. (Основи 1997); Н.Д. Кондратьєв, *Большие циклы конъюнктуры и теория предвидения: Избранные труды*. (Економіка 2002).

¹⁵⁰ Луман Никлас. *Общество как социальная система*. (Логос 2004) 29, 67.

¹⁵¹ Томаш Седлачек, *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи* (Вид-во Старого Лева 2017).

¹⁵² Beard Charls. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. (Macmillan 1913).

¹⁵³ Posner Richard. *Economic Analysis of Law*. (3d ed. Little, Browne and Co. 1986) 3-10.

перерозподіл благ для себе як населення в цілому¹⁵⁴. Для цього уряд здійснює регулювання на ринку, зокрема такі делікатні сфери, як монополії та їх обмеження, боротьба із недобросовісною конкуренцією.

В Україні у цій сфері важливу роль покликаний виконувати Анти-монопольний комітет. У цьому відношенні АМК виступає своєрідним дистрибутором благ між фракціями на ринку, оскільки може вживати заходів щодо демонополізації ринку шляхом реорганізації компаній, які посідають монопольне положення шляхом їх поділу або розподілу (*unbundling*) функцій газовидобування, транспортування та продажу споживачам газу щодо НАТ «Нафтогаз України». Звісно, що таку справу краще віддати незалежному державному агентству, тобто АМК, оскільки як законодавець, так і уряд, будуть просувати політичні за характером рішення, спрямовані у русло концентрації благ в одних руках для отримання суперренти та використання домінуючого положення на ринку.

Врешті-решт, якщо аналізувати демократичний конституційний порядок як відносини між принципалом і агентом, в якому люди покладаються на політиків як агентів, щоб задовольнити їх колективні вимоги, то виходить таке. Якщо народ є принципалом, від імені якого створена конституція, то дизайн конституційно прийнятих рішень повинен відповідати необхідності контролю за цими політичними агентами¹⁵⁵. Звідси, важливість судового перегляду юридичних актів незалежних агентств на предмет верховенства права та додержання вимог належної правової процедури.

З цього приводу не можу обминути обставини ухвалення рішення Конституційним судом України № 13-р/2020, яким визнано низку положень антикорупційних законів неконституційними, оскільки, на думку КСУ, вони вводять контроль виконавчої влади над судовою владою, чим посягають на незалежність судової влади. Так судді Василь Лемак та Сергій Головатий в окремих думках наголосили відповідно, що дане

¹⁵⁴ Macey, Jonathan R. *Competing Economic Views of the Constitution* (1987) 56 *Geo. Wash. L. Rev.* P. 57-58

¹⁵⁵ Ginsburg Tom. *Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts* (2002) 3.1 *Theoretical Inquiries in Law* 51.

рішення не відповідає критеріям належної юридичної аргументації та питання стосувалося насамперед демократичної підзвітності суддів, а не їх незалежності, оскільки за цим рішенням визнано неконституційним електронне декларування доходів та видатків суддів. Дійсно, з точки позиціонування суддівської незалежності вимога електронного декларування суддів своїх доходів і видатків не може розцінюватися як форма впливу на здійснення конституційного чи загального судочинства. Це є засобом демократичної звітності та підконтрольності суддів громадянському суспільству. Такі самі стандарти стосуються і посадовців у системі публічної адміністрації, які мають бути безсторонніми та незалежними.

Висновки

Щоб визначитися із моделлю втручання держави в економічні моделі, треба відповісти на питання щодо ступеня гарантованості економічних свобод. Система цих гарантій базується на конституційних цінностях, які виражають консенсус щодо цільових установок учасників економічних відносин, їх цілепокладання. Ключовими чинниками натеper виступають трансформація процесів глобалізації та регіональної економічної співпраці держави, від чого змінюються функції держави. Конвергенція держави та приватного сектора виражається у диджиталізації економіки та зростання ролі штучного інтелекту в економічних процесах, що впливає все більше на зміст правил і процедур на ринку. Оскільки за таких умов змінюється структура професій та зайнятості, це зумовлює розширення сфери інтелектуальної діяльності людства.

Ключовим чинником трансформації українського конституціоналізму є відмова від постколоніальних практик урядування як відносин ієрархії. На їх заміну приходять відносини гетерархії, які поєднують субординацію та горизонтальні зв'язки. Правила визнання правил через поєднання приватно-правового і публічного механізму творення права стають на порядок денний. Так само успіх економічних реформ пов'язані із існуванням належних інституцій, що складно уявити без політико-правової складової. До таких інструментів належить судовий

конституційний перегляд, безстороннє і незалежне публічне урядування зокрема у діяльності незалежних державних агентств, які є рівновіддаленими від політичних інститутів та бізнесових кіл. Економічні структури мають бути вплетені у збереження довкілля, розгортання структури медичного забезпечення та надання доступних і якісних адміністративних послуг населенню.

Таким чином, ціннісні установки та орієнтири щодо конкурентоспроможності, належної ділової практики на ринку забезпечують через інструменти економічного конституціоналізму, регуляторної держави та демократичної підзвітності. Засобами їх забезпечення служать верховенство права, незалежні державні регулятори та вимоги прозорості й належної правової процедури.

Розділ 3.

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ФУНКЦІОНУВАННЯ ЕКОНОМІЧНИХ ІНСТИТУЦІЙ

Вступ

Тут буде розкрито питання функціонування економічних інституцій через адміністративно правові аспекти його функціонування. У цьому контексті адміністративні засоби розглядаються у руслі конкретизованого конституційного права, на основі чого визначено співвідношення конституційних та адміністративних засобів правового регулювання діяльності економічних інституцій. З точки зору конституційного права висвітлюється доктрина «горизонтального» ефекту, яка зокрема проявляється через конституційно конформне тлумачення законів. Ефективність податкового законодавства буде проаналізовано у контексті забезпечення економічних свобод. На завершення розділу пропонується огляд ефективності інституційної компоненти забезпечення медичних послуг в умовах викликів, породжених кризою системи медичного забезпечення та пандемії коронавірусу.

3.1. Межі втручання держави у діяльність економічних інституцій: конституційно-адміністративні аспекти

(Тетяна Карабін, Михайло Савчин)

З точки зору основоположних принципів права межі допустимого втручання в економічні свободи є відповіддю на легітимність законодавства у цій сфері та забезпечення економічних свобод. Ця проблематика буде розглянута через призму якості законодавства, яке має належним чином конкретизувати дію фундаментальних принципів права, які лежать в основі діяльності економічних інституцій.

3.1.1. Конституційно-правові аспекти допустимості втручання держави в економічні свободи. Легітимність конституції визначає в ній наявність механізмів узгодження інтересів між суспільними і політичними силами, групами інтересів, що втілюється у гарантіях свободи вираження поглядів, свободи об'єднань, свободи зібрань, участі громадян в управлінні публічними справами. За таких умов конституція легітимує механізм змінюваності влади, що містить у собі динамічний потенціал, котрий дає змогу належним чином реагувати на суспільні, політичні, економічні зміни, які потребують час від часу свого корегування. За таких умов конституція виконує інтегративну функцію, оскільки містить у собі правила та процедури здійснення політичного процесу у правових рамках, забезпечуючи баланс прав більшості і меншості.

Зокрема, це проявляється в тому, що конституція у системі права має горизонтальний ефект. Тобто конституція закладає фундаментальні принципи права, які визначають зміст норм як публічного, так і приватного права. Норми конституції більш детально регламентують питання організації державної влади і місцевого самоврядування. Разом з тим, численні положення конституції мають істотний вплив на приватне право. Наприклад, важливе значення має Розділ II Конституції України, де визначаються основні економічні права і свободи. У соціальному аспекті конституція закладає основи соціально орієнтованої ринкової економіки.

Поняття «горизонтальний ефект», «доктрина державних дій» (*Drittwirkung, Horizontal Effect, Third Party Effect*) є новим для вітчизняної літератури, хоча воно є предметом багатьох компаративних досліджень¹⁵⁶. Вперше цю концепцію було застосовано Федеральним Конституційним Судом ФРН у справі *Lueth*, відповідно до якої права і свободи людини складають особливу цінність конституційного ладу, тому вони пронизують та визначають зміст норм приватного права, і,

¹⁵⁶ Абвель М. (2005) Существует ли в законодательстве Европейского Союза «горизонтальный эффект»? 4 *Сравнительное конституционное обозрение*; Гарлицкий Л. (2005) Взаимоотношения частных лиц Конвенция о защите прав человека и основных свобод 4 *Сравнительное конституционное обозрение*; Ташнет М. (2006) Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» 2 *Сравнительное конституционное обозрение*

насамперед, цивільного права. Тому не зважаючи на те, що між горизонтальним ефектом та прямою дією конституції є певні спільні риси, насамперед йде мова про те, що конституція закладає фундаментальні цінності для приватного права. Таким чином, змінюються акценти щодо природи дослідження природи та механізму чинності конституційних норм.

Положення конституції, що вчиняють «горизонтальний ефект», підпорядковують приватних фізичних і юридичних осіб цими конституційним нормам. У конституції існують основоположні правила, які визначають зміст інститутів речового, договірної та зобов'язального права¹⁵⁷. Згідно з рішенням ФКС Німеччини у справі *Lueth* положення конституції просякнуті загальнолюдськими цінностями, у відповідності до якої конституція

«встановлює об'єктивний порядок цінностей, що істотно зміцнює ефективність чинності основоположних прав. Цю систему цінностей, у центрі якої знаходиться індивід, що вільно розвивається, та його гідність, слід розглядати як основоположне, фундаментальне конституційне рішення, яке здійснює вплив на всі галузі права і служить пріоритетом розвитку законодавства, державного управління та правосуддя. Таким чином, очевидно, що ця система цінностей здійснює вплив на цивільне право. Кожна цивільно-правова норма повинна бути сумісною з цією системою і трактуватися у відповідності до її духу»¹⁵⁸.

У конституційному регулюванні можна виділити два основні підходи: за першим підходом (*кодифікованим*) визначається спеціальний розділ (глава) конституції, присвячений визначенню конституційним засадам економічної системи (Португалія, Бразилія); за другим (*некодифікованим*) — подібно до Конституції України такі відносини регулюються у положеннях, присвячених правам людини, органам публічної

¹⁵⁷ Ташнет М. (2006) Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» 2 *Сравнительное конституционное обозрение* С. 28.

¹⁵⁸ Kommers D.P. (1997) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany*. 2nd ed. Durham: Duke University Press 363.

влади. Також спостерігаються *змішані моделі*, оскільки в конституціях існують окремі глави (розділи) присвячені фінансовим, бюджетним відносинам, які поряд із правами людини визначають ступінь впливу публічної влади на економічну систему суспільства (Німеччина). Також слід виділити новітню тенденцію до прийняття спеціальних правових актів, які фактично займають проміжне положення між конституцією та поточним законодавством, зокрема у формі Акту про свободу економічної діяльності, схваленого Сеймом в Польщі у 2004 році. Також на даний час у Грузії здійснюється підготовка Акту про економічну свободу, який має бути остаточно схвалений парламентом.

Таким чином, в економічній системі конституція встановлює рамки правового регулювання. Чинна Конституція України є некодифікованою у регулюванні засад економічної системи, оскільки вона регулює економічні відносини у положеннях, присвячених засадам конституційного ладу, правам людини, організації органам публічної влади. Такий підхід є проблемним. Зокрема, правове регулювання статусу Національного банку України, Рахункової палати у розділі, присвяченому Верховній Раді України, суперечать принципу поділу влади (статті 6) і вимогам незалежності статусу і безсторонності діяльності цих органів публічної влади в економічній системі суспільства. Також Конституція досить лапідарно визначає зміст принципу поєднання централізації і децентралізації в територіальній організації публічної влади, не конкретизуючи фінансову та бюджетну автономію органів місцевого самоврядування, що не повною мірою відповідає Європейській Хартії про місцеве самоврядування.

Правове регулювання у законі має бути достатнім і не викликати неоднозначностей в ході його застосування. Закон має настільки чітко визначати зміст правового регулювання, щоб не було необхідності прийняття актів, які б визначали порядок його застосування. Останнє слід розглядати як законодавче упущення, що є порушенням Конституції та посягає на сутнісний зміст конституційних прав і свобод.

З іншого боку, закон не може надмірно регулювати правила поведінки на ринку, оскільки у такий спосіб він втрачає свою нормативність як сукупність абстрактних правил. *Надмірне регулювання окремих*

аспектів укладання, виконання та припинення договорів, надмірна деталізація вимог для відкриття чи припинення підприємницької діяльності та інших аспектів свободи економічної діяльності може стати причиною для підвищення цін на ринку, ускладнення доступу до ресурсів, ускладнення відкриття або закриття підприємницької діяльності, що матиме наслідком стагнацію економічної системи. Таким чином, **закон має забезпечувати достатню повноту і гнучкість правового регулювання, щоб не посягати на сутність змісту свободи економічної діяльності.** Саме за цим принципом Конституція України (стаття 92) визначає, що з окремих питань Верховна Рада має визначати конкретні правила, а з інших — «засади», «основи» через так звані «рамкові закони». В останньому випадку парламент має застосовувати диференційований підхід. По відношенню до органів публічної влади — це означає можливість конкретизації і деталізації рамкових законів органами виконавчої влади та місцевого самоврядування, якщо воно стосується власне внутрішніх правил діяльності та реалізації загальнонаціональних чи регіональних програм економічного розвитку. Щодо приватних осіб гнучкість правового регулювання через рамкові закони є гарантією забезпечення свободи економічної діяльності, яка здійснюється на їх вільний розсуд із додержанням засад публічного економічного порядку.

Надмірне правове регулювання спричинює інфляцію в законодавстві, ознаками якого є його нестабільність із частими змінами та доповненнями. Надмірна конкретизація розмиває сутність правової норми як абстрактного правила, розрахованого на тривале застосування на невизначене коло випадків і невизначене коло осіб. Такі фактори підривають засади економічної свободи і можуть служити суттєвим фактором деволуції економічної системи та її занепаду.

За змістом критерії справедливості й ефективності законодавства полягають у забезпеченні рівності доступу до інформації та захист інформації з мотивів економічного добробуту, балансу інтересів учасників економічних відносин, забезпечення свободи договору та їх вирівнювання можливостей. Зокрема, цьому слугують цивільно-правові засоби захисту прав учасників економічних відносин у випадку обману, помилки, непереборної сили тощо.

Публічно-правовими засобами забезпечення ефективності і справедливості законодавства виступають оподаткування, бюджет, вилучення прав власності з мотивів суспільної необхідності при додержанні вимог належної правової процедури. Із перерахованих засобів ефективніше і справедливніше вирівнювання забезпечується через оподаткування, яке ґрунтується на єдиних і прозорих умовах. Відсутність єдності підходів і прозорості вихолощує сутність оподаткування, що сьогодні, наприклад, спостерігається при збереженні схем ухилення від оподаткування при розміщенні капіталу у тих зарубіжних країнах, які мають офшори і з якими Україна уклала міжнародні договори про усунення подвійного оподаткування (Кіпр, окремі кантони Швейцарії, окремі адміністративні одиниці Великої Британії, Віргінські острови тощо).

Державне управління здійснюється через певні адміністративні дії, які повинні відповідати певним стандартам та вимогам. Критерієм таких стандартів є ефективна реалізація компетенції органами виконавчої влади. Згідно з конституційним принципом поділу влади (стаття 6) будь-яка адміністративна дія повинна бути заснована на законі і забезпечувати конкретизацію та деталізацію його положень. Разом з тим така деталізація та конкретизація закону не повинна приводити до підміни закону адміністративними діями у формі прийняття постанов чи інших підзаконних нормативних актів.

Оскільки сфера державного управління стосується публічно-правового втручання у приватну автономію фізичної чи юридичної особи, то повинні існувати певні стандарти-вимоги, які визначають сутність адміністративних режимів. Такі вимоги повинні бути засновані на законі і відповідати його загальним цілям та конкретним його приписам.

Інституціональна компонента свободи економічної діяльності передбачає позитивні обов'язки держави по забезпеченню механізмів формування цін на ринку на основі попиту і пропозиції та недопущення монопольного становища на ринку з метою формування надмірних або занижених цін. Правомірним є втручання держави у сферу приватної автономії з метою забезпечення добробуту у разі здійснення спекулятивних операцій, які супроводжуються із штучним нагнітанням попиту на окремі позиції товарів чи послуг на ринку. Як правило, такий

стан є небезпечним для сталого розвитку економіки і скоріше за все супроводжується наступною рецесією, наслідком чого може стати економічна криза (наприклад, іпотечна криза в США, яка значно вплинула на світову економічну кризу 2008 року, яка триває ще й по сьогодні). Засобами попередження таких випадків є регулювання облікової ставки центральним банком, який би заохочував ділову активність і стримував спекулятивні очікування на ринку, оподаткування, яке має обмежувати такий попит на окремі товарні позиції чи надмірні витрати природних ресурсів, мінімізація та/або скасування пільгового оподаткування, закупівля стратегічно важливої продукції державою та вчинення товарної інтервенції на ринку у разі зловживань на ринку відповідно до наявних резервів та ресурсів.

Стосовно колізій між цивільним і господарським законодавством¹⁵⁹, то поточне законодавство має відповідати засадам стабільності як головного компонента юридичної визначеності, щоб запобігти адміністративній сваволі та надмірному формалізму. Водночас на його застосування впливає дуалізм приватного права, оскільки воно стає колізійним в зв'язку із чинністю ЦК і ГК. Ці колізії долаються шляхом договірної практики та судової практики згідно з правилами юридичної техніки — генеральної клаузули (частина перша статті 9 ЦК) та *lex specialis derogat legi generali* (частина друга статті 9 ЦК). Водночас, низка юристів вбачають вирішення цієї проблематики шляхом рекодифікації приватного права, що передбачає скасування чинності ГК та перегляду положень ЦК, який би більш повно врегулював комерційні відносини¹⁶⁰. Натомість сьогодні має важливе значення усталена практика (юриспруденція) Верховного Суду.

Зокрема, Верховний Суд у справі № 753/11000/14-ц¹⁶¹ виділив три рівні тлумачення правочинів, передбачені у статті 213 ЦК. Так, у

¹⁵⁹ Тут автор стоїть на позиції, що існують дві галузі права — приватне і публічне, а тут йде мова про сфери (масиви) законодавства — цивільне та комерційне, яке у нас прийнято називати у силу консервативної традиції господарським.

¹⁶⁰ Харитонов Є.О., Харитонova О.І., Голубєва Н.Ю. (2020) *Рекодифікація цивільного законодавства України в умовах євроінтеграційних процесів*. Норма права.

¹⁶¹ Постанова від 18.04.2018 № 753/11000/14-ц Верховний Суд. Касаційний цивільний суд. URL: <https://verdictum.ligakon.net/document/73500675>

частинах третій та четвертій статті 213 ЦК визначаються загальні способи, що застосовуватимуться при тлумаченні. Перший рівень тлумачення здійснюється за допомогою однакових для всього змісту правочину значень слів і понять, а також загальноприйнятих у відповідній сфері відносин значення термінів. Другим рівнем тлумачення (у разі, якщо за першого підходу не вдалося витлумачити зміст правочину) є порівняння різних частин правочину як між собою, так із його змістом в цілому, а також з намірами сторін, які вони виражали при вчиненні правочину, а також з чого вони виходили при його виконанні. Третім рівнем тлумачення (при без результативності перших двох) є врахування: мети правочину, змісту попередніх переговорів, усталеної практики відносин між сторонами (якщо сторони перебували раніше в правовідносинах між собою), звичаїв ділового обороту; подальшої поведінки сторін; тексту типового договору; інших обставин, що мають істотне значення. Прикметною ця справа є тим, що Верховний суд у ній застосував принцип *contra proferentem*, згідно з яким договір повинен тлумачитися проти того, хто його склав.

Таке вирішення проблемних аспектів співвідношення між ЦК і ГК впливає із горизонтального ефекту Конституції, за яким положення цивільного і господарського законодавства наповнюють зміст конституційних цінностей і принципів шляхом розвитку, конкретизації та деталізації відповідних положень Основного Закону. Конституція є «відкритим» текстом в силу генерального застереження про невичерпність змісту та обсягу, у нашому випадку, свободи економічної діяльності (частини друга і третя статті 22) і неприпустимість свавільного обмеження цієї свободи, окрім випадків передбачених Конституцією і законами (стаття 64). Звідси питання співвідношення між ЦК і ГК забезпечується у конституційно конформний спосіб тлумачення¹⁶², згідно з яким ці правові акти слід розглядати як акти, прийняті на розвиток Конституції і вони мають застосовуватися відповідно до правил юридичної техніки — *lex specialis* та/або *clausula generalis*. Учасники економічних відносин володіють певною свободою розсуду щодо визначення предмета та порядку реалізації

¹⁶² Р.В. Марчук, М.В. Савчин (2020) Конформне тлумачення конституції та забезпечення єдності правової системи 11 *Бюлетень Міністерства юстиції України* 44-52.

своїх економічних прав та інтересів у межах свободи договору, оскільки така обмежена публічним економічним порядком, неприпустимості вчинення правочинів під обманом, шляхом зловживанням довіри, зловживанням збігу складних обставин, непереборної сили. Тому реалізація свободи договору є засобом вирішення питання щодо співвідношення між ГК і ЦК на засадах верховенства права, зокрема, правової визначеності і правомірності очікувань контрагентів за договором. Контрагенти за договором можуть закласти механізми вирішення спірних ситуацій за допомогою засобів медіації, третейського арбітражу та судового захисту. За таких умов важливий вплив на вирішення цієї дилеми служить усталена судова практика Верховного Суду.

3.1.2. Адміністративно-правові інструменти та межі втручання в економічні свободи. Питання адміністративно-правових засобів регулюючого впливу на суб'єктів господарювання є питанням малодослідженим у науці, а відтак, таким, що породжує дискусії їх галузевої належності (адміністративно-правової чи господарсько-правової), системи та систематизації, напрямків майбутнього удосконалення. Нормативно-правове регулювання також ясності у дане питання не вносить. Так, Господарський кодекс України у ст. 12 перелічив засоби регулюючого впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання (державне замовлення; ліцензування, патентування і квотування; технічне регулювання; застосування нормативів та лімітів; регулювання цін і тарифів тощо). Разом із тим, норми господарського права не регулюють, наприклад, порядку державної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності, порядку отримання ними ліцензій, патентів та інших дозволів тощо. Ці питання традиційно перебувають у межах предмету регулювання адміністративного права та за змістом є адміністративно-правовими засобами впливу у сфері економіки та господарювання. Такі відносини мають публічно-правовий характер, вони є наслідком організаційно-розпорядчої діяльності публічної адміністрації, порушення однією зі сторін обов'язків передбачає відповідальність не перед іншою стороною, а перед державою¹⁶³.

¹⁶³ В.Б. Аверьянов (ред.) (2005) *Адміністративне право*. Академічний курс: Підручник: у 2 т. Т.2. Особлива частина Київ: юридична думка 18.

Спеціальними регулюючими органами виконавчої влади у сфері господарювання є:

- Міністерство економічного розвитку та торгівлі, що є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику економічного, соціального розвитку і торгівлі, державну політику у сфері розвитку підприємництва. До його повноважень належить розробка проектів та виконання державних програм розвитку малого і середнього підприємництва, забезпечення пропагування і популяризації підприємницької діяльності; сприяння формуванню інфраструктури підтримки малого і середнього підприємництва, сприяння координації діяльності органів виконавчої влади, суб'єктів підприємницької діяльності, їх об'єднань¹⁶⁴ тощо.
- Державна регуляторна служба України, що є центральним органом виконавчої влади, який реалізує державну регуляторну політику, політику з питань контролю у сфері господарської діяльності, ліцензування та дозвільної системи у сфері господарської діяльності та дерегуляції господарської діяльності. До її повноважень належить проведення експертизи проектів регуляторних актів та прийняття рішень про погодження таких проектів або про відмову в їх погодженні; надання роз'яснень положень законодавства з питань державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності; розробка основних напрямів розвитку ліцензування, здійснення нагляду за дотриманням органами ліцензування законодавства та надання роз'яснення щодо його застосування; погодження ліцензійних умов провадження певного виду господарської діяльності та порядку здійснення контролю за їх дотриманням; ведення Єдиного ліцензійного реєстру та Реєстру документів дозвільного характеру; розроблення проектів норма-

¹⁶⁴ Положення про Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України: Постанова Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 459. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/459-2014-%D0%BF#n10>

тивно-правових актів з питань видачі документів дозвільного характеру та погодження їх та інші повноваження¹⁶⁵.

Серед органів публічної адміністрації, які здійснюють регулювання підприємництва в окремих аспектах, можна навести також Міністерство юстиції України (що здійснює державне регулювання у сфері державної реєстрації, адмініструє Єдиний державного реєстру); органи Державної фіскальної служби, Державної митної служби, Антимонопольний комітет, органи ліцензування та інші.

Засобами адміністративно-правового регулювання є:

- здійснення державної реєстрації суб'єктів господарювання;
- дозвільна система у сфері господарської діяльності;
- ліцензування;
- державне регулювання здійснення публічних закупівель;
- технічне регулювання;
- застосування нормативів та лімітів;
- регулювання цін і тарифів.

Відносини, що виникають у сфері *державної реєстрації* юридичних осіб, їхньої символіки та фізичних осіб — підприємців регулюються законом «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань»¹⁶⁶. Державну реєстрацію юридичних осіб, які здійснюють підприємницьку діяльність та фізичних осіб-підприємців в Україні проводять виконавчі органи сільських, селищних та міських рад та нотаріуси.

Правові та організаційні засади функціонування *дозвільної системи* у сфері господарської діяльності визначає закон «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності», він встановлює порядок діяльності дозвільних органів, уповноважених видавати документи дозвільного характеру та адміністраторів¹⁶⁷. Документами дозвільно-

¹⁶⁵ Положення про Державну регуляторну службу України: Постанова Кабінету Міністрів України від 24.12.2014. № 724. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/724-2014-%D0%BF#Text>

¹⁶⁶ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань: Закон України від 15.05.2003. № 755-IV: URL:

¹⁶⁷ Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності: Закон України від 06.09.2005. № 2806-IV: URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2806-15#Text>

го характеру вважається дозвіл, висновок, рішення, погодження, свідоцтво, інший документ (за винятком ліцензії), який дозвільний орган зобов'язаний видати суб'єкту господарювання у разі надання йому права на здійснення господарської діяльності. Конкретний перелік документів, що належать до дозвільних, визначений законом «Про Перелік документів дозвільного характеру у сфері господарської діяльності». До них, зокрема, належать ветеринарні сертифікати, висновки з оцінки впливу на довкілля, висновки державної санітарноепідеміологічної експертизи, дозвіл на викиди забруднюючих речовин, фітосанітарні сертифікати та багато інших. Прийняття від суб'єкта господарювання заяви про одержання (переоформлення, анулювання) документа дозвільного характеру здійснюється адміністратором у центрі надання адміністративних послуг (єдине вікно).

Питання *ліцензування господарської діяльності* врегульовує закон «Про ліцензування видів господарської діяльності», який визначає перелік видів господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, встановлює уніфікований порядок їх ліцензування, нагляд і контроль у сфері ліцензування, відповідальність за порушення законодавства у сфері ліцензування видів господарської діяльності¹⁶⁸. Ліцензуванню підлягають такі основні види господарської діяльності: банківська діяльність, діяльність з надання фінансових послуг, у галузі телебачення і радіомовлення, у сфері електроенергетики, освітня діяльність, виробництво і торгівля алкогольними напоями та тютюновими виробами і пальним, будівництво окремих об'єктів, виробництво та торгівля лікарськими засобами, виробництво та ремонт вогнепальної зброї невійськового призначення, надання послуг і виконання робіт протипожежного призначення, виробництво особливо небезпечних хімічних речовин, медична практика, ветеринарна практика, випуск та проведення лотерей, туроператорська діяльність, посередництво у працевлаштуванні за кордоном, перевезення пасажирів та небезпечних вантажів, зовнішньоекономічна діяльність, транспортування нафти, нафтопродуктів, охоронна діяльність, перероблення та захоронення побутових

¹⁶⁸ Про ліцензування видів господарської діяльності: Закон України від 02.03.2015. № 222-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-19#Text>

відходів. Порядок та умови видачі окремих ліцензій містяться або в окремих законах (наприклад, ліцензування мовлення врегульовано законом «Про телебачення і радіомовлення»), або ліцензійних умовах, затверджених Кабінетом міністрів України (наприклад, ліцензійні умови провадження охоронної діяльності затверджено постановою уряду від 18.11.2015 р. № 960). За провадження господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню, без ліцензії посадові особи суб'єктів господарювання несуть адміністративну відповідальність. Конкретний перелік органів, які уповноважені видавати ліцензії визначений постановою Кабінету міністрів України від 5.08.15 р. № 609.

Правові та організаційні засади, основні принципи і порядок здійснення *державного контролю* у сфері господарської діяльності, повноваження органів державного контролю, їх посадових осіб і права, обов'язки та відповідальність суб'єктів господарювання під час здійснення державного контролю врегульовано законом «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності»¹⁶⁹.

Законом визначено два види заходів здійснення державного контролю: планові і позапланові.

Планові заходи здійснюються відповідно до річних планів не частіше одного планового заходу щодо одного суб'єкта господарювання одним тим самим органом державного нагляду. Періодичність проведення планових заходів державного контролю залежить від ступеня ризику від провадження господарської діяльності, що оцінюється у відповідності до Методики розроблення критеріїв (оцінка ступеня небезпеки, масштабу, виду та сфери діяльності, наявності порушень у попередній діяльності суб'єктів господарювання). Планові заходи державного контролю здійснюються за діяльністю суб'єктів господарювання, яка віднесена до високого ступеня ризику – не частіше одного разу на два роки; до середнього ступеня ризику – не частіше одного разу на три роки; до незначного ступеня ризику – не частіше одного разу на п'ять років.

¹⁶⁹ Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності: Закон України від 05.04.2007. № 877-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/877-16#Text>

Виключними підставами для здійснення позапланових заходів є: подання суб'єктом господарювання письмової заяви про здійснення контролю за його бажанням, виявлення недостовірності даних, заявлених суб'єктом господарювання у документі звітності, звернення фізичної особи (фізичних осіб) про порушення, що спричинило шкоду правам, законним інтересам, життю чи здоров'ю, навколишньому природному середовищу чи безпеці держави, неподання суб'єктом господарювання документів обов'язкової звітності за два звітні періоди підряд без поважних причин, доручення Прем'єр-міністра України про перевірку суб'єктів господарювання у зв'язку з виявленими системними порушеннями, що мають значний негативний вплив на права, законні інтереси, життя та здоров'я людини, захист навколишнього природного середовища та забезпечення безпеки держави, настання аварії, смерті потерпілого внаслідок нещасного випадку або професійного захворювання, що було пов'язано з діяльністю суб'єкта господарювання.

Для забезпечення ефективного та прозорого здійснення *публічних закупівель*, створення конкурентного середовища у цій сфері, а також запобігання проявам корупції закон «Про публічні закупівлі» визначає правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави, територіальних громад та об'єднаних територіальних громад. Цим законом унормований порядок державного регулювання, державного та громадського контролю у сфері закупівель, порядок здійснення публічних закупівель та моніторингу реалізації відповідних процедур.

Правила здійснення публічних закупівель поширюються на такі закупівлі, які відповідають двом ознакам: суб'єктному складу та сумі закупівлі. Зокрема, до категорії замовників, які здійснюють закупівлі товарів, робіт і послуг у відповідності до спеціальних процедур, є органи державної влади та органи місцевого самоврядування, органи соціального страхування; підприємства, установи, організації які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі; юридичні особи та суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання (наприклад, забезпечення тран-

спортування, розподілу, зберігання та постачання природного газу, видобутку природного газу, забезпечення виробництва, транспортування та постачання теплової енергії споживачам тощо).

Сума закупівлі як критерій є різною для різних замовників, зокрема, для органів державної влади та органів місцевого самоврядування, органів соціального страхування; підприємств, установ, організацій вартість предмета закупівлі товару дорівнює або перевищує 200 тисяч гривень, а робіт – 1,5 мільйона гривень; для замовників-юридичних осіб та суб'єктів господарювання, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання вартість предмета закупівлі товару дорівнює або перевищує 1 мільйон гривень, а робіт – 5 мільйонів гривень¹⁷⁰.

Технічне регулювання у сфері господарської діяльності супроводжується розробленням та прийняттям технічних регламентів і передбачених ними процедур оцінки відповідності, їх застосуванням стосовно продукції, яка вводиться в обіг, надається на ринку або вводиться в експлуатацію, а також здійсненням добровільної оцінки відповідності¹⁷¹.

Державне регулювання цін може здійснюватися у різні способи:

- або установлення обов'язкових для застосування суб'єктами господарювання фіксованих цін; граничних цін; граничних рівнів торговельної надбавки (націнки) та постачальницько-збутової надбавки (постачальницької винагороди); граничних нормативів рентабельності; розміру постачальницької винагороди; розміру доплат, знижок (знижувальних коефіцієнтів);
- або запровадження процедури декларування зміни ціни та реєстрації ціни¹⁷².

На такі продукти як хліб, борошно, цукор, крупи, м'ясомолочні продукти, яйця, олію ще у 2017 році державне регулювання цін було

¹⁷⁰ Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.201. № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text>

¹⁷¹ Про технічні регламенти та оцінку відповідності. Закон України від 15.01.2015. № 124-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/124-19#Text>

¹⁷² Про ціни і ціноутворення: Закон України від 21.06.2012. № 5007-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5007-17#Text>

ліквідовано. Проте збереглися окремі товари, регулювання ціни на які збереглося: державне визначення граничної ціни на газ для населення, фіксованої ціни на електричну енергію для побутових споживачів, встановлення граничних торговельних надбавок (націнок) на продукцію громадського харчування, що реалізується в загальноосвітніх, професійно-технічних та вищих навчальних закладах тощо. Також у зв'язку із епідемією SARS-19 тимчасово запроваджено державне регулювання цін на товари, що мають істотну соціальну значущість та товари протиепідемічного призначення шляхом декларування зміни роздрібних цін у разі їх збільшення¹⁷³.

Таким чином, регулятори мають достатні адміністративно-правові засоби для впливу на суб'єктів господарювання. Проте їх використання у будь-якому випадку не повинне блокувати інвестиції, спотворювати конкуренцію та руйнувати виробництво. Всі ці засоби повинні використовуватися для забезпечення економічної безпеки держави та добробуту її громадян.

3.2. Ефективність правового регулювання податкових відносин та свобода економічної діяльності

(Ярослав Греца)

Для розвитку економіки й соціальної сфери в державі велике значення має належне регулювання податкових відносин, адже це забезпечує з одного боку наявність необхідних фінансових ресурсів для реалізації завдань і функцій держави, а з іншого — сприяє економічному прогресу.

Одним із основних завдань податкової політики держави є дотримання балансу публічних та приватних інтересів при сплаті податків. Гарантією забезпечення приватного інтересу є можливість платників податків визначати для себе оптимальну модель оподаткування шляхом використання правомірних засобів та інструментів, що є однією із гарантій забезпечення свободи економічної діяльності. Прагнення

¹⁷³ Про заходи щодо стабілізації цін на товари, що мають істотну соціальну значущість, товари протиепідемічного призначення: Постанова КМУ від 22.04.2020. № 341

платників податків обрати для себе найбільш зручну форму сплати податків, зменшити законним шляхом рівень податкових витрат є цілком природним і зрозумілим.

На сьогодні загальновизнаним є той факт, що правила оподаткування, зокрема рівень податкового навантаження, процедура адміністрування податків, є одним із факторів, що враховуються при здійсненні господарської діяльності. Безумовно, цей фактор не може бути основним при визначенні стратегії ведення бізнесу в цивілізованому суспільстві, однак він є немаловажним, адже в Україні значний податковий тиск та недосконала податкова система не сприяють розвитку підприємництва, що не дозволяє нехтувати податковим аспектом. Свобода економічної діяльності знаходить свій прояв, зокрема, у можливості вибору місця здійснення та видів господарської діяльності, організаційно правової форми, системи оподаткування тощо. При цьому, можливість такого вибору часто залежить від податкових наслідків. Тому ефективне правове регулювання податкових відносин має важливе значення для забезпечення економічних свобод.

3.2.1. Врахування податкового законодавства при виборі місця здійснення господарської діяльності. На вибір місця здійснення господарської діяльності насамперед повинні впливати не податкові, а ділові фактори, зокрема логістика, віддаленість сировинних ресурсів, контрагентів, ринків збуту, ринок праці тощо¹⁷⁴. Та й на перший погляд може скластися враження, що місце здійснення діяльності в межах однієї країни не має визначального впливу на оподаткування, адже рівень загальнодержавних податків і зборів однаковий на території держави. Може існувати диференціація щодо ставок місцевих податків і зборів, адже їх встановлення є компетенцією місцевих рад, однак місцеві податки і збори, як правило, не відіграють вирішальної ролі через менший рівень навантаження в порівнянні з загальнодержавними податками, а також із врахуванням того, що Податковим кодексом України

¹⁷⁴ Греца Я.В. Визначення місця здійснення господарської діяльності під час податкового планування. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. Випуск 59. Т.2. Ужгород. 2019. С.39.

(далі – ПК України) встановлено граничні ставки місцевих податків і зборів. Як виняток, можна відмітити плату за землю, бо її базою оподаткування є нормативно-грошова оцінка землі, яка в різних регіонах може суттєво відрізнятись, тому суми земельного податку чи орендної плати за землю можуть бути також істотно різними. Навіть у межах одного адміністративного району розмір нормативно-грошової оцінки земельної ділянки однакового цільового призначення може відрізнятись за рахунок застосування різних коефіцієнтів. Тому цей фактор не варто залишати поза увагою при здійсненні податкового планування.

Найбільш суттєвим є фактор вибору місця здійснення господарської діяльності при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності. За своїм змістом та особливостями правового регулювання використання іноземних юрисдикцій значно розширює можливості податкової оптимізації, дає змогу використовувати широкий інструментарій засобів, пільг та преференцій, який наявний у законодавстві різних країн та в міжнародних договорах, а також враховувати відмінності в податкових системах і вдало їх використовувати для цілей податкового планування. На транскордонному рівні враховується не тільки рівень податкового навантаження у тій чи іншій країні, а й простота та зручність адміністрування податків, рівень лібералізації валютного регулювання, безпека бізнесу, можливість відкриття банківських рахунків та вільного руху капіталів, рівень фінансового моніторингу, наявність угод про уникнення подвійного оподаткування та запобігання податковим ухиленням, участь держави в міжнародних заходах щодо протидії розмиванню податкових баз тощо.

3.2.2. Вплив податкового законодавства на вибір організаційно-правової форми суб'єкта господарювання. При виборі організаційно-правової форми суб'єкта господарювання може скластися думка про те, що цей фактор не має великого значення для сплати податків і зборів, адже незалежно від того, чи платник податку – юридична особа створений у формі господарського товариства, підприємства, кооперативу тощо на оподаткування ця обставина не має суттєвого впливу. До цього ж прихильники такої точки зору можуть навести аргумент про те,

що одним із принципів податкового законодавства є принцип рівності платників податків, тому будь-яка відмінність в оподаткуванні залежно від організаційно-правової форми йому б суперечила.

Разом з тим, така позиція не враховує всіх аспектів податкового законодавства, яке в окремих випадках певні права та обов'язки платника податків ставлять у залежність від його організаційно-правової форми. Організаційно-правова форма здійснення господарської діяльності також може мати певний вплив на податкове адміністрування, та на податкову взаємодію платників податків, зокрема у випадку, якщо вони є пов'язаними ¹⁷⁵.

Організаційно-правова форма юридичної особи впливає на податкові обов'язки по сплаті податку на прибуток. Так, відповідно до пункту 133.4 статті 133 ПК України, не є платниками податку на прибуток неприбуткові підприємства, установи та організації. Статус неприбуткової організації безпосередньо залежить від організаційно-правової форми юридичної особи, адже до таких організацій віднесено бюджетні установи, громадські організації, релігійні організації, політичні партії, творчі спілки, асоціації та інші об'єднання юридичних осіб, житлово-будівельні кооперативи та деякі інші юридичні особи, діяльність яких відповідає вимогам, передбаченим законом.

Слід наголосити, що в Україні є доволі поширеною схема використання житлово-будівельних кооперативів для будівництва житла. Така схема розглядається як одна з найбільш оптимальних з точки зору оподаткування, адже пайові внески членів кооперативу не є доходом і не оподатковуються податком на прибуток, самі об'єкти нерухомого майна реєструються за членом кооперативу як за первинним власником, тобто в цьому випадку не відбувається операції з поставки житла, яка може розглядатися як об'єкт оподаткування ПДВ.

Суттєвий вплив організаційно-правова форма платника податку може мати на право застосування податкових пільг. Зокрема, звільняється від оподаткування прибуток підприємств та організацій, які засновані громадськими об'єднаннями осіб з інвалідністю в разі дотри-

¹⁷⁵ Греча Я.В. Значення вибору структури і організаційно-правової форми господарської діяльності для оптимізації оподаткування. *Приватне та публічне право*. 2020. № 1. С.61.

мання визначених законом умов. Передбачені пільги зі сплати ПДВ для благодійних та релігійних організацій, навчальних та медичних закладів, органів державної влади та місцевого самоврядування тощо. Також для окремих форм юридичних осіб передбачені пільги і щодо земельного податку (громадські об'єднання інвалідів, навчальні, санаторно-курортні заклади, спортивні організації).

З іншого боку, та чи інша організаційно-правова форма або структура власників часток у статутному капіталі може створювати певні обмеження для платника податків. Зокрема, слід мати на увазі, що не можуть бути платниками єдиного податку суб'єкти господарювання, у статутному капіталі яких сукупність часток, що належать юридичним особам, які не є платниками єдиного податку, дорівнює або перевищує 25 відсотків, а також представництва, філії, відділення та інші відокремлені підрозділи юридичної особи, яка не є платником єдиного податку.

На оподаткування має суттєвий вплив і корпоративна структура бізнесу. Найбільший прояв це має у трансфертному ціноутворенні, зокрема при визначенні контрольованих операцій з пов'язаними особами — нерезидентами, а також нерезидентами, які створені в організаційно-правових формах, які не сплачують податок на прибуток (корпоративний податок) і включені до відповідного переліку, визначеного Кабінетом Міністрів України¹⁷⁶.

Так само корпоративна структура бізнесу, взаємодія пов'язаних між собою суб'єктів господарювання на практиці активно використовується при здійсненні податкового планування, регулювання податкового навантаження між учасниками групи, його перерозподілу внаслідок здійснення господарських операцій всередині групи.

Аналізуючи вплив вибору організаційно-правової форми здійснення господарської діяльності на процес сплати податків можна

¹⁷⁶ Про затвердження переліку організаційно-правових форм нерезидентів, які не сплачують податок на прибуток (корпоративний податок), у тому числі податок з доходів, отриманих за межами держави реєстрації таких нерезидентів, та/або не є податковими резидентами держави, в якій вони зареєстровані як юридичні особи. Постанова Кабінету Міністрів України № 480 від 04.07.2017р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/480-2017-%D0%D0%BF#Text>.

прийти до висновку, що найбільш суттєво відмінність проявляється в порядку оподаткування юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців, адже юридичні особи на загальній системі оподаткування є, зокрема, платниками податку на прибуток підприємств, у той час як підприємці на загальній системі оподаткування сплачують податок на доходи фізичних осіб.

Якщо порівнювати податкове навантаження юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців на загальній системі оподаткування, ми можемо прийти до висновку, що за чинним законодавством для індивідуальних підприємців воно є вищим. На це впливає, зокрема, відмінність при визначенні об'єкта оподаткування, яка полягає в тому, що для підприємців суттєво обмежений перелік витрат порівняно з юридичними особами. Як відомо, для юридичних осіб об'єктом оподаткування податком на прибуток є фінансовий результат до оподаткування, визначений за даними бухгалтерського обліку, при якому враховуються витрати операційної діяльності (собівартість товарів, адміністративні витрати, витрати на збут, інші операційні витрати), а також інші витрати (фінансові витрати, витрати минулих періодів, операції з основними засобами, операції з борговими вимогами і зобов'язаннями тощо). Водночас, перелік витрат, які може при визначенні оподаткованого доходу врахувати фізична особа-підприємець, наведений у пункті 177.4 статті 177 ПК України, який є за своїм змістом значно вужчим. Відповідно, витрати, які не ввійшли до цього переліку, не можуть враховуватися при визначенні об'єкта оподаткування, навіть якщо вони пов'язані з господарською діяльністю. Зокрема, податкові органи неодноразово займали позицію, що підприємець не може врахувати витрати на власне відрядження (тільки на відрядження найманих працівників), на сплату податку на майно (у тому числі земельний податок чи оренда плати за землю), на погашення відсотків за кредитом, навіть якщо кредит отримувався для здійснення господарської діяльності, курсові різниці, витрати на оплату бухгалтерських послуг та інші витрати. До цього ж необхідно додати, що фізична особа-підприємець, на відміну від юридичної особи, не може врахувати збитки минулих періодів, що суттєво звужує його можливості, адже якщо попередній рік для під-

приємця виявиться збитковим, то ці збитки не можуть бути враховані ним у поточному періоді.

Ще гіршою є ситуація із визначенням витрат для осіб, які здійснюють незалежну професійну діяльність, наприклад, таких як адвокати, нотаріуси та ряд інших, оскільки норма статті 178 ПК України взагалі не визначає склад витрат, які можуть враховуватися такими особами при визначенні об'єкта оподаткування. Норма закону містить загальне положення, яке передбачає, що оподатковуваним доходом вважається сукупний чистий дохід, тобто різниця між доходом і документально підтвердженими витратами, необхідними для провадження певного виду незалежної професійної діяльності. Однак, які саме витрати вважаються необхідними для здійснення такої діяльності і хто саме має визначати таку необхідність – не врегульовано. З одного боку, може скластися враження, що таке широке формулювання розв'язує руки платникам податків, не обмежуючи їх право, однак на практиці податкові органи дуже часто керуються власним розсудом при оцінці пов'язаності витрат самозайнятої особи з її професійною діяльністю, часто свавільно звужуючи їх перелік. Наприклад, податкові органи тривалий час при проведенні перевірок нотаріусів керувалися наказом ДПС України від 24.12.2012 року № 1185 та наказом Міністерства доходів і зборів України від 30.12.2013 року № 884 «Про затвердження Узагальнюючої податкової консультації щодо витрат приватного нотаріуса», однак у цих консультаціях був наведений орієнтовний і доволі звужений перелік, який не враховував усіх можливих реальних витрат нотаріусів, які пов'язані з їх діяльністю. Так, врахування витрат на сплату комунальних послуг було передбачено лише в разі використання нотаріусом власного приміщення, тому при перевірках податкові органи ставили під сумнів такі витрати, якщо нотаріус користувався приміщенням на правах оренди чи позички. Зрозуміло, що будь-якого законодавчого підґрунтя такі претензії контролюючих органів не мали.

Слід наголосити також, що фізичні особи-підприємці, а також особи, які здійснюють незалежну професійну діяльність, мають додаткове податкове навантаження у вигляді військового збору (1,5 відсотки від об'єкта оподаткування), а також у вигляді єдиного соціального внеску

на власні доходи (у той час як юридичні особи сплачують ЄСВ тільки з фонду оплати праці найманих працівників). При цьому в Україні існувала несправедлива норма, яка зобов'язувала фізичних осіб-підприємців, а також самозайнятих осіб сплачувати єдиний соціальний внесок навіть за відсутності доходів від здійснення своєї діяльності. Тривалий час залишалася не вирішеною проблема покладення на громадян подвійного обов'язку зі сплати ЄСВ у випадку, коли вони є одночасно зареєстрованими як фізичні особи-підприємці, а поряд з цим здійснюють незалежну професійну діяльність (така проблема була актуальна, наприклад, для адвокатів, арбітражних керуючих тощо). Це зумовлювало численні судові спори з податковими органами, які часто вирішуються на користь платників податків.

3.2.3. Вибір системи оподаткування при здійсненні господарської діяльності. Як відомо, в Україні платники можуть обрати загальну систему оподаткування або спрощену систему, яка передбачає сплату єдиного податку. Крім того, платники на загальній системі оподаткування, а також платники єдиного податку третьої групи можуть зареєструватися платниками ПДВ (на загальній системі оподаткування при досягненні визначеного законом обсягу оподаткованих операцій реєстрація платником ПДВ є обов'язковою). Визначення системи оподаткування обов'язково слід здійснювати на початку провадження діяльності, при реєстрації юридичної особи чи фізичної особи-підприємця, однак вибрана система оподаткування в процесі здійснення господарської діяльності може змінюватися (законодавство допускає таку можливість) залежно від зміни умов ведення бізнесу, його масштабів, законодавства тощо.

При виборі системи оподаткування слід враховувати, яка з обраних систем буде оптимальною з точки зору податкового навантаження. Слід врахувати, що юридичні особи на загальній системі оподаткування сплачують податок на прибуток за ставкою 18 відсотків, а платники єдиного податку на третій групі сплачують 5 відсотків (3 відсотки в разі сплати ПДВ) від загального доходу. Тобто відмінність полягає не тільки у ставці, але і в об'єкті оподаткування, тому за різних умов вигіднішим може бути

сплата чи податку на прибуток (якщо платник має значний обсяг витрат, які зменшують фінансовий результат до оподаткування), чи єдиного податку (якщо платник у достатньому обсязі таких витрат не має).

Здійснюючи вибір системи оподаткування, необхідно враховувати наявні в законі обмеження щодо обсягу граничного річного доходу, який допускається на спрощеній системі. Парламент збільшив обсяг граничного доходу для платників єдиного податку до одного мільйона для першої групи, п'яти мільйонів для другої групи і семи мільйонів для третьої групи.

Однак на практиці часто мають місце випадки, коли великий бізнес зловживає правом, штучно дроблячи свою діяльність, здійснюючи її через значну кількість фізичних осіб-підприємців на спрощеній системі оподаткування.

Одним із видів обмежень, що застосовуються для першої та другої групи платників єдиного податку, є обмеження щодо кількості осіб, що можуть перебувати з ними в трудових відносинах. Так, для платників єдиного податку другої групи максимально дозволено мати десять найманих працівників, а платники податку першої групи взагалі позбавлені права використовувати найману працю. На наше переконання, таке обмеження є недоцільним і невиправданим, оскільки використання найманої праці платниками єдиного податку не має жодного негативного впливу на інтереси держави у сфері оподаткування, натомість стримує розвиток малого бізнесу, не сприяє створенню нових робочих місць, призводить до податкових втрат внаслідок ненадходження податків з доходів найманих працівників та внаслідок приховування трудових відносин.

Одним із важливих аспектів, що впливає на вибір системи оподаткування, є зручність та простота ведення обліку та складання звітності, адміністрування податків і зборів. Простота та зручність адміністрування податків для багатьох платників має не менш важливе значення, ніж рівень податкового навантаження. Податкова система України дуже часто є об'єктом критики не так за високий фіскальний тиск (рівень податкових ставок в Україні далеко не найвищий), як радше за недосконалість адміністрування податків.

Спрощена система обліку та звітності є однією з найбільш суттєвих переваг єдиного податку, що особливо важливо для малого і середнього бізнесу, які не мають таких організаційних та фінансових можливостей забезпечувати складний облік, як у великого бізнесу. Тому часто платники податків віддають перевагу єдиному податку через простоту його адміністрування, навіть якщо його застосування не є найбільш оптимальним з точки зору рівня податкового навантаження. Тривалий час спрощена система оподаткування приваблювала суб'єктів малого та середнього бізнесу тим, що платники єдиного податку в переважній більшості випадків мали право не застосовувати реєстратор розрахункових операцій при здійсненні розрахунків у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг. Однак з часом ця перевага ставала дедалі більш обмеженою, обов'язок застосовувати РРО розповсюджувався на все ширше коло платників єдиного податку.

Важливим фактором, який повинен враховуватися при визначенні податкової політики суб'єкта господарювання є питання реєстрації платником ПДВ, при цьому доцільність чи необхідність такої реєстрації залежить від цілого ряду факторів. Зрозумілою є ситуація, коли платник податку зобов'язаний зареєструватися платником ПДВ в силу імперативних приписів закону. Однак, у разі, якщо йдеться про добровільну реєстрацію, при прийнятті оптимального рішення слід керуватися тим, що з одного боку ПДВ є, напевно, одним із найскладніших в адмініструванні податків, однак з іншого – він може бути вигідним для платника. Так, реєстрація платником ПДВ буде доречною у разі, якщо платник здійснює зовнішньоекономічну діяльність. У випадку ж здійснення діяльності з експорту товарів платник ПДВ буде мати право на формування податкового кредиту з сум ПДВ, сплачених у ціні придбаних ним товарів (послуг). Оскільки для експорту товарів встановлена нульова ставка, платник буде мати право на відшкодування сум ПДВ з бюджету. Натомість без реєстрації платником ПДВ суб'єкти, які здійснюють експорт товарів, право на податковий кредит та бюджетне відшкодування втрачають. Так само доцільною є реєстрація платником ПДВ для суб'єктів, які здійснюють ввезення товарів на митну територію України. При ввезенні товарів у обсягах, які відповідно до закону підлягають опо-

даткуванню, платники сплачують ПДВ при митному оформленні товарів незалежно від факту реєстрації їх платниками ПДВ, однак при наявності такої реєстрації платники мають право суми ПДВ, сплачені при митному оформленні товарів, віднести до складу податкового кредиту.

Обґрунтованою буде реєстрація платником ПДВ у разі, якщо суб'єкт господарювання здійснює капітальні інвестиції, придбання або самостійне виготовлення необоротних активів. На етапі здійснення інвестицій, наприклад у будівництво виробничих об'єктів, придбання обладнання тощо у платника ПДВ формуються значні суми податкового кредиту в ціні придбаних товарів і послуг, які можуть бути відшкодовані з бюджету. Без реєстрації платником ПДВ така можливість буде втрачена.

Реєстрація платником ПДВ може бути доцільною і в тих випадках, коли суб'єкт господарювання має намір розширити ринки збуту за рахунок покупців — ПДВ. Таким покупцям вигідніше придбавати товари або послуги також у платників ПДВ через можливість отримати право на податковий кредит у ціні придбаних товарів чи послуг, тому без реєстрації платником ПДВ коло покупців продукції у суб'єкта господарювання буде більш обмеженим. Значна кількість платників податків оптимізують податкове навантаження, здійснюючи господарську діяльність з використанням різних суб'єктів — як платників єдиного податку, так і платників ПДВ на загальній системі оподаткування. При цьому продаж товарів або послуг проводиться через таких суб'єктів з урахуванням категорії покупців — чи є такі покупці платниками ПДВ (тоді продаж здійснюється також платником ПДВ), чи ні (у такому разі співпраця ведеться, як правило, з платниками єдиного податку). Використання декількох суб'єктів господарювання з різними системами оподаткування є в Україні доволі поширеним явищем і подекуди має ознаки зловживання правом, адже, наприклад, навіть у одному закладі громадського харчування споживачу при здійсненні одного замовлення можуть видати два чеки від різних суб'єктів на різних системах оподаткування.

3.2.4. Вплив податкового законодавства на вибір видів господарської

діяльності. При плануванні економічної діяльності не може бути залишений поза увагою такий фактор, як вибір видів діяльності. Знову ж таки, вирішення цього питання в рамках стратегічного планування повинно базуватися на ділових інтересах суб'єкта господарювання, однак податкові аспекти також мають бути враховані.

На вибір видів діяльності може впливати така сукупність факторів, як наявність або відсутність обов'язку сплати податку, диференціація податкових ставок, наявність податкових пільг, встановлення обмежень на здійснення окремих видів діяльності для певної категорії платників податків тощо.

Щодо багатьох податків, крім базової ставки, закон передбачає застосування інших ставок, що залежить, зокрема, і від видів діяльності. Так, щодо ПДВ установлені зменшені ставки 7 відсотків для постачання лікарських засобів та виробів медичного призначення, ставка нуль відсотків передбачена, зокрема, для здійснення таких операцій, як експорт, постачання товарів магазинами безмитної торгівлі, міжнародні перевезення пасажирів і багажу та вантажів тощо.

Щодо податку на прибуток диференціація ставок податків для резидентів не є суттєвою (окремі податкові ставки встановлені тільки для страховиків), однак для оподаткування доходів нерезидентів ставки різні — 0, 4, 6, 12, 15 і 20 відсотків залежно від виду діяльності та виду доходу. Що стосується акцизного податку та мита, то тут диференціація ставок чи не найбільша і залежить від виду вироблених чи імпортованих товарів за кодом УКТ ЗЕД. При здійсненні господарських операцій з підакцизними товарами слід виходити також із вимог, пов'язаних із особливостями регулювання їх виробництва та обігу, ліцензування тощо. Особливо це важливо для виробництва та реалізації алкогольних напоїв, палива, де правове регулювання цих правовідносин передбачає цілий ряд особливих вимог та обмежень, а також встановлює спеціальну юридичну відповідальність за правопорушення у сфері обігу цих товарів, однак детальна характеристика цих аспектів може бути предметом окремого дослідження.

Специфіка здійснення певних видів діяльності та її наслідки можуть характеризувати суб'єкта як платника того чи іншого податку. Так, якщо діяльність платника податку пов'язана з викидами шкідливих для

довкілля речовин у атмосферне повітря чи водні об'єкти, розміщення відходів, утворення радіоактивних відходів, такий суб'єкт є платником екологічного податку. Діяльність суб'єкта господарювання з видобутку корисних копалин, використання лісових ресурсів, спеціальне використання води, радіочастотного ресурсу тощо зумовлює виникнення обов'язку зі сплати рентної плати.

Важливим фактором при здійсненні податкового планування є врахування визначених податковим законодавством обмежень, встановлених залежно від видів діяльності платника податку. Особливо яскраво цей аспект проявляється при застосуванні спрощеної системи оподаткування. Так, законом чітко визначено, що платниками єдиного податку першої групи можуть бути фізичні особи-підприємці, які здійснюють виключно роздрібний продаж товарів з торговельних місць на ринках та/або провадять господарську діяльність з надання побутових послуг населенню. Будь-яку іншу діяльність на першій групі здійснювати неможливо. Платники єдиного податку другої групи не можуть надавати послуги юридичним особам на загальній системі оподаткування, а також не можуть здійснювати діяльність з надання посередницьких послуг з купівлі, продажу, оренди та оцінювання нерухомого майна, крім того — діяльність з виробництва, постачання, продажу (реалізації) ювелірних та побутових виробів з дорогоцінних металів, дорогоцінного каміння.

Норма пункту 291.5 статті 291 ПК України містить доволі широкий перелік видів діяльності, здійснювати які заборонено платникам першої — третьої груп, це, зокрема, організація азартних ігор і лотерей, обмін валют, виробництво, експорт, імпорт і продаж підакцизних товарів, видобуток, виробництво, реалізація дорогоцінних металів, видобуток і реалізація корисних копалин (крім корисних копалин місцевого значення), діяльність у сфері фінансового посередництва та цілий ряд інших. Доволі поширеним видом діяльності в Україні є надання в оренду майна, у зв'язку з цим необхідно пам'ятати, що для платників єдиного податку заборонено здавати в оренду земельні ділянки площею понад 0,2 га, житлові приміщення площею понад 100 м. кв. та нежитлові приміщення площею понад 300 м. кв.

Для платників єдиного податку четвертої групи встановлена

обов'язкова вимога щодо їх видів діяльності — у сфері сільськогосподарського товаровиробництва, зокрема для юридичних осіб передбачено, що частка сільськогосподарського товаровиробництва за попередній податковий (звітний) рік повинна дорівнювати або перевищувати 75 відсотків.

3.2.5. Використання податкових пільг при здійсненні господарської діяльності. При здійсненні господарської діяльності доцільно ретельно вивчити питання щодо наявності та можливості використання податкових пільг. Хоч податкові пільги не відносяться до обов'язкових елементів податкового механізму, їх застосування є одним із найбільш дієвих проявів стимулюючої функції податків, роль і значення якої з часом дедалі збільшується.

Встановлення податкових пільг може мати різні цілі, у тому числі й соціальні, що забезпечує реалізацію принципу соціальної справедливості податкової системи. Однак така ціль може бути далеко не єдиною, пільги можуть встановлюватися для стимулювання тих галузей і видів діяльності, які мають важливе значення для держави, зокрема це підтримка малого та середнього бізнесу, сільськогосподарського виробництва, експорту, інвестиційної діяльності тощо. Це кореспондується з нормою пункту 30.2 статті 30 ПК України, якою визначено, що підставами для надання податкових пільг є особливості, що характеризують певну групу платників податків, вид їх діяльності, об'єкт оподаткування або характер та суспільне значення здійснюваних ними витрат.

Необхідно наголосити, що чинна система податкових пільг в Україні не виконує основні завдання, заради яких вони запроваджувалися. Фактично на сьогодні відсутній дієвий інструментарій щодо залучення інвестицій шляхом надання відповідних податкових преференцій. В Україні активно ведеться дискусія щодо перспектив заміни податку на прибуток податком на виведений капітал, який передбачає оподаткування лише тієї частини прибутку, яка виводиться у формі дивідендів чи прирівняних до них виплат. Хоч безпосередньо такий крок не можна вважати запровадженням податкових пільг, однак, по суті, звільнення від оподаткування прибутку, який власник залишає в бізнесі, є суттє-

вою податковою преференцією для платників податків. Слід зауважити, що ця тема дуже популярна в діловому середовищі. Прихильники запровадження цього податку наголошують, що це буде суттєвим каталізатором розвитку економіки, зробить прозорою фінансову звітність, спростить адміністрування податку та здійснення контролю. Дійсно, з одного боку, такий крок сприятиме залученню внутрішніх та зовнішніх інвестицій і росту економіки, але з іншого, це призведе до величезних фінансових втрат бюджету, до яких фінансова система нашої держави не готова, особливо в період максимального навантаження на бюджет у зв'язку з виплатами зовнішнього державного боргу.

Українська влада час від часу анонсує можливість запровадження податкових канікул щодо податку на прибуток, зокрема для інвесторів, які візьмуть участь у приватизації, інвестувавши понад 10 млн дол США. Разом з тим, таке вибіркове застосування податкових пільг тільки щодо приватизованих об'єктів видається несправедливим стосовно того сегменту бізнесу, який не придбавав державне майно, однак самостійно створював свої підприємства, інвестуючи власні активи. Підтримуючи запровадження податкових стимулів для залучення інвестицій, вони повинні враховувати, на наше переконання, принцип рівності та недопущення будь-яких проявів податкової дискримінації. Зокрема, вітчизняний інвестор жодним чином не повинен бути більше ущемлений у правах, ніж іноземний, не має бути різниці, чи бізнес створено шляхом участі у приватизації, чи шляхом залучення власних активів. Більше того, ми не підтримуємо повне звільнення від оподаткування податком на прибуток. На нашу думку, доцільним і ефективним з точки зору інтересів як бізнесу, так і держави, було б звільнення від оподаткування тієї частини прибутку, яка спрямовується на здійснення капітальних інвестицій, будівництво чи придбання виробничих активів. При такому підході мета щодо стимулювання інвестицій була б досягнута, однак втрати держави від запровадження таких пільг були б суттєво меншими порівняно з запровадженням податку на виведений капітал чи шляхом надання податкових канікул.

Ще одним із ключових завдань запровадження податкових пільг є забезпечення соціальної справедливості. Попри те, що в чинному законодавстві вибірково такі пільги встановлені, сучасна система соці-

альних податкових пільг не відповідає викликам сьогодення. В Україні наразі надзвичайно актуальною є проблема масової трудової міграції за кордон, внаслідок чого відчувається брак трудових ресурсів, а виїзд за кордон найбільш продуктивної, активної частини населення стримує розвиток економіки України. Особливо ризикованою для держави є еміграція молоді, адже молоді люди, здобуваючи освіту в країнах Європи та США, мають більше можливостей для подальшого працевлаштування за кордоном і їх повернення в Україну виглядає мало ймовірним. Масовий характер такого явища створює для держави серйозні виклики і має спонукати вживати заходи, щоб створити умови для повернення в Україну наших громадян і їх працевлаштування в нашій державі. Якраз у цьому контексті слід розробити й запровадити дієву систему пільг, які б сприяли створенню робочих місць з лояльним оподаткуванням доходів молоді.

При здійсненні господарської діяльності платники податків часто використовують операції, які не є об'єктом оподаткування ПДВ, однак дають можливість здійснити господарську операцію в спосіб, який є найбільш оптимальним з точки зору податкових наслідків. Наприклад, пунктом 196.1 статті 196 ПК України передбачено, що не є об'єктом оподаткування операції з продажу корпоративних прав. Зважаючи на цю норму, якщо платник податків має на меті продати свої активи, зокрема цілісний майновий комплекс, найбільш оптимальною схемою в цьому випадку буде саме продаж корпоративних прав, унаслідок чого ділова мета — зміна власника активу, буде досягнута з оптимальними податковими наслідками, а саме без сплати ПДВ, в іншому випадку, у разі продажу майна (рухомого чи нерухомого), ПДВ сплачуватиметься на загальних підставах.

У ситуації, коли суб'єкт господарювання має на меті продати тільки частину своїх активів, попередня схема продажу корпоративних прав безпосередньо юридичної особи — платника податків не підійде. У цьому випадку на практиці широко застосовується схема реорганізації платника податків шляхом виділу. Відповідно до підпункту 196.1.7. пункту 196.1 статті 196 ПК України не є об'єктом оподаткування операції з реорганізації (злиття, приєднання, поділу, виділення та перетворення) юридичних

осіб. Відтак, передавши за розподільчим балансом частину активів, яку платник має намір відчужити, на нову юридичну особу, яка утворилася шляхом виділу, платник податків уникає в легальний спосіб податкових зобов'язань з ПДВ. У подальшому, залежно від ситуації, суб'єкт господарювання має змогу досягти кінцевої мети щодо відчуження активу або шляхом продажу корпоративних прав новоствореної юридичної особи, або шляхом прямого продажу майна такою особою, яка може не реєструватися при створенні платником ПДВ, відтак податкові зобов'язання в такому разі також не виникатимуть. При цьому важливим є те, що при здійсненні вказаної операції не виникає обов'язку щодо визначення податкових зобов'язань відповідно до пункту 198.5 статті 198 ПК України, які за загальним правилом нараховуються на обсяг операцій, які звільнені від оподаткування або не є об'єктом оподаткування.

При здійсненні господарської діяльності одним із найбільш ефективних методів використання податкових пільг є діяльність інститутів спільного інвестування. Однією з найбільш суттєвих переваг інститутів спільного інвестування є те, що відповідно до пункту 141.6 статті 141 ПК України звільняються від оподаткування кошти спільного інвестування, а саме: кошти, внесені засновниками корпоративного фонду, кошти та інші активи, залучені від учасників інституту спільного інвестування, доходи від здійснення операцій з активами інституту спільного інвестування, доходи, нараховані за активами інституту спільного інвестування, та інші доходи від діяльності інституту спільного інвестування (відсотки за позиками, орендні (лізингові) платежі, роялті тощо).

Цілий ряд схем, які дають можливість оптимізувати податкові зобов'язання, можна реалізувати з застосуванням податкових пільг щодо податку на доходи фізичних осіб. Так, у разі, якщо фізична особа має намір продати нерухоме майно, за загальним правилом при здійсненні такої операції виникають зобов'язання зі сплати податку за ставкою 5 відсотків. Згідно з пунктом 172.3 статті 172 ПК України дохід від продажу об'єкта нерухомості визначається, виходячи з ціни, зазначеної в договорі купівлі-продажу, але не нижче оціночної вартості такого об'єкта. Після того, як до вказаної норми були внесені зміни, які передбачали, що оцінка майна повинна бути зареєстрована в єдиній

базі таких звітів про оцінку, податкове навантаження на платників, які здійснюють такі операції, виросло, адже стали практично неможливими зловживання з заниженням оцінки нерухомого майна, як це відбувалося до того часу.

У зв'язку з цим доволі поширеною стала схема відчуження майна фізичними особами шляхом створення ними юридичної особи, унесення відповідного майна до статутного капіталу та подальшого відчуження корпоративних прав. При цьому використовується податкова пільга, передбачена підпунктом 165.1.44 пункту 165.1 статті 165 ПК України, згідно з якою не включається до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу платника податку сума майнового та немайнового внеску платника податку до статутного фонду юридичної особи — емітента корпоративних прав, в обмін на такі корпоративні права. При продажу корпоративних прав без інвестиційного прибутку (за номінальною ціною частки в статутному капіталі), жодних податкових зобов'язань за наслідками таких операцій не виникатиме.

Ще одним прикладом використання податкових пільг щодо податку на доходи фізичних осіб є схема із реінвестицією дивідендів. Так, відповідно до підпункту 165.1.18 пункту 165.1 статті 165 ПК України не включаються до загального місячного (річного) оподатковуваного доходу дивіденди, які нараховуються на користь платника податку у вигляді акцій (часток, паїв), емітованих юридичною особою — резидентом, що нараховує такі дивіденди, за умови, що таке нарахування жодним чином не змінює пропорцій (часток) участі всіх акціонерів (власників) у статутному фонді емітента та в результаті якого збільшується статутний фонд емітента на сукупну номінальну вартість нарахованих дивідендів. При цьому обов'язковими умовами застосування вказаної пільги є незмінність пропорцій часток між акціонерами (учасниками) та збільшення статутного капіталу на суму нарахованих дивідендів. Після цього, якщо в подальшому товариство прийме рішення про зменшення статутного капіталу, у нього виникнуть зобов'язання щодо повернення вкладу чи його частини учасникам, при цьому повернення таких сум підпадає під регулювання пункту 170.2 статті 170 ПК України, норма якого визначає порядок оподаткування інвестиційного прибутку, однак

у переважній більшості випадків за наслідками здійснення таких операцій інвестиційного прибутку не виникає. Таким чином, якщо учасники товариства не будуть поспішати з отриманням дивідендів, то можуть отримати свої кошти в інший спосіб без будь-якого оподаткування.

Наведені приклади з використанням податкових пільг не можна розглядати як такі, що суперечать нормам податкового законодавства, оскільки при їх застосуванні використовуються легальні механізми, які законом не забороняються, тому відповідну поведінку платника податку не можна розглядати як протиправну.

Крім податкових пільг, інструментарій платника податку при здійсненні оптимізації оподаткування включає в себе можливість використання передбачених законом інших податкових преференцій, таких як використання спеціальних податкових режимів, отримання відстрочень і розстрочень сплати податкових зобов'язань та інші. Можливість застосування таких преференцій є одним із проявів реалізації свободи економічної діяльності.

3.3. Шляхи удосконалення медичної галузі та забезпечення контролю якості за наданням медичної допомоги

(Олександр Грін)

В умовах сучасного розвитку українського суспільства надзвичайної актуальності набуває проблема правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я. Її актуальність значно посилюється в умовах проведення медичної реформи, а саме трансформації первинної ланки, оптимізації мережі медичних закладів, запровадження електронної системи охорони здоров'я та реформування системи екстреної медичної допомоги. На жаль, доводиться констатувати, що сучасне правове регулювання медичних відносин в Україні не достатньою мірою враховує конкретні аспекти медичної діяльності не забезпечує якісний лікувальний процес та не дає можливості медичним працівникам та пацієнтам ефективно реалізовувати свої права і обов'язки.

Особливої гостроти вказана проблема набуває на сучасному етапі

трансформації системи охорони здоров'я, який стосуватиметься правового регулювання діяльності постачальників вторинної та третинної медичної допомоги, автономізації всіх закладів охорони здоров'я, утворення госпітальних округів та запровадження гарантованого державою пакету медичних послуг. Всі ці питання потребують детального правового унормування.

З розвитком суспільства та появою нових знань медичне мислення кардинально змінювалося. У XVIII столітті воно було класифікаторським, а методом медичного теоретизування була нозографія. Центральним об'єктом вивчення була хвороба. Її потрібно було класифікувати. Таким чином хвороба абстрагувалася від людини, найбільш прийнятним середовищем для її вивчення була сім'я. Коли класифікаторська форма мислення не змогла впоратися із феноменом епідемічних захворювань з'явилася необхідність у статистичному підході. Клініка стала галуззю наукового знання, що формується на основі методу безпосереднього спостереження за хворобою. Об'єктом вивчення стає пацієнт, тобто організм у якому присутня хвороба.

На початку XVIII століття завершується період медицини хвороб та розпочинається час медицини патологічних реакцій. Клінічна медицина знаходить новий об'єкт — людський індивід. Зі становленням індустріального суспільства виникла необхідність відтворення працездатної робочої сили, що стало передумовою створення перших національних систем охорони здоров'я, які успішно функціонували у багатьох країнах, у тому числі і в колишньому СРСР до кінця XX сторіччя.

Слід погодитися з думкою М. Проданчука про те, що феномен функціонуючої у колишньому СРСР системи Семашка, яка при одиниці затрат на одного громадянина була ефективнішою за будь-які інші, існуючі в світі приблизно на кілька порядків, задовольняла всі верстви населення і була максимально справедливою, полягає в тому, що вона була створена і функціонувала в унікальній державі ¹⁷⁷.

Державна власність, планова економіка, адміністративно-команд-

¹⁷⁷ Устінов О.В. Філософія медицини XXI сторіччя: українські реалії. *Український медичний часопис*. Актуальні питання клінічної практики URL: www.umj.com.ua/article/49841/filosofiya-medicini-xxi-storichchya-ukrainski-realii/

ний спосіб управління та мілітаризація держави вимагали адекватної моделі системи охорони здоров'я. Такою моделлю була військова медицина, в основі якої лежало не фінансове а ресурсне забезпечення. СРСР побудував систему охорони здоров'я, коли при відомих демографічних показниках і показниках захворюваності визначалася необхідна кількість спеціалістів лікувально-профілактичних закладів та їх оснащення. Все це забезпечувалося саме ресурсами, а не коштами. Коли у 1994 р. постало питання про фінансування медичної галузі з розрахунку на мешканця виявилось, що з бюджету на кожного мешканця виділяється стільки ж коштів у доларовому еквіваленті, скільки їх виділялося у Радянській Україні. Але при постатейному підрахунку витрат виявилось, що для того щоб закупити ту саму кількість ліків необхідно було у 2 рази більше коштів, на забезпечення енергоносіями — у 1000 разів, на капітальні видатки — у 5 разів більше коштів. Таким чином, купівельна спроможність за різними статтями була різною, тому в цілому щоб отримати ті самі ресурси в умовах ринкової економіки необхідно було в 5 разів більше коштів¹⁷⁸.

XXI століття сформувало нові виклики, такі як формування суспільства споживання, розвиток інформаційних технологій та агресивний вплив засобів масової інформації (ЗМІ) на свідомість і поведінку людини. В цих нових умовах підходи до охорони здоров'я, а точніше — до управління здоров'ям повинні бути кардинально іншими. Гонитва у сучасних ринкових відносинах призводить до того, що особа стає потрібна суспільству не стільки в ролі виробника робочої сили, скільки в ролі споживача. Світовий тренд — культ тіла — за сприяння ЗМІ входить у світоглядну культуру, змінюючи філософські погляди на охорону здоров'я у сучасному світі. Тому держава повинна проводити політику в галузі охорони здоров'я спрямовану не стільки на роботу з лікувально-профілактичними закладами, скільки на фінансування та популяризацію суспільних інституцій, що сприяють формуванню здорового способу життя.

У наш час відбувається перехід до комерційного західного варіанту

¹⁷⁸ Устінов О.В. Філософія медицини XXI сторіччя: українські реалії. *Український медичний часопис*. Актуальні питання клінічної практики URL: www.umj.com.ua/article/49841/filosofiya-medicini-xxi-storichcha-ukrainski-realii/

медицини. У чому його суть? На наш погляд, до початку епідемії коронавірусної хвороби відбувався процес індивідуалізації хвороби — особа сама ставала підприємцем свого здоров'я (спосіб життя, харчування, спорт та ін.) Перебувати в лікарні стаціонарно на протязі значного часу дорого для пацієнта та економічно не вигідно для лікарні. Приміром, денні хірургії — одне із важливих досягнень останнього часу, що і покращило якість медицини і зменшило видатки. Його відстоювали клініцисти, занепокоєні наслідками тривалого постільного режиму. На думку відомого канадського науковця у сфері управління медициною Г. Мінцберга, більшість значних змін в охороні здоров'я розвинулися знизу вгору та без участі експертів, які нічого не знають про охорону здоров'я¹⁷⁹.

Отже, сьогодні слід вести мову не про реформу медицини, а про реформу охорони здоров'я, а точніше про реформу механізмів управління здоров'ям. В наш час проблема здоров'я — це не проблема медицини. Це проблема того, як людина управляє своїм організмом на попередніх етапах життя до періоду звернення за медичною допомогою.

У зв'язку з так званою кризою державних боргів та соціальних держав, останні не в змозі управляти медичними закладами і охороною здоров'я в цілому так, як вони це робили в радянський час, а саме через податки. Зараз коли суттєво збільшується тривалість життя і співвідношення кількості працюючих і непрацюючих осіб у бік останніх, економіка не в змозі забезпечити усіх безоплатною медичною допомогою. Що стосується системи фінансування, то чим далі збільшуватиметься середня тривалість життя тим більше система охорони здоров'я працюватиме на людей похилого віку. Чим далі тим більше медицина ставатиме капіталоємною галуззю економіки. Медицина — унікальна галузь господарювання з точки зору собівартості послуги. Якщо в інших галузях із використанням новітніх технологій собівартість послуги зменшується, то в медицині — навпаки збільшується.

В економічно розвинених країнах до початку пандемії COVID-19 лікування хвороб переважно поліпшилося. Справа в тому, що коштувало воно надзвичайно дорого, а населення здебільшого не мало змоги

¹⁷⁹ Мінцберг Генрі (2019) Міфи про охорону здоров'я. Як не помилитися, реформуючи медичну систему (пер. з англ. Дар'я Прокопик). Київ: Наш формат 34.

за це платити. Слід наголосити, що мова йшла про успіх як про покращення, а не про досконалість. У західній науковій літературі прийнято порівнювати два види надання медичної допомоги. Перший презентує охорону здоров'я 1960-х, коли у разі болю в грудях приходиться до вас терапевт і забирає прямісінько в лікарню де вами опікується купа лікарів і сестер, які зрештою відправляють вас додому із найкращими побажаннями. Таке-от було найсучасніше лікування. А в другому варіанті ніхто не приїздить — самі маєте дістатись до лікарні, почекати в залюдненій приймальні поки не потрапите до серцевої хірургії, де вам зроблять стентування і виписуть наступного дня в непоганому стані. Таке-от звичайнісіньке лікування в XXI столітті¹⁸⁰.

Розробка нових технологій в медицині призводить до того, що людина живе довше, але хворіє значно дорожче. Г.Мінцберг зазначає, що поки хворі об'єднаним фронтом вимагають більше видатків, здорові діють як загальне лобі національного рівня і прагнуть менших витрат. Це погана комбінація, через неї охорона здоров'я не здужує¹⁸¹.

Пандемія COVID-19 кардинально змінила функціонування моделей систем охорони здоров'я в світі¹⁸². Пов'язана з цим криза, на думку Є. Харитонов, зумовила необхідність перегляду характеру стосунків людей у різних сферах життя, ставлячи під сумнів навіть такі здавалось би стійкі тренди як євроінтеграція, міжнародний розподіл праці ринків, глобалізація тощо¹⁸³. У науковому співтоваристві через колективізацію не тільки хвороби, але й смерті згадали про біополітику — право держави управляти життям і смертю, започатковану в працях видатного французького мислителя XX століття Мішеля Фуко¹⁸⁴.

В останні роки життя незмінним об'єктом його уваги стало зна-

¹⁸⁰ Там само 23.

¹⁸¹ Там само 24.

¹⁸² Грін О.О. (2020) Основи медичного права. Альбом схем: навч. посіб. Ужгород: Вида-во ФОП Сабов А.М. 33.

¹⁸³ Харитонов Є. О., Харитонova О. І., Некіт К. Г. (ред.) (2020) *Права приватної особи в умовах пандемії COVID-19: проблеми здійснення і захисту*. Одеса: Видавничий дім «Гельветика» 9.

¹⁸⁴ Мишель Фуко (2010) *Рождение биополитики*. Курс лекций, прочитанных в Колеж де Франс в 1978-1979 учебном году (пер. с фр. А.В.Дьяков) Санкт-Петербург: Наука, 2010.

чення природного життя людини всередині механізмів та розрахунків влади — явище, яке він назвав біополітикою. У фіналі «Волі до істини» він надзвичайно точно резюмує зміст процесу: «На протязі тисячоліть людина залишалася тим, ким вона була для Аристотеля — твариною, яка живе здатною крім іншого до політичного існування; сучасна ж людина — це тварина, в політиці якої її життя як існуючої істоти ставиться під питання»¹⁸⁵. Процеси суб'єктивізації, які наполегливо досліджував М. Фуко, на його думку, призводять індивіда до об'єктивізації власного Я та формуванню себе як суб'єкта, який віддає себе в той самий час під владу зовнішнього контролю¹⁸⁶. На думку Д. Агамбена, М. Фуко у своїх роботах не пояснив того, що здавалось йому простором сучасної біополітики — політика великих тоталітарних держав XX століття¹⁸⁷. Зазначені думки дають нам змогу зробити висновок, що в умовах епідемії COVID-19, медицина стає державним благом, а не комерційною послугою; здоров'я — не власна справа, а державна політика (вдягнуті маски, обмежене пересування і т. п.) .

У сучасних умовах коронавірусної інфекції значно посилюються функції публічного адміністрування сферою охорони здоров'я в Україні. На думку В. Логвиненка, специфіка конкретної моделі публічного адміністрування сферою охорони здоров'я може визначатися за допомогою трьох складників: 1) типу організації (форми) національної системи охорони здоров'я; 2) методу адміністрування (управлінського впливу) сферою охорони здоров'я; 3) джерел фінансування національної системи охорони здоров'я¹⁸⁸.

Саме на сучасній реформі фінансування системи охорони здоров'я, частково зупиненій епідемією коронавірусу слід зупинитися докладно.

Мета реформи фінансування системи охорони здоров'я. Ство-

¹⁸⁵ Фуко Мишель (1996) *Воля к истине: по ту сторону знания власти и сексуальности*. Работы разных лет. Москва: Касталь 247.

¹⁸⁶ Мишель Фуко. Рождение биополитики.

¹⁸⁷ Джорджо Агамбен (2011) *Номос sacer*. Суверенная власть и голая жизнь. Москва: Издательство Европа 152.

¹⁸⁸ Логвиненко Б. (2017) Основні функції публічного адміністрування сферою охорони здоров'я в Україні. *Національний юридичний журнал : теорія і практика* 56.

рення та запровадження нової моделі фінансування, яка передбачає чіткі та прозорі гарантії держави щодо обсягу безоплатної медичної допомоги, кращий фінансовий захист громадян у випадку хвороби, ефективний та справедливий розподіл публічних коштів та скорочення неформальних платежів, створення стимулів до поліпшення якості надання медичної допомоги населенню державними і комунальними закладами охорони здоров'я

Структура державного гарантованого пакету медичної допомоги.

- 1) Первинна медична допомога;
- 2) Екстрена медична допомога (у тому числі у стаціонарі);
- 3) Основні види амбулаторних послуг за направленням лікаря загальної практики — сімейного лікаря;
- 4) Основні види стаціонарної медичної допомоги за направленням лікаря загальної практики — сімейного лікаря чи лікаря-спеціаліста, включаючи лікарські засоби для стаціонарної та екстреної медичної допомоги, вартість яких відшкодовується через встановлений державою механізм оплати відповідних видів медичної допомоги;
- 5) Амбулаторні рецептурні лікарські засоби, які внесені до національного переліку основних лікарських засобів та вартість яких відшкодовується через механізм реімбурсації.

Принцип визначення переліку послуг державного гарантованого пакету медичної допомоги:

- 1) Послуги первинної та екстреної медичної допомоги (зокрема у стаціонарі) повністю покриватимуться державним солідарним медичним страхуванням — співплата для таких послуг не передбачається;
- 2) Послуги спеціалістів та обстеження за направленням лікаря покриватимуться державним солідарним медичним страхуванням із співплатою від пацієнта; без направлення лікаря пацієнт оплачуватиме повну вартість;
- 3) Послуги стаціонарного лікування та високоспеціалізовані послуги покриватимуться державним солідарним медичним страхуванням із співплатою пацієнта;
- 4) Встановлений обсяг лікарських засобів за рецептом покрива-

ється державним солідарним медичним страхуванням із співплатою пацієнта через механізм реімбурсації. При цьому зазначене покриття стосуватиметься лише лікарських засобів, включених до Національного переліку основних лікарських засобів;

5) Витрати постачальників медичної допомоги на надання медичних послуг та лікарських засобів, які не входять до державного гарантованого пакета медичної допомоги, відшкодовуватимуться пацієнтами в повному обсязі шляхом прямої оплати чи через механізм добровільного медичного страхування. До таких послуг, зокрема, належатимуть послуги вторинної (спеціалізованої) та третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги, що надаються за прямим зверненням пацієнтів без направлення лікаря, окремі види діагностичних та лікувальних послуг, забезпечення лікарськими засобами понад перелік та обсяг, передбачені в державному гарантованому пакеті медичної допомоги

Методи оплати діяльності постачальників медичної допомоги.

Основою нової моделі фінансування системи охорони здоров'я має стати перехід від фінансування постатейних кошторисів державних та комунальних закладів охорони здоров'я — бюджетних установ, розрахованих виходячи з необхідності утримання наявної інфраструктури цих закладів (такої як кількість ліжок, нормативи забезпечення персоналом тощо), до оплати результатів діяльності цих закладів як автономних суб'єктів господарської діяльності, тобто до оплати фактично наданої ними пацієнтам медичної допомоги. Такий же принцип має бути застосований і щодо регулювання відносин з аптеками, що виступатимуть як постачальники прописаних лікарями лікарських засобів, що входять до державного гарантованого пакету медичної допомоги. Основна частина цієї оплати базуватиметься на основі капітаційної ставки (нормативу на одного громадянина, приписаного до відповідного постачальника допомоги — конкретного лікаря загальної практики — сімейного лікаря) і в кожному конкретному випадку передбачатиме корекцію цієї частини оплати з урахуванням ризиків, зумовлених статевіковою структурою списку пацієнтів конкретного лікаря, характером місцевості, що ускладнює умови, в яких надається допомога (зокрема останнє стосуватиметься гірських населених пунк-

тів та сільських територій). До основної частини оплати додаватимуться бонусні доплати за досягнення певних встановлених договором про надання первинної медичної допомоги результатів.

Оплата діяльності постачальників вторинної та третинної медичної допомоги. Для оплати діяльності (відшкодування витрат) постачальників вторинної (спеціалізованої) та третинної (високоспеціалізованої) медичної допомоги використовуватимуться різні методи. Фінансування постачальників спеціалізованої та високоспеціалізованої амбулаторної допомоги залежно від виду послуг здійснюватиметься на основі оплати з розрахунку на одного громадянина, оплати за послугу чи оплати за пролікований випадок (для амбулаторних послуг, що надаються у лікарнях, таких як хірургія одного дня). Для оплати діяльності постачальників стаціонарної медичної допомоги у перспективі застосовуватиметься метод фінансування на основі оплати за пролікований випадок за методом розподілу на діагностично-споріднені групи. На початковому етапі ця методологія буде апробована у деяких пілотних лікарнях. На їх базі будуть відпрацьовані нові підходи до збору даних щодо пролікованих випадків, їх кодування та об'єднання у відповідні діагностично-споріднені групи та технології аналізу витрат, пов'язаних з кожним випадком надання допомоги.

Мета утворення госпітальних округів. Розвиток і у разі потреби реорганізація мережі закладів охорони здоров'я, що надають вторинну (спеціалізовану) медичну допомогу, здійснюватимуться через госпітальні округи. Новостворені госпітальні округи – це функціональні об'єднання закладів охорони здоров'я, розміщених на відповідній території, що забезпечують надання вторинної (спеціалізованої) мед. допомоги населенню цієї території. Метою їх створення є гарантування пацієнтам своєчасного доступу до спеціалізованої медичної допомоги та забезпечення максимально можливої якості медичної допомоги за умови раціонального та ощадливого використання бюджетних коштів. Госпітальний округ утворюватиметься як функціональне об'єднання закладів охорони здоров'я однієї чи декількох адміністративно-територіальних одиниць в межах області.

Реімбурсамент як механізм відшкодування вартості наданих лі-

карських засобів. Відшкодування вартості наданих лікарських засобів, що входять до Національного переліку основних лікарських засобів, передбачені державним гарантованим пакетом медичної допомоги і придбані за рецептом лікаря, здійснюється через механізм реімбурсаменту – часткового або повного відшкодування замовником вартості наданого пацієнту лікарського засобу. Такий механізм фінансування буде введений для лікування чітко визначеного переліку хвороб, що відіграють пріоритетну роль у формуванні основних показників здоров'я населення (серцево-судинні хвороби, цукровий діабет), а також хвороб, які ефективно лікуються в амбулаторних умовах.

Розбудова сучасної системи управління медичною інформацією (єдиний медичний простір). Запровадження моделі активних (стратегічних) закупівель медичних послуг неможливе без постійного використання даних про медичні і економічні параметри надання послуг на рівні закладу, а також про медичну історію окремих пацієнтів. Ці дані необхідні єдиному національному замовнику медичних послуг для фінансового планування, укладення контрактів та їх моніторингу, а також МОЗ, Мінсоцполітики та Мінфіну для контролю якості, аналізу та оновлення деталізованого змісту державного гарантованого пакета медичної допомоги та його вартості. Необхідно, щоб створення такої бази даних відбувалося в межах єдиного загальнонаціонального медичного простору за допомогою уніфікованих стандартів обміну даними. Це необхідно для визначення національних пріоритетів у цьому секторі і фінансово обґрунтованих показників державного гарантованого пакета медичної допомоги. Крім того, наявність єдиної національної системи збору та обміну медичними даними є платформою для майбутньої реалізації принципу «гроші ходять за пацієнтом» на рівні єдиного загальнонаціонального медичного простору через направлення пацієнтів у разі необхідності до будь-якого закладу охорони здоров'я країни, де необхідну послугу буде надано найшвидше і найефективніше. Створення єдиного загальнонаціонального медичного простору передбачає запровадження інструментів електронної охорони здоров'я, таких як електронні реєстри, протоколи обміну даними, системи кодування діагнозів та процедур та інше. Основною умовою для ефективного

функціонування системи фінансування є запровадження системи унікальної ідентифікації пацієнтів.

На останок слід зазначити, що медицина, охорона здоров'я і система охорони здоров'я не є тотожними поняттями. Філософія медицини нерозривно пов'язана з проблемою культури і проблемою цивілізації. Якщо не будуть чітко визначені цивілізаційні цілі у суспільстві, то жодне питання медицини вирішене не буде. Людству доведеться прийняти рішення, за якими принципами буде забезпечуватися справедливість в отриманні медичної допомоги.

Висновки

Забезпечення збалансованого втручання держави в економічні основи створює належну інституційну основу діяльності учасників економічних відносин, заснованих на свободі договору, свободі підприємницької діяльності та вільної конкуренції. На прикладі медичної галузі видно, що вільна конкуренція на ринку не є достатнім засобом для забезпечення балансу приватних і публічних інтересів та доступу до якісної медичної допомоги. Алокація ресурсів, що здійснюється державою для такого роду сервісів, заснована на делікатному втручання через податкове законодавство. Так само сервіси держави у сфері культури та освіти складно розглядати через призму конкуренції та економічного аналізу справа. Водночас, ці сфери закладають основи функціонування національних, регіональних та глобальної економік.

Розділ 4.

ПРИВАТНОПРАВОВИЙ АСПЕКТ ФУНКЦІОНУВАННЯ ЕКОНОМІЧНИХ ІНСТИТУЦІЙ

Вступ

Тут піде про правову основу діяльності економічних інституцій, які пов'язані з приватною автономією та розуміння самообмеження участі у правовідносинах. Важливе значення для розуміння співвідношення між приватною автономією та самообмеження у здійсненні певних свобод лежить концепція приватності, окремим аспектам якої тут приділено увагу. Розвиток корпоративних відносин у формі юридичних осіб приватного права складає окремий сегмент зазначеної проблематики, де слід вже враховувати приватні інтереси учасників товариства (об'єднання) та самої юридичної особи певної організаційної форми. Насамкінець на економічну інфраструктуру впливає економіка домогосподарств, де також реалізуються певні економічні свободи. Свідченням чого є і судова практика¹⁸⁹, згідно з якою витрати на домогосподарство мають враховуватися у структурі взаємних сімейних прав і обов'язків подружжя чи цивільного партнерства (союзу).

4.1. Право на самообмеження: цивілістичний огляд окремих економічних свобод

(Оксана Кіріяк)

Соціально-економічні свободи людини належать до так званого другого покоління прав особи, оскільки зорієнтовані на реалізацію оптимальних умов життя індивіда, що викристалізуються у сфері побуту

¹⁸⁹ Суд у Португалії наказав чоловікові виплатити компенсацію експартнерці за 30 років хатньої роботи. *Європейська правда*, 26 лютого 2021. URL: <https://www.eurointegration.com.ua/news/2021/02/26/7120295/>

і зайнятості, добробуту, соціальної захищеності і переслідують мету наступного розвитку особистості. Оскільки обсяг здійсненості таких прав і свобод перебуває у безпосередній залежності від ресурсності економіки та державницької волі, гарантії їх здійснення на сучасному етапі розвитку нашої держави лише перебувають на початкових щаблях свого становлення. Тим більше, коли йдеться про таку неоднозначну сферу діяльності в Україні, як гральний бізнес, де реалізація соціально-економічних прав на перебуває у перманентній контраверсійності через карантинні обмеження та положення порівняно нового Закону України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» (надалі — Закон).¹⁹⁰

Історично державний вплив на формування свідомого ставлення гравців до надмірної залученості їх до гемблінгу можна виокремити у три основні моделі: тотальна законодавча заборона (прогібіціонізм), чітке регулювання (імперативізм) і повне дистанціювання від неврегульованого грального бізнесу (аболіціонізм). У наш час, проблеми патологічної залежності від азартних ігор різного роду не втрачають своєї актуальності та злободенності. Щорічно статистичні дані фіксують невпинне зростання кількості та стрімке омолодження офіційного діагнозу «патологічний потяг до азартних ігор», що ще називають «гемблінгом» або «лудоманією». Економічні і політичні трансформації української держави в сукупності із останніми загально-світовими викликами обумовлюють зростання питомої ваги соціально-психологічних девіацій у суспільстві. Відчуваючи переважання і стреси, все більше людей шукає найбільш радикальні форми релаксації, що, в свою чергу, призводить до збільшення індустрії грального бізнесу, де азартні ігри вже давно стали окремою субкультурою. Недаремно лудоманія вже давно включена Всесвітньою організацією охорони здоров'я до Міжнародної статистичної класифікації хвороб та проблем, пов'язаних зі здоров'ям, під кодом F6.30 «Патологічна пристрасть до азартної гри». Як слушно відзначає О. В. Камінська, серед детермінант, що потенційно можуть викликати адикцію і в подальшому

¹⁹⁰ Закон України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор» від 14.07.2020 року № 768-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/768-20#Text>

вплинути на правосуб'єктність особи можна виділити наступні: 1) індивідуальні особливості особистості (неадекватна самооцінка, низький рівень самоповаги, негативне самоставлення, тривожність); 2) особливості взаємодії особистості з соціумом (ізолюваність, самотність, фрустрованість соціальних потреб); 3) наявність сильно діючих стресогенних факторів, що викликають прагнення втекти у віртуальну реальність тощо.¹⁹¹

У випадку нашої держави, жорстка декларативна заборона грального бізнесу на папері не призвела до зникнення азартних ігор на практиці, проте криміналізувало цю діяльність у тіншовому секторі під прикриттям корумпованих кіл. Досить ґрунтовний аналіз основних історичних віх розвитку гемблінгового законодавства в Україні здійснив С.В. Рябчук,¹⁹² який дійшов висновку, що трансформація правових норм, які передбачали відповідальність за зайняття гральним бізнесом, має циклічний характер на певних історичних етапах, оскільки державою то посилювалася, то послаблювалася відповідальність за вчинення вказаної діяльності.¹⁹³ Як

¹⁹¹ Камінська О. В. Психологічна модель залежності від азартних онлайн-ігор. *Проблеми сучасної психології*. 2014. Вип. 23. С. 212.

¹⁹² Рябчук С. В. Азартні ігри як соціально-психологічне явище: поняття, генеза, правове регулювання. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2015. Вип. 29. С. 223.

¹⁹³ Зокрема, за радянських часів організація азартних ігор кваліфікувалося як злочин за ст. 213 КК УРСР (гл. X «Злочини проти громадської безпеки, громадського порядку та народного здоров'я»). Наприкінці минулого століття Законом України «Про патентування деяких видів господарської діяльності» від 23.03.1996 року № 98/96-ВР було передбачено патентування грального бізнесу. Законом України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 01.06.2000 № 1775-III весь гральний бізнес було віднесено до таких видів господарювання, що потребували ліцензування. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку проведення внутрішнього фінансового моніторингу суб'єктами господарювання, що провадять господарську діяльність з організації та утримання казино, інших гральних закладів і ломбардами» від 20.11.2003 року № 1800. ЗУ «Про міліцію» від 20 грудня 1990 року № 565-XII — п. 32 ч. 1 ст. 10: працівники міліції були зобов'язані забезпечувати в межах своїх повноважень виконання вимог закону про заборону грального бізнесу в Україні. Нова дивергентна хвиля заборонних приписів у сфері організації азартних, закріплених у статтях Закону України «Про заборону грального бізнесу в Україні» від 15.05.2009 року № 1334-VI (надалі — Закон № 1334-VI), обумовило збільшення санкційних норм до тексту Кримінального кодексу України (ст. 203² «Зайняття гральним бізнесом») та Кодексу України про адміністративні правопорушення (с. 164, 181 тощо). Відповідним пунктом поповнився і вже не чинний Закон України «Про міліцію» від 20.09.1990 р. № 565-XII, де співробітники зобов'язані були в межах своїх повноважень виконувати вимоги закону про заборону грального бізнесу в нашій державі.

влучно зазначає А. Є. Овчаренко, будь-які мораторії на гральну активність не є ефективним інструментом регулювання такої сфери життя людини як «гра», особливо в умовах доступності таких розваг у мережі інтернет і в сусідніх країнах. Водночас, продовжує автор, заборона азартних ігор негативно впливає на розвиток інших секторів економіки – туризму, іподромної галузі, конярства, професійного спорту, тощо, що в сукупності неодмінно призводить до відтоку фінансів із такої країни до держав, у яких азартні ігри легальні, оскільки гравці задовольняють свою потребу в цих країнах безпосередньо або, найчастіше, через мережу інтернет.¹⁹⁴ За умовиводами П. В. Пірникози, заборона азартних ігор є неефективним інструментом регулювання цієї сфери в країнах з слабкою інституційною спроможністю державних інститутів та високим рівнем корупції. Такий ринок не перестає існувати, а переходить у тіньовий сектор економіки. Це призводить до ненадходження до бюджетів усіх рівнів потенційних грошових коштів, які генерують оператори даного ринку. Окрім цього, відбувається відтік капіталу, так як гравці їдуть в інші країни, де азартні ігри легальні або ж використовують іноземні веб-ресурси для гри онлайн. Заборона грального бізнесу, підсумовує науковець, також стимулює корупцію в діяльності правоохоронних органів.¹⁹⁵ Як влучно сформулював В. М. Долгих, світова практика грального бізнесу, а також певною мірою й України, свідчить про те, що ця підприємницька діяльність породжує значний кримінальний фон, є середовищем для вчинення різноманітних правопорушень, у тому числі адміністративних проступків.¹⁹⁶

За останні 20 років обсяг зовнішніх і внутрішніх інвестицій, вкладених в український гральний бізнес, суттєво перевищує вкладення в інші сфери. Це пояснюється тим, що рентабельність українського казино в кілька разів вища, ніж на Заході. До того ж в Україні гральний бізнес не контролюється законом і власнику залишається від 5 до 30 % витрат

¹⁹⁴ Овчаренко А.Є. Легалізація грального бізнесу на теренах Україні. *Молодий вчений. Юридичні науки*. № 4 (56). 2018 р. С. 736.

¹⁹⁵ Пірникоза П. В. Легалізація грального бізнесу в Україні: фінансовий та економічний аспекти. *Інвестиції: практика та досвід*. 2017. № 11. С. 68.

¹⁹⁶ Дорогих В. М. Адміністративно-правове регулювання грального бізнесу-пошук шляхів оптимізації. *Актуальні проблеми держави і права. Збірник наукових праць*. Одеса: Юридична література, 2003. Вип. 19. С. 173.

чених гравцем грошей, у той самий час у Європі цей показник становить 1-2 %.¹⁹⁷ Відмінною рисою усіх азартних ігор є те, що у більшості юрисдикцій такі послуги надаються державними підприємствами або іншими санкціонованими державою монополіями. Як відзначає Д. Форестер, *Svenska Spel* контролює усі форми азартних ігор (крім ставок на конях) у Швеції, а *Holland Casinos* має ексклюзивне право управляти казино в Нідерландах. Тому, на переконання Д. Форестера, азартні ігри завжди можна розглядати одночасно і як фінансові інвестиції, і як споживче благо, а найчастіше – якась їх комбінація, де кожен учасник матиме власну мотивацію.¹⁹⁸ Але підхід, який тут застосовується, полягає лише в тому, щоб розглядати азартні ігри як сферу відпочинку. Що ж стосується управлінського аспекту праворегулювання цієї сфери, то, за словами А. Плюща, питання державного регулювання азартних ігор у різних країнах вирішують по-різному. У деяких із них регулювання здійснюється певним міністерством, часто міністерством фінансів, як, наприклад, в Австрії та Республіки Польщі. В інших країнах ці функції виконує спеціально створений орган. такий підхід діє, скажімо, в Італії (*Agenzia delle Dogane*), Греції (*Hellenic Gambling Commission*), Нідерландах (*Netherlands Gaming Authority*) і норвегії (*The Norwegian Gaming & Foundation Authority*).¹⁹⁹

За словами О. З. Гладун, гральний бізнес досить складно однозначно оцінити як негативне явище, про що, приміром, свідчить неоднорідність у підходах до нормативно-правового регулювання організації та участі в азартних іграх у різних державах світу: від повної заборони на їх проведення (Іран, Туреччина) – до стимулювання розвитку індустрії азартних ігор як основного джерела бюджетних надходжень (Макао і Монако).²⁰⁰ Згідно проведеного А. Є. Овчаренко аналізу досвіду правово-

¹⁹⁷ В. С. Березняк, Є. В. Матвієнко, В. В. Корж, Д. С. Приходько. *Виявлення та документування злочинів і правопорушень, які вчиняються у сфері грального бізнесу під виглядом інтерактивних клубів та розважальних закладів*: метод рекомендацій. Дніпропетровськ: ДНДУВС, 2010. С. 6.

¹⁹⁸ Forrest D. Gambling Policy in the European Union: Too Many Losers? *FinanzArchiv. Public Finance Analysis*. 4. Vol. 64, No. 4 (December 2008), pp. 541.

¹⁹⁹ Плющ А. Азартний бюджет: як пропонують легалізувати гральний бізнес. *Forbes Україна* URL: https://www.sk.ua/sites/default/files/azartniy_byudzheth_alina_plyushch.pdf

²⁰⁰ Гладун О. З. Суспільна небезпечність зайняття гральним бізнесом. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. № 4. 2014. С. 81.

го регулювання сфери азартних ігор у країнах Європейського Союзу, країнах пострадянського простору та ситуації, яка склалася на сьогодні з цього питання в Україні, можна дійти висновку про те, що у майже всіх країнах європейського континенту гральний бізнес є легальним та бюджетоутворюючим сектором економіки і відповідна діяльність регулюється на законодавчому рівні.²⁰¹

Зрештою зважаючи на лобістський тиск та беручи до уваги світовий досвід у цьому питанні, у липні 2020 року було прийнято вищезгаданий Закон, що не просто запроваджує низку нових для українських реалій інститутів, але й кардинально змінює підходи до визначення ключових термінів і понять, якими оперуватимуть всі учасники цього ринку послуг найближчими десятиліттями. Насамперед викликає здуманість зацікавлення серед науковців поняття «самообмеження», яке рецепіюється даним нормативно-правовим актом. Прикметно, що до цього часу вітчизняне законодавче поле періодично стикається з використанням терміну «самообмеження», проте у більш загальному значенні з переважно декларативним підтекстом, а саме:

- а) *самообмеженням споживання суспільства* (Указ Президента України від 26.03.1999 р. № 284/99 «Про Концепцію захисту населення і територій у разі загрози та виникнення надзвичайних ситуацій»²⁰²),
- б) *самообмеження у споживанні окремих видів продуктів* (Закон України «Про Загальнодержавну програму подолання наслідків Чорнобильської катастрофи на 2006-2010 роки» від 14.03.2006 № 3522-IV²⁰³).

Наведені вище формулювання засвідчують загальне бачення того, що самообмеження різноманітних суб'єктів є концептуальним резуль-

²⁰¹ Овчаренко А.Є. Легалізація грального бізнесу на теренах України. *Молодий вчений. Юридичні науки*. № 4 (56). 2018 р. С. 736.

²⁰² Указ Президента України «Про Концепцію захисту населення і територій у разі загрози та виникнення надзвичайних ситуацій» від 26.03.1999 р. № 284/99. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/284/99#Text>

²⁰³ Закон України «Про Загальнодержавну програму подолання наслідків Чорнобильської катастрофи на 2006-2010 роки» від 14.03.2006 № 3522-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3522-15#Text>

татом самолімітування влади/народу/соціуму/тощо, як прояв самоконтролю, у кожному конкретному випадку в залежності від парадигми механізму правового регулювання суспільних відносин.

В працях іноземних дослідників юридична конструкція самообмеження використовується дуже давно і у різних контекстах, а саме: як судове самообмеження²⁰⁴, самообмеження у сфері правової охорони екосистеми²⁰⁵, самообмеження у порівняльно-правовому аспекті європейського та американського законодавства²⁰⁶, самообмеження з точки зору юридичної науки²⁰⁷, самообмеження у трудовому праві²⁰⁸, гендерні самообмеження²⁰⁹, самообмеження у антропологічному ключі²¹⁰ тощо. Досить влучно такі підходи до усвідомлення сутності цієї багатогранної правової дефініції були узагальнені авторами книги «Самообмеження сучасності? Теорія рефлексивних табу», в якій наголошено, що сучасні космополітичні науки (соціологія, юриспруденція, економіка тощо) намагаються лімітувати новітні підходи до саморегуляції суспільства шляхом накладення оновлених «табу» і цим самим відбувається обмеження трансцендентних горизонтів наступного розвитку спільноти в цілому і конкретного індивіда зокрема.²¹¹

При цьому законодавчого регулювання самообмеження саме у контексті азартних ігор практично не зустрічається у законодавстві іноземних держав, де сам гральний бізнес перебуває на значно кращому щаблі

²⁰⁴ Finkelstein M. Judicial Self-Limitation. *Harvard Law Review*, Vol. 37, No. 3 (Jan., 1924), Pp. 338-364.

²⁰⁵ Gortz A. Political ecology: expertocracy versus self-limitation. *New Left Review*. № 1 (202). 1993. Pp. 48-47.

²⁰⁶ Nardini W.J. Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court. *Setton Hall Law Review*. 2000. Pp. 1 -58.

²⁰⁷ Posner R. A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint. *California Law Review*. Vol. 100, No. 3 (June 2012), pp. 519-556.

²⁰⁸ Davies A. Judicial Self-Restraint in Labour Law. *Industrial Law Journal*, Volume 38, Issue 3, September 2009, Pages 278 – 305.

²⁰⁹ Zimmer Z., Bao L. et al. Functional limitation trajectories and their determinants among women in the Philippines. *Demographic Research*. Vol. 36 (JANUARY – JUNE 2017), Pp. 863-892.

²¹⁰ Edwardes M. P. J. What Is a Self?: There and Back Again: The Origins of Self: *An Anthropological Perspective*. 2019. Pp. 163-189.

²¹¹ Beck U., Sznaider N. Self-limitation of modernity? The theory of reflexive taboos. *Theory and Society*. Vol. 40, No. 4 (July 2011), Pp. 417.

нормативно-правового регулювання. Сьогодні, за словами Є. М. Ковтун, діяльність з організації та проведення азартних ігор офіційно дозволена в усіх країнах Європи, окрім Сан-Маріно і Ліхтенштейну, практично в усій Північній та Південній Америці (крім Куби), в багатьох країнах Азії та Африки, центральній Америці, Австралії та Океанії. Більше того, продовжує автор, у ЄС готуються до прийняття єдиного закону для всіх учасників європейської спільноти, після чого розмови про можливе закриття галузі в країнах, що входять до ЄС, припиняться на довгі роки.²¹²

Прагнення вітчизняного нормотворця сконструювати ефективно діючу систему правових норм, що забезпечують стабільність і правопорядок у суспільстві (особливо у такі неоднозначні часи пандемії) актуалізує і необхідність дотримання основних правил законодавчої техніки, як то чіткість, однозначність, послідовність і т.п. Що ж стосується самообмеження у контексті приналежних особі прав, то чинне законодавство України знає декілька способів закріплення цього права, які в цілому можна умовно поєднати у дві великі групи:

1. *Позитивний*, при якому на законодавчому рівні констатується можливість використання цього права у певному контексті, до прикладу, це стосується досліджуваного нами права на самообмеження (у розумінні ст. 1 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб»²¹³ від 06.04.2000 р. № 1645-III), або досить поширена нині самоізоляція, щодо правової природи якої (право чи обов'язок) тривають інтенсивні дискусії у наукових колах;

2. *Негативний*, при якому нормативно заперечено проти можливого самообмеження у вигляді фіксування негативних правових наслідків таких дій. Приклади такої форми законодавчої техніки зустрічаються нині у переважній більшості нормативно-правових актів у вигляді загальної заборони здійснювати таку відмову, а саме:

- відмова у праві доступу до судового захисту є недійсною, тобто самообмеження у цьому праві не призведе до жодних

²¹² Ковтун Є. В. правове регулювання грального бізнесу в Україні та іноземних держав. Київ: «ИГРОК», 2008. С. 11-13.

²¹³ Закон України «Про захист населення від інфекційних хвороб» від 06.04.2000 р. № 1645-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1645-14/ed20200418/sp:head#n23>

юридичних наслідків, окрім тих, що пов'язані з його недійсністю (ч. 3 ст. 4 ЦПК);

- відмова від права вийти з повного товариства є нікчемною, інакше кажучи, самообмеження особи у реалізації цього права а-пріорі забороняється (ч. 2 ст. 126 ЦК);
- відмова від права скасувати довіреність є нікчемною, тобто самообмеження особи у можливості скасувати довіреність вважатиметься недійсним без судового встановлення цього факту (ч. 1 ст. 249 ЦК) тощо.

Ми поділяємо точку зору А. Є. Овчаренко, згідно якої захистити вразливу частину суспільства від ризиків, пов'язаних з виникненням залежності від азартних ігор, можливо лише через врегулювання цієї сфери життя суспільства і винятково в умовах, коли гральний бізнес працює у правовому полі, відчуває присутність регулятора та конкурентний тиск, що створює реальні стимули дотримуватися вимог закону та принципів соціально відповідальної гри.²¹⁴ Новелою вітчизняного законодавства, котра на перший погляд спрямована на вирішення цього питання, і є запровадження можливості обмеження права особи у відвідуванні гральних закладів та в участі в азартних іграх. Відповідно до ст. 16 Закону, обмеження участі особи в азартних іграх шляхом внесення до Реєстру осіб, яким обмежено доступ до гральних закладів та/або участь в азартних іграх, здійснюється трьома способами в залежності від суб'єкта, що приймає рішення про відповідне обмеження гемблінгових прав особи, а саме:

1. **Самообмеження** – здійснюється особою самостійно шляхом особистого подання організатору азартних ігор або Уповноваженому органу письмової заяви (заяви про самообмеження) з одночасним пред'явленням документа, що посвідчує особу;

Згідно Закону, фізична особа може самостійно обмежити себе у відвідуваннях гральних закладів та в участі в азартних іграх на строк від шести місяців до трьох років шляхом особистого подання організатору азартних ігор або Уповноваженому органу письмової заяви про самоо-

²¹⁴ Овчаренко А.Є. Легалізація грального бізнесу на теренах України. Молодий вчений. Юридичні науки. № 4 (56). 2018 р. С. 736.

бмеження з одночасним пред'явленням документа, що посвідчує особу. Така заява може бути подана у письмовій або електронній формі з дотриманням вимог Закону України «Про електронні довірчі послуги».²¹⁵ Прикметно, що строк накладеного обмеження не може бути менше шести місяців, а також заборона на відкликання такої заяви.

2. Несудове юрисдикційне обмеження — здійснюється Уповноваженим органом за обґрунтованою заявою членів сім'ї першого ступеня споріднення або законних представників на строк до шести місяців у разі:

- 1) перевищення витрат на гру над особистими доходами гравця, що ставить гравця або його сім'ю у скрутне матеріальне становище;
- 2) наявності боргових зобов'язань на суму більш як 100 прожиткових мінімумів доходів громадян;
- 3) ухилення особи від сплати аліментів впродовж більше трьох місяців;
- 4) якщо особа або члени її сім'ї є отримувачами житлової субсидії чи пільг на сплату житлово-комунальних послуг.

Розгляд такої заяви має бути здійснено не пізніше п'яти робочих днів з дня отримання, про що наступного робочого дня вносяться відомості до Реєстру осіб, яким обмежено доступ до гральних закладів та/або участь в азартних іграх.

3. Судове юрисдикційне обмеження — здійснюється за рішенням суду. Класичним цивілістичним постулатом є можливість обмеження фізичної особи в дієздатності, якщо вона зловживає азартними іграми і цим самим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище (ч. 2 ст. 36 ЦК України). Натомість досліджуваний Закон нам пропонує нову юридичну конструкцію, коли наслідком зловживання азартними іграми є обмеження особи не у дієздатності, а у праві відвідувати гральні заклади. Відповідна заява подається членами сім'ї першого ступеня споріднення або законними представниками (ч. 14 ст. 16 Закону) до

²¹⁵ При цьому, бланки заяви про самообмеження розміщуються у доступному для гравців та відвідувачів місці у кожному гральному закладі, а зразок її заповнення має бути розміщений на головній сторінці офіційного вебсайту Уповноваженого органу.

суду за місцем проживання такої особи (ст. 300¹ ЦК України). Розгляд такої справи відбувається за правилами окремого провадження цивільного судочинства за умови, що подана заява містить обставини, що підтверджують підстави для обмеження фізичної особи у відвідуванні гральних закладів та участі в азартних іграх, а саме:

- перевищення витрат на гру над особистими доходами особи, що ставить особу або її сім'ю у скрутне матеріальне становище,
- наявність в особи боргових зобов'язань на суму більше 100 прожиткових мінімумів доходів громадян,
- несплата особою аліментів впродовж більше трьох місяців,
- отримання особою або членами її сім'ї житлової субсидії чи пільг на сплату житлово-комунальних послуг,
- скрутне матеріальне становище особи чи членів її сім'ї, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати.

Ухвалюючи рішення у такій справі, суд установлює строк дії такого обмеження, що не може бути меншим від строку, встановленого Законом. Як наголошує О. В. Камінська, корекційна робота має бути спрямована на оптимізацію самооцінки та самоставлення особистості, що зменшує її мотивацію до використання об'єктів адикції для самоствердження.²¹⁶

При цьому, після набрання рішенням суду законної сили, згідно ч. 2 ст. 300⁵ ЦПК України, воно надсилається судом до органу державного регулювання у сфері організації та проведення азартних ігор. Звісно викликає непорозуміння фактичне дублювання цього положення у Законі, де у ч. 14 і 15 ст. 16 Закону двічі закріплено практично ідентичне положення про те, що рішення суду про обмеження у відвідуванні гральних закладів та участі в азартних іграх, яке набрало законної сили, передається до Уповноваженого органу виключно судом, який ухвалив таке рішення, з метою його внесення до Реєстру осіб, яким обмежено доступ до гральних закладів та/або участь в азартних іграх. Строк такого обмеження може коливатися від 6 місяців до 3х років за рішенням суду у випадку, якщо гравець завдає своєю лудоманією шко-

²¹⁶ Камінська О. В. Психологічна модель залежності від азартних онлайн-ігор. *Проблеми сучасної психології*. 2014. Вип. 23. С. 211.

ду самому собі та/або членам своєї сім'ї через приведення до тяжкого матеріального стану.

Практичне значення та результативність від реалізації приписів досліджуваних норм Закону проаналізувати можна буде лише з часом. Проте вже зараз набрання чинності цим нормативно-правовим актом призвело до низки соціальних зрушень (незадоволення в окремих регіонах²¹⁷ та судові оскарження²¹⁸ тощо). На думку В. М. Дорогих, це насамперед, призвело до виникнення особливої групи норм у системі українського законодавства, присвячених регулюванню грального бізнесу, які мають пріоритетне значення щодо основної групи норм, тобто «підприємницького права», котрі регулюють відносини, що виникають у процесі реалізації конституційного права на підприємницьку діяльність. Свій спеціальний статус норми, які регулюють суспільні відносини у сфері грального бізнесу, отримують, за словами вченого, по-перше, тому, що вони містяться у спеціальних правових актах, які регулюють відносини, що виникають в особливій сфері бізнесу; по-друге, тому, що законодавець чітко визначився відносно особливої відповідальності за порушення правил, які регламентують гральний бізнес; по-третє, тому, що ці норми регулюють не тільки зовнішні відносини суб'єктів грального бізнесу з державними структурами, але й внутрішні організаційні відносини у сфері грального бізнесу (вимоги до кадрового складу, до технічного обладнання об'єктів грального бізнесу, до організації роботи цих об'єктів тощо).²¹⁹

Водночас, науковці звертають увагу і на потенційно позитивні риси від останньої валідації азартних ігор, хоча сповна їх можна буде проа-

²¹⁷ 11 серпня 2020 року на черговій сесії Тернопільської обласної ради депутати проголосували за заборону грального бізнесу на теренах краю. *Країна. Український бізнес*, серпень 14, 2020 URL: <https://kraina.biz.ua/editor3/53737/>

²¹⁸ 30 листопада 2020 року до Окружного адміністративного суду міста Києва надійшов позов щодо визнання незаконними розпоряджень Уряду про призначення голови та окремих членів Комісії з регулювання азартних ігор та лотерей, згідно розпоряджень Кабінету Міністрів України від 5 жовтня 2020 року №1208-р, від 5 жовтня 2020 року №1211-р, від 21 жовтня 2020 року №1315-р, від 28 жовтня 2020 року №1337-р, від 11 листопада 2020 року №1401-р та від 18 листопада 2020 року №1447-р.

²¹⁹ Дорогих В. М. (2003) Адміністративно-правове регулювання грального бізнесу-пошук шляхів оптимізації. *Актуальні проблеми держави і права*. 19 Збірник наукових праць 174.

налізувати лише після зняття всіх карантинних обмежень. Як наголошує А. Є. Овчаренко, прогресивним аспектом легалізації грального бізнесу в Україні є те, що така сфера діяльності суб'єктів господарювання, які мають намір провадити господарську діяльність з організації діяльності з проведення азартних ігор та бажанням отримати відповідну ліцензію, надасть значну кількість робочих місць, чим збільшить рівень зайнятості для населення.²²⁰ Підтримує ці міркування В. М. Матвійчук, який дійшов висновку, що до введення заборони на гральні заклади в Україні дана сфера охоплювала приблизно 200 тисяч робітників. якщо буде прийнято легалізацію грального бізнесу в Україні, то це призведе в перші роки після відновлення такої легалізації до появи близько 300 тисяч робочих місць й 100 мільйонів доларів прибутку від податків щорічно.²²¹

Таким чином, підсумовуючи вище наведене слід наголосити, що в останні десятиліття будь-яка діяльність, пов'язана з гральним бізнесом, викликає у нашій державі неабиякий суспільний резонанс, оскільки поляризує всі прошарки суспільства на прихильників гемблінгу та противників такого нездорового виду дозвілля. Серед причин цього можна виділити як донедавна безконтрольне поширення об'єктів грального бізнесу, так і недоліки пролобійованого зацікавленими особами законодавства.

Оптимізувати ситуацію покликаний нещодавно прийнятий Закон України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор», положення якого містять чимало наведених вище новел, та спрямований на запобігання залучення молоді до будь-якої участі в діяльності гральних закладів на території нашої держави. Водночас, становлення і розвиток вітчизняного права характеризується також і експансією обмежувальних інститутів, новелою серед яких і положення про самообмеження особи у відвідуванні гральних закладів та в участі в азартних іграх, що є формою індивідуального цивільно-правового регулювання власної правосуб'єктності.

²²⁰ Овчаренко А.Є. Легалізація грального бізнесу на теренах України. *Молодий вчений. Юридичні науки*. № 4 (56). 2018 р. С. 736.

²²¹ Матвійчук В.М. *Перспективи легалізації ігрового бізнесу в Україні*. Одеса: «Причорноморська фундація права», 2017. С. 94.

4.2. Економічна свобода v. право на приватність

(Віталій Гаделя)

Економічна свобода особи (юридичної чи фізичної) передбачає певну її автономію у виборі цілей, інтересів та шляхів їх досягнення. Вплив на її вибір може мати наслідком обмеження її автономії. В той же час, зворотною стороною економічною свободи суб'єкта господарювання може бути регресний вплив на поведінку споживачів.

В сучасних умовах, цей вплив може мати прихований (опосередкований) характер. На думку декотрих авторів, зокрема Юваля Ноаха Гарарі, людина «є набором алгоритмів». Якщо це так, то маючи інформацію про особу, цілком можливо і впливати на її поведінку, зокрема економічну. Чим більше одна особа має інформацію про іншу, тим менше їй потрібно застосовувати зусилля для моделювання її поведінки. Як зазначали автори книги «Поштовх» Річард Талер та Кас Санстейн, інколи досить зробити маленький поштовх, який спонукає людину до певних активних дій. А для цього потрібні персональні дані про людину.

Ні для кого не секрет, що успіх підприємства багато в чому залежить від роботи маркетингових відділів, котрі для вивчення та аналізу попиту використовують персональні дані споживачів їх товарів і послуг. Однак, ці дані становлять частину власності особи «на саму себе»-приватності.

Загалом, якщо розглядати приватність як цінність, то вона є досягненням нового післявоєнного часу. До цього, навіть замки аристократів були усіяні засобами для таємного стеження за приватним (а іноді досить пікантним) життям вельмож. Тому, поки ми і не можемо говорити, що ця цінність є результатом еволюції, котрий допоміг спільнотам, що їх прийняли, виживати. Зараз це скоріше певний ідеал з майбутнього, де попри всеосяжність розумних технологій, людина зберігає в себе ключі від свого «таємного саду».

Мабуть таке бачення ідеалу і лягло в основу написання спочатку статті 12 Загальної декларації прав людини, а пізніше статті 8 Конвен-

ції про захист прав людини і основоположних свобод.

Однак, в нашій культурі, попри наявність необхідного законодавчого підґрунтя, ще не виробилось розуміння важливості персональних даних, як певної автономії особи в умовах тотальної глобалізації. Розуміння їх важливості наразі немає як серед органів влади і представників бізнесу, так і серед пересічних громадян.

4.2.1. Нормативно-правова база в сфері захисту персональних даних.

В практиці Європейського суду з прав людини виробився підхід, відповідно до якого збирання персональних даних про особу є втручанням в право на повагу до приватного життя, і таке втручання повинно бути необхідним в демократичному суспільстві, пропорційним та здійснюватись з суворим дотриманням законності. Досить показовою є справа *S. And Marper v. UK*, яка стосувалась безстрокового зберігання зразків ДНК особи органом правопорядку і де таке зберігання визначилось непропорційним втручання у право заявників на повагу до приватного життя і таким, що не може вважатися необхідним у демократичному суспільстві.

Така практика стала можлива завдячуючи багато в чому певному консенсусу ряду європейських країн з питань приватності.

Зокрема, такий консенсус призвів до прийняття Конвенції СЕД № 108 Ради Європи про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних (далі – Конвенція про захист даних), яка була прийнята 28 січня 1981 року та після цього була ратифікована усіма державами-членами Ради Європи. Ця Конвенція була підписана Україною 29 серпня 2005 року та ратифікована 30 вересня 2010 року.

Пізніше була прийнята Директива 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 24 жовтня 1995 року, яку пізніше змінив Регламент Європейського парламенту і Ради (ЄС) 2016/679 від 27 квітня 2016 року²²² (GDPR) про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних. Ці зміни підвищили вимоги до отримання організацією-контро-

²²² URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-16#Text.

лером та організацією-обробником однозначної згоди власників персональних даних, їх поінформованості про чітку мету такого збору та безпечної транскордонної передачі таких даних.

Для України ці зміни також є важливими в силу положень Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Захист персональних даних передбачений окремою статтею 15 Розділу III Юстиція, свобода та безпека²²³. Крім того, в разі, якщо суб'єкти господарювання будь-яким чином збирають дані громадян країн-членів ЄС (а для визнання цього факту достатньо наявності лише версії сайту на одній з мов співдружності), то недотримання правил GDPR буде загрожувати значними штрафами від європейських регуляторів для української компанії.

У 1996 році Європейський комітет з проблем злочинності створив комітет експертів з питання кіберзлочинності. Конвенція про кіберзлочинність²²⁴ була відкрита для підписання 23 листопада 2001 року та набула чинності 1 липня 2004 року. Це перший міжнародний договір стосовно злочинів, що вчиняються через інтернет. Ця Конвенція вимагає від країн запровадити кримінальну відповідальність за такі діяння: незаконний доступ до комп'ютерної системи, незаконне перехоплення комп'ютерних даних, втручання у дані чи комп'ютерну систему, зловживання пристроями, пов'язані з комп'ютерами підробка та шахрайство, дитяча порнографія, порушення авторських та суміжних прав. Додатковий протокол до Конвенції, схвалений у 2003 році, далі вимагає криміналізації мови ненависті, ксенофобії та расизму²²⁵.

Україна в цьому плані також прийняла ряд нормативно-правових актів, спрямованих на захист персональних даних. Це і закріплення в Конституції України²²⁶ право на повагу приватного життя, в яке входить і конфіденційна інформація про особу (тобто персональні дані) (стаття 32). Це і ряд законів, зокрема: Закон України «Про захист персональ-

²²³ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text.

²²⁴ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575#Text.

²²⁵ URL: <http://hudoc.echr.coe.int/ukr?i=001-117605>.

²²⁶ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

них даних»²²⁷, Закон України «Про інформацію»²²⁸, Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини»²²⁹, Закон України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах»²³⁰.

4.2.2. Практика застосування законодавства в сфері захисту персональних даних.

i) *Європейський та національний підхід в практиці визначення терміну «персональні дані».* Для початку дослідження, потрібно визначити, які елементи входять до поняття персональних даних.

Поняття персональних даних в практиці Європейського суду з прав людини, як частина сфери приватного життя, включає елементи, пов'язані з правом особи на своє зображення²³¹, такі елементи, як, наприклад, гендерна ідентифікація, ім'я та сексуальна орієнтація, а також статеве життя²³². Крім імені особи, її приватне і сімейне життя може включати інші засоби особистої ідентифікації та зв'язків з родиною²³³. Інформація про здоров'я людини є важливою складовою приватного життя²³⁴. Право на особистий розвиток та право встановлювати і розвивати стосунки з іншими людьми та зовнішнім світом²³⁵. Інформація стосується далекого минулого особи²³⁶ або стану фізичного або психіч-

²²⁷ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text>.

²²⁸ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text>.

²²⁹ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/776/97-%D0%B2%D1%80#Text>.

²³⁰ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80/94-%D0%B2%D1%80#Text>.

²³¹ *Sciacca v. Italy*, app. № 50774/99, para. 29, ECHR 2005-I

²³² *Bensaid v. the United Kingdom*, app. № 44599/98, para. 47, ECHR 2001-I; *Peck v. the United Kingdom*, app. № 44647/98, para. 57, ECHR 2003-I

²³³ Див., *mutatis mutandis*, *Burghartz v. Switzerland*, Judgment on 22 February 1994 p., para. 24, Series A no. 280-B; та *Ünal Tekeli v. Turkey*, заява № 29865/96, параграф 42, ECHR 2004-X (витяги)

²³⁴ *Z. v. Finland*, 25 лютого 1997 p., para. 71, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I

²³⁵ *Case of Burghartz*, висновок Комісії, стор. 37, параграф 47, та *Friedl v. Austria*, рішення від 31 січня 1995 року, Series A no. 305-B, висновок Комісії, стор. 20, параграф 45

²³⁶ *Rotaru v. Romania* [GC], para 43, *M.M. v. the United Kingdom*, app. № 24029/07, para. 187.

ного здоров'я особи, яку можна ідентифікувати²³⁷. Етнічне та расове походження особи також повинно розглядатися як інший такий елемент. Таким чином, дане поняття підлягає досить розширеному тлумаченню з боку Європейського суду з прав людини.

В національній практиці досить показовим є рішення Конституційного Суду України по справі №1-9/2012 від 20 січня 2012 року²³⁸. В ній Конституційний Суд України, зокрема, зазначив, що:

«інформація про особисте та сімейне життя особи (персональні дані про неї) — це будь-які відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована, а саме: національність, освіта, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, матеріальний стан, адреса, дата і місце народження, місце проживання та перебування тощо, дані про особисті майнові та немайнові відносини цієї особи з іншими особами, зокрема членами сім'ї, а також відомості про події та явища, що відбувалися або відбуваються у побутовому, інтимному, товариському, професійному, діловому та інших сферах життя особи, за винятком даних стосовно виконання повноважень особою, яка займає посаду, пов'язану зі здійсненням функцій держави або органів місцевого самоврядування. Така інформація про фізичну особу та членів її сім'ї є конфіденційною і може бути поширена тільки за їх згодою, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини».

Що цікаве, Конституційний Суд України в рішенні по справі №5-зп від 30 жовтня 1997 року досить розширено трактує поняття персональних даних, оскільки відніс до них і інформацію про майновий

²³⁷ див., рішення у справах «З. проти Фінляндії» (*Z. v. Finland*), від 25 лютого 1997 року, пункт 95, Reports of Judgments and Decisions, 1997-I; «І. проти Фінляндії» (*I. v. Finland*), заява № 20511/03, пункт 40, від 17 липня 2008 року; «П. та С. проти Польщі» (*P. and S. v. Poland*), заява № 57375/08, пункт 128, від 30 листопада 2012 року; «Л.Х. проти Латвії» (*L.H. v. Latvia*), заява № 52019/07, пункт 56, від 29 квітня 2014 року; та «У.У. проти Росії» (*U.U. v. Russia*), заява № 40378/06, пункт 38, від 23 лютого 2016 року)

²³⁸ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12#Text>.

стан²³⁹. Таке розширене тлумачення в майновий бік цілком можливо, що історично пов'язане з свавільним позбавленням власності в епоху тоталітарних режимів.

Однак, в Європі увага більше зосереджена на використанні персональних даних, котрі використовуються провайдерами телекомунікаційних послуг і власниками веб-сайтів (вік, рік народження, ініціали особи, інформація про засоби зв'язку, зображення, тощо).

Досить показовою у цьому плані є справа *K.U. v. Finland*²⁴⁰. Відповідно до фабули цієї справи, 15 березня 1999 року невідома особа чи особи розмістили рекламне оголошення на сайті знайомств в інтернеті від імені заявника, якому тоді було 12 років, без його відома. У повідомленні згадувалися його вік та рік народження, давався детальний опис його фізичних характеристик, наводився лінк на веб-сторінку, яку він мав на той час, де було зображено його фото, а також телефонний номер, який був правильний за винятком однієї цифри. У повідомленні стверджувалося, що заявник прагнув інтимних відносин з хлопцем його віку чи старше, який би «показав би йому як це робиться». Суд визнав порушення статті 8 Конвенції і зазначив, що позитивним обов'язком Фінляндії було запровадження узгодженого законодавства, яке дозволило б провести ефективне розслідування. Однак, в даній справі було піднято і питання знаходження балансу між правом на приватність і свободою вираження поглядів, в тому числі і анонімно.

У справі «Пек проти Сполученого Королівства»²⁴¹, яка стосувалась оприлюднення відеоматеріалу із заявником, Європейський суд з прав людини зазначив, що факт оприлюднення Міською радою згаданого відеоматеріалу становить суттєве втручання у право заявника на повагу до його приватного життя. Суд звернув увагу на те, що міська рада не отримала попередньої згоди заявника на показ відеоматеріалу та не дістала гарантій від преси щодо приховання постаті заявника на відповідних фото. Суд також не виявив належних чи достатніх причин, які

²³⁹ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-97#Text>.

²⁴⁰ URL: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-117605&file-name=001-117605.pdf&TID=ihgdqbxnfi>.

²⁴¹ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_165#Text.

б виправдали безпосереднє оприлюднення Міською радою згаданого відеоматеріалу у передачі «Новини про системи КБС».

Вищевказаними справами Європейський суд з прав людини поклав на держави-підписанти Конвенції позитивне зобов'язання у вигляді врегулювання відносин між користувачами цифрових послуг з одного боку і суб'єктів господарювання з постачання таких послуг з іншого.

ii) *Практика притягнення до відповідальності за порушення законодавства про доступ до персональних даних.* Після вступу правил GDPR²⁴², європейські регулятори наклали, зокрема, такі штрафи: Французька комісія у справах інформаційних технологій і прав людини (CNIL) оштрафувала творців пошукової системи на 50 млн євро. Компанію звинуватили в порушенні законодавства ЄС, який передбачає донесення до користувачів інформації про збір та обробку їх персональних даних. Великий штраф в розмірі 204 млн євро був виставлений British Airways в Великобританії. Авіакомпанію звинуватили в недотриманні вимог щодо безпеки, що призвело до витоку даних 500 тисяч клієнтів. Мережі готелів Marriott у Великобританії був виставлений штраф в 110 млн євро за витік даних приблизно 339 млн гостей. Рекордсменом серед порушників став Facebook зі штрафом в 5 млрд євро за порушення приватності у справі Cambridge Analytica. Також в цей список потрапили медичний заклад в Португалії (штраф 400 тис. євро) за незабезпечення безпеки і контролю над даними, компанія з аналізу даних в Польщі (штраф 220 тис. євро) за порушення правил інформування та інші. Всього за 12 місяців дії GDPR було отримано понад 60 000 повідомлень про порушення обробки персональних даних і застосований 91 штраф²⁴³.

В Україні відносини з приводу незаконного доступу, використання та обробки персональних даних захищені статтею 182 Кримінального кодексу України²⁴⁴ (порушення недоторканності приватного життя) та

²⁴² URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-16#Text.

²⁴³ Дайнис Лукашевич (2019) Штрафы на миллиарды: как GDPR идут по Европе, миру и Украине. *ЛИГА.tech*, 12.08.2019 URL: <https://tech.liga.net/technology/opinion/shtrafy-i-preduprezhdeniya-kak-gdpr-idet-po-evrope-miru-i-ukraine#:~:text=GDPR>

²⁴⁴ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.

статтею 188-39 Кодексу України про адміністративні правопорушення²⁴⁵ (порушення законодавства у сфері захисту персональних даних). За даними Єдиного державного реєстру судових рішень²⁴⁶, було усього 8 справ про притягнення до адміністративної відповідальності за статтею 188-39, з них лише в 4 особу було притягнуто до відповідальності за порушення законодавства у сфері захисту персональних даних. Певна частина правопорушень пов'язана також з незаконним доступом до баз даних, в яких, зокрема, зберігаються персональні дані (стаття 212-6 Кодексу України про адміністративні правопорушення). Максимальний розмір штрафу (якщо не брати до уваги покарання у вигляді позбавлення волі на строк до п'яти років) в рамках кримінального провадження складає 17 000 грн., а в рамках адміністративного притягнення до відповідальності-34 000 грн.

Однак, існує ще одна стаття Кримінального кодексу України, яка стосується персональних даних, а саме 361-2 стаття Кримінального кодексу України (несанкціоновані збут або розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка зберігається в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або на носіях такої інформації) за яку передбачено максимальне покарання у вигляді штрафу 68 000 грн., або обмеження волі на строк до п'яти років та стаття 362 Кримінального кодексу України, яка відрізняється від першої спеціальним суб'єктом-особи, яка має доступ до цих баз даних. Станом на жовтень 2020 року за статтею 361-2 обліковувалось 85 кримінальні справи (52 оголошено повідомлень про підозру), а за статтею 362-872 (746 оголошено повідомлень про підозру). За аналогічний період 2019 року за статтею 361-2 обліковувалось 36 кримінальних справ (18 оголошено повідомлень про підозру), за статтею 362-638 (500 оголошено повідомлень про підозру)²⁴⁷. Тобто, правопорушення в сфері доступу до персональних даних в основному відбуваються з вини осіб, котрі мають безпосередній доступ до баз даних.

²⁴⁵ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>.

²⁴⁶ URL: <https://reyestr.court.gov.ua/>.

²⁴⁷ URL: https://old.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=114140&libid=100820.

За частиною ж 1 статті 182 Кримінального кодексу України станом на жовтень 2020 року обліковувалось 234 кримінальні проступки (3 оголошено повідомлень про підозру) і 33 злочини (12 оголошено повідомлень про підозру) (за частиною 2 статті 182 відповідно). Тобто загалом 267 кримінальні правопорушення. За аналогічний період 2019 року було зафіксовано загалом 198 кримінальних правопорушення за статтею 182 Кримінального кодексу України і вручено 19 повідомлень про підозру²⁴⁸. Тобто, спостерігається певне зменшення кількості кваліфікації діянь за статтею 182 Кримінального кодексу України, при одночасному збільшенні кількості повідомлених підозр.

Цілком можливо, що це пов'язано зі збільшенням кількості облікованих кримінальних правопорушень за статтею 301 Кримінального кодексу України (Ввезення, виготовлення, збут і розповсюдження порнографічних предметів). За 2019 рік обліковувалось 968 кримінальні правопорушення за статтею 301, а в 2020 - 1083 відповідно²⁴⁹.

Справа в тому, що так звані «колекторські служби», окрім незаконного використання персональних даних третіх осіб (номер телефону, ім'я, по батькові), які не надавали згоди на обробку та використання свої персональних даних, розпочали використовувати зображення як позичальників, так і третіх осіб, здобутих з відкритих джерел (зокрема мережі Facebook) з метою створення і розповсюдження фейкових, але дискредитуючих зображень порнографічного характеру за відмову сплатити борги²⁵⁰.

Порівняльна таблиця кримінальних проваджень за ст.ст.182, 301, 361-2, 362 ККУ

²⁴⁸ URL: https://old.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=114140&libid=100820.

²⁴⁹ URL: https://old.gp.gov.ua/ua/stst2011.html?dir_id=114140&libid=100820.

²⁵⁰ URL: https://www.npu.gov.ua/news/torgivlya-lyudmi/policzejski-chernigivshhinni-vikrili-kolektorsku-firmu-v-rozpovsyudzhenni-pidrobrenix-pornografichnix-materialiv-na-kreditnix-borzhnikiv/?__cf_chl_jschl_tk__=bafc9e2a4ea25957803f6dcca5c-cb5372cc22733-1607166898-0-AQR63PJG10Cb1AbPEJj5Y6Fe5U4cnnG1_UXVlHROxR4Bt-boceKdjNnHFF2zOyeKNwp3hxRVvuPQHcP3znoCgERAZ8P9nl6DY67qwgN-wzFX63S0ath-Fi0rLstwaUkqX3LNXDxHjof4l-si797b9vH4BCcd2yvR8rSX6SWsvjOfz3Gg-A4R4oeYuCA-ZU1Srtl2LzmeTt3fsJUKPgR15MnenQdjac7_YdzWGVny8XxVE_UhWC2mAx9-ATRjYi2vJlR-2RKE5Kf1lnWkZT921XjozlFuw8UWrm_5zQnRa8t8fXmKhj_6tSaN8KNJFniUK6E7i3tN-4GPX-

Стаття ККУ	жовтень 2019	жовтень 2020
182	198 кримінальні справи (19 оголошено повідомлень про підозру)	267 кримінальні справи (15 оголошено повідомлень про підозру)
361-2	36 кримінальних справ (18 оголошено повідомлень про підозру)	85 кримінальні справи (52 оголошено повідомлень про підозру)
362	638 кримінальні справи (500 оголошено повідомлень про підозру)	872 кримінальні справи (746 оголошено повідомлень про підозру)
301	968 кримінальні справи (793 оголошено повідомлень про підозру)	1083 кримінальні справи (853 оголошено повідомлень про підозру)

4.2.3. Контроль та регуляція в сфері доступу суб'єктів господарської діяльності до персональних даних користувачів їх послуг. Загалом, повертаючись до проблематики попереднього розділу, діяльність банківських та небанківських установ викликає багато питань, починаючи як від отримання ними згоди на обробку персональних даних позичальників і третіх осіб, так і використання та збереження від «незаконних витоків» таких даних.

Найбільша кількість правопорушень в сфері фінансових послуг полягає у встановленні в умовах кредитних договорів прямих обмежень чи заборон на відкликання згоди на обробку персональних даних, обмеження юридичної можливості захисту своїх прав, як суб'єкта персональних даних, обробки персональних даних, що виходить за межі мети обробки, обумовленої зобов'язаннями за кредитним договором, обмеження способів і порядку поінформованості позичальника про умови і заходи обробки його персональних даних, неконкретизоване визначення кола суб'єктів, яким кредитодавець може

KeZ2Mpl4T8Do5n6wnd6PgLakksjXevkVX_S9-51SiLmldglaas2pcJSPfgjt08Rs1Bq_C75uPYZktvFHs1ZMLziyg0R220s0dpWTFXi-FyxzyEIJUURPXAKlOC8QYez_075Helzo6HQON-NaU5Pqcm9ArP91IKBrezQpwOLQXQ1uoJGjGsAMHPga_dl7BPKADXrt9dJFWljQ.

надавати повноваження обробляти персональні дані позичальника, тощо²⁵¹.

Відповідно до частини першої статті 1 Додаткового протоколу до Конвенції № 108 від 08 листопада 2001 року, ратифікованого Законом України від 06 липня 2010 року № 2438-VI²⁵²:

«Кожна Сторона передбачає один чи більше органів нагляду, відповідальних за забезпечення дотримання заходів, які передбачено її внутрішньодержавним правом і які втілюють принципи, викладені в главах II і III Конвенції № 108 та в цьому Протоколі».

В Україні з 1 січня 2014 року змінами до Закону України «Про захист персональних даних» контрольно-наглядових повноважень у сфері захисту персональних даних було покладено з урядової Державної служби з питань захисту персональних даних на Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (далі-Уповноваженого). Таким чином, в Україні здійснюється парламентський контроль у сфері захисту персональних даних.

Відповідно до пункту 2 частини другої статті 23 Закону України «Про захист персональних даних», Уповноважений Верховної Ради України з прав людини проводить на підставі звернень або за власною ініціативою виїзних та безвиїзних, планових, позапланових перевірок володільців або розпорядників персональних даних в порядку, визначеному Уповноваженим, із забезпеченням відповідно до закону доступу до приміщень, де здійснюється обробка персональних даних.

Контроль Уповноваженим у сфері захисту персональних даних здійснюється шляхом проведення перевірок фізичних осіб, фізичних осіб-підприємців, підприємств, установ і організацій усіх форм власності, органів державної влади та місцевого самоврядування, що є володільцями та/або розпорядниками персональних даних. Перевірки можуть бути планові, позапланові, виїзні та безвиїзні.

²⁵¹ Заярний, О.А. (2020) Правовий аналіз підходів щодо забезпечення захисту прав суб'єктів персональних даних Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини у договірних кредитних правовідносинах. Київ: Рада Європи 16. URL: <https://rm.coe.int/legal-analysis-on-protection-of-rights-in-credit-relations/16809f04e0>

²⁵² URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2438-17#Text>.

На підставі Акта перевірки, під час якої виявлено порушення вимог законодавства про захист персональних даних, складається припис про усунення порушень вимог законодавства у сфері захисту персональних даних, виявлених під час перевірки, за формою згідно з додатком 2 до «Порядку здійснення Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини» контролю за додержанням законодавства про захист персональних даних» затвердженого Наказом Уповноваженого від 08 січня 2014 року № 1/02-14²⁵³ (далі – Порядок), (пункт 5.10 цього Порядку).

Відповідно до пункту 5 частини першої статті 23 Закону України «Про захист персональних даних», до компетенції Уповноваженого віднесено за підсумками перевірки, розгляду звернення видавати обов'язкові для виконання вимоги (приписи) про запобігання або усунення порушень законодавства про захист персональних даних, у тому числі щодо зміни, видалення або знищення персональних даних, забезпечення доступу до них, надання чи заборони їх надання третій особі, зупинення або припинення обробки персональних даних²⁵⁴.

Разом з тим, для забезпечення своєчасного і послідовного інформування про факти порушень законодавства про захист персональних даних на ринку кредитних послуг, сприяння посиленню операційної спроможності Уповноваженого, доцільним вбачається підписання у майбутньому спільного меморандуму з Національним банком України про забезпечення взаємного інформування про факти порушення законодавства України та сприяння у проведенні перевірок підконтрольних суб'єктів²⁵⁵.

Однак, саме головне те, що Уповноважена в силу приписів статті виступає регулятором у сфері захисту персональних даних. Таким документом, зокрема, є Типовий порядок обробки персональних даних, Порядок повідомлення Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про обробку персональних даних, яка становить особливий

²⁵³ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1_02715-14#Text.

²⁵⁴ Заярний, О.А. (2020) Правовий аналіз підходів щодо забезпечення захисту прав суб'єктів персональних даних... 18.

²⁵⁵ Там само 29.

ризик для прав і свобод суб'єктів персональних даних, про структурний підрозділ або відповідальну особу, що організовує роботу, пов'язану із захистом персональних даних при їх обробці, а також оприлюднення вказаної інформації та Порядок здійснення Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини контролю за дотриманням законодавства про захист персональних даних²⁵⁶.

Одним з обов'язків суб'єктів господарювання які володіють персональними даними є повідомляти Уповноваженого про обробку персональних даних, які становлять особливий ризик для прав і свобод суб'єктів персональних даних, упродовж тридцяти робочих днів з дня початку такої обробки. При цьому види обробки персональних даних, категорії суб'єктів, на яких поширюється вимога щодо повідомлення, а також форма та порядок визначаються також Уповноваженим.

За даними звіту²⁵⁷ Уповноваженої, мобільні оператори ПрАТ «Київстар» та ПрАТ «МТС» обробляють з метою надання телекомунікаційних послуг дані про місцеперебування та шляхи пересування своїх абонентів. Ряд банків також обробляли ці дані, а також біометричні дані, з метою надання банківських послуг.

Досить цікавим є те, що, наприклад, Національна поліція України повідомляє Уповноваженого про обробку персональних даних з метою протидії злочинності та здійсненню оперативно-розшукової діяльності, а саме: біометричні дані, про притягнення до кримінальної та адміністративної відповідальності, застосування заходів в рамках досудового розслідування, вжиття щодо особи заходів, передбачених Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність»²⁵⁸. Однак, при цьому не повідомляє про обробку даних про місцеперебування та шляхи пересування осіб. Натомість, Державне бюро розслідувань про збір таких даних з метою правоохоронної діяльності (в тому числі і для транскордонної передачі і передачі третім особам) повідомило Уповноважену, але не повідомило про збір біометричних даних. Служ-

²⁵⁶ URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v1_02715-14/print1443613185179245#n92.

²⁵⁷ URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/zpd/obnarodovanie-informatsii-pov-idomlennya-pro-zdijsnennya-obrobki-personalnih-danix/>.

²⁵⁸ URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text>.

ба безпеки України також повідомила з метою контррозвідальної та оперативно-розшукової діяльності про всі дані, що збирає Національна поліція України, окрім біометричних даних, а також, додатково, про притягнення осіб до адміністративної відповідальності. Національне антикорупційне бюро України взагалі не повідомляло Уповноважену про збір будь-яких даних. Однак, всі вони так чи інакше, але використовують дані про місцеперебування та пересування операторів мобільних мереж.

Справа в тому, що в контексті порушення прав людини на приватне життя, в майбутньому може постати питання про визнання доказів, здобутих з порушенням порядку збирання персональних даних, недопустими. Наразі ж, у відкритому доступі відсутня інформація про перевірку Уповноваженої стану дотримання законодавства про захист персональних даних органами правопорядку.

Однак, окрім Уповноваженої, одним зі способів захисту є порушеного права захист персональних даних є звернення до суду. В червні 2018 року близько 750 осіб звернулися до суду із позовом до Публічного акціонерного товариства Комерційний банк «Приватбанк» про визнання дій банку з приводу витоку персональних даних неправомірними та стягнення моральної шкоди (по 11 тисяч гривень на кожну особу). В Єдиному державному реєстрі судових рішень вона знаходиться під номером №757/27849/18-ц²⁵⁹, але рішення по суті досі немає. В тому ж році з'явилась новина²⁶⁰ про продаж бази даних клієнтів Нової Пошти, але пізніше ці дані не підтвердились. Аналогічно в 2020 році з'явилися новини²⁶¹ про витоки даних з додатку Мінцифри «Дія», які пізніше були спростовані представниками міністерства.

Отже, на даний момент серед проблем в регулюванні відносин у сфері захисту персональних даних є відсутність значних штрафів за відповідні правопорушення як для суб'єктів господарювання, так і для посадових осіб, котрі мають справу з персональними даними, а практика їх застосування є незначною.

²⁵⁹ URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92281126>.

²⁶⁰ URL: <https://www.epravda.com.ua/rus/news/2018/02/6/633794/>.

²⁶¹ URL: <https://www.epravda.com.ua/publications/2020/05/13/660405/>.

Проблема як в загальній неготовності суб'єктів господарювання до повноцінного впровадження принципів GDPR в своїй діяльності, так і відсутністю значної «політичної волі» Уповноваженої Верховної Ради з прав людини по виявленню і притягненню винних осіб до адміністративної відповідальності. Суб'єкти господарювання, відповідно до інформації з веб-сайту Уповноваженої²⁶², взагалі не включені до плану проведення перевірок, хоча багато з них збирають дані як біометричні, так і про пересування користувачів їх послугами. Не включені в плани перевірок і органи правопорядку. В судовій практиці також поки що не виробились прецеденти стягнення моральної шкоди за порушення приватності, хоча вже трапляються непоодинокі випадки несанкціонованих витоків та втрат персональних даних. Загалом культура дотримання принципів приватності в своїй діяльності знаходиться в край незадовільному стані.

Відсутні підзаконні нормативно-правові акти, котрі регулювали б порядок проведення спільних перевірок дотримання законодавства про захист персональних даних Уповноваженої з іншими органами влади та Національним банком України.

Вбачається за потрібне як внесення відповідних змін до законодавства з підвищенням штрафів (але з відстрочкою набрання ними чинності для підготовки бізнесу до них), так і розроблення нормативно-правової бази для проведення спільних перевірок Уповноваженої та органів влади і Національного банку України. Звичайно, наведення порядку в цій сфері буде неможливе без «політичної волі» головного контролера та регулятора в цій сфері-Уповноваженої Верховної Ради з прав людини. Всі ці заходи повинні призвести до головної мети: підвищення загальної культури розуміння важливості поваги приватності як серед представників органів влади, так серед бізнесу і пересічних громадян.

²⁶² URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/zpd/kontrol/plan-provedennya-perevirok/>.

4.3. Економічна свобода юридичних осіб приватного права

(Вікторія Надьон)

4.3.1. Економічна свобода юридичних осіб залежно від порядку їх створення. Американські науковці Дж. Хаан та Дж. Стем дійшли висновку, що чим ширшими є економічні свободи, тим швидшим і стабільнішим виявляється зростання добробуту. Однак при цьому рівень стійкого економічного зростання не має зв'язку з рівнем економічної свободи²⁶³. Економічна свобода — це категорія, завдяки якій розкриваються відносини між учасниками цивільних відносин. До учасників цивільних відносин Цивільний кодекс України (далі — ЦК) відносить фізичних та юридичних осіб, а також Державу, АРК, територіальні громади, іноземні держави та інших суб'єктів публічного права (ст. 2). Фізичні особи мають економічну свободу в разі, якщо: а) власність, яку вони придбали без використання сили, обману або крадіжки, захищена від фізичного вторгнення інших осіб; б) вони можуть вільно використовувати, обмінювати або передавати свою власність іншим особам до тих пір, доки їх дії не порушують ідентичних прав інших. Таким чином, центральними елементами економічної свободи є персональний вибір, захист прав власності та вільний обмін²⁶⁴.

Відповідно до частини 2 статті 81 ЦК юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. Юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування. Характерними ознаками юридичних осіб публічного права є те, що вони створюються безпосередньо законом або адміністративним актом як носії публічних завдань, їх організація регулюється приписами законів публічних інтересів і вони загалом виконують відповідні публічні функції. Поділ юридичних осіб на юридичних осіб публічного і приватного права насамперед має

²⁶³ Haan J., Sturm, J. (2000). On the relationship between economic freedom and economic growth. *European Journal of Political Economy*. P. 215–241.

²⁶⁴ Gwartney, J., R. Lawson and W. Block (1996). *Economic Freedom in the World, 1975–1995*. Vancouver: Fraser Institute

визначити саме для держави та територіальних громад, яку функцію — публічну чи приватну — виконує створена ними юридична особа, оскільки сьогодні через відсутність такого критерію виникає чимало питань щодо визначення правового статусу тих чи інших юридичних осіб, створених органами державної влади²⁶⁵.

ЦК серед юридичних осіб публічного права називає: державні підприємства, навчальні заклади, створені державою (ч. 2 ст. 167 ЦК); навчальні заклади, створені АРК (ч. 2 ст. 168 ЦК); комунальні підприємства, спільні комунальні підприємства, заклади, створені територіальними громадами (ч. 2 ст. 169 ЦК). Слід зазначити, що Господарський кодекс України (далі — ГК) не закріплює формальний поділ на юридичних осіб публічного права та юридичних осіб приватного права. Однак, за ознаками, притаманними юридичній особі публічного права, можна віднести: казенні підприємства (ст. 76 ГК); комунальне унітарне підприємство (ст. 78 ГК).

Одним з критеріїв при кваліфікації юридичної особи публічного права є мета, яка полягає у задоволенні публічного інтересу, тобто визнаний державою і забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого слугує умовою та гарантією її існування і розвитку. Ознаками публічного інтересу є відповідність потребам, цілям всього суспільства або значної його частини; неперсоніфікованість носія інтересу; захист з боку спеціалізованих суб'єктів; законність; публічний інтерес закріплюється в законодавстві і відповідає йому; неприпустимість обмеження публічного інтересу. Публічні інтереси закріплюються у системі принципів, які є основою конституційного ладу України, формуються народом та реалізуються у правовідносинах юридичними особами публічного права.

Слід звернути увагу й на ту обставину, що має значення не лише мета створення юридичної особи, а й галузь, у якій має діяти та чи інша організація. Якщо юридична особа має діяти у галузі публічного права і виконувати відповідні адміністративні, освітні тощо функції, то вона є суб'єктом публічного права і має створюватися у порядку, визначеному

²⁶⁵ Кучеренко І.М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія. Київ, 2004. С. 27.

для таких осіб. Якщо ж юридична особа має функціонувати у галузі приватного права як його суб'єкт, то вона повинна створюватися в порядку, встановленому для юридичних осіб приватного права.

Для юридичних осіб публічного права специфічним є правовий режим майна, яке їм належить. Державне майно належить їм на праві господарського відання чи оперативного управління. Юридичні особи публічного права не є власниками майна, для них майнова ознака має дещо формальний характер, оскільки майно належить їм на підставі речових прав. Право на управління державою юридичними особами публічного права базується на повноваженнях держави-власника, а управління державою юридичними особами приватного права — на володінні корпоративними правами²⁶⁶.

Окрім закріпленого права держави створювати юридичні особи публічного права, у ст. 167 ЦК України передбачається право держави створювати юридичні особи приватного права (підприємницькі товариства тощо), брати участь у їх діяльності на загальних підставах. Юридична особа приватного права створюється за волевиявленням засновників на підставі установчих документів. Установчим документом юридичної особи приватного права є затверджений учасниками статут або засновницький договір між учасниками, якщо інше не встановлено законом. Установчі документи повинні містити відомості про вид товариства, предмет і цілі його діяльності, склад засновників та учасників, найменування, розмір та порядок утворення статутного (складеного) капіталу, порядок розподілу прибутків та збитків, склад та компетенцію органів товариства та порядок прийняття ними рішень, включаючи перелік питань, по яких необхідна кваліфікована більшість голосів, порядок підписання установчих документів, порядок внесення змін до установчих документів та порядок ліквідації і реорганізації товариства (ст. 4 Закону України «Про господарські товариства»²⁶⁷).

²⁶⁶ Васильєва В. В. Критерії розмежування юридичних осіб публічного права та юридичних осіб приватного права. *Корпоративне право України та країн Європейського Союзу: новели законодавства*: збірник наук. праць за матер. XVI Міжнар. наук.-практ. конф. (5-6 жовт. 2018, м. Івано-Франківськ). Івано-Франківськ, 2018. С. 36 (С. 35-37).

²⁶⁷ Про господарські товариства: Закон України від 19.09.1991 № 1576-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12#Text>

Юридичні особи приватного права створюються з метою задоволення інтересів окремих фізичних та/або юридичних осіб, у більшості випадків для отримання прибутку. Функціонування юридичних осіб безпосередньо пов'язано із становищем фізичних осіб, тому основні права та свободи людини і громадянина, викладені у розділі II Конституції України, поширюються, з урахуванням їх змісту, також і на юридичних осіб. Саме так вирішено це питання у конституціях деяких зарубіжних держав. Зокрема, частина друга статті 9 Конституції Естонської Республіки зафіксувала положення, за яким зазначені в Основному Законі права, свободи та обов'язки поширюються на юридичних осіб, оскільки це узгоджується із загальними цілями юридичних осіб та суттю таких прав, свобод і обов'язків. Такі положення містяться й в Конституції Грузії (стаття 45) та в Основному Законі ФРН (стаття 19). Однак, обмежувальне тлумачення статті 58 Конституції України як норми, що поширюється лише на фізичних осіб, є ущемленням прав особи на здійснення підприємницької діяльності у випадку створення юридичної особи²⁶⁸. Зроблений висновок надає можливість вирівняти у здійсненні суб'єктивних прав учасників цивільних відносин (фізичних та юридичних осіб), наділити їх економічною свободою у здійсненні підприємницької діяльності. У цьому аспекті визначальною є ознака рівності суб'єктів у цивільних правовідносинах.

До підприємницьких товариств, відповідно до ст. 84 ЦК, належать господарські товариства (повне товариство, командитне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, акціонерне товариство) або виробничі кооперативи. Виходячи зі змісту ст. 84 ЦК, створення державою підприємницького товариства у формі акціонерного товариства є створенням юридичної особи приватного права.

Відповідно до ч. 1 ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства»²⁶⁹ акціонерне товариство — господарське товариство, статутний

²⁶⁸ Окрема думка судді Конституційного Суду України Скоморохи В.Є. у рішенні КСУ від 9 лютого 1999 р.

²⁶⁹ Про акціонерні товариства: *Закон України* від 17.09.2008 № 514-V. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17>

капітал якого поділено на визначену кількість часток однакової номінальної вартості, корпоративні права за яким посвідчуються акціями. Згідно з ч. 3 ст. 3 Закону «Про акціонерні товариства» акціонерне товариство може бути створено шляхом заснування або злиття, поділу, виділу чи перетворення підприємницького (підприємницьких) товариства, державного (державних), комунального (комунальних) та інших підприємств у акціонерне товариство. Той факт, що акціонерна компанія утворюється на основі власності держави, не зумовлює того, що новостворена особа є юридичною особою публічного права. Держава, передаючи майно у власність юридичної особи, набуває корпоративних прав щодо неї. Зміст корпоративного права становлять визначені законодавством, локальними правовими актами, майнові і немайнові права, що обумовлені участю особи у підприємницькому товаристві, які включають повноваження на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) цієї організації та активів у випадку ліквідації останньої у відповідності із законом, а також інші повноваження, передбачені законом та установчими документами. Для участі у приватноправових відносинах та у цивільному обороті на загальних засадах держава обирає ті ж організаційно-правові форми, що і суб'єкти приватного права²⁷⁰. Згідно ст. 167 ЦК держава діє в цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин.

Слід зазначити, що статус засновника (акціонера) господарського товариства та правовий режим його майна, що було внесено засновником до статутного капіталу цього товариства, не визначають і не впливають на статус самого господарського товариства та правовий режим цього товариства. Тому коли учасником господарського товариства є держава, то це не змінює режиму майна цього господарського товариства на режим майна державного підприємства, оскільки неможливе існування права власності держави одночасно і на майно компанії, і на її ж корпоративні права щодо останньої. Так, наприклад, якщо акціонерне товариство, 100 % акцій якого належить державі (державна акціонерна компанія), не має статусу державної холдингової компанії,

²⁷⁰ Васильєва В. В. Критерії розмежування юридичних осіб публічного права та юридичних осіб приватного права... С. 37.

дія положень Закону України «Про управління об'єктами державної власності» поширюється на державну акціонерну компанію лише в частині управління 100 % акцій, які емітовані зазначеною компанією і належать державі. Відповідно, дія Закону «Про управління об'єктами державної власності» не поширюється на правовідносини щодо розпорядження державною акціонерною компанією належними їй акціями інших акціонерних товариств (Постанова Вищого господарського суду України від 17.02.2009 р. у справі № 11/31-08).

Згідно зі ст. 85 ГК господарське товариство є власником: майна, переданого йому у власність засновниками і учасниками як внески; продукції, виробленої в результаті господарської діяльності товариства; доходів, одержаних від господарської діяльності товариства; іншого майна, набутого товариством на підставах, не заборонених законом. Відповідно до ст. 12 Закону «Про господарські товариства» товариство є власником майна, переданого йому учасниками у власність як вклад до статутного (складеного) капіталу.

У п. 53 Інформаційного листа Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України»²⁷¹ зазначено, що держава в особі її органів може бути не тільки засновником суб'єкта господарювання, а його акціонером.

Формування економічної свободи господарюючих суб'єктів відбувається в межах існуючого інституційного середовища. Його вплив проявляється у виборі моделі обґрунтування господарських рішень; у побудові системи контролю, повноважень і відповідальності; в моделях координації своєї поведінки з іншими господарюючими суб'єктами; у виборі правил, форм і методів вирішення конфліктних ситуацій на ринку і всередині фірми; у способах і масштабах відповідальності за своїми зовнішніми і внутрішніми зобов'язаннями²⁷².

²⁷¹ Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: *Вищий господарський суд*; Лист від 07.04.2008 № 01-8/211. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08#Text (правда, такі листи це сумнівна практика з точки зору верховенства права та незалежності суду – прим. ред.)

²⁷² Экономический порядок и экономическая свобода. URL: <http://www.razmut.com.ua/index.php/kvalifikacii/15-jekonomika/300-jekonomicheskij-porjadok-i-jekonomicheskajasvoboda>

Таким чином, держава в особі уповноваженого органу є власником акцій акціонерного товариства, а звідси випливає, що акції та посвідчені ними корпоративні права перебувають у державній власності. У той самий час, власником майна акціонерного товариства є саме товариство, як юридична особа приватного права і, відповідно до ч. 1 ст. 325 ЦК, така власність належить до приватної.

Окрім цього підлягає розмежуванню і відповідальність юридичних осіб публічного та юридичних осіб приватного права, оскільки за юридичною особою публічного права завжди стоїть держава, як правило юридичні особи публічного права знаходяться під постійною опікою державних органів. Юридична особа приватного права відповідає самостійно за своїми зобов'язаннями, усім належним їй майном (ст. 96 ЦК).

Таким чином, держава регулює економічну свободу виступаючи як гарант забезпечення еквівалентно-відплатних ринкових відносин між суб'єктами через створення економічних, правових, організаційно-технічних та інших умов розвитку суб'єктів. Дієвість державного регулювання економіки і ступінь обмеження економічної свободи визначається дотриманням принципу верховенства права, надійністю захисту приватної власності, створенням системи мотивів і стимулів раціональної взаємодії суб'єктів ринку і дотримання ними прав один одного²⁷³.

4.3.2. Економічна свобода щодо спадкування корпоративних прав.

Проголошення України правовою державою, в якій гарантується охорона і захист права власності громадян, вимагає адаптування цього положення до сучасних реальних правовідносин у державі, коли громадянам на праві власності належать не тільки будинки, а й корпоративні права стосовно господарських товариств. Корпоративні права — це права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі лік-

²⁷³ Гордуновський О. М. Сутність та форми економічної свободи та її особливості в Україні. *Фінансовий простір*. 2015. № 4 (20). С. 153 (С. 151-156)

відації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами (ст. 167 ГК). Отже, права учасників господарського товариства є складними, до них належать як немайнові права (право брати участь в управлінні справами товариства, право виходу із товариства, право на інформацію тощо), так і майнові (право на частку прибутку, право на оплату вартості майна при виході з товариства тощо), визначені законом та установчими документами. Саме в установчому договорі між засновниками підприємства встановлюються права і обов'язки майбутніх володільців корпоративних прав, а тому обмежувати свободу їх вибору немає достатніх підстав.

Виникає питання: якими правами будуть наділятися спадкоємці в корпоративних правовідносинах? Положення статті 147 ЦК передбачає перехід до спадкоємця фізичної особи – учасника товариства – частки у статутному капіталі ТОВ з урахуванням вимог статуту такого товариства. Стаття 55 Закону «Про господарські товариства» надає спадкоємцям учасника товариства переважне право на вступ до цього товариства, а також визначає правові наслідки відмови цих осіб від вступу до товариства або відмови товариства у прийнятті до нього спадкоємця. Аналізуючи законодавство України слідує, що в певних передбачених законом випадках, правонаступник (спадкоємець) може продовжити, за бажанням, справу померлої особи (спадкодавця). Отже, бажання здійснювати права та виконувати обов'язки правонаступником є немайновим. Відповідно на цій підставі не завжди діє правило передбачене статтею ч. 1 ст. 1219 ЦК, що не входять до складу спадщини особисті немайнові права спадкодавця. Таким чином, спадкоємці в корпоративних правовідносинах спадкують: 1) майнові права; 2) за бажанням можуть успадкувати особисті немайнові права спадкодавця.

Із цього виникає наступне питання, що є об'єктом корпоративних прав, які спадкуються: частка у статутному капіталі, корпоративні права загалом чи право на вступ до товариства?

Частина 5 ст. 147 ЦК передбачає, що частка у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю переходить до спадкоєм-

ця фізичної особи або правонаступника юридичної особи – учасника товариства, якщо статутом товариства не передбачено, що такий перехід можливий лише за згодою інших учасників товариства. Частина 1 ст. 100 ЦК визначає право участі у товаристві особистим немайновим правом. Водночас ст. 55 Закону «Про господарські товариства» містить протилежну норму та встановлює переважне право спадкоємців саме на вступ до товариства. При цьому, згідно з ч. 1 ст. 1219 ЦК, до складу спадщини не входять права та обов'язки, які нерозривно пов'язані з особою спадкодавця, зокрема особисті немайнові права... право на участь у товариствах та право членства в об'єднаннях громадян, якщо інше не встановлено законом або їх установчими документами.

Аналізуючи судову практику, можна дійти висновку, що суди по-різному трактували наведені норми та дотримувалися двох протилежних позицій, а саме:

- при спадкуванні спадкоємець отримує лише право на частку, а не право участі в його управлінні;
- спадкоємець спадкує не лише право на частку, але й автоматично вступає до складу його учасників (якщо статутом не передбачено інше); у такому випадку право на участь в управлінні товариством та на частку в статутному капіталі підтверджується документами, що посвідчують право на спадщину.

У 2016 р. постановою Пленуму Вищого господарського суду «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних відносин»²⁷⁴ було визначено, що у разі смерті (ліквідації) учасника товариства з обмеженою відповідальністю спадкоємцем (правонаступником) спадкується не право на участь, а право на частку в статутному (складеному) капіталі товариства. При цьому, якщо статутом не був детально врегульований порядок надання згоди на набуття частки та включення спадкоємця до складу учасників товариства, дійсні учасники могли маніпулювати своїм становищем з метою недопущення спадкоємця до управління товариством.

²⁷⁴ Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин: *Вищий господарський суд*; Постанова від 25.02.2016 № 4: URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16#Text>

На сьогодні відповідно до положень Закону «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»²⁷⁵ передбачено, що частка спадкодавця переходить до його спадкоємця чи правонаступника без згоди учасників товариства. Крім того, законом не передбачена вимога надання згоди інших учасників товариства на вступ спадкоємця до складу учасників. Тобто спадкоємець матиме такі ж права на володіння, користування та розпорядження часткою, а також на участь у діяльності товариства, як і його спадкодавець. Крім того, Закон «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» надає спадкоємцю можливість самостійно звернутися до органу державної реєстрації із заявою про внесення змін до складу учасників товариства. Рішення інших учасників для реєстратора не матиме жодного значення. До того ж інші учасники товариства не матимуть змоги виключити нового учасника зі складу учасників товариства. Саме цим положенням законодавець підкреслює економічну свободу спадкоємців вирішити питання щодо участі у товаристві.

Економічна свобода щодо учасників корпоративних відносин визнається й судовою практикою. Так, в одній із постанов ВС зазначив, що фізична особа, яка не має статусу суб'єкта підприємницької діяльності, може звернутися до господарського суду з вимогами до фізичної особи без статусу суб'єкта підприємницької діяльності лише у спорах, що виникають із корпоративних відносин у разі, якщо такий спір виник між учасниками (засновниками, акціонерами, членами) юридичної особи (а не колишніми учасниками), пов'язаних із створенням, діяльністю, управлінням та припиненням діяльності такої особи, правами та обов'язками учасників (засновників, акціонерів, членів)²⁷⁶.

У ст. 23 Закону «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» визначені правові наслідки переходу частки до спадкоємця або правонаступника учасника товариства, у разі смерті, оголошення судом безвісно відсутнім або померлим учасника — фізичної

²⁷⁵ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» від 06.02.2018 р. *Відомості Верховної Ради*. 2018. № 13. Ст. 69.

²⁷⁶ Постанова ВС від 17.01.2018 р. у справі № 908/184/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71676338>

особи чи припинення учасника — юридичної особи, частка якого у статутному капіталі товариства становить менше 50 відсотків, та якщо протягом року з дня закінчення строку для прийняття спадщини, встановленого законодавством, спадкоємці (правонаступники) такого учасника не подали заяву про вступ до товариства відповідно до закону, товариство може виключити учасника з товариства. Таке рішення приймається без врахування голосів учасника, який виключається. Якщо частка такого учасника у статутному капіталі товариства становить 50 відсотків або більше, товариство може приймати рішення, пов'язані з ліквідацією товариства, без врахування голосів цього учасника.

У будь-якому випадку учасник, якого виключено, має право отримати вартість оплаченої частини своєї частки, виходячи з її ринкової вартості. Відповідно до п. 13 Закону не пізніше 30 днів з дня прийняття загальними зборами учасників такого рішення, товариство зобов'язане повідомити колишньому учаснику (його спадкоємцю, правонаступнику) вартість його частки. Вартість частки визначається станом на день, що передував дню прийняття загальними зборами учасників рішення про виключення учасника з товариства.

Таким чином, при спадкуванні корпоративних прав, складом спадщини є немайнові та майнові права спадкодавця, які переходять після його смерті до спадкоємців за законом або за заповітом і, які забажали прийняти спадкоємці та належним чином їх оформили. Спадкування корпоративних прав є економічною свободою спадкоємців щодо здійснення чи нездійснення ними успадковуваних корпоративних прав.

4.3.3. Обмеження економічної свободи при вирішенні окремих дискусійних питань, пов'язаних з діяльністю юридичних осіб. Загальна ідея соціальної держави, за класичним визначенням Л. фон Штейна, полягає у тому, що держава зобов'язана підтримувати абсолютну рівність у правах для різних суспільних класів, для окремої особистості, що самовизначається, завдяки своїй владі та має сприяти економічному і суспільному прогресу всіх громадян. Оскільки реалізація цих завдань передбачає певну матеріальну основу, держава змушена втручатися у процеси розподілу та перерозподілу суспільного продукту, обмежуючи

майнові інтереси тих членів суспільства, що володіють більшою економічною владою.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону «Про публічні закупівлі» до замовників, які здійснюють закупівлі належать:

1) органи державної влади (орган законодавчої, органи виконавчої, судової влади), та правоохоронні органи держави, органи влади Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування, об'єднання територіальних громад;

2) Пенсійний фонд України, цільові страхові фонди зі страхування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань, медичного страхування та страхування на випадок безробіття (далі – органи соціального страхування);

3) юридичні особи, які є підприємствами, установами, організаціями (окрім тих, які визначені у пунктах 1 і 2 цієї частини) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі, за наявності однієї з таких ознак:

- юридична особа є розпорядником, одержувачем бюджетних коштів;
- органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі управління юридичної особи;
- у статутному капіталі юридичної особи державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків;

4) юридичні особи та/або суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в одній або декількох окремих сферах господарювання, визначених частиною другою цієї статті, та відповідають хоча б одній з таких ознак:

- органам державної влади, органам влади Автономної Республіки Крим, органам місцевого самоврядування або іншим замовникам належить частка у статутному капіталі юридичної особи та/або суб'єкта господарювання в розмірі більше ніж 50 відсотків або такі органи чи інші замовники володіють

більшістю голосів у вищому органі юридичної особи та/або суб'єкта господарювання чи правом призначати більше половини складу виконавчого органу або наглядової ради юридичної особи та/або суб'єкта господарювання;

- наявність спеціальних або ексклюзивних прав – прав, наданих у межах повноважень органом державної влади або органом місцевого самоврядування на підставі будь-якого нормативно-правового акта та/або акта індивідуальної дії, що обмежують провадження діяльності у сферах, визначених цим Законом, однією чи кількома особами, що істотно впливає на здатність інших осіб провадити діяльність у зазначених сферах. Не вважаються спеціальними або ексклюзивними права, що надані за результатами конкурсів (тендерів, процедур закупівель), інформація про проведення яких разом з критеріями відбору попередньо оприлюднювалася та була наявна у публічному доступі, можливість участі у таких конкурсах (тендерах, процедурах закупівель) не була обмежена та якщо надання таких прав здійснювалося на основі об'єктивних критеріїв.

Коментована стаття визначає перелік осіб-замовників, на яких покладається обов'язок здійснювати свою діяльність відповідно до положень Закону України «Про публічні закупівлі», тобто Закон економічно обмежує дії зазначених осіб.

Цікавим є запропонована Законом ознака наявності спеціальних або ексклюзивних прав – прав, наданих у межах повноважень органом державної влади або органом місцевого самоврядування на підставі будь-якого нормативно-правового акта та/або акта індивідуальної дії, що обмежують провадження діяльності у сферах, визначених цим Законом, однією чи кількома особами, що істотно впливає на здатність інших осіб провадити діяльність у зазначених сферах.

Аналізуючи запропоноване визначення спеціальних або ексклюзивних прав, виникає питання щодо обмеження провадження діяльності (обмеження економічної свободи) та його застосування до окремих категорій осіб.

Зупинимо увагу, на окресленій проблемі.

Відповідно до ч. 1 ст. 1108 ЦК, особа, яка має виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності (ліцензіар), може надати іншій особі (ліцензіату) письмове повноваження, яке надає їй право на використання цього об'єкта в певній обмеженій сфері (ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності), наприклад, у сфері виробництва теплової енергії, транспортування теплової енергії, постачання теплової енергії тощо.

Ліцензія (від. лат. — дозволений) означає дозвіл, право. Ліцензії засновані на монополії держави у визначених сферах виробництва і видаються компетентними державними органами на здійснення певного виду фахової діяльності або окремих операцій²⁷⁷.

Відповідно до ч. 2 ст. 14 ГК правові засади ліцензування, патентування певних видів господарської діяльності та квотування визначаються виходячи з конституційного права кожного на здійснення підприємницької діяльності, не забороненої законом, а також принципів господарювання, встановлених у статті 6 ГК. Серед цих принципів — забезпечення економічної багатоманітності та рівний захист державою усіх суб'єктів господарювання; свобода підприємницької діяльності у межах, визначених законом; вільний рух капіталів, товарів та послуг на території України; обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємстві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави; захист національного товаровиробника; заборона незаконного втручання органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини. А, наприклад, у ст. 6 Закону «Про теплопостачання»²⁷⁸ визначено принципи державної політики у сфері теплопостачання. Серед них — сприяння розвитку конкурентних відносин на ринку теплової енергії. Відповідно

²⁷⁷ Право інтелектуальної власності: За заг. ред. Булеци С.Б., Чепис О. І. Ужгород: РІК-У, 2019. С. 398 (488 с.)

²⁷⁸ Про теплопостачання: Закон України від 02.06.2005 № 2633-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2633-15#Text>

до ст. 15 цього Закону, засадами державного регулювання діяльності у сфері теплопостачання є запобігання монополізації та створення умов для розвитку конкурентних відносин у сфері теплопостачання.

Згідно з п. 9 ч. 3 ст. 3 Закону «Про національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг»²⁷⁹ із основних завдань Регулятора є сприяння розвитку конкуренції на ринках у сферах енергетики та комунальних послуг. У ч. 1 ст. 20 Закону визначено, що Регулятор здійснює моніторинг функціонування ринків у сферах енергетики та комунальних послуг, який забезпечується шляхом проведення аналізу та оцінки, зокрема: рівня прозорості та конкуренції на ринках у сферах енергетики та комунальних послуг.

Таким чином, в аналізованих Законах нічого не сказано щодо обмеження провадження діяльності (обмеження економічної свободи), а навпаки визначено про можливість здійснення діяльності (про економічну свободу).

У Листі Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 04.06.2020 р. № 3304-04/34929-06 зазначено, що конкретні критерії для визначення наявності спеціальних або ексклюзивних прав в контексті Закону можна сформулювати на підставі таких міркувань, які побудовані на логіці «від зворотного», тобто, через розуміння випадків, коли спеціальне/ексклюзивне право не виникає. Отже, *спеціальне/ексклюзивне право не виникає у разі якщо особи володіють такими правами не на підставі будь-якого нормативно-правового акта та/або акта індивідуальної дії органів державної влади або органом місцевого самоврядування; особи володіють такими правами, однак такі права не обмежують провадження діяльності у сферах, визначених цим Законом, однією чи кількома особами, що істотно впливає на здатність інших осіб проводити діяльність у зазначених сферах; особи отримала такі права за результатами конкурсів (тендерів, процедур закупівель), інформація про проведення яких разом з критеріями відбору попередньо оприлюднювалися та була наявна у публічному*

²⁷⁹ Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг: Закон України від 22.09.2016 № 1540-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-19#Text>

доступі, можливість участі у таких конкурсах (тендерах, процедурах закупівель) не була обмежена та якщо надання таких прав здійснювалося на основі об'єктивних критеріїв.

Відповідно до пунктів 1 та 2 преамбули Міжінституційної угоди між Європейським парламентом, Радою ЄС та Комісією ЄС щодо загальних настанов, спрямованих на забезпечення якості проектування законодавства Співтовариства від 22 грудня 1998 року (1999/С 73/01), серед загальних принципів нормопроєктування, що містяться в згаданій Міжінституційній угоді, вказується, що проекти актів законодавства ЄС мають викладатись ясно, просто та чітко. При цьому проекти актів мають викладатись у термінах та синтаксичних структурах з урахуванням багатомовної природи законодавства ЄС; поняття чи термінологія, специфічна для будь-якої національної правової системи мають застосовуватись обережно. Термінологія, що використовується в певному акті, має бути стійкою, єдиною, як в межах такого акта, так і в усьому масиві вже чинних актів, особливо тих, що стосуються однієї сфери регулювання. Ідентичні поняття мають бути виражені однаковими термінами, наскільки це можливо, без відхилення від їх значення у звичайній, юридичній чи технічній мові. *Відповідно до пункту 14 Міжінституційної угоди, якщо терміни, що використовуються в акті не є однозначними, вони мають бути визначені разом в одній статті на початку нормативного акта.*

Таким чином, у Законі «Про публічні закупівлі» не чітко визначено нові для національного законодавства категорії спеціальних або ексклюзивних прав. Зрозуміло, що право здатне встановлювати певні орієнтири лише у тому випадку, коли воно саме є ясним і зрозумілим.

Правова визначеність — загальноправовий принцип, відповідно до якого формулювання правових норм є доступним і зрозумілим для пересічної особи настільки, що вона може прогнозувати правові наслідки своєї поведінки.

Власне бачення правової визначеності Конституційний Суд України сформулював у Рішенні від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 у справі про постійне користування земельними ділянками, в якому зазначається, що «із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової

норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі» (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини). Цим Конституційний Суд України наголосив, що невизначеність, нечіткість правової норми призводить до її неоднакового розуміння та тлумачення, що в практичній площині призводить до різного застосування.

Доводячи визначену позицію, слід звернутися до практики ЄС.

Питанню спеціальних/виключних прав приділено увагу в Директиві ЄС. В частині 3 статті 4 Директиви 2014/25/ЄС (на відміну від українського законодавства) чітко вказано, що метою надання «спеціального або ексклюзивного права» є *намір обмежити однією або кількома організаціями кількість тих, що можуть здійснювати види діяльності у комунальній сфері*.

Відповідно до аналізу положень Директиви ЄС, спеціальні та ексклюзивні права існують там, де необхідний дозвіл, зокрема ліцензія, для здійснення певного виду діяльності. Слід відмітити, що навіть у європейській практиці не завжди однозначно вирішується питання щодо спеціальних або ексклюзивних прав. Так, з моменту прийняття першої Директиви з державних закупівель у комунальному секторі економіки поступова лібералізація відповідних ринків, як на рівні ЄС, так і на національному (наприклад, щодо виробництва та постачання електроенергії та газу, надання поштових послуг тощо), значною мірою вплинуло на концепцію спеціальних/ексклюзивних прав. Наразі, у країнах-членах ЄС надання відповідного дозволу органом державної влади або місцевого самоврядування для здійснення певного виду діяльності не обов'язково становить спеціальні та ексклюзивні права. Відповідно до висновку зробленого Європейською комісією, важливо аналізувати окремо у кожному випадку, чи має суб'єкт господарювання спеціальні або ексклюзивні права або ні²⁸⁰.

Важливою для розуміння поняття «ексклюзивних прав» також є позиція Європейської Комісії відповідно до статті 15 (1) Регламенту

²⁸⁰ Explanatory note — Utilities Directive. Definition of exclusive or special rights.

Ради 1/2003 від 16 грудня 2002 року про імплементацію встановлених правил щодо конкуренції в статтях 81 та 82 Договору про ЄС та відповідно до статті 10 Договору про ЄС²⁸¹. У пункті 16 цього документу Європейська Комісія вказала, що

«спеціальні або ексклюзивні права у значенні статті 86 (1) ЄС можуть бути надані на цілій національній території або лише її частині. Виключні права існують там, де монополія була надана державою суб'єкту господарювання на конкретний економічний характер діяльності на ексклюзивній основі».

Визначення поняття виключних та спеціальних прав міститься в додатку XXIII до Глави 10 «Глосарій термінів» Угоди про асоціацію²⁸²:

(е) виключні права — це права, які надаються державою-членом певному підприємству будь-яким законодавчим, регуляторним чи адміністративним актом, що забезпечує йому право надавати послугу чи здійснювати діяльність у межах певної географічної одиниці;
(ф) спеціальні права — це права, надані державою-членом обмежених кількості підприємств, які в межах певної географічної території та в інший спосіб, ніж обумовлено об'єктивними, пропорційними та недискримінаційними критеріями:

- обмежують до двох чи більше кількості таких підприємств, яким дозволяється надавати послугу чи здійснювати діяльність, або
- визначають декілька конкуруючих підприємств, яким дозволяється надавати послуги чи здійснювати діяльність, або
- надають будь-якому підприємству або підприємствам будь-які правові чи регуляторні переваги, які істотно впливають на здатність будь-якого іншого підприємства надавати таку ж послугу або здійс-

²⁸¹ Opinion of the European Commission pursuant to Article 15(1) of Council Regulation 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the EC Treaty and pursuant to Article 10 of the EC Treaty Vilnius District Court, Case No 2106852/05. URL: https://ec.europa.eu/competition/court/kaunas_municipality_opinion_en.pdf

²⁸² Угода про асоціацію. URL: http://www.europarl.europa.eu/RegistreWeb/search/simple.htm?language=EN&reference=COM_COM%282013%290290.

нювати таку ж діяльність у межах тієї ж географічної одиниці за практично однакових умов.

Отже, чинна в Україні нормативно-правова база є недостатньою для пом'якшення суперечностей між економічною свободою та забезпеченням рівності і реальності соціально-економічних прав. Тому її подальше вдосконалення передбачає складну роботу щодо пошуку таких економіко-правових механізмів, які б забезпечували вирівнювання умов господарювання для всіх без винятку суб'єктів економіки²⁸³.

Таким чином, щоб визначена законодавцем ознака наявності спеціального або ексклюзивного права почала працювати потрібно чітко прописати визначення цих прав, а саме, що таке наявність спеціального права, а що таке наявність ексклюзивного права, а також з якого моменту у сторін виникають ці права, тільки тоді можна стверджувати про наявність чи відсутність визначеної ознаки, а також й щодо обмеження/необмеження економічної свободи.

4.4. Економічні свободи учасників сімейних відносин

(Марія Менджул)

4.4.1. Економічні свободи подружжя. У літературі застосовують як поняття «економічна свобода», так і поняття «економічні права». На думку економістів, економічна свобода за своєю сутністю є елементом ринкової економіки, що ґрунтується на таких принципах як особистий вибір, добровільний обмін, свобода виходу на ринки та конкуренцію, безпека особи та приватна власність²⁸⁴. Савчин М.В. вважає, що зміст економічної свободи слід тлумачити у відповідності до доктрини верховенства права як межі втручання держави у вільне здійснення еко-

²⁸³ Овсієнко О. В. Обмеження економічної свободи як передумова розбудови соціальної держави в Україні: аргументи «за» і «проти». *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2013. № 2 (13). С. 289. (С. 287-289)

²⁸⁴ Сімахова А.О., Скрипник Н.Є., Піддубний О.О. (2017). Економічна політика в контексті вимірювання економічної свободи. *Економіка і суспільство*. Випуск 13. С. 26.

номічної діяльності.²⁸⁵ На нашу думку людина володіє економічною свободою, що є складовою частиною її особистісної свободи і як наслідок вона реалізує такі економічні права як право на працю, зайняття підприємницької діяльністю, право приватної власності та ін. Сімейне життя людини має опосередкований, а іноді і безпосередній вплив на її економічні свободи та права²⁸⁶.

Підставою виникнення сімейних відносин є реєстрація шлюбу. З дати подання заяви про державну реєстрацію шлюбу чоловік та жінка набувають статусу наречених. Вони ще не є подружжям і по суті їх економічні свободи не обмежуються. Якщо вони набувають майно у власність на підставі договору купівлі-продажу і на стороні покупця є тільки один із наречених, то таке майно є його приватною власністю.

Проте Сімейний кодекс України врегулював майнові наслідки відмови від укладення шлюбу одним із наречених. Так, згідно статті 31 СК особа, яка відмовилася від шлюбу, зобов'язана відшкодувати другій стороні затрати, що були нею понесені у зв'язку з приготуванням до реєстрації шлюбу та весілля. Такі затрати не підлягають відшкодуванню, якщо відмова від шлюбу була викликана протиправною, аморальною поведінкою нареченої (нареченого), прихованням нею (ним) обставин, що мають для того, хто відмовився від шлюбу, істотне значення (тяжка хвороба, наявність дитини, судимість тощо).

Після реєстрації шлюбу наречені набувають статусу подружжя. Згідно СК щодо набуття майна подружжям діє презумпція спільної сумісної власності, — все майно набуто за час шлюбу є спільною сумісною власністю, крім речей індивідуального користування. Безперечно винятком також є майно, що набуває кожен із подружжя у власність окремо на підставах, визначених статтею 57 СК.

Важливою гарантією є те, що майно, набуто подружжям є спільною сумісною власністю незалежно від того, чи один з них не мав з

²⁸⁵ В.А. Устименко, Р.А. Джабраїлов (ред.) *Конституційні засади економічної системи України*. Донецьк : ТОВ «Юго-Восток», С. 16.

²⁸⁶ Менджул М.В. (2020). Економічна свобода та сімейні відносини. В Савчин М.В. (ред.) *Правове регулювання та економічні свободи і права*. Ужгород : Видавництво «РІК-У», С. 176-177.

поважної причини (ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, навчання, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу). Тобто, у випадку якщо працює або отримує дохід від підприємницької діяльності один із подружжя, а інший займається доглядом за дітьми чи веденням домашнього господарства, то він все одно має право на половину спільного майна.

Сімейний кодекс України у статті 57 встановлює перелік способів набуття майна, що стає приватною власністю тільки одного із подружжя. Так, особистою приватною власністю дружини (чоловіка) є:

- 1) майно, набуто нею, ним до шлюбу;
- 2) майно, набуто нею, ним за час шлюбу, але на підставі договору дарування або в порядку спадкування;
- 3) майно, набуто нею, ним за час шлюбу, але за кошти, які належали їй, йому особисто;
- 4) житло, набуто нею, ним за час шлюбу внаслідок його приватизації відповідно до Закону України "Про приватизацію державного житлового фонду";
- 5) земельна ділянка, набуто нею, ним за час шлюбу внаслідок приватизації земельної ділянки, що перебувала у її, його користуванні, або одержана внаслідок приватизації земельних ділянок державних і комунальних сільськогосподарських підприємств, установ та організацій, або одержана із земель державної і комунальної власності в межах норм безоплатної приватизації, визначених Земельним кодексом України;
- 6) речі індивідуального користування, в тому числі коштовності, навіть тоді, коли вони були придбані за рахунок спільних коштів подружжя;

7) премії, нагороди, які вона, він одержали за особисті заслуги. Суд може визнати за другим з подружжя право на частку цієї премії, нагороди, якщо буде встановлено, що він своїми діями (ведення домашнього господарства, виховання дітей тощо) сприяв її одержанню;

8) кошти, одержані як відшкодування за втрату (пошкодження) речі, яка їй, йому належала, а також як відшкодування завданої їй, йому моральної шкоди;

9) страхові суми, одержані нею, ним за обов'язковим особистим страхуванням, а також за добровільним особистим страхуванням, якщо страхові внески сплачувалися за рахунок коштів, що були особистою приватною власністю кожного з них.²⁸⁷

Відповідно до ст. 58 СК якщо річ, що належить одному з подружжя, плодоносить, дає приплід або дохід (дивіденди), він є власником цих плодів, приплоду або доходу (дивідендів). Таким чином, якщо перебуваючи у шлюбі, один із подружжя придбає річ за кошти, які отримано як дохід (дивіденд) від власного майна, то така річ також є його особистою приватною власністю.

Суд може визнати особистою приватною власністю дружини, чоловіка майно, набуте нею, ним за час їхнього окремого проживання у зв'язку з фактичним припиненням шлюбних відносин. Судова практика з цього питання склалася і суди фактичне припинення шлюбних відносин застосовують як підставу віднесення майна набутого під час такого періоду до приватної власності того із подружжя, хто його набув. Наприклад, у постанові Верховного Суду від 15 квітня 2019 року колегія суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду дійшла висновку, що: *«Доводи касаційної скарги про те, що спірне майно, зокрема автомобіль набуто в період перебування сторін справи у шлюбі, а та обставина, що транспортний засіб зареєстровано за відповідачем, не позбавляє її права на частку у такому майні, не заслуговують на увагу, оскільки спірний автомобіль придбаний у період фактичного припинення шлюбних відносин, за кошти, які належали відповідачу особисто, тому є підставою спростування презумпції спільності майна подружжя»*.

Здійснення подружжям права спільної сумісної власності регламентовано статтями 63 та 65 СК, згідно з якими дружина та чоловік мають рівні права на володіння, користування і розпорядження майном, що належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено домовленістю між ними.

Відповідно до ст. 69 СК дружина і чоловік мають право на поділ майна, що належить їм на праві спільної сумісної власності. Ділити

²⁸⁷ Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947-III. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>

майно подружжя можуть під час шлюбу та після його розірвання. У разі поділу майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, частки майна дружини та чоловіка є рівними, якщо інше не визначено домовленістю між ними або шлюбним договором.

Майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, ділиться між ними у натурі. Якщо дружина та чоловік не домовилися про порядок поділу майна, спір може бути вирішений судом. При цьому суд бере до уваги інтереси дружини, чоловіка, дітей та інші обставини, що мають істотне значення.

Вирішуючи питання про поділ майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, зокрема неподільної речі, суди мають застосовувати положення частин четвертої, п'ятої статті 71 СК щодо обов'язкової згоди одного з подружжя на отримання грошової компенсації та попереднього внесення другим із подружжя відповідної грошової суми на депозитний рахунок суду.

У постанові Верховного Суду України від 18 січня 2017 року вказується, що в разі, коли один з подружжя не вчинив передбачених частиною п'ятою статті 71 СК дій щодо попереднього внесення відповідної грошової суми на депозитний рахунок суду, а неподільні речі не можуть бути реально поділені між сторонами відповідно до їх часток, суд визнає ідеальні частки подружжя в цьому майні без його реального поділу і залишає майно у їх спільній частковій власності²⁸⁸.

З аналізу СК можна вивести такі правові засади економічної свободи подружжя: 1) дружина та чоловік мають утверджувати повагу до будь-якої праці, що робиться в інтересах сім'ї (ст. 54); 2) дружина та чоловік зобов'язані спільно дбати про матеріальне забезпечення сім'ї (ст. 55); 3) той із подружжя, хто є власником майна, визначає режим володіння та користування ним з урахуванням інтересів сім'ї, насамперед дітей (ст. 59); 4) при розпорядженні своїм майном дружина, чоловік зобов'язані враховувати інтереси дитини, інших членів сім'ї, які відповідно до закону мають право користування ним (ст. 59); 5) якщо одним із подружжя укладено договір в інтересах сім'ї, то гроші, інше майно,

²⁸⁸ Постанова Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 18 січня 2017 р. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/65537651>

в тому числі гонорар, виграш, які були одержані за цим договором, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя (ст. 61); 6) якщо подружжя не домовилися про порядок поділу майна, спір може бути вирішений судом, при цьому суд бере до уваги інтереси дружини, чоловіка, дітей та інші обставини, що мають істотне значення (ст. 71); 7) батьки зобов'язані дбати про збереження та використання майна дитини в її інтересах (ст. 177); 8) той із батьків або інших законних представників дитини, на ім'я якого виплачуються аліменти, розпоряджається аліментами виключно за цільовим призначенням в інтересах дитини (ст. 179) та інші.²⁸⁹ Також подружжя можуть обмежити свої економічні свободи у договірному порядку.

Крім того, можливі темпоральні обмеження економічної свободи подружжя. Насамперед йде мова про строк позовної давності. Відповідно до ст. 72 СК позовна давність не застосовується до вимог про поділ майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, якщо шлюб між ними не розірвано. Проте, до вимоги про поділ майна, заявленої після розірвання шлюбу, застосовується позовна давність у три роки. Позовна давність обчислюється від дня, коли один із співвласників дізнався або міг дізнатися про порушення свого права власності.

Окремо варто зупинитися на питанні режиму окремого проживання подружжя. Інститут сепарації є відносно новим для сімейного законодавства України. Згідно ст. 119 СК за заявою подружжя або позовом одного з них суд може постановити рішення про встановлення для подружжя режиму окремого проживання у разі неможливості чи небажання дружини і (або) чоловіка проживати спільно. Таким чином, це один із кроків до розлучення і в той же час, шлюб зберігається, відповідно у подружжя є можливість відновити шлюбні відносини. Щодо майнових правових наслідків, то згідно ст. 120 СК майно, набуте в майбутньому дружиною та чоловіком, не вважатиметься набути у шлюбі, тобто не буде діяти презумпція спільної сумісної власності.

У випадку укладення церковного шлюбу в Україні без державної реєстрації, він не створює правових наслідків для наречених як для

²⁸⁹ Менджул М.В. (2020). Економічна свобода та сімейні відносини... 186-187.

подружжя. Водночас такі особи, як і ті, що проживають разом та ведуть спільне господарство можуть вважатися фактичним союзом та згідно ст. 74 СК на них будуть поширюватися положення глави 8, у тому числі презумпція спільної сумісної власності. На практиці виникає складність у доказуванні факту спільного проживання. Доказами можуть бути довідка про спільне проживання, покази свідків, фотокартки, листування між сторонами тощо (див. постанову Верховного Суду від 20 березня 2019 р.²⁹⁰).

Внаслідок шлюбу може виникнути і зобов'язання щодо утримання одного з подружжя іншим на підставі договору або норм закону. В силу закону, право на утримання має той із подружжя, який є непрацездатним (той із подружжя, який досяг пенсійного віку або є особою з інвалідністю I, II чи III групи), потребує матеріальної допомоги, і за умови, що другий із подружжя може надавати таку допомогу.

На нашу думку, зобов'язання по утриманню подружжя договірної природи теж є своєрідним проявом економічної свободи, адже особа добровільно бере на себе економічні зобов'язання і розпоряджається частиною своїх коштів.

Розірвання шлюбу не припиняє права особи на утримання, яке виникло у неї за час шлюбу. Після розірвання шлюбу особа має право на утримання, якщо вона стала непрацездатною до чи протягом одного року від дня розірвання шлюбу і потребує матеріальної допомоги. Крім випадків, коли вона стала особою з інвалідністю, якщо її інвалідність була результатом протиправної поведінки щодо неї колишнього чоловіка (дружини) під час шлюбу. Якщо на момент розірвання шлюбу одному з подружжя до досягнення пенсійного віку залишилося не більш як п'ять років, то він (вона) матиме право на утримання після досягнення пенсійного віку, за умови, що у шлюбі вони спільно проживали не менш як десять років.

Якщо у зв'язку з вихованням дитини, веденням домашнього господарства, піклуванням про членів сім'ї, хворобою або іншими істотними обставинами, один із подружжя не мав можливості одержати освіту,

²⁹⁰ Постанова Верховного Суду від 20 березня 2019 р. у справі № 520/15238/14-ц. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80783145>

працювати, зайняти відповідну посаду, то він має право на утримання у зв'язку з розірванням шлюбу і тоді, якщо є працездатним, за умови, що потребує матеріальної допомоги і що колишній чоловік (дружина) може надавати матеріальну допомогу. Проте, право на утримання у цьому випадку триває протягом трьох років від дня розірвання шлюбу.

4.4.2. Економічні свободи батьків та дітей. Окрема глава СК присвячена питанням прав батьків і дітей на майно. Якщо для подружжя діє презумпція спільної сумісної власності, то ст. 173 СК чітко закріплює роздільність майна батьків і дітей. Зокрема, батьки і діти які спільно проживають, можуть бути самостійними власниками майна. При вирішенні спору між батьками та дітьми, які спільно проживають, щодо належності їм майна вважається, що воно є власністю батьків, якщо інше не встановлено судом.

Виникає питання, яким майном можуть володіти діти? Відповідно до ст. 174 СК майно, придбане батьками або одним із них для забезпечення розвитку, навчання та виховання дитини (одяг, інші речі особистого вжитку, іграшки, книги, музичні інструменти, спортивне обладнання тощо), є власністю дитини. Крім того, батьки можуть подарувати дитині рухоме та нерухоме майно.

Стаття 175 СК встановлює, що майно, набуте батьками і дітьми за рахунок їхньої спільної праці чи спільних коштів, належить їм на праві спільної сумісної власності. У такому випадку, діти мають право на виділ у натурі майна, при цьому частки є рівними, якщо інше не встановлено домовленістю між ними, законом або рішенням суду. Водночас вказане положення статті 175 СК не зовсім коректне, так як, зменшення частки дітей у спільній сумісній власності з їх батьками на основі договору, явно не буде відповідати інтересам дитини.

Якщо виділ у натурі частки із спільного майна є неможливим (частина 2 статті 183 Цивільного кодексу), діти мають право на одержання від інших співвласників грошової або іншої матеріальної компенсації вартості їх частки.

Важливою гарантією для дітей, і в той же час обмеженням економічної свободи батьків є положення статті 176 СК, яка встановлює,

що батьки зобов'язані передати у користування дитини майно, яке має забезпечити її виховання та розвиток.

Економічна свобода передбачає не тільки можливість бути власником майна, а насамперед правомочності щодо користування та розпорядження таким майном. В силу віку правомірним є обмеження економічної свободи дітей в частині можливості розпоряджатися їх майном. ЦК чітко встановлює які дії може вчиняти малолітня дитина, що володіє частковою цивільною дієздатністю (ст. 31) та неповнолітня дитина з неповною цивільною дієздатністю (ст. 32). Зокрема малолітні діти можуть тільки вчиняти дрібні побутові правочини, а неповнолітні вже можуть також самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами, здійснювати права на результати інтелектуальної, творчої діяльності, самостійно укласти договір банківського вкладу (рахунку) та розпоряджатися вкладом, внесеним нею на своє ім'я (грошовими коштами на рахунок). Інші правочини вчиняються виключно за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальників. На вчинення неповнолітньою особою правочину щодо транспортних засобів або нерухомого майна повинна бути письмова нотаріально посвідчена згода батьків (усиновлювачів) або піклувальника і дозвіл органу опіки та піклування.

СК України покладає також обов'язок на батьків здійснювати управління майном, що належить малолітній дитині. При цьому батьки зобов'язані дбати про збереження та використання майна дитини в її інтересах.

Батьки малолітньої дитини не мають права без дозволу органу опіки та піклування вчиняти такі правочини щодо її майнових прав: укласти договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири; видавати письмові зобов'язання від імені дитини; відмовлятися від майнових прав дитини.

Дозвіл на вчинення правочинів щодо нерухомого майна дитини надається органом опіки та піклування після перевірки, що проводиться протягом одного місяця, і лише в разі гарантування збереження права дитини на житло.

Органи опіки та піклування можуть відмовити у наданні дозволу на вчинення правочинів щодо нерухомого майна дитини з одночасним зверненням до нотаріуса щодо накладення заборони відчуження такого майна лише у випадках, якщо ними встановлено, що:

- 1) мати та/або батько дитини позбавлені судом батьківських прав;
- 2) судом, органом опіки та піклування або прокурором прийнято рішення про відібрання дитини від батьків (або того з них, який звернувся за дозволом) без позбавлення їх батьківських прав;
- 3) до суду подано позов про позбавлення батьків дитини батьківських прав;
- 4) особа, яка звернулася за дозволом, повідомила про себе неправдиві відомості, що мають суттєве значення для вирішення питання про надання дозволу чи відмову в його наданні;
- 5) між батьками дитини немає згоди стосовно вчинення правочину щодо нерухомого майна дитини;
- 6) між батьками дитини або між одним з них та третіми особами існує судовий спір стосовно нерухомого майна, за дозволом на вчинення правочину щодо якого звернулися батьки дитини (або один з них);
- 7) вчинення правочину призведе до звуження обсягу існуючих майнових прав дитини та/або порушення охоронюваних законом інтересів дитини.

Батьки вирішують питання про управління майном дитини спільно, якщо інше не передбачено договором між ними. Спори, які виникають між батьками щодо управління майном дитини, можуть вирішуватися органом опіки та піклування або судом. Після припинення управління батьки зобов'язані повернути дитині майно, яким вони управляли, а також доходи від нього.

Якщо батьки неналежно виконують свої обов'язки щодо управління майном дитини, то це є підставою для покладення на них обов'язку відшкодувати завдану їй матеріальну шкоду та повернути доходи, одержані від управління її майном.

Справедливо покладений на батьків майновий обов'язок утримувати дитину до досягнення повноліття. СК визначає як порядок утримання неповнолітніх дітей (глава 15), так і виняткові підстави для утри-

мання повнолітніх дочки, сина (глава 16). Батьки можуть у договірному порядку визначити розмір та порядок сплати аліментів, а у разі неможливості дійти згоди рішення приймається судом.

Відповідно до ст. 182 СК визначено обставини, що мають бути враховані при визначенні розміру аліментів судом, а саме: стан здоров'я, матеріальний стан дитини та платника аліментів; чи є у платника аліментів ще діти, непрацездатний інший із подружжя, мати (батько); чи має платник аліментів на праві власності (володіння, користування) майно (майнові права), у тому числі грошові кошти, корпоративні права, виключні права на результати інтелектуальної діяльності; чи були у платника аліментів витрати у зв'язку із придбанням нерухомого (рухомого) майна на суму понад десятикратний розмір прожиткового мінімуму для працездатної особи, і при цьому не доказано джерело походження коштів; інші істотні обставини.

Для забезпечення інтересів дитини також у ч. 2 ст. 182 СК закріплено, що розмір аліментів повинен бути достатнім і необхідним для гармонійного розвитку дитини. Мінімально гарантований розмір аліментів – 50 відсотків прожиткового мінімуму, який корелюється відповідно до віку дитини. Крім того, ст. 182 СК окремо встановлює мінімально рекомендований розмір аліментів на одну дитину, що має становити прожитковий мінімум відповідного до її віку. Проте такий розмір призначається судом, якщо достатнім є заробіток (дохід) у платника аліментів.

У 2017 році ст. 183 СК доповнено частиною п'ятою, яка встановила можливість звернення до суду із заявою про видачу судового наказу про стягнення аліментів, і при цьому визначено розміри аліментів (на одну дитину – одна чверть, на двох дітей – одна третина, на трьох і більше дітей – половина заробітку (доходу), але не більше десяти прожиткових мінімумів на кожну дитину. На нашу думку, такі нововведення дуже доречні та сприяють створенню умов для належного виховання дитини.

Власником аліментів є сама дитина і згідно зі ст. 179 СК той із батьків (інший законний представник), хто отримує аліменти, має ними розпоряджатися тільки за цільовим призначенням і в інтересах дити-

ни. Контроль за цільовістю використання аліментів покладено на орган опіки та піклування.

Варто проаналізувати зарубіжний досвід щодо регулювання зобов'язань з утримання. У Великобританії аліменти можуть бути стягнуті на користь дітей, народжених як у шлюбі, так і поза шлюбом. В рамках шлюбу (громадянського партнерства) або в процесі його розірвання, суд може стягнути аліменти на користь дитини у вигляді періодичних платежів, може також передати дитині майно у власність. Суд також може зобов'язати виплатити аліменти наперед або взамін зобов'язати передати певне майно. Крім того, майно може передаватися у довірчу власність на користь дитини до настання певної події (досягнення 18 років, здобуття повної середньої освіти або вищої освіти). Коли вказана подія настала, майно передається назад тому з батьків, хто його надав, у разі продажу майна, кошти від продажу повертаються батькам.

Аліменти у Великобританії сплачуються на дітей до досягнення 16-річного віку, а у випадку здобуття середньої освіти — до 20-річного віку. Дитина старше 18 років може звернутися до суду про стягнення аліментів на свою користь від одного чи обох батьків або отримати одноразову виплату, якщо вона має намір отримати освіту в навчальному закладі або якщо є особливі обставини (інвалідність, хвороба). Суд може змінити рішення про утримання дітей у таких випадках: покриття витрат, пов'язаних з навчанням або підготовкою до професії, навіть якщо дитина працює та отримує прибуток; якщо є додаткові витрати у зв'язку з інвалідністю дитини, незалежно від віку; якщо дитина продовжує здобувати повну середню освіту і є віком понад 20 років; якщо дитина проживає за кордоном, а платник аліментів (нерезидент) проживає в Англії та Уельсі; якщо дитина проживає в Англії та Уельсі, а платник аліментів (нерезидент) проживає за кордоном і не працює в цивільних, дипломатичних чи військових службах Великобританії; якщо платник аліментів помер. За ірландським законодавством дитина має право на утримання до досягнення 18-річного віку або 23-річного віку, якщо вона продовжує навчання в школі, а також не залежно від віку — у випадку непрацездатності, якщо вона не в змозі утримувати себе.

Немає чіткої формули для розрахунку платежів по утриманню в державах ЄС. В той же час на рівні законодавства та судової практики є напрацьовані критерії, які мають бути враховані, зокрема фінансове становище кожної із сторін, а також потреби отримувача аліментів для досягнення справедливості в розрахунку відповідного утримання.²⁹¹

Стаття 172 СК встановлює обов'язок повнолітніх дочки (сина) піклуватися про батька та матір, що передбачає як турботу, так і надання допомоги, у тому числі в грошовій формі. Підстави та порядок утримання дітьми батьків регулюється у окремій главі СК (ст. 202 — 206). З аналізу вказаних положень, можна зробити висновок, що обов'язок утримувати батьків виникає у дочки (сина) якщо: 1) дочка (син) є повнолітніми та працездатними; 2) батько (матір) не були позбавлені батьківських прав; 3) батьки чи один із них непрацездатні та мають потребу у матеріальній допомозі; 4) батько (мати) не ухилялися від виконання батьківських обов'язків, якщо інше не встановлено судом; 5) батько (матір) сплачували аліменти і відсутня заборгованість по несплаті понад три роки.

За невиконання зобов'язання із сплати аліментів виникає майнова відповідальність у вигляді неустойки (пені), порядок розрахунку і сплати якої визначено ст. 196 СК. Велика Палата Верховного Суду у постанові від 3 квітня 2019 р. підтвердила підхід, що вірним є загальне правило до вирахування пені, згідно з яким обчислення загальної суми передбачає вираховування розміру несплачених аліментів за кожен місяць із врахуванням кількості прострочених днів за кожен платіж окремо²⁹². Строк прострочення починає перебіг з першого дня наступного місяця, за яким мав бути внесений періодичний платіж, до попереднього дня, в якому сплачено заборгованість. Крім того, запропоновано більш чітку формулу розрахунку місячної заборгованості: розмір заборгованості аліментів за місяць помножений на кількість днів заборгованості та помножений на 1%.

²⁹¹ Менджул М.В. Принципи сімейного права (сутність та проблеми застосування): монографія. Ужгород: Видавництво Олександри Гаркуші, 2019. С. 385-388.

²⁹² Постанова Великої Палати Верховного суду від 3 квітня 2019 р. № 333/6020/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81573936>

4.4.3. Свобода договору учасників сімейних відносин. Диспозитивність у сімейному праві надає можливість учасникам сімейних відносин здійснювати саморегуляцію своїх прав та обов'язків договорами.

СК встановлює, що можливі такі договори, які певним чином регулюють економічні свободи: 1) договір про способи захисту прав та інтересів, у тому числі підстави та порядок компенсації матеріальної та моральної шкоди (ч. 2 ст. 18); 2) договори між подружжям щодо відчуження майна (ст. 64), порядку користування майном (ст. 66) та поділу спільного сумісного майна (ст. 69); 3) наречені та подружжя мають право укласти шлюбний договір (ст. 92-103); 4) подружжя може укласти договір про надання утримання (ст. 78) та припинення утримання (ст. 89); 5) батьки можуть укласти договір розмір аліментів на дитину (ч. 2 ст. 109, ст. 189); 6) батьки можуть укласти договір про припинення виплати аліментів через набуття дитиною права власності на нерухоме майно (ст. 190). Це не вичерпний перелік, так як учасники сімейних відносин можуть укладати і інші договори, які не мають суперечити нормам закону та моральним засадам суспільства.

Договір у сімейному праві розглядають по-різному, як: 1) юридичний факт, що призводить до виникнення, зміни чи припинення сімейних індивідуальних правових відносин²⁹³; 2) різновид приватно-правового договору, що залежить від сімейно-правового статусу особи, і тому при його укладенні важливе значення відіграють такі факти як шлюб, споріднення, влаштування дитини без батьківського піклування²⁹⁴; 3) правочин між фізичними особами, які пов'язані сімейно-правовим статусом, що зумовлює виникнення, зміну чи припинення сімейних особистих немайнових та (або) майнових прав і обов'язків.²⁹⁵ Вказані позиції не є суперечливими, а скоріше взаємодоповнючими. На нашу думку,

²⁹³ Явор О. Договір як юридичний факт у сімейному праві. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2014. № 4 (79). С. 123-132. С. 128.

²⁹⁴ Дутко А. О. Договір як регулятор сімейних відносин: особливості конструкції. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2013. № 3. С. 135-142. С. 136-137.

²⁹⁵ Михальнюк О. Поняття та особливості сімейно-правового договору. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2013. № 4(98). С. 31. 27-32

сімейно-правовий договір є різновидом приватноправових договорів, що укладається учасниками сімейних відносин з дотриманням принципу рівності, внаслідок якого можуть виникати, змінюватися чи припинятися сімейні права та обов'язки.

Досить виражено економічна свобода подружжя проявляється в інституті шлюбного договору. Згідно статті 93 СК саме у шлюбному договорі подружжя визначає свої майнові права та обов'язки, а також може визначити майнові права та обов'язки як батьків.

Статті 97-99 СК по своїй суті визначають межі економічної свободи у регулюванні майнових відносин подружжя, зокрема подружжя (наречені) можуть: домовитися про непоширення на майно, набуте ними за час шлюбу, презумпції спільної сумісної власності та вважати її спільною частковою або приватною власністю кожного з них; визначити яке майно передається для використання на спільні потреби сім'ї; встановити правовий режим майна, подарованого на весілля; визначити можливий порядок поділу майна, у тому числі під час розірвання шлюбу; передбачити порядок використання належного їм майна для забезпечення потреб їхніх дітей чи інших осіб; визначити порядок користування іншим із подружжя чи родичами житловим приміщенням, що належить іншому з подружжя; домовитися про надання утримання одному з подружжя незалежно від непрацездатності та потреби у матеріальній допомозі. Більше того, згідно ч. 5 ст. 97 СК подружжя (наречені) можуть включити до шлюбного договору будь-які інші умови щодо правового режиму майна, якщо вони не суперечать моральним засадам суспільства.

Обмеження економічної свободи щодо змісту шлюбного договору наступні: по-перше, договір не повинен ставити одного із подружжя у надзвичайно не вигідне матеріальне становище порівняно із законодавством; по-друге, за шлюбним договором не може передаватися у власність одному із подружжя нерухоме майно та інше майно, право на яке підлягає державній реєстрації. Тобто у шлюбному договорі найбільш повно може проявитися економічна свобода подружжя.

В Україні вже склалася судова практика щодо визнання шлюбних договорів не дійсними. Наприклад, у постанові від 30 січня 2018 року по справі № 756/7489/15-ц Верховний Суд прийшов до виснов-

ку, що критерієм правозгідності (правомірності) шлюбного договору є, по-перше, відсутність суперечностей між його змістом та вимогами закону, тобто відповідність договору імперативним нормам та, по-друге, дотримання моральних засад суспільства. Саме з такого розуміння правових норм виходили суди першої та апеляційної інстанцій при ухваленні рішень у цій справі про відмову у задоволенні позовних вимог. Верховний Суд так само залишив касаційну скаргу без задоволення, оскільки не було доказано, що шлюбний договір було вчинено внаслідок помилки, і такий договір поставив позивача в надзвичайно не вигідне матеріальне становище.²⁹⁶

Таким чином, саме при договірному регулюванні майнових відносин учасниками сімейних відносин найбільш повно можуть проявитися, як їх економічні свободи, так і обмеження такої свободи. При укладенні договорів учасниками сімейних відносин їх економічна свобода обмежується інтересами сім'ї, іншого з подружжя, дитини чи інших членів сім'ї.

Висновки

Приватноправовий аспект правового регулювання діяльності економічних свобод імпліцитно передбачає збалансованість втручання у горизонтальні відносини, які будуються на засадах довіри, які служать основою для досягнення домовленостей та ведення комерційної діяльності. Тому втручання держави у зазначену сферу має бути делікатним і сприяти підвищенню ділової активності та здійснення економічних свобод. Для цього держава має дбати про розвиток ринкової інфраструктури. Однак на прикладі боротьби з пандемією коронавірусу видно, що власне механізму свободи договору, вільної і конкурентної ринкової економіки недостатньо. Тому навіть усередині ринкового середовища є усвідомлення меж самообмеження учасників економічних відносин для визначення меж здійснення суб'єктивного права контрагентів на ринку.

²⁹⁶ Постанова Верховного Суду від 30 січня 2018 року по справі № 756/7489/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72073900>

Розділ 5. КОМЕРЦІЙНЕ ПРАВО ТА ЕКОНОМІЧНІ ІНСТИТУЦІЇ

Вступ

У світлі дискусій про рекодифікацію приватного права та цілісного застосування права, напевно, слід говорити про комерційне або економічне право, вірніше, сферу законодавства. Ступінь упорядкування і кодифікація законодавства залежить від стану узагальнення юридичної доктрини та сталої судової практики. Право є мистецтвом тлумачення основоположних принципів та юридичних норм, на чому власне слід робити наголос і основний акцент. Зокрема, оця проблематика та інструментарій її подолання підіймається у матеріалі, присвяченому доктрині заборони суперечливої поведінки як засобу виявлення недобросовісності. Так само інновації у праві є антитезою догматизації у праві, бо догма права є лише базою, від якої слід відштовхуватися і в контексті економічних відносин верифікувати ступінь ефективності чинності певних правил і процедур, здійснення їх модифікації, пристосовуючи до нових економічних реалій. У світлі цього проблематика діяльності господарських товариств вочевидь постає у нових барвах.

5.1. Окремі аспекти правового статусу господарських товариств

(Вадим Рошканюк, Вікторія Вашкович, Василь Манзюк)

В умовах ринкових відносин значна питома вага у виробничій та інших сферах економіки належить господарським товариствам. У силу приписів Господарського кодексу, господарські товариства — це господарські організації, які створюються фізичними та/або юридичними особами

на договірних засадах, шляхом об'єднання майна та підприємницької діяльності з метою отримання прибутку²⁹⁷.

Діяльність господарських товариств регулюється Господарським кодексом України, Цивільним кодексом України, Законом України «Про господарські товариства». Останній визначає поняття і види господарських товариств, правила їх створення, діяльності, а також права і обов'язки їх учасників та засновників. Закон України «Про акціонерні товариства» визначає порядок створення, діяльності, припинення, виділу акціонерних товариств, їх правовий статус, права та обов'язки акціонерів. Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» деталізує правовий статус товариств з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю, порядок їх створення, діяльності та припинення, права та обов'язки їх учасників та іншими нормативно-правовими актами, які стосуються правової природи господарського товариства.

Отже, за результатами проведеного дослідження важливо зазначити, що на сучасному етапі розвитку вітчизняної економіки існують певні перешкоди, що негативно впливають на розвиток акціонерних товариств:

- 1) складність введення цієї організаційно — правової форми господарювання;
- 2) недостатній рівень розвитку фондового ринку;
- 3) низький рівень виплати дивідендів порівняно з їх нарахуванням;
- 4) конфлікти між власниками у зв'язку з великою кількістю суб'єктів управління та різними поглядами на ту чи іншу ситуацію; розвитку;
- 5) недостатня компетентність керівних органів підприємств у сфері корпоративного управління;
- 6) високі організаційні витрати на створення та введення в дію акціонерних товариств;
- 7) низька інвестиційна привабливість у зв'язку з переважанням приватних акціонерних товариств.

²⁹⁷ Господарський Кодекс України від 16.01.2003 року № 436-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 18, № 19-20, № 21-22, ст.144

Євроінтеграційний напрямок розвитку України став рушійною силою у здійсненні реформування усіх її систем, в тому числі й правової. Необхідність приведення українського законодавства до формату європейських стандартів стала причиною як прийняття низки нових законів у сфері господарської діяльності, так і вдосконалення вже існуючих. Оскільки в Україні найбільш популярною формою підприємницької діяльності є товариство з обмеженою відповідальністю (далі — ТОВ), тому й не дивно, що виникла потреба, насамперед, у гармонізації законодавства України із законодавством Європейського Союзу, саме даного виду господарських товариств. Як результат, 17 червня 2018 р. набрав чинності Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», який було прийнято 06 лютого 2018 р. Насамперед привертає увагу швидкість набрання чинності положень даного закону (три місяці з дня його опублікування). Окрім положень статті 23 «Перехід частки до спадкоємця або правонаступника учасника товариства». Вони наберуть чинності лише з 17 червня 2019 р. Критичний аналіз Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» дозволив виокремити найбільш важливі новели, які стосуються діяльності ТОВ, порядку їх заснування та управління, і, що важливо, здійснюють суттєвий вплив на бізнес України в цілому. Даний закон: — не містить лімітовану максимальну кількість учасників товариства, як це передбачав у попередній своїй редакції Закон України «Про господарські товариства» (100 учасників товариства); — впроваджує корпоративні договори (*shareholder agreements*), що мають на меті передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник товариства має право або зобов'язаний купити або продати частку в статутному капіталі (її частину), а також визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає. Передбачено, що корпоративний договір, яким буде встановлено обов'язок учасників товариства забезпечити голосування згідно з вказівками органів управління товариства, — нікчемний; — передбачає, що інформація про розмір статутного капіталу та кількість учасників товариства повинна бути відображена в єдиному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань, а не в статуті товариства (як раніше цього вимагав законодавець). Дана законодавча

новела зумовила необхідність внесення зміни і до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань»; – суттєво змінив порядок виключення учасника з товариства. Так, несправного учасника можна буде виключити лише на підставі рішення суду. 288 Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» внесено зміни і в питання, що стосуються права на здійснення управління товариством.

Таким чином, враховуючи тенденції розвитку акціонерних товариств в Україні, доцільно сказати про нестабільність їх функціонування за роки незалежності перш за все через недосконалість нормативно-правової бази та нерозвиненість фондового ринку. Правова основа діяльності акціонерних товариств була закладена ще у 1991 році, однак визначальним моментом було прийняття Закону «Про акціонерні товариства» у 2008 році, що одночасно створило численні складнощі у діяльності цього виду господарського товариства.

Сучасні тенденції розвитку характеризуються зменшенням кількості акціонерних товариств, численними реорганізаціями, переважанням приватного виду їх організації та зменшенням активності на ринку цінних паперів. Враховуючи численні проблеми функціонування цієї організаційно-правової форми господарювання, доцільно запропонувати низку удосконалень, що сприятимуть зростанню ефективності існування акціонерних товариств в Україні та підвищать їх привабливість як форму ведення бізнесу.

Основними напрямками змін слід вважати:

- забезпечення захищеності прав акціонерів шляхом змін законодавства;
- стимулювання діяльності публічних акціонерних товариств;
- підвищення рівня розвитку фондового ринку;
- удосконалення рівня кваліфікації керівного складу;
- забезпечення добросовісної конкуренції;
- підвищення рівня інвестиційного клімату в Україні;
- забезпечення прозорості та відкритості ведення діяльності;
- активізація державного моніторингу і регулювання діяльності акціонерних товариств;

– стимулювання емісійної політики.

3 17.06.2018 р. набрав чинності Закон № 2275-VIII «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»²⁹⁸, який визначає правовий статус товариств з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю, порядок їх створення, діяльності та припинення, права та обов'язки їх учасників. Ним встановлено права і обов'язки учасників товариства, корпоративний договір, безвідкличну довіреність з корпоративних прав, умови створення товариства, визначено статут товариства, переважне право учасника товариства, особливості звернення стягнення на частку учасника товариства тощо.²⁹⁹

У силу того, що зараз набув чинності Закон про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю, процедури нарахування та виплати дивідендів у ТОВ і АТ відрізняються. Тому на думку фахівців, на сьогодні право на отримання дивідендів мають учасники, які були такими на день прийняття рішення про виплату дивідендів. До речі, у Законі про господарські товариства використовується більш розмите словосполучення – «початок строків виплати дивідендів». Ця колізія викликає питання про те, як бути, коли учасник був таким у день прийняття рішення про виплату дивідендів, а потім вирішив продати свою частку. Кому у такому разі виплачувати дивіденди – новому чи «старому» власнику? Відповідь однозначна: «старому». Адже учасник, який не вніс (не до кінця вніс) вклад до статутного капіталу товариства, дивідендів не може отримати. Товариству заборонено виплачувати частину прибутку таким учасникам (ч. 3 ст. 27 Закону про ТОВ)³⁰⁰.

На нашу думку, застосування вищенаведених змін дасть поштовх для нового рівня розвитку акціонерних товариств, що вплине на фі-

²⁹⁸ Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». Відомості Верховної Ради України. 2018. №13. Ст. 69. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19>

²⁹⁹ Що зміниться у правовому статусі товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю. *Вісник. Офіційно про податки*. 07.02.2018 URL: <http://www.visnuk.com.ua/uk/news/100007099-scho-zminitsya-u-pravovomu-statusi-tovaristv-z-obmezhenoyu-ta-dodatkovoyu-vidpovidalnistyu> (дата звернення: 02.11.2020).

³⁰⁰ Амброзак Н. Як у ТОВ і АТ прибутки ділили, або Юридичні нюанси дивідендів. *iFactor*, лютий, 2019, № 13 URL: <https://i.factor.ua/ukr/journals/nibu/2019/february/issue-13/article-42406.html>.

нансово-економічний клімат в Україні, адже акціонерні товариства відіграють важливу роль в економіці будь-якої держави.

Отже розглянемо нововведення.

- Зміни торкнулися державної реєстрації і полягають в наступному:
- Згідно із ч.5 ст.17 закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» заявник подає такі документи:
 - заяву про державну реєстрацію змін цих відомостей;
 - документ про сплату адміністративного збору;
 - один із таких документів: рішення загальних зборів учасників товариства про визначення розміру статутного капіталу та розмірів часток учасників; рішення про виключення учасника; заяву про вступ до товариства; заяву про вихід з товариства.

Отже, законодавець вказує вичерпний перелік документів. Серед них не передбачено надання статуту в новій редакції.

Розглядаючи практичний аспект зазначеного нововведення, можна відзначити, що спрощення державної реєстрації змін до відомостей про юридичну особу є сприянням розвитку діяльності товариств і зниженням навантаження на них.

Відсутність необхідності кожного разу при зміні учасника товариства, його місця проживання або інших обставин готувати нову редакцію статуту, яка потребує нотаріального засвідчення всіх підписів учасників, значно полегшує діяльність.

При цьому, як було зазначено, законом №2275-VIII внесені зміни й до закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» від 15.05.2003 №755-IV.

З найбільш істотних нововведень – подання документів державному реєстратору при зміні складу учасників не самим товариством (керівником), як раніше, а іншими особами (новим або колишнім учасниками, позивачем, спадкоємцем). Водночас державний реєстратор зобов'язаний у разі реєстрації змін складу учасників, співвідношення їх часток видати (надіслати) витяг з реєстру заявнику, товариству, колишнім та новим учасникам.

Зміни торкнулися вимог і до оформлення самого статуту. Так, відповідно до ст. 11 Закону №755-IV перша редакція статуту підписується всіма учасниками товариства, справжність підписів яких засвідчується нотаріально. Раніше цього не вимагалось, а підписи учасників засвідчувалися виключно за їх бажанням.

Щодо нотаріального посвідчення підписів учасників при внесенні змін до статуту, то ця норма була й раніше, а положення про порядок підписання першої редакції статуту в результаті реорганізації є абсолютно новим, і лише практика зможе показати його дієвість та необхідність.

Водночас варто зазначити, що зміни в чинному законодавстві вимагають пильного вивчення. Виходячи із цього, учасникам товариств необхідно бути уважними при написанні статутів своїх підприємств, які, до речі, до приведення їх у відповідність із законом №2275-VIII, будуть діяти тільки в тій частині, в якій вони йому не суперечать.

Новелами даного Закону стали також введення таких понять, як «корпоративний договір» та «безвідклична довіреність».

Відповідно до ч. 1 ст. 7 Закону, договір, за яким учасники товариства зобов'язуються реалізовувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації (далі – корпоративний договір), є безвідплатним і вчиняється в письмовій формі.

Корпоративний договір може передбачати умови або порядок визначення умов, на яких учасник має право або зобов'язаний купити або продати частку у статутному капіталі (її частину), а також визначати випадки, коли таке право або обов'язок виникає. Зміст корпоративного договору є конфіденційним і не підлягає розкриттю.

Згідно з ч. 1 ст. 8 Закону про товариства з обмеженою та додатною відповідальністю, разі, якщо довіреність видається з метою виконання або забезпечення виконання зобов'язань учасників як сторін корпоративного договору, предметом яких є права на частку у статутному капіталі або повноваження учасників, довіритель може зазначити у довіреності, що до закінчення її строку вона не може бути скасована без згоди представника або може бути скасована лише у випадках, передбачених у довіреності (безвідклична довіреність).

Ще однією новелою Закон є договір про створення товариства. Відповідно до ч. 2 ст. 10 Закону, якщо товариство створюється кількома особами, такі особи у разі необхідності визначення взаємовідносин між ними щодо створення товариства можуть укласти договір про створення товариства в письмовій формі. Договір про створення товариства може встановлювати порядок заснування товариства, умови здійснення спільної діяльності щодо створення товариства, розмір статутного капіталу, частку у статутному капіталі кожного з учасників, строки та порядок внесення вкладів та інші умови. Договір про створення товариства діє до дня державної реєстрації товариства, якщо інше не встановлено договором або не впливає із суті зобов'язання.

Законом суттєво зменшується *обов'язковий перелік відомостей, що зазначаються в статуті*. Більше не потрібно зазначати в статуті перелік учасників, їх персональні дані, розмір статутного капіталу, розмір часток учасників. Згідно з ч. 5 ст. 11 Закону, у статуті товариства зазначаються відомості про:

- 1) повне та скорочене (за наявності) найменування товариства;
- 2) органи управління товариством, їх компетенцію, порядок прийняття ними рішень;
- 3) порядок вступу до товариства та виходу з нього.

Також зменшується строк на внесення вкладу учасниками товариства у зв'язку із створенням товариства з 1 року до 6 місяців, з дати державної реєстрації, якщо інше не передбачено статутом.

Положення щодо переважного права учасників товариства на придбання частки іншого учасника, в новому Законі будуть прописані більш детально ніж в Законі про господарські товариства³⁰¹.

Зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 20 Закону, учасник товариства, який має намір продати свою частку (частину частки) третій особі, зобов'язаний письмово повідомити про це інших учасників товариства та поінформувати про ціну та розмір частки, що відчужується, інші умови такого продажу. Якщо жоден з учасників товариства протягом 30 днів з дати отримання повідомлення про намір учасника продати частку

³⁰¹ Закон України «Про господарські товариства». Відомості Верховної Ради України. 1991. №49. Ст. 682. URL:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12> 3.

(частину частки) не повідомив письмово учасника, який продає частку (частину частки), про намір скористатися своїм переважним правом, вважається, що такий учасник товариства надав свою згоду на тридцять перший день з дати отримання повідомлення, і така частка (частина частки) може бути відчужена третій особі на умовах, які були повідомлені учасникам товариства.

Законом встановлюється новий порядок виходу учасника з товариства. Згідно з ч. 1 ст. 25 Закону, учасник товариства, частка якого у статутному капіталі товариства становить менше 50 відсотків, може вийти з товариства у будь-який час без згоди інших учасників. В той же час, ч. 2 ст. 25 Закону, учасник товариства, частка якого у статутному капіталі товариства становить 50 або більше відсотків, може вийти з товариства за згодою інших учасників.

Законом передбачається можливість скликання загальних зборів учасників з ініціативи виконавчого органу товариства, на вимогу наглядової ради та на вимогу учасника або учасників товариства, які на день подання вимоги в сукупності володіють 10 або більше відсотками статутного капіталу.

Законом закріплюється ряд рішень загальних зборів учасників, які мають прийматися одностайно (затвердження грошової оцінки негрошового вкладу, перерозподіл часток між учасниками товариства, створення інших органів товариства, прийняття рішення про придбання товариством частки учасника), які приймаються кваліфікованою більшістю (внесення змін до статуту, зміна розміру статутного капіталу, прийняття рішень про виділ, злиття, поділ, приєднання), та які приймаються більшістю голосів.

Статтею 36 Закону передбачається порядок заочного голосування. Учасник товариства може взяти участь у загальних зборах учасників шляхом надання свого волевиявлення щодо голосування з питань порядку денного у письмовій формі (заочне голосування). Справжність підпису учасника товариства на такому документі засвідчується нотаріально.

Також, відповідно до ст. 37 Закону, рішення загальних зборів може бути прийняте шляхом опитування. Шляхом опитування не можуть прийматися рішення про:

- 1) обрання та припинення повноважень членів наглядової ради та виконавчого органу;
- 2) внесення змін до статуту товариства, прийняття рішення про здійснення діяльності товариством на підставі модельного статуту;
- 3) злиття, приєднання, поділ, виділення або перетворення товариства, затвердження статутів правонаступників;
- 4) ліквідацію товариства;
- 5) визначення розміру статутного капіталу та розмірів часток учасників товариства у випадках, передбачених цим Законом;
- 6) виключення учасника з товариства.

Ініціатором проведення опитування може бути будь-який учасник товариства або виконавчий орган, якщо інше не встановлено статутом товариства.

Ініціатор опитування надсилає всім учасникам товариства відповідний запит з проектом рішення із запропонованого питання (питань). У такому запиті зазначаються адреса, на яку учасники товариства мають надіслати свою відповідь та прийняті рішення, і строк, протягом якого вони мають це зробити. Надсилання учасникам запитів може здійснюватися із застосуванням засобів електронних комунікацій, визначених статутом товариства.

У разі згоди із запропонованим рішенням учасник товариства підписує проект рішення та надсилає його ініціатору протягом 15 днів з дня отримання запиту, якщо інше не встановлено статутом товариства. Згода учасника товариства з прийнятим рішенням має бути безумовною. Надсилання учасником згоди з прийнятим рішенням може здійснюватися із застосуванням засобів електронних комунікацій, визначених статутом товариства.

Законом передбачається утворення наглядової ради товариства. Наглядова рада в межах компетенції, визначеної статутом товариства, контролює та регулює діяльність виконавчого органу товариства. Зокрема, до компетенції наглядової ради може бути віднесено обрання одноосібного виконавчого органу товариства або членів колегіального виконавчого органу товариства (всіх чи окремо одного або декількох з них), зупинення та припинення їхніх повноважень, встановлення

розміру винагороди членам виконавчого органу товариства. Порядок діяльності наглядової ради, її компетенція, кількість членів і порядок їх обрання, у тому числі незалежних членів наглядової ради, розмір винагороди членів наглядової ради, а також порядок обрання та припинення їхніх повноважень визначаються статутом товариства.

Відповідно до ч. 1 ст. 42 Закону, на вимогу учасника чи учасників, яким сукупно належить десять і більше відсотків статутного капіталу товариства проводиться аудиторська перевірка фінансово-господарської діяльності товариства із залученням незалежного професійного аудитора (аудиторської фірми), не пов'язаного (не пов'язаної) майновими інтересами з товариством, посадовими особами товариствами чи з його учасниками.

Окрім цього, Закон містить визначення посадових осіб товариства, конфлікту інтересів, а також, що визначається «значним правочином» або «правочином щодо якого є заінтересованість».

Згідно з ч. 1 ст. 43 Закону, посадовими особами товариства є члени виконавчого органу, наглядової ради, а також інші особи, передбачені статутом товариства. Відповідно до ч. 3 ст. 43 Закону, конфліктом інтересів є конфлікт між обов'язком посадової особи діяти добросовісно і розумно в інтересах товариства в цілому та приватними інтересами посадової особи або її афілійованих осіб.

Відповідно до вимог ч. 2 ст. 45 Закону, рішення про надання згоди на вчинення правочину, якщо вартість майна, робіт або послуг, що є предметом такого правочину, перевищує 50 відсотків вартості чистих активів товариства станом на кінець попереднього кварталу, приймаються виключно загальними зборами учасників. Тобто такий правочин вважається значним правочином.

Згідно з ч. 1 ст. 46 Закону, правочин вважається правочином, щодо якого є заінтересованість, якщо він укладається товариством з будь-ким з наступних осіб:

- 1) посадовою особою товариства або її афілійованою особою;
- 2) учасником, який одноосібно або спільно з афілійованими особами володіє часткою, що становить 20 відсотків статутного капіталу товариства, або його афілійовані особи;

3) юридичною особою, в якій будь-яка з осіб, передбачених пунктами 1 та 2 цієї частини, є членом органу товариства;

4) іншою особою, визначеною статутом товариства.

Отже, Закон «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» більш повно та прогресивно, ніж попередній закон, регулює порядок створення, діяльності та припинення товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю.

5.2. Основні риси та роль цифрової економіки у комерційній діяльності

(Аліна Гусь)

Цифрові інновації є рушійною силою економічних перетворень в сучасному світі. Країни Організації економічного співробітництва і розвитку (ОЕСР) відзначають, що дані в цифровій формі, нові бізнес-моделі і цифрові програми змінюють роботу науки, урядів, міст та таких секторів, як торгівля, охорона здоров'я і сільське господарство.

У 1990-ті роки якісні зрушення в економіці були пов'язані з виникненням і розвитком Інтернету, який до цих пір є основою цифрової економіки. Однак в 2000-і і 2010-і роки розвиток інформаційних і комунікаційних технологій (ІКТ) створив нові передумови для змін в господарській системі. Даний процес супроводжується впровадженням цифрових датчиків у все більшу кількість пристроїв («Інтернет речей»), створенням нових персональних пристроїв (мобільних телефонів, смартфонів, планшетів, ноутбуків, пристроїв тривимірного друку), нових цифрових моделей (хмарна обробка даних, цифрові платформи, цифрові послуги), зростаючою інтенсивністю використання масивів даних з використанням технології «великих даних» (*big data*), нових методів аналізу даних і алгоритмів прийняття рішень, нових технологій автоматизації і роботизації³⁰².

Дані технології створюють нові можливості в цифровій сфері: суб'єкт господарювання при бажанні може задіяти цифрову систему в

³⁰² OECD Digital Economy Outlook 2015, Paris. URL: <http://www.oecd.org/sti/oecd-digital-economy-outlook-2015-9789264232440-en.htm> (

сфері своєї діяльності³⁰³. Цей процес може включати датафікацію (впровадження технологій зберігання великих масивів даних), цифровізацію (конверсію всіх частин інформаційних ланцюжків вартості з аналогового формату в цифровий), віртуалізацію (фізичне розкладання процесів), а також генеративність (використання даних і технологій по новому, відмінному від вихідного, призначенням шляхом перепрограмування і рекомбінації)³⁰⁴. Ступінь впливу будь-якої технології може розглядатися як результат її поширення і глибини впровадження³⁰⁵. При значних темпах поширення, включаючи поширення в країнах, що розвиваються, і зростаючому ефекті впровадження, які відкривають досі недоступні можливості, вплив цифрових технологій на розвиток економіки також зростає.

У науковій юридичній літературі під цифровими активами і технологіями пропонується розглядати криптовалюту, токени, технології розподілених реєстрів, смарт-контракти, в ширшому розумінні цифровий актив – будь-який цифровий файл, що зберігається на будь-якому носії, на який може бути поміщена інформація і з якого інформація може бути отримана або витягнута в майбутньому. Подібні об'єкти існують у вигляді криптографічного коду, який розкриває їх зміст; створюються, і звертаються за допомогою внесення записів в децентралізованих інформаційних системах (розподілених реєстрах) на основі технології блокчейн.

Цифровізація робить істотний вплив на розвиток права, перш за все, в області договірної регулювання. Застосування досягнень науково-технічного прогресу та інформаційних технологій стимулює розвиток договорів, які опосередковують використання нових складних об'єктів правовідносин, які є результатом розвитку технологій. Складність об'єктів правовідносин обумовлює і ускладнення договірної регулювання.

³⁰³ *Information and Communication Technology for Development*. Abingdon: Routledge.

³⁰⁴ Examining «Digital Development», Development Informatics Working Paper 64, University of Manchester, UK. URL: <http://www.gdi.manchester.ac.uk/research/publications/di/>

³⁰⁵ The Effects of Information and Communication Technology on Employment, Skills, and Earnings in Developing Countries. Background paper for the World Development Report 2016, Washington, DC.

Під впливом формування в Україні високотехнологічної економіки та її інтеграції в загальносвітові економічні моделі знаходиться система юридичних уявлень про підприємництво і відповідно, інститути господарського права. Перетворення даної правової галузі обумовлені в значній мірі «четвертої промисловою революцією», яка визначила розвиток квантових технологій, промислового інтернету, великих даних, штучного інтелекту, систем розподіленого реєстру, робототехніки, технологій бездротового зв'язку, а також виявила найбільш важливі області цифрової трансформації: майно і господарські системи різних рівнів.

Просування високотехнологічної економіки трансформує юридичну концепцію і зміст поняття «господарська діяльність» в напрямку інноваційного підприємництва. У сферу господарського права включаються такі інноваційні суб'єкти, як

- центри компетенцій в області цифрової економіки;
- центри обробки даних, технологічні (цифрові) платформи;
- партнерства наукових, освітніх організацій і бізнес-спільноти; відкрита громадська мережева платформа для управління результатами інтелектуальної діяльності.

У сферу регулювання господарського права залучаються також інтелектуальні системи, або промисловий інтернет, який виключає з ряду дій і операцій участь людини. Так, в механізм правового регулювання господарської діяльності з використанням інформаційно-комунікаційних технологій інтенсивно впроваджуються поняття і категорії інформаційного права: «інформаційна система», «інформаційно-телекомунікаційна мережа», «електронний документ», «електронний цифровий підпис», «єдина система ідентифікації і аутентифікації», «інформаційні ресурси» та «реєстри», «захист інформації», спочатку розроблені в законодавстві України про інформацію, інформаційні технології, захист інформації; про електронний підпис та інших інформаційних законах. Багато з названих конструкцій отримують подальший розвиток, в тому числі, в якості інститутів господарського права. Наприклад, Законом України від 15 березня 2003 року «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та

громадських формувань»³⁰⁶ передбачений єдиний державний реєстр юридичних осіб – єдина державна інформаційна система, що забезпечує збирання, накопичення, обробку, захист, облік та надання інформації про юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадські формування, що не мають статусу юридичної особи. Законом від 25 грудня 2015 року. «Про публічні закупівлі»³⁰⁷ визначена єдина інформаційна система у сфері закупівель, а також між учасниками передбачений автоматичний обмін інформацією та документами, підписаними електронним підписом.

Необхідно особливо вказати юридичні вимоги до суб'єктів господарювання щодо цифрової безпеки, або захисту інформації, які також стають нормами господарського права.

Так, Національним банком України встановлює обов'язкові для кредитних організацій вимоги до забезпечення захисту інформації при здійсненні банківської діяльності з метою протидії здійсненню переказів грошових коштів без згоди клієнта³⁰⁸.

Крім того, слід зазначити, що в господарських правовідносинах застосовуються принципи електронної взаємодії, сформульовані Комісією ООН з права міжнародної торгівлі (ЮНСІТРАЛ): технологічної нейтральності, в тому числі щодо економічних і системних моделей, функціональної еквівалентності; недискримінації при використанні електронних засобів³⁰⁹.

У зв'язку з цим завданням представників науки господарського права є розробка правового механізму, що забезпечує захист інтересів

³⁰⁶ Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань: Закон України від 15.03.2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text>

³⁰⁷ Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text>

³⁰⁸ Про затвердження Положення про здійснення банками фінансового моніторингу: Постанова правління від 19.05.2020 № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0065500-20#Text>; Про затвердження Положення про заходи захисту та визначення порядку здійснення окремих операцій в іноземній валюті: Постанова правління від 02.01.2019 № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005500-19#Text>

³⁰⁹ Типовой закон об электронной торговле Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли: Міжнародний документ від 16.12.1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_321#Text

сів власників електронних активів, а також вчинення юридичних дій, формування і виконання договірних зобов'язань з такими об'єктами.

5.2.1. Поняття цифрової економіки. Для того щоб мати уявлення про перспективи законодавчого регулювання економічних відносин в цифрах епохи, потрібно отримати чітке уявлення про те, що таке цифрова економіка, розуміти, які виклики і які небезпеки вона несе. Спробуємо охарактеризувати цифрову економіку і проблеми розвитку її законодавчого регулювання з позиції науки підприємницького права.

На сьогоднішній день в світі не існує єдиного розуміння такого явища, як «цифрова економіка», разом з тим в численних публікаціях наводиться безліч його тлумачень. З метою уникнення масштабування досліджуваного питання за основу розуміння «цифрової економіки» (з метою проведення порівняльно-правового аналізу у співвідношенні його з іншими суміжними категоріями) візьмемо нормативне визначення, закріплене в Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства на 2018-2020 рр. від 17 січня 2018 р.³¹⁰: це діяльність, в якій основними засобами (факторами) виробництва є цифрові (електронні, віртуальні) дані як числові, так і текстові.

На наш погляд, дане визначення цілком коректне, разом з тим воно не відображає характерні риси цифрової економіки, тим самим дозволяючи відокремити це поняття від суміжних понять що характеризують процес використання цифрових технологій в господарській діяльності, таких як «Нова економіка» (англ. new economy), «Е-економіка» (англ. e-economy), «Економіка мережі» (англ. network economy). Найчастіше ці терміни використовуються як синоніми для позначення нових феноменів в економіці, зумовлених формуванням глобальної інформаційної мережі, загальним поширенням персональних комп'ютерів, розробкою і постійним вдосконаленням програмного забезпечення, просуванням цифрових технологій, виробництвом нематеріальних

³¹⁰ Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації: Постанова Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80#Text>

продуктів і послуг інформаційно-комунікаційних компаній. Всі ці поняття нерозривно пов'язані з формуванням єдиного інформаційного простору – сукупності «... банків і баз даних, технологій їх супроводу та використання, інформаційних телекомунікаційних систем, що функціонують на основі загальних принципів і забезпечують інформаційну взаємодію організацій і громадян, а також задоволення їх інформаційних потреб»³¹¹.

Існуючий же перелік трактувань терміну «цифрова економіка», запропонованих з моменту публікації першої цитованої праці по цій темі⁸, серед сучасних науковців доволі великий. При цьому тільки деякі роботи пропонують точне визначення даного поняття; інші – замість цього представляють цифрову економіку як «складну структуру»³¹² або розглядають поняття скоріше як «образ дії, ніж концепцію»³¹³. Не зважаючи на те, що у ряді робіт наведені конкретні трактування, однак сучасні підходи в цілому являють собою спрощені варіанти визначення цифрової економіки як «економіки, заснованої на цифрових технологіях»³¹⁴.

Визначення того чи іншого поняття є відображенням часу і сучасних йому трендів, особливо в сфері технологій. Ранні трактування³¹⁵ ставили на чільне місце інтернет-технології, що стали свого роду технологічним мейнстрімом 1990-х років, принаймні у країнах глобальної

³¹¹ Kogan Y. Long Wave of Economic Growth. *Futures*. 1998. October. P. 536.

³¹² Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy. Brussels: European Parliament. URL: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU\(2015\)542235_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/542235/IPOL_STU(2015)542235_EN.pdf)

³¹³ Elmasry T. et al. (2016) Digital Middle East: Transforming the Region into a Leading Digital Economy. New York: McKinsey & Company. URL: <http://www.mckinsey.com/global-themes/middle-east-and-africa/digital-middle-east-transforming-the-region-into-a-leading-digital-economy>

³¹⁴ Expert Group on Taxation of the Digital Economy. Brussels: European Commission. URL: http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/general_issues.pdf

³¹⁵ Tapscott D. (1996) *The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*. New York, NY: McGraw-Hill; Lane N. (1999) Advancing the digital economy into the 21st century. *Information Systems Frontiers*, vol. 1, no 3, pp. 317–320; Mesenbourg T.L. (2001) Measuring the Digital Economy, US Bureau of the Census, Suitland. URL: <https://www.census.gov/content/dam/Census/library/working-papers/2001/econ/umdigital.pdf>

Півночі. Автори більш пізніх визначень звертають увагу на розвиток мобільних і бездротових мереж³¹⁶, а також хмарних технологій і технологій роботи з великими даними³¹⁷, або ж звертаються до більш загального поняття «цифрові технології», відповідно до згаданих раніше простих визначень.

Сутність визначень також знаходиться під впливом специфіки конкретного історичного періоду. Перші визначення будувалися на протиставленні більш раннім концепціям, таким як «інформаційна економіка» і пов'язане з ним більш широке поняття «інформаційне суспільство». Дон Тапскотт³¹⁸, наприклад, заявляв, що цифрова економіка охоплює два типи економічної активності. Перший тип – інформаційний – має на увазі виконання базових завдань, таких як завантаження статичної інформації на мережеві ресурси; другий тип, пов'язаний з комунікаціями, включає види діяльності, які стали доступними завдяки Інтернету.

Ерік Брайнджолфсон і Брайан Кахін³¹⁹ заявляли, що «термін» інформаційна економіка «набув значення широкого, довгострокового тренда подальшої експансії активів, заснованих на інформації та знаннях, а також вартості, пов'язаної з реальними активами і продуктами, асоційованими з сільським господарством, гірничодобувною галуззю і обробною промисловістю». Термін «цифрова економіка» відноситься виключно до того, що відбувається зараз і ще незавершеної трансформації всіх секторів економіки завдяки цифровізації інформації за допомогою комп'ютерних технологій». У такий спосіб автори прагнули продемонструвати, що відбувається щось, що виходить за рамки попередніх концепцій.

³¹⁶ Advancing Australia as a Digital Economy: An Update to the National Digital Economy Strategy. Canberra: Department of Broadband, Communications and the Digital Economy. URL: <http://apo.org.au/node/34523>

³¹⁷ Digital Economy Development and Cooperation Initiative. URL: <http://www.g20.utoronto.ca/2016/g20-digital-economy-development-and-cooperation.pdf>

³¹⁸ Tapscott D. (1996) *The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*. New York, NY: McGraw-Hill.

³¹⁹ Brynjolfsson E., Kahin B. (2000b) Introduction. *Understanding the Digital Economy* (E. Brynjolfsson, B. Kahin (eds)). Cambridge: MIT Press, pp. 1–10.

Разом з тим можливості Інтернету в здійсненні торгових операцій також бралися до уваги і тим самим увійшли у визначення цифрової економіки. Ділова активність, заснована на ІТ-технологіях, була згадана як компонент цифрової економіки в доповіді Міністерства торгівлі США «The Emerging Digital Economy»³²⁰. У 2000 р. у збірнику «Understanding the Digital Economy»³²¹ ця тенденція проявилася ще більш чітко – і редактори, і співавтори³²² віднесли електронну торгівлю до цифрової економіки; це був період так званого «міхура доткомів».

Крім того, згадані визначення зафіксували першу появу двох найважливіших складових визначень цифрової економіки. Перше з них – диференціація компонентів. Наприклад, Роб Клінг і Роберта Лемб³²³ в своїй роботі, заснованій на публікації Лінн Маргхеріо³²⁴, виділили чотири основні складові цифрової економіки:

1. Цифрові продукти і послуги. В даний компонент входять продукти, поставляються за допомогою цифрових технологій, а також типи послуг, в основному поставляються у цифровому вигляді (тобто інформаційні сервіси в режимі онлайн, продаж програмного забезпечення, електронна освіта та ін.).

2. Змішані цифрові продукти і послуги: роздрібний продаж реальних товарів (наприклад, книг, квітів, номерів у готелях, а також супутнім продаж і маркетинг).

3. Послуги або виробництво товарів, що залежать від ІТ. Ця група включає послуги, надання яких знаходиться в критичній залежності від інформаційних технологій (наприклад, бухгалтерські послуги або

³²⁰ The Emerging Digital Economy. Washington, DC: Department of Commerce. URL: http://www.esa.doc.gov/sites/default/files/emergingdig_0.pdf

³²¹ *Understanding the Digital Economy: Data, Tools, and Research* (E. Brynjolfsson, B. Kahin (eds)). Cambridge: MIT Press.

³²² E. Brynjolfsson, B. Kahin (eds) Introduction. *Understanding the Digital Economy*. Cambridge: MIT Press, pp. 1–10.

³²³ Kling R., Lamb R. (2000) IT and Organizational Change in Digital Economies. In E. Brynjolfsson, B. Kahin (eds). *Understanding the Digital Economy* Cambridge: MIT Press, MA, pp. 295–324.

³²⁴ Margherio L. et al. (1999) *The Emerging Digital Economy*. Washington, DC: Department of Commerce. URL: http://www.esa.doc.gov/sites/default/files/emergingdig_0.pdf

складні технічні проекти), виробництво реальних товарів, в процесі якого вирішальне значення має застосування інформаційних технологій (такі категорії товарів, для яких необхідна високоточна механічна обробка з застосуванням числового програмного керування, або хімічні заводи під керуванням комп'ютерів).

4. Сегмент ІТ-індустрії, який обслуговує три розглянутих сегмента цифрової економіки. Тут розглядаються продукти і послуги ІТ-сектора, які в основному призначені для обслуговування трьох вищезгаданих компонентів цифрової економіки. Сюди включаються виробники мережевого обладнання та персональних комп'ютерів, а також фірми, що займаються ІТ-консалтингом (деякі аналітики застосовують щодо ІТ-галузі більш великі поняття і включають в даний список комунікаційне обладнання, в тому числі теле- радіомовлення, і комунікаційні послуги).

Виходячи із наведеного вище, можемо констатувати, що подібна диференціація – свого роду визнання того, що продукція на основі ІКТ та супутні послуги є компонентами цифрової економіки.

Друге нововведення – непряме визнання хиткості кордонів цифрової економіки. Використовуючи слова «значно», «істотно», «інтенсивно», «грубо кажучи», а також «критично», Клинг і Лемб³²⁵ апелюють до суб'єктивності сприйняття даного поняття і показують, що не існує межі, яка дозволила б чітко віднести ті чи інші види економічної активності до «цифрової економіки».

Схожим чином Томас Л. Мезенбург³²⁶ розділяє цифрову економіку на продукцію ІКТ-інфраструктури і використання ІКТ для здійснення економічних процесів. Однак в більш пізніх роботах автор вирішує розглянути явище за рамками електронної торгівлі і також включає в свою класифікацію використання ІКТ для здійснення ділової активності. Поряд з тезами Клинга і Лемба цей поділ став свого роду прототипом наступних більш об'ємних визначень, які відносять до цифрової економіки в принципі будь-які види діяльності, засновані на цифрових

³²⁵ Kling R., Lamb R. (2000) IT and Organizational Change in Digital Economies... pp. 295 – 324.

³²⁶ Mesenbourg T.L. (2001) Measuring the Digital Economy, US Bureau of the Census, Suitland. URL: <https://www.census.gov/content/dam/Census/library/working-papers/2001/econ/umdigital.pdf>

технологіях, – до таких належать прості визначення, розглянуті на початку поділ цифрової економіки на продукцію ІКТ-інфраструктури і використання ІКТ для здійснення економічних процесів. і ряд інших^{327,328}.

Автори більш пізніх і широким визначень зіткнулися з проблемою, яка виникає через велику кількість типів господарської діяльності, для провадження яких використовують цифрові технології. Шукаючи шляхи подолання цього гігантизму деякі автори взяли приклад Клинга Лемб³²⁹ і Мезенбурга³³⁰, розділивши велике поле цифрової економіки на підгрупи. Аналітики Cognizant, навпаки, прагнуть розділяти типи діяльності, просто використовують цифрові технології і ті, для яких цифрові технології є основою основ³³¹. Проте, як і раніше, розділова лінія залишається умовною.

Також висловлювалася думка, що «цифрова» (електронна) економіка – це економіка, яка існує в умовах гібридного світу (нової реальності, в якій світі реальний і віртуальний нерозривно пов'язані і всі необхідні для реального світу дії можна зробити через віртуальний світ). Характерною особливістю цієї економіки є максимальне задоволення потреб усіх її учасників за рахунок використання інформації³³².

Можливо, зніціює певні сумніви твердження про те, що задоволення потреб здійснюється саме за рахунок використання інформації. Насправді суть цифрових технологій зводиться до можливостей об-

³²⁷ Digital Economy Development and Cooperation Initiative. URL: <http://www.g20.utoronto.ca/2016/g20-digital-economy-development-and-cooperation.pdf>

³²⁸ Advancing Australia as a Digital Economy: An Update to the National Digital Economy Strategy. Canberra: Department of Broadband, Communications and the Digital Economy. Available at: <http://apo.org.au/node/34523>

³²⁹ Kling R., Lamb R. (2000) IT and Organizational Change in Digital Economies... pp. 295 – 324.

³³⁰ Mesenbourg T.L. (2001) Measuring the Digital Economy, US Bureau of the Census, Suitland. URL: <https://www.census.gov/content/dam/Census/library/working-papers/2001/econ/umdigital.pdf>

³³¹ Bahl M. (2016) The Work Ahead: The Future of Businesses and Jobs in Asia Pacific's Digital Economy. *Cognizant*. URL: <https://www.cognizant.com/whitepapers/the-work-ahead-the-future-of-business-and-jobs-in-asia-pacifics-digital-economy-codex2255.pdf> Asen R., Blechschmidt B. (2016) Making digital, Real and Rewarding. *Cognizant*, vol. 9, no 1, pp. 2 – 13. URL: <https://www.cognizant.com/whitepapers/being-digital-making-digital-real-and-rewarding-cognizanti12-codex2094.pdf>

³³² А. В. Кешелав (ред.) Введение в «цифровую» экономику. Москва: ВНИИ геосистем, 2017.

робки, організації та використання величезної кількості інформації. Просто з'явилися в електронну епоху нові носії дозволяють накопичити знання в обсягах, неможливих для людського мозку при звичайних умовах.

Звичайно, інформація завжди мала значення для розвитку економіки і для бізнесу – секрети торгівлі, виробництва, вміння обробки матеріалів. Але ця інформація ніколи не мала вирішального значення і завжди вкладалася в поняття «людський фактор». У цифрову епоху інформація вже не з'єднана нерозривно з людиною-носієм.

Можна стверджувати, що цифрова економіка являє собою сукупність суспільних відносин, що складаються в системі виробництва, розподілу, обміну та споживання, взаємодія суб'єктів яких засноване на використанні інформації.

Під терміном «цифрова економіка» розуміються різні явища. Дуже часто навіть в державах – лідерах «цифровізації» під цифровий економікою розуміють введення нових форм платежів і комунікацій.

По суті, це проста оцифровка існуючих економічних відносин. така діяльність важлива, корисна, але вона не призводить до появи нових форм управління і концептуально новим економічним відносинам. Саме розробку нових форм управління, формування економічних відносин, заснованих на з'єднанні реального та віртуального світу, якісна зміна суспільних відносин можна вважати побудовою цифрової економіки. До теперішнього часу склалися дві основні стратегії цифровізації – ринкова і планова.

Основою цифрової економіки є ІТ-сектор, однак він не створює межі цифрової економіки, яка також охоплює деякі нові цифрові бізнес-моделі. Запропоноване нами визначення відрізняється від інших тим, що ми розглядаємо процес розширення сфери застосування цифрових технологій в економіці окремо від власне «цифровий» економіки і включаємо його в рамки ширшої «Цифровізованої» економіки. Таким чином, в остаточному вигляді наше визначення цифрової економіки виглядає так: частина загального обсягу виробництва, яка цілком або в основному проведена на базі цифрових технологій фірмами, бізнес-модель яких ґрунтується на цифрових продуктах або послугах.

Зрозуміло, ці стратегії ніде не існують в чистому вигляді, методи впливу перетинаються і взаємодіють, але все ж загальна спрямованість впливу в конкретній країні зводиться або до розвитку цифровізації природним шляхом, з переважанням диспозитивного регулювання, або до побудови цифрової економіки під патронажем держави. Два абсолютних світових лідера процесу цифровізації обрали різні стратегії: США декларують ринковий розвиток, Китай орієнтований на державне регулювання. Яку стратегію обрати Україні? Ми тут підходимо до глобального питання про перспективи й тенденції розвитку національного законодавства, в тому числі господарського, яке останнім часом завжди піднімається дослідниками.

На наш погляд, більш правильно діяти за китайським зразком, допускаючи, де це можливо, ринкові механізми. В Україні висока ступінь монополізації ринків, велика частина ВВП створюється організаціями зі значною часткою державної участі, у нас немає технологічного та економічного переваги перед іншими країнами. Тому нам навряд чи можна розраховувати на еволюційне розвиток цифровізації під впливом конкурентного ринку, держава змушена направляти, підтримувати і стимулювати її розвиток.

Існує досить багато цифрових технологій, які в перспективі будуть надавати все більший вплив на життя людини і, відповідно, позначатися на розвитку законодавства. Перш за все це когнітивні технології, хмарні технології, інтернет речей, великі дані і цифрові гроші.

Когнітивні технології (Cognitive Technologies) здатні обробляти інформацію в неструктурованому вигляді. Обробка йде при обліку безлічі чинників, комп'ютер здатний до самонавчання. Якщо звичайна пошукова система при запиті в Інтернеті видає мільйони посилань, то використання когнітивних процесів дозволить отримати конкретну відповідь на поставлене запитання.

Хмарні технології вже широко використовуються, представляючи собою систему мережевого доступу до загального обсягу інформації, що знаходиться у віддаленому доступі.

Інтернет речей (*Internet of Things*) та промисловий Інтернет речей (*Industrial Internet of Things*) – два великих напрямки, які припускають

оснащеність датчиками і підключення до Інтернету всіх важливих для життя або для виробництва речей і обладнання. Управління та контроль над процесами відбувається в реальному часі.

Великі дані (*Big Data*) – сукупна назва інструментів і методів для обробки результатів. Величезний обсяг інформації з постійно зростаючого числа джерел буде систематизовано і оброблений таким чином, що користувач оброблених даних отримає якісно нову інформацію про явище.

Цифрові (електронні) гроші – вже реальність нашого часу. Різновидом електронних грошей є криптовалюта, створення і обіг якої пов'язаний із застосуванням криптографічних методів. Технологія блокчейн (*Block Chain*, ланцюжок блоків транзакцій) була створена саме для першої криптовалюти – біткоїнів, яка зараз вже має самостійне застосування. Віртуальні гроші можуть не відноситись до криптовалюти і не використовувати технологію блокчейн (*QIWI, WebMoney*). Незважаючи на негативне ставлення багатьох урядів до електронних грошей, судячи з усього, в майбутньому саме цифрові валюти будуть основними засобами платежу. Криптовалюту неможливо сфальсифікувати і вкрасти. Мінус – немає єдиного емісійного центру, тобто немає класичного забезпечення валюти емітентом.

Технологія блокчейн в майбутньому повинна стати однією з найбільш затребуваних у господарських відносинах, як вертикальних, так і горизонтальних. Блокчейн заснований на тому, що дані багаторазово продубльовані і зберігаються в розподіленій мережі, їх спотворення практично неможливо: кожен запис містить історію змін. Наразі така технологія починає застосовуватися при фіксації авторських прав, в страховій справі, при краудфандінгу.

Тенденція вітчизняного законодавства останніх років – реєстрація. Саме блокчейн здатний якісно змінити ведення багатьох реєстрів – ЄДРПОУ, реєстру нерухомого майна³³³ і т.д. Причому в майбутньому цілком можливе створення комерційних аналогів державних

³³³ Павло Петренко: Мініюст допрацьовує можливість переведення реєстру нерухомого майна на блокчейн. <https://www.kmu.gov.ua/news/pavlo-petrenko-minyust-dopracovuye-mozhlyvist-perevedennya-reyestru-neruhomogo-majna-na-blokchejn>

реєстрів, зрощування їх з довідковими правовими системами. Розвиток останніх на основі когнітивних технологій призведе до створення повноцінних роботів-юристів.

Рішення (в держуправлінні, бізнесі) будуть прийматися на основі величезних обсягів інформації. Дані з міських відеокамер, інформація про активність в соціальних мережах, покупки через онлайн-каси – вся інформація збирається і використовується. Головна юридична проблема тут – дотримання прав людини, захист персональних даних.

З іншого боку, цифровізація призведе до прозорості відносин, багато аспектів економічного життя будуть відкриті як для суспільства, так і для контролюючих органів. Уже зараз застосування онлайн-кас призводить практично до повного контролю операцій.

Правда, є ще одна важлива проблема – захист даних в Мережі. Але доступність інформації – в цілому позитивне явище. Інформація в максимально доступному вигляді буде і про суб'єктів, і про об'єкти господарських відносин. Характеристика (цифрова) окремого товару може бути досить докладною – аж до його молекулярного складу. Це, з одного боку, полегшує оцінку, а з іншого – дозволяє підняти питання про взаємозамінність товарів

Зміна принципів взаємодії сторін договору призведе до збільшення числа потенційних контрагентів, до зручності комунікацій суб'єктів підприємництва. З'явиться можливість для багатьох підприємців укласти договори з найбільш популярними на ринку фірмами, внаслідок чого можуть з'явитися «репутаційні» монополісти (або особи, що займають домінуюче становище).

У цифрову епоху принципово зміниться і взаємодія покупця і продавця, класичні конструкції купівлі-продажу можуть як мінімум відійти на другий план. Уже зараз виробництво деяких товарів можна замовити за своїми зразками дистанційно. В майбутньому ця практика повинна поширюватися, в результаті ми отримаємо договірну конструкцію, коли колишній «продавець» надає послугу з виробництва деякого об'єкта за технічними параметрами контрагента на своїх виробничих потужностях. Відповідно зміниться і звичне розподіл прав, обов'язків і відповідальності сторін договору.

Взагалі, цифровий господарський обіг буде відрізнятися докладною фіксацією даних про суб'єктів і про об'єкти господарських відносин. Не виключено, що для цілей реклами, державного контролю і т.п. в майбутньому в ланцюжку «виробництво — розподіл — обмін» з'явиться ще одне регламентоване нормами права ланка — «споживання».

Також швидше за все цифровізація (перш за все технологій блокчейн) дозволить приймання товару (фіксацію виконання договору) зробити частиною електронного господарського договору.

5.2.2. Договірні відносини та *smart-contract*. Істотні зміни відбуваються в частини форми встановлення договірних правовідносин. Для укладення договорів сторони все частіше використовують інформаційні (комп'ютерні) технології, іменовані також електронними (*Electronic*) або в більш вузькому (технологічному) сенсі — цифровими (*digital*). В цьому випадку навряд слід говорити про які-небудь революційні зміни, мова йде скоріше про розвиток розуміння письмової форми угод, при укладанні договору можливе використання спеціальних програмних алгоритмів (нерідко іменовані роботами), які забезпечують автоматичну пропозицію (оферту) або прийняття пропозиції (акцепт) при виникненні певних зовнішніх обставин (наприклад, зміна ціни на ринку на будь-якої товар).

Звісно ж, що технологічне вдосконалення порядку укладення договорів вимагає від держави встановлення механізмів для реалізації свободи договору з тим, щоб забезпечити захист сторонам договору

В сучасних технологічних умовах все більшого поширення набуває практика укладення договорів за допомогою відправки електронних повідомлень. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» електронним документом, тобто документом, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа. Поняття електронного договору міститься у Законі України «Про електронну комерцію»³³⁴. Згідно з ч. 2 ст. 639 ЦК, договір, укладений за допомогою

³³⁴ Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015 р. № 675-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text>

інформаційно-телекомунікаційних систем за згодою обох сторін вважається укладеним в письмовій формі. Якщо взяти до уваги положення ч. 1 ст. 181 ГК очевидно, господарський договір, як правило, існує у вигляді єдиного документа, підписаного сторонами.

Однак, допустимо укладення господарських договорів у спрощеній формі шляхом обміну листами, факсограмами, телеграмами, телефонограмами та іншими засобами електронної комунікації, а також шляхом підтвердження прийняття до виконання замовлення, якщо законом не встановлено спеціальні норми до форми та порядку укладення даного виду договорів.

Отже, договір, укладений в електронній формі, вважається таким, що укладений у письмовому вигляді (ст. 205, 207 ЦК). Такий договір має бути підписаний його сторонами, за умови використання засобу електронного цифрового підпису усіма сторонами електронного правочину.

Види електронного підпису передбачені в Законі «Про електронні довірчі послуги»³³⁵ (Закону про ЕДП). закон розрізняє

- простий електронний підпис та печатка — низький рівень довіри;
- удосконалений електронний підпис та печатка — середній рівень довіри;
- кваліфікований електронний підпис та печатка — високий рівень довіри.

Саме та лише кваліфікований електронний підпис (тобто, підпис з високим рівнем довіри) прирівнюється до власноручного (частина 4 статті 18 Закону про ЕДП).

Тут слід приділити увагу термінам «особистий ключ» і «сертифікат». Криптографічний захист електронних підписів заснований, як правило, на шифруванні, яке передбачає використання пари «відкритий ключ — особистий ключ». Відкритий ключ доступний для кореспондентів і для підписувача, а особистий ключ має перебувати тільки в підписувача (ця асиметрія між ключами, до речі, і лежить в основі терміна «аси-

³³⁵ Про електронні довірчі послуги: Закон України від 05.10.2017 № 2155-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19#n534>

метричне криптографічне перетворення», що зустрічається в Законі). При цьому пара цих ключів створюється таким чином, що присвоїти документу електронний підпис можна тільки за допомогою особистого ключа, але перевірити підпис можна за допомогою відкритого ключа, що відповідає особистому ключу. Кореспондент, отримавши документ з удосконаленим електронним підписом, може, у загальному випадку, покладатися на те, що це присвоєння було зроблено власником особистого ключа. Крім того, під час створення підпису відбувається співвіднесення даних про документ і даних, що містяться в самому підписі, таким чином, що якщо після підписання змінити в документі що-небудь, то він перестане відповідати підпису й кореспондент має змогу це виявити.

Щоб мінімізувати цей ризик, у схему вводиться ще один елемент: третя сторона, яка перевіряє особу підписувача й, упевнившись, що дані відкритого ключа відповідають особистим даним підписувача, видає сертифікат — спеціальний набір даних, асоційований із відкритим ключем, що засвідчується. Тепер кореспондент, одержавши підписаний документ, який пов'язаний не тільки з відкритим ключем, а і з сертифікатом, може покладатися й на те, що особа, яка застосувала електронний підпис, є тим, чий це підпис. При цьому якщо згадана третя сторона — засвідчувач внесена до спеціального Довірчого списку, то сертифікат, що видається нею, є кваліфікованим сертифікатом, і сама вона має статус кваліфікованого надавача електронних довірчих послуг. Слід звернути увагу, що Закон спеціально наголошує на ідентифікації — її проведення обов'язкове, якщо відповідна послуга є кваліфікованою.

Таким чином, більш наочно, ніж за допомогою формальних визначень, хоча і більш спрощено, класи електронних підписів можна описати таким чином. Електронний підпис — це будь-яка електронна форма даних, що використовується підписувачем як підпис, не обов'язково захищений. Приклад такого підпису — скан-зображення власноручного підпису, яке прикладається до текстового файлу й конвертується, скажімо, у формат pdf. Удосконалений електронний підпис — це підпис, сформований з використанням засобів криптографії, але при цьому не

обов'язково з використанням сертифіката, а якщо й з використанням, то не обов'язково, щоб сертифікат був кваліфікованим. Прикладом існуючого протоколу, який, приблизно, можна вважати таким, що підпадає під критерій удосконаленого підпису, є рішення, засновані на стандарті OpenPGP. Кваліфікований електронний підпис — має бути заснований на криптографії, і відкритий ключ має бути підтверджений сертифікатом, і сам сертифікат повинен бути кваліфікованим. Сьогоднішнім близьким аналогом кваліфікованого підпису є, мабуть, реалізації цифрового електронного підпису на підставі чинного Закону про ЕЦП.

Крім електронного підпису, Закон про ЕДП запроваджує поняття й електронної печатки. Електронна печатка також може бути удосконаленою та кваліфікованою — критерії цих класів аналогічні відповідним критеріям класів підписів. Відмінність полягає в тому, що електронним підписом може користуватися як юридична, так і фізична особа, а електронною печаткою — тільки юридична. У функціональному ж змісті суттєвої різниці між електронним підписом і електронною печаткою немає.

Слід зробити застереження, що Закон про ЕДП передбачає встановлення вимог, яким повинні відповідати засоби електронної ідентифікації та засоби кваліфікованого підпису та печатки; установлення цих вимог доручено Кабміну. При цьому Закон установлює принцип технологічної нейтральності — тобто невтручання держорганів у процес розробки обладнання та програм для криптографічного захисту, який не перешкоджатиме досягненню інтероперабельності між ними³³⁶.

Угоди сторін, що допускають в подальшому використання простий або некваліфікованої підпису, повинні передбачати порядок перевірки електронного підпису, а згідно п. 2 ст. 9 Закону про електронний підпис повинні містити «правила визначення особи, підписувача елек-

³³⁶ Костенко Р. Електронні підписи та новий закон. URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA011023#:~:text=%D0%95%D0%BB%D0%B5%D0%BA%D1%82%D1%80%D0%BE%D0%BD%D0%B8%D0%B9%20%D0%BF%D1%96%D0%B4%D0%BF%D0%B8%D1%81%20%E2%80%93%D1%86%D0%B5%20%D0%B1%D1%83%D0%B4%D1%8C%2D%D1%8F%D0%BA%D0%B0,%2C%20%D1%81%D0%BA%D0%B0%D0%B6%D1%96%D0%BC%D0%BE%2C%20%D1%83%20%D1%84%D0%BE%D1%80%D0%BC%D0%B0%D1%82%20pdf.

тронного документа, за його простий електронного підпису », а також « обов'язок особи, що створює і (або) використовує ключ простий електронного підпису, дотримуватися його конфіденційності ».

Виходячи із викладеного вище логічним постає питання: чи можна електронні договори прирівнювати до smart-контрактів?

Вчені по-різному розглядають дефініцію «smart-контракт». Так, smart-контракт — це «програмний код, керуючий певним активом»³³⁷. Кваліфікація відносин, опосередковуваних smart-контрактом, неможлива без розуміння активу, використовуваного в цьому smart-контракті»³³⁸; «Договір, що існує у формі програмного коду, що повинен бути імплементований на платформі блокчейна, і забезпечувати автономність і самоісповніть умов договору після настання заздалегідь визначених в ньому обставин»³³⁹.

Виходячи із наведених вище визначень, виділимо характерні риси smart-контракту:

- має електронну форму,
- умови договору викладені на одній з мов програмування і реалізуються за допомогою використання технології блокчейн,
- є договором приєднання,
- це умовна угода,
- виконання договору бере на себе комп'ютер,
- відносини сторін регулюються програмним кодом.

У зв'язку з цим, основним елементом smart-контракту є цифровий підпис, який підтверджує волю сторін, що уклали таку угоду. Після укладення smart-контракту він перетворюється в алгоритм і створюється токен («електронний жетон») розумного договору.

У зв'язку з цим, це скоріше спосіб вчинення угоди за допомогою електронних та інших технічних засобів, а не окремий вид господарського договору.

³³⁷ Рожкова М.А. и др. Право в сфере Интернета. М.: Статут, 2018. 528 с

³³⁸ Corbet S. et al. (2018) Cryptocurrencies as a financial asset: a systematic analysis. *International Review of Financial Analysis*, no 9, pp. 182–199.

³³⁹ Savelyev A. (2017) Contract Law 2.0: «Smart» contracts as the beginning of the end of classic contract law. *Information & Communications Technology Law*, no 4, pp. 116–134.

На закінчення слід зазначити, що комерційна діяльність в Україні — це будь-яка економічна діяльність, здійснювана на комерційній основі шляхом реалізації товарів, робіт, послуг і майнових прав. Ефективність законодавства в даній сфері набуває важливого значення, враховуючи, що діяльність підприємців регулює досить широке коло нормативно-правових актів з питань підприємницької діяльності: напрями, форми і способи її здійснення, державні і правові гарантії підприємницької діяльності, порядок охорони і захисту суб'єктів і змісту підприємництва, контроль і нагляд за його здійсненням і багато інших питань. В цілому можна сказати, що на сучасному етапі склалася правова основа такої діяльності.

Слід зазначити, що державою вживаються заходи для розвитку різних форм комерційної діяльності. Малий і середній бізнес займає значне місце в цьому процесі. Гідність малого і середнього підприємництва проявляється в розвитку і формуванні системи нормативного правового забезпечення; прийняття державних програмних документів, що є інструментом державного регулювання економіки, що забезпечує досягнення перспективних цілей; створення спеціальних інститутів розвитку. Необхідно відзначити, що цифровізація істотно змінює способи ведення бізнесу і отримання прибутку. Однак існують і проблеми, пов'язані з розподілом відповідальності за недобросовісності дії, тому що застосування цифрових активів, осмислення поняття як віртуальної речі є фундаментальна проблема правової науки.

У зв'язку з цим, питання формування та подальшого розвитку господарських відносин в Україні пов'язані безпосередньо зі становленням законодавства в цій сфері і ставлять малий і середній бізнес в привілейоване становище, що захищають її інтереси перед великим бізнесом і перед адміністративним свавіллям державних органів. При цьому повинно бути реалізовано в умовах цифрової економіки і основне завдання держави щодо забезпечення свободи економічної діяльності, збалансованості інтересів всіх учасників, захисту їх прав та інтересів.

Основне завдання в сфері правового регулювання комерційної діяльності — визначення балансу таким чином, щоб нормативні обме-

ження права на підприємницьку діяльність не приводили до його применшення, наявності перешкод, подолання яких неможливо або недоцільно, тобто до зловживання правом з боку держави. Але в той же час не можна допустити подібних зловживань з боку суб'єктів господарювання, оскільки відсутність правового регулювання неминує призведе до масових порушень прав громадян, загрозі життя і здоров'я населення та інших несприятливих наслідків, а в кінцевому рахунку не дозволить якісно і ефективно розвивати право на свободу бізнесу в Україні.

5.3. Доктрина заборони суперечливої поведінки як засіб виявлення недобросовісності

(Олександр Поліводський)

Протягом років незалежності України правова теорія, законодавство, правозастосування та судова практика зокрема активно збагачувалися новим досвідом, у тому числі тим, які накопичили інші країни, міжнародна практика та сучасна юридична думка. Деякі правові концепції та ідеї, що раніше майже не застосовувалися або застосовувалися обмежено, набули нового звучання для правової системи України.

У сфері приватного права однією з таких є доктрина заборони суперечливої поведінки (лат.: «*Non concedit venire contra factum proprium*» або «*Venire contra factum proprium*»), яку німецький професор Ервін Різлер (*Erwin Riezler*) пропонує зробити базовим принципом сучасного приватного права.

Для України іноземний та міжнародний досвід її використання є корисним не тільки з суто пізнавальної та наукової точки зору, але також з метою вирішення практичних проблем правозастосування. У практиці України ця доктрина почала згадуватися зовсім недавно, у законодавстві наразі не міститься, однак неодноразово вживається у позиціях суду, який обґрунтував свої рішення за її допомогою по конкретних справах.

Разом з тим, доктрина заборони суперечливої поведінки є окремим проявом, видом, еманациєю принципу добросовісності, відтак по-

няття та зміст принципу добросовісності варто навести для розуміння порушеної теми.

5.3.1. Принцип добросовісності та його зміст. Дискусії щодо терміну «добросовісність» серед юристів тривають з часів римського права. Не заглиблюючись в усі аспекти цих наукових диспутів, нагадаємо концепцію «*bona fide*», яка означає чесність і довіру до чужої чесності, вірність слову, моральний обов'язок виконувати свої зобов'язання.

Безсумнівним є те, що принцип добросовісності відноситься до м'якого права, має не тільки юридичний, але також моральний, етичний і навіть філософський, тобто світоглядний аспект. Застосування такого підходу зумовлене необхідністю в додатковій аргументації, у розсуді, у міркуваннях та доводах, якими слід обґрунтовувати правозастосування, в дотриманні ціннісних орієнтирів. Крім того, правозастосування має враховувати правосвідомість, що склалася на цей історичний момент. Вочевидь, самих лише писаних норм не достатньо для того, щоб належно застосовувати законодавство.

Застосування будь-якої доктрини має певні вади, оскільки вимагає ретельнішого підходу, аргументації та глибшого знання та розуміння права. Разом з тим, такий недолік можна обернути на перевагу: слід використовувати гнучкість, яку він надає, для вирішення спірних питань.

Законодавець України закріплює принцип добросовісності у п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК, де йдеться про загальні засади цивільного законодавства, а у ч. 5 ст. 12 ЦК встановлює презумпцію добросовісності. Згідно з ч. 3 ст. 509 ЦК зобов'язання має ґрунтуватися зокрема на засадах добросовісності. У ч. 1 ст. 627 ЦК зазначається, що сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог законодавства та звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Законодавство про економічну конкуренцію та боротьбу з недобросовісною конкуренцією містить деталізовану регламентацію протилежного добросовісності у економічній сфері — «недобросовісна економічна конкуренція», однак ним охоплюється не весь обсяг цивільно-правових відносин.

Норми цивільного законодавства України не містять положень з описом змісту цього принципу, однак певні підходи напрацювала судова практика. Так, у постанові Верховного Суду по справі № 390/34/17 від 10 квітня 2019 міститься визначення³⁴⁰ добросовісності: «Добросовісність (п. 6 ст. 3 ЦК України) — це певний стандарт поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідного правовідношення».

Дуже подібно до України, законодавство інших країн також не деталізує поняття добросовісності у законодавстві, віддаючи це не розсуд суду та осіб, які застосовують право щодо конкретної ситуації. Так, параграф 242 Німецького цивільного законника містить загальні норми, відповідно до яких боржник зобов'язаний виконати зобов'язання добросовісно, з урахуванням звичаїв цивільного обороту. У тексті Французького цивільного кодексу вказується на добросовісність (*bonne foi*): у п. 4 ст. 1134 зазначається про те, що «угоди повинні бути виконані сумлінно», а у ст. 1135 про те, що «угоди зобов'язують не тільки до того, що в них виражено, але і до всіх наслідків, які справедливість, звичай або закон пов'язують із цим зобов'язанням, відповідно до його природи». Законодавство США у § 1-304 Єдиного комерційного кодексу передбачає обов'язок добросовісності при його виконанні або дотриманні.

На противагу цьому, законодавство іншої країни англо-американської системи права — Сполученого королівства — не містить зазначень про добросовісність, крім окремих видів договорів: страхових та фудичіарних.

Згідно п. 1-1:103 DCFR (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference*) пропонується термін «*good faith and fair dealing*», який можна перекласти як «належна довіра та чесне ведення справ», визначається як «стандарт поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю, та з врахуванням інтересів іншої сторони».

³⁴⁰ Доволі сумнівний підхід ВС, оскільки дати якогось всеосяжного визначення поняття добросовісності нереально і є малодосяжною перспективою, а Суду доречніше сконцентруватися на визначенні певних параметрів добросовісності у світлі фактичних обставин справи, що випливає із юридичного силогізму як основи юридичної аргументації судових рішень — прим. ред.

Принципи УНІДРУА у статті 1.7. «Добросовісність та чесна ділова практика» зазначають, що кожна сторона зобов'язана діяти відповідно до прийнятих у практиці міжнародної торгівлі добросовісності та чесної ділової практики, сторони не вправі виключити або обмежити такий обов'язок.

З принципом добросовісності кореспондується підхід «*Duty of Care*» («обов'язок піклуватися»), що набув розвитку у англо-американській системі права та формалізувався у справах, що мали місце у Сполученому Королівстві *Winterbottom v. Wright* (1842), *Donoghue v. Stevenson* (1932), у США *MacPherson v. Buick Motor Co.* (1916) де суди виходили з того, що виробник та продавець продукції зобов'язані турбуватися про споживача, щоб той не зазнав шкоди від придбаної продукції. У подальшому суд Сполученого королівства у справі *Caparo Industries plc v. Dickman* (1990) запровадив межі такого обов'язку.

Досвід наведених судових рішень став обґрунтуванням для прийняття Францією закону «Про обов'язок пильності компаній» у 2017 р., який зобов'язує компанії бути пильними у відносинах з клієнтами з метою недопущення заподіяння їм шкоди.

Директива ЄС № 85/374/ЕЕС «Про відповідальність за дефектну продукцію» (1995) пропонує запровадити відповідальність за продукцію, яка заподіяла шкоду особі, якщо виробник чи продавець не вжив заходів з метою недопущення такої шкоди. Наступна за нею є Директива ЄС № 1999/34/ЕС (1999) поширює такий принцип також на сільськогосподарську та рибну продукцію.

З наведеного слідує, що добросовісність — модель поведінки особи при реалізації її прав, яка враховує інтереси інших осіб та здійснюється з повагою до ділової практики та таких цінностей як довіра, чесність, сумління, відкритість.

Однак є те, що протилежне добросовісності: недобросовісність та зловживання правом, які варто розглянути окремо.

5.3.2. Недобросовісність. Зловживання правом. Неприпустимість зловживання процесуальними правами визначена серед основних принципів цивільного судочинства (ч. 3 ст. 2 ЦПК), господарського судочинства (ч. 3 ст. 2 ГПК), адміністративного судочинства (ч. 3 ст. 2 КАС).

Згідно ч. 3 ст. 13 ЦК не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Аналогічне положення міститься у параграфі 226 Німецького цивільного законника³⁴¹: не допускається здійснення права лише з метою заподіяння шкоди іншій собі.

З наведеного слідує, що можливі різні форми зловживання правами, завдання шкоди — лише одне з них.

Зловживання правом вочевидь є негативним явищем, оскільки має негативний вплив: ставить під загрозу баланс інтересів учасників правовідносин. Разом з тим, незваний термін є суперечливим, бо «право» є терміном, що містить позитивну ціннісну конотацію, а «зловживання» — протилежну, негативну. Така суперечність має вирішуватися виходячи з того, що зловживання правом не повинно стимулюватися, воно є шкідливим, відповідно, має обмежуватися законодавством та упереджуватися законом.

З іншого боку, з формальної точки зору, у особи є можливість («право») діяти у вигідний для себе спосіб з використанням наданих законом можливостей. Такі дії, якщо їх розглядати поза будь-яким контекстом, самі по собі, є дозволеними.

То ж суперечність полягає у наступному: формальне (писане) право забезпечує таку можливість, натомість, за змістом, виходячи з конкретної ситуації, виконання такої норми не відповідає духу права, охоронюваним суспільним чи приватним інтересам.

Як слід вирішувати таку суперечність? Вочевидь, слід виходити з цінностей правової держави та принципу верховенства права, тобто вирішувати проблему на користь змісту правової норми, її мети, а не з позицій легізму, тобто не з суто формального її прочитання. Такий підхід відповідає ст. 8 Конституції України, відповідно до якої в Україні діє принцип верховенства права.

Наведене означає, що використання юридичної можливості, яка надається законом, дозволу діяти певним чином, є протиправним та

³⁴¹ У нас цей акт часто називають за російською калькою «уложення», а у слов'янській правовій традиції його перекладають як законник, оскільки буквально з німецької *Gezetzbuch* — книга законів, тобто власне законник.

має бути припиненим, якщо такі дії суперечить завданням цивільного судочинства та його принципам, які проголошені зокрема у ч. 1 ст. 3 ЦК. Такий візії відповідає норма ч. 6 ст. 13 ЦК, згідно якої, у разі недодержання особою при здійсненні своїх прав вимог, що встановлені законом, суд може зобов'язати її припинити зловживання правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом.

Історичний та сучасний досвід дає можливість говорити про різні форми недобросовісної поведінки та зловживання правом, кожна з яких має свою емпіричну, історичну, та юрисдикційну ґенезу.

Важливою у зв'язку з цим є думка юриста Древнього Риму на ім'я Гай: «*Nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur*» — ніхто не є порушником, доки реалізує належне йому право. З наведеного слідує, що реалізація прав може здійснюватися без врахування інтересів інших. Така думка багатьма юристами підтримується і сьогодні.

Однак, навіть у часи Древнього Риму Гай мав опонентів у цьому, адже зловживання правом слід розглядати враховуючи умисел. Якщо умислу немає, то підстав говорити про правопорушення при реалізації своїх прав немає, це слідує з загальних засад теорії відповідальності. Якщо ж умисел наявний, то реалізація права може мати місце виключно з метою заподіяння шкоди іншому (прямий умисел), тобто злий намір (*dolus malus*) або з необережності, коли заподіяння шкоди стається виключно у зв'язку досягненням основної мети. Такий поділ щодо наміру завдати шкоду при реалізації прав існує у Німецькому цивільному законнику (1896 р.) та Швейцарському цивільному законнику (1907 р.).

У зв'язку з цим варто згадати про шикану. Цей термін має походження від слова «*schikanen*», що в перекладі з німецької означає «знущання», «переслідування», «каверза». В юридичній теорії та практиці шикана означає реалізацію свого права з метою заподіяння шкоди іншій особі. Відрізняють також чисту шикану, тобто коли особа не має жодного іншого власного інтересу, крім заподіяння шкоди іншому. При цьому така особа посилається на те, що вона має формальне право вчиняти дії у певний спосіб. Цікавим є досвід Німеччини, точніше законодавства Мюнхена 1489 р., який можна віднести до різновиду зловживання правом — *Neidbau*, що може бути перекладений як «скажений

будинок». Це стосується випадків, коли особа зводить будинок не межі власної земельної ділянки, на що має формальне право, але при цьому переслідує єдину мету: закрити вікна сусідам, або створити для них інші суттєві незручності.

У англійському праві такі будівлі називають *«spite house»*, тобто побудований без врахування інтересів інших осіб. Доречно нагадати, що англійське право використовує інший термін – *«nuisance»*, що перекладається як «неприємність», тобто незручність, яку чинить одна сторона іншій, але він застосовується не тільки до будівель та нерухомості.

У цьому контексті прогресивним виглядає земельне законодавство України, яке містить цілу главу 17 «Добросусідство» та статті 103-109 ЗК України та стосується порушеної теми. Частина 1 статті 102 ЗК України містить норму, відповідно до якої власники та землекористувачі земельних ділянок повинні обирати такі способи використання земель, при яких іншим особам завдається найменше незручностей таких як затінення, задимлення, неприємні запахи, шумове забруднення тощо.

Однак, визначення терміну «зловживання правом» у законодавстві України не міститься. Натомість судова правотворчість виробила такі дефініції у постановках КГС ВС від 08.05.2018 р. по справі №910/1873/17; та від 12.03.2019 р. по справі №918/361/18, у кожній з них міститься однакова позиція:

«Зловживання правом — це... спотворення права. У цьому випадку особа надає своїм діям повну видимість юридичної правильності, виконуючи насправді свої права в цілях, які є протилежними тим, що переслідує позитивне право.»

Крім того, у двох постановках Верховного Суду по справі № 390/34/17 від 10.04.2019 та по справі №496/1561/16-ц від 07.08.2019 міститься однаковий підхід:

«Поведінкою, яка суперечить добросовісності та чесній діловій практиці, є, зокрема, поведінка, що не відповідає попереднім заявам або поведінці сторони, за умови, що інша сторона, яка діє собі на шкоду, розумно покладається на них».

З наведених судових позицій випливає, що зловживання правом порушує принцип добросовісності, а суперечлива поведінка є ознакою зловживання правом.

У зв'язку з порушеною темою не можна оминати Постанову Верховного Суду від 07 жовтня 2020 року по справі №450/2286/16-ц, яка зазначає про те, що саме слід вважати суперечливою поведінкою:

«Поведінкою, яка суперечить добросовісності та чесній діловій практиці, є, зокрема, поведінка, що не відповідає попереднім заявам або поведінці сторони, за умови, що інша сторона, яка діє собі на шкоду, розумно покладається на них. Якщо особа, яка має право на оспорення документу (наприклад, свідоцтва про право на спадщину) чи юридичного факту (зокрема, правочину, договору, рішення органу юридичної особи), висловила безпосередньо або своєю поведінкою дала зрозуміти, що не буде реалізовувати своє право на оспорення, то така особа пов'язана своїм рішенням і не вправі його змінити згодом. Спроба особи згодом здійснити право на оспорення суперечитиме попередній поведінці такої особи і має призводити до припинення зазначеного права».

Наведена позиція закріплює таку важливу ознаку суперечливої поведінки: вона має місце, якщо інша сторона розумно покладається на них та діє собі на шкоду. Таке застереження важливе, бо відсіює будь-які інші дії чи бездіяльність, яким можна не надавати значення. З наведеної постанови також слідує, що суперечлива поведінка може призвести до втрати права.

5.3.3. Зміст доктрини заборони суперечливої поведінки. Як зазначалося вище, доктрина заборони суперечливої поведінки у цивільному законодавстві України не згадується, навіть норми-принципи про неї не зазначають. Назва доктрини *«Non concedit venire contra factum proprium»* у перекладі з латини звучить так: «ніхто не може діяти всупереч власної поведінки». Інший варіант цього ж твердження з таким же значенням наступний: *«Nemo contra factum suum proprium venire potest»*.

У іноземній літературі однією з цілей цієї доктрини проголошується захист довіри, що для нашої правової традиції звучить незвично,

ми наразі не визнаємо довіру як цінність, принаймні серед загальних засад цивільного законодавства такої не згадується. Натомість, англо-американська система права, як і континентальна визнають довіру як цінність та засіб упорядкування відносин. З цього слідує, що довіру необхідно стимулювати та підтримувати доступними правовими засобами. Такими засобами у законодавстві України наразі є презумпція правомірності дій суб'єктів права, принцип справедливості та добросовісності.

Про доктрину заборони суперечливої поведінки у римському праві стало відомо більше у середньовіччі, коли була укладена систематизована колекція римських юридичних максим *Brocardia sive generalia iuris* (XII-XIII ст.) авторства Азо. Поряд з цією максимою у цій же рубриці містилися й інші, які пояснюють і доповнюють зміст основної: «*ex facto vel non facto animus est eventus*» — дія або бездіяльність демонструє намір; «*quod recte factum est, superveniente delicto vel facto non vitatur*» — пізніша дія не скасовує попередню, що була вчинена належно; «*qui non facit quod facere debet, intellegitur facere quod non debet*» — того, хто не робить того, що робити треба (що він зобов'язаний робити), слід сприймати як такого, хто робить те, що не треба робити (що він не зобов'язаний був робити).

З наведеного твердження слідує зокрема наступне: 1) особа зобов'язана контролювати свої дії; 2) дії та бездіяльність можуть породжувати правові наслідки; 3) дії особи демонструють її справжні наміри; 4) суперечлива поведінка визнається неналежною; 5) ніхто не може відповідати за наслідки суперечливої поведінки, крім особи, яка їх вчинила; 6) враховуючи наведене вище, суперечлива поведінка є недобросовісною.

Для з'ясування змісту доктрини заборони суперечливої поведінки, варто звернутися до подібних концепцій.

Однією з таких концепцій є естопель (*Estoppel*) або «*equitable estoppel*», що інколи прирівнюють доктрини суперечливої поведінки. *Estop* з англійської означає «зупинити», «позбавляти права на заперечення». Естопель пов'язують з принципом змагальності у судовому процесі, називають справедливим процесуальним відводом та особливим

засобом доказування. Термін походить з права Англії, на сьогодні використовується у англо-американській системі права в приватно-правових відносинах, а також у міжнародному публічному праві. Наприклад, такий підхід прямо закріплений у ст. 45 Віденської конвенції про право міжнародних договорів: особа у спорі не вправі використовувати доводи на таких підставах, які раніше цією ж стороною визначалися належними.

Інша концепція міститься у системі права Англії *equity*, яке використовує таку максиму: «*He Who Comes Into Equity Must Come With Clean Hands*» — «Хто шукає справедливості, має приходити до неї з чистими руками».

Цей підхід обґрунтовується тим, що справедливість має універсальний характер, відтак, в однаковій мірі поширюється на усіх учасників спору. Крім того, справедливість слід сприймати як чесність та рівність, тобто сторони, самі повинні вести себе відповідно до принципів, якими вони обґрунтовують свої вимоги. На думку прихильників такого підходу, він змушує сторони застосовувати мінімальні етичні та моральні стандарти при зверненні до суду, надає рішенням зваженості та не дозволяє маніпулювати правосуддям. Такий підхід нерідко ілюструють латинським висловом *tu quoque* («сам такий»/«сам винен»). Можливо, це відповідає українському прислів'ю «чия б корова мукала, а твоя би мовчала».

Близькі за змістом концепції існують у Німеччині — «доктрина втрати права» («*rechtsverwinkung*»); в Італії «захисту легітимних очікувань» («*legittimo affidamento*»); у Франції — «фактична відмова» («*renunciation implicite*»).

Разом з тим, для усіх країн світу та усіх юрисдикцій при застосуванні таких підходів характерним є презумпція добросовісності та розумна довіра до контрагента.

Доктрина заборони суперечливої поведінки у судовій практиці України була застосована у 2018 р. судом першої інстанції (Господарським судом Вінницької області) у рішенні по справі №902/182/18, яке згодом залишено в силі апеляцією. Позивач вимагав визнати недійсними договір купівлі-продажу частки у статутному капіталі товариства,

однак, до цього відмовився від реалізації свого переважного права на придбання відчужуваної частки, надав згоду на її продаж, на введення іншої особи до складу учасників, на розподіл часток і затвердження статуту у новій редакції. Відтак, суд констатував, що такі дії є недобросовісним та суперечать попередній поведінці. У позові відмовлено. А в постанові КГС ВС від 08.05.2018 р. по справі №910/1873/17 міститься така фабула:

«Відповідач, визнаючи в актах приймання-передачі та гарантійному листі факт виконання позивачем умов Договору щодо укладення договорів страхування та підтверджуючи надходження сум страхових платежів і зазначаючи суми комісійної винагороди позивачу, гарантуючи їх виплату, у судових засіданнях зайняв протилежну позицію та став стверджувати про відсутність доказів того, що саме за участі позивача укладено низку договорів страхування.» Відповідно, такі доводи відповідача суд не став приймати до уваги.

Чи не найостаннішим на сьогодні прикладом судової практики щодо доктрини заборони суперечливої поведінки є постанова від 07 жовтня 2020 р. по справі №450/2286/16-ц, відповідно до якої особа, яка мала право на оспарювати спадкування, в письмовій заяві та своєю поведінкою (протягом майже 14 років не оспарювала спадкування) показала, що не буде реалізовувати своє право. За таких обставин суд відмовив у позові.

Як бачимо, судова практика містить чимало напрацювань, які можна використовувати не тільки при правозастосуванні, але також як емпіричний матеріал для узагальнення та формування позицій на майбутнє для вирішення нових проблемних питань правозастосування.

Використання судами та Верховним Судом зокрема доктрин права позитивно характеризує судову систему України, оскільки це забезпечує цілісність права, допомагає закрити правові лакуни та знайти додаткові аргументи при вирішенні конкретних судових спорів.

Разом з тим потребу з'ясування те, які наслідки суперечливої поведінки та недобросовісної поведінки.

5.3.4. Наслідки (санкції) порушення концепції заборони суперечливої поведінки. Наслідки недобросовісної поведінки обумовлюються змістом правовідносин: санкції можуть мати процесуальний або матеріальний зміст в залежності порушеної норми.

Процесуальне законодавство передбачає, що суд, за наслідками виявленої недобросовісності та зловживання правами, може застосувати заходи процесуального примусу (ч. 1 ст. 143 ЦПК, ч. 1 ст. 131 ГПК, ч. 1 ст. 144 КАС). Серед іншого, вказується, що суд може накласти штраф на винну сторону (ст. 148 ЦПК, 135 ГПК, ч. 2 ст. 45, ст. 149 КАС), стягнути з недобросовісного заявника всі або частину судових витрат (ч. 9 ст. 141 та ч. 3 ст. 299 ЦПК, ч. 9 ст. 129 ГПК, ч. 8 ст. 139 КАС). Крім того, суд може відступити від принципу змагальності та збирати докази з власної ініціативи (ч. 4 ст. 74 ГПК), може також постановити окрему ухвалу (ч. 2 ст. 262 ЦПК, ч. 2 ст. 246 ГПК, ч. 3 ст. 249 КАС), а також перевіряти, чи прийнято оскаржуване адміністративне рішення добросовісно (ч. 2 ст. 2 КАС).

Процесуальні кодекси містять положення, яке прямо не зазначають наслідки процесуальної недобросовісності, однак явно мають це на увазі. Так, у разі ухилення учасника справи від подання експертам необхідних матеріалів, документів або від іншої участі в експертизі, якщо без цього провести експертизу неможливо, суд може визнати факт, для з'ясування якого експертиза була призначена, або відмовити у його визнанні. Про це прямо вказується у ч. 1 ст. 109 ЦПК, ч. 4 ст. 102 ГПК, ГПК, ч. 1 ст. 107 КАС. Іншими словами, особа, яка веде себе недобросовісно, може зазнати негативних наслідків (санкцій) у формі невизнання фактів та обставин, які вигідні для неї або визнання у формі, яка не вигідна такій стороні. Іншими словами, факти та обставини тлумачаться проти інтересів особи, яка проявляє недобросовісність. Це може мати місце зокрема якщо особа діє просить про призначення експертизи, а потім ухиляється від її проведення.

Згідно ч. 3 ст. 44 ЦПК, ч. 3 ст. 43 ГПК, ч. 3 ст. 45 КАС, якщо подання скарги, заяви, клопотання визнається зловживанням процесуальними правами, суд має право залишити без розгляду або повернути такий документ. Іншими словами, зловживання процесуальними правами може призвести до втрати права на судовий захист.

На противагу процесуальним, матеріально-правові санкції за зловживання правами у законодавстві не зазначаються, однак судова практика виробила їх самостійно. Так, КЦС ВС у справі №202/12824/14-ц 23.05.2018 р. розглядав позов банку про визнання договору недійсним, але банк сам був стороною такого договору, тобто підписував його. Така обставина стала вирішальною для вирішення спору, адже вона суперечила позовним вимогам. Суд вважав такі дії зловживанням правом, спростував презумпцію добросовісності позивача. У позові було відмовлено. У іншому провадженні КГС ВС у справі № 910/19179/17 від 13.11.2018 р. зазначив наступне:

«...сторона оспорюваного правочину, дії якої вказують на її волю зберегти дійсність правочину, не може надалі оспорювати правочин з підстав, про які вона знала або повинна була знати при виявленні цієї волі (естопель) що впливає із ... засад добросовісності, на яких ґрунтується зобов'язання».

Як бачимо, у цій справі суд відмовляє у позові, посилаючись на порушення принципу добросовісності, естопель та суперечливу поведінку.

З наведеного випливає, що матеріально-правовими наслідками (санкціями) недобросовісності, суперечливої поведінки або зловживання правами є такі: сумніви щодо обставин справи тлумачаться проти особи, яка діє суперечливо та недобросовісно; доводи особи можуть не прийматися судом; особі може бути відмовлено в праві на захист.

Разом з тим, юридичних наслідків недобросовісності чи суперечливої поведінки може не наставати, але може бути завдана шкода репутації, що може мати значення у подальшому. Прикладом цього є гучна справа у Каліфорнії *The People of the State of California v. Orenthal James Simpson*, у якій звинувачували зірку американського футболу О. Сімпсона у вбивстві дружини. Доказів обвинувачення було достатньо, однак, захисту вдалося переконати суд, що О. Джей. Сімпсона переслідують за расовою ознакою як чорношкірого. За наслідками тривалого та виснажливого процесу О. Джей. Сімпсона виправдали.

Після цього провадження розглядалася цивільна справа у якій родичі померлої вимагали від О. Джей. Сімпсона компенсації у зв'язку

з її смертю. На суді відповідач дав суперечливі покази: на питання, чи купує він кросівки дорогої спортивної марки, відповів запереченням. Однак захист надав суду фото О. Джей. Сімпсона саме у такому взутті. Присяжні присудили компенсацію родичам померлої у сумі \$33.5 млн. доларів (1997 р.), вирішальним для присяжних стало те, що відповідач виглядав недобросовісним та вочевидь мав негативну ділову репутацію.

Правова традиція України суттєво відрізняється від того, що існує у США, однак застосування судами України доктрини заборони суперечливої поведінки слід вітати, відповідно, такий міжнародний досвід є корисним для подальшого розвитку правозастосування.

У будь-якому разі, наслідки недобросовісної та суперечливої поведінки у суді в Україні теж складають певну репутацію особи, можуть бути фактичною перешкодою для влаштування на роботу, на участь у конкурсних процедурах, на укладення нових контактів тощо.

Це дає змогу зробити висновки наступного характеру. Доктрина заборони суперечливої поведінки є окремим проявом принципу добросовісності.

Дії та бездіяльність можуть породжувати правові наслідки, вони демонструють справжні наміри особи. Суперечлива поведінка є недобросовісною, неналежною.

Суперечлива поведінка може розцінюватися недобросовісною, неналежною, наслідками чому можуть бути негативні наслідки для такої особи, особливо у тому випадку, якщо контрагенти розраховували на іншу поведінку відповідно до взятих на себе зобов'язань.

Широкий міжнародний досвід застосування концепції заборони суперечливої поведінки доцільно використовувати у законотворенні та правозастосуванні України.

Суперечлива поведінка є порушенням правил добросовісності.

Добросовісність – модель поведінки особи при реалізації її прав, яка враховує інтереси інших осіб та здійснюється з повагою до ділової практики та таких цінностей як довіра, чесність, сумління, відкритість.

Зловживання правом порушує принцип добросовісності, а суперечлива поведінка є ознакою зловживання правом.

Судова практика містить чимало напрацювань, які можна використовувати не тільки при правозастосуванні, але також як емпіричний матеріал для узагальнення та формування позицій на майбутнє для вирішення нових проблемних питань правозастосування.

Правові санкції процесуальної недобросовісності та суперечливої поведінки напрацьовані законодавцем та мають високий ступінь деталізації процесуальних кодексів.

Матеріально-правовими наслідками (санкціями) недобросовісності, суперечливої поведінки або зловживання правами, зокрема у випадку, коли контрагент розраховував на належну поведінку, є такі: сумніви щодо обставин справи тлумачаться проти особи, яка діє суперечливо та недобросовісно; доводи особи можуть не прийматися судом; особі може бути відмовлено в праві на захист.

5.4. Інновації в підприємницькій діяльності та свобода наукових досліджень

(Ольга Розгон)

5.4.1. Свобода підприємницької діяльності та свобода наукових досліджень. *Економічні права* не менш важливі за інші, адже вони є засобом і можливістю нашого повноцінного функціонування і життя загалом. Конституція України говорить про свободу підприємницької діяльності, а законодавство більш детально конкретизує це положення у Цивільному та Господарському кодексах України, де свобода підприємницької діяльності визначена як базовий принцип.

Право підприємницької діяльності — це насамперед свобода розпорядження своїми здібностями до праці, коли у кожного є свобода вибору роду діяльності або професії, свобода від несумлінної конкуренції та захист від монопольної діяльності, а також у свободі вчиняти все, що не заборонено законом.³⁴²

³⁴² Колодійчук Н. Р. (2017). Поняття обмеження права на підприємницьку діяльність. *Інновації та виклики юридичної освіти*: збірник матеріалів Міжн. наук. студ. конф. (4 жовт. 2017 р., м. Тернопіль). Тернопіль: ТНЕУ, С. 115-118.

Як бачимо, підприємець у своїй діяльності забезпечений багатьма диспозитивними можливостями. Хоча за своєю природою право на підприємницьку діяльність є невідчужуваним, а також гарантує кожному рівні можливості для його реалізації, водночас неприпустимо отожднювати «свободу» із «вседозволеністю». Гарантуючи свободу підприємництва, держава шляхом правового регулювання визначає межі допустимої свободи, тобто окреслює своєрідний «коридор варіантної поведінки» для підприємця.³⁴³

Але *свобода підприємницької діяльності* не є безмежною. З одного боку — це система можливостей, що надаються суб'єкту, що дозволяє повною мірою реалізувати підприємницький потенціал, а з іншого — держава, що встановлює певні межі її здійснення з метою забезпечення дотримання прав і законних інтересів інших учасників суспільних відносин.³⁴⁴

Баумол В. виходив із того, що *підприємництво* відіграє у житті суспільства значну роль. Однак в одних випадках воно *розвивається у тих сферах діяльності*, де приносить користь, а в інших — там, де завдає шкоди економіці, паразитуючи на ній.³⁴⁵ На наше переконання, довготривалою перспективою рівня успішності підприємства в майбутньому є його інноваційна діяльність як ключовий фактор зростання його інноваційного потенціалу.

Але система державного регулювання економіки повинна відповідати потребам національних інтересів, сучасним тенденціям розвитку національного господарства, спиратися на науково обґрунтовану Стратегію інноваційного розвитку та механізм її реалізації. В Україні механізми формування і взаємодії інноваційної інфраструктури не мають чітко визначеної парадигми інноваційно орієнтованої системи національного господарства. Тому важливою проблемою, яку слід

³⁴³ Харківська К. В. (2015). Правові гарантії свободи підприємницької діяльності: актуалізація проблеми. *Економічна теорія та право*, (1, 229).

³⁴⁴ Басай О. В. (2014). Свобода підприємництва як правовий принцип. *Людина, суспільство, держава: правовий вимір в сучасному світі*: збірник матеріалів Міжн. наук. конф. С. 547-549. URL: <http://conference.nau.edu.ua/index.php/TL/PRAVYIMIR/paper/view/1597/978>.

³⁴⁵ Baumol W. J. (1990). Entrepreneurship: Productive, Unproductive and Destructive. *Journal of Political Economy*, (Vol. 98. No 5. Pt. 1, 893–920).

вирішити якнайшвидше, є розуміння суспільством, що *організаційні структури* (бізнес-центри, технопарки, технополіси, венчурні фонди тощо), які можуть *ініціювати інноваційний розвиток*, поки що слабкі та неспроможні нести повну відповідальність за науково-технологічний та інноваційний процеси.

Отже, важливою *складовою інноваційного розвитку* повинна стати державна система *науково-практичних основ* визначення та підтримки реалізації пріоритетів від фундаментальних розробок до участі у виробництві наукоємної продукції. З огляду на те, що головними завданнями Стратегії інноваційного розвитку України є забезпечення збалансованої взаємодії наукового, технічного, виробничого і *підприємницького потенціалів*, розробка і впровадження механізму активізації інноваційних процесів, поширення інновацій в усіх сферах національної економіки. Національна стратегія орієнтована на формування інноваційної моделі розвитку, що повинна поєднувати заходи *національного і регіонального рівнів*, які сприятимуть поліпшенню якісних характеристик вітчизняного науково-технологічного потенціалу.

Держава має стати безпосереднім *провідником інноваційного розвитку*, замовником та організатором *досліджень і розробок у найсучасніших напрямках науково-технічного прогресу*. Зокрема, необхідно підвищувати рівень *комерціалізації результатів наукових досліджень*, зменшувати інноваційні ризики високотехнологічних підприємств і венчурного капіталу за допомогою спеціальних фондів, ввести у практику державне замовлення на впровадження у виробництво пріоритетних інновацій.³⁴⁶

Підвищення рівня *конкурентоспроможності регіонів* і рівня *інноваційної та інвестиційної спроможності регіонів* стане фактором прискорення процесів трансферу знань від науки до виробництва, тому вимагає використання ефективних інноваційних підходів.³⁴⁷

³⁴⁶ Бабич Д. В. (2013). Дослідження науково-практичних основ формування стратегії інноваційного розвитку держави. *Проблеми і перспективи розвитку підприємництва*, (1, 84-90). URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/piprp_2013_1_17.

³⁴⁷ Подрез-Ряполова І. В. (2020). Використання інноваційного підходу смарт-спеціалізації щодо забезпечення регіонального розвитку в Україні. *Право та інновації*. (1 (29), 35-39). URL: <http://pti.org.ua/index.php/ndipzir/article/view/605>.

Дійсно, рівень розвитку науки і техніки є визначальним чинником прогресу суспільства. Цим зумовлена потреба пріоритетної державної підтримки *розвитку науки* як джерела економічного зростання і невід'ємної складової національної культури та освіти, створення умов для реалізації інтелектуального потенціалу громадян у сфері *наукової та науково-технічної діяльності*, забезпечення використання досягнень вітчизняної та світової науки і техніки для задоволення соціальних, економічних, культурних та інших потреб.

Закон «Про наукову і науково-технічну діяльність» у ст. 1 оперує поняттям *наукова діяльність* — інтелектуальна творча діяльність, спрямована на одержання нових знань та (або) пошук шляхів їх застосування, основними видами якої є фундаментальні та прикладні наукові дослідження.

Зокрема, *результатом фундаментальних наукових досліджень* є гіпотези, теорії, нові методи пізнання, відкриття законів природи, невідомих раніше явищ і властивостей матерії, виявлення закономірностей розвитку суспільства тощо, які не орієнтовані на безпосереднє практичне використання у сфері економіки, а *результатом прикладних наукових досліджень* є нові знання, призначені для створення нових або вдосконалення існуючих матеріалів, продуктів, пристроїв, методів, систем, технологій, конкретні пропозиції щодо виконання актуальних науково-технічних і суспільних завдань.

При цьому *науково-технічна діяльність* — це наукова діяльність, основними видами якої є прикладні наукові дослідження та науково-технічні (експериментальні) розробки.

Науково-технічний (прикладний) результат може бути у формі ескізного проекту, експериментального (дослідного) зразка або його діючої моделі, конструкторської або технологічної документації на науково-технічну продукцію, дослідного зразка, проекту нормативно-правового акта, нормативного документа або науково-методичних документів тощо. *Результатом науково-технічних (експериментальних) розробок* є нові або істотно вдосконалені матеріали, продукти, процеси, пристрої, технології, системи, об'єкти права інтелектуальної власності, нові або істотно вдосконалені послуги.

Перетворення науково-технічних розробок на *інноваційний продукт*, придатний для виробництва, і подальша реалізація в промислових масштабах є найважчим етапом у інноваційному процесі, оскільки вимагає від підприємця постійний пошук нових підходів, пов'язаних із науково-технічною діяльністю та персональною відповідальністю за наслідки своєї діяльності.

Передумовою такого перетворення є, безумовно, наявність *свободи наукових досліджень* і ймовірна відповідальність за ризики такої діяльності.

Свобода є передусім особистим вибором і пов'язана із суб'єктивним (внутрішнім) світом особистостей.³⁴⁸ Це той показник, який виникає на межі перетину внутрішнього світу людини і зовнішнього світу.³⁴⁹

Пізнаючи та перетворюючи світ засобами науки, індивідуальної та суспільної практики, людина намагається з'ясувати свою власну природу, розкрити таємниці свого внутрішнього світу.

Звідси виникає запитання: чи співвідноситься свобода наукових досліджень зі свободою людини? Саме врахування розуміння *свободи людини* як «внутрішньої свободи» не дозволяє вважати цілком переконливою думку, що *новітні технологічні практики* розширюють ступені свободи людини, а породжує сумніви щодо цього. Йдеться про те, що *свобода обов'язково передбачає вибір*. Тоді як технологічні практики можуть відібрати його ще до народження. Виходить, що *свобода наукового дослідження і створення нових технологій* є одним із факторів навіязування людині певних способів буття.

Можна сказати, що у сфері наукової діяльності *свобода досліджувати* є безумовною абсолютною цінністю. Однак протилежний бік свободи науки — її відповідальність. Вона можлива, якщо дослідник здатний мислити масштабно, сприймати науку як фундаментальний цивілізаційний важіль і передбачати прогрес наукових досліджень та суспільства. Виходячи з цього, виявляються регулятиви, у вимірах яких

³⁴⁸ Табачковський В.Г. (2005). *Полісвітнісне ното: філософсько-мистецька думка в пошуках «неевклідової рефлексивності»*: монографія. К. : ПАРАПАН.

³⁴⁹ Бевзенко Л. Д. (2009). Постнекласические практики свободы — социокультурные контуры осуществления. *Практична філософія*, (1, 58).

окреслюється необхідність *співвідношення свободи наукового дослідження із соціокультурними цінностями*, що гарантують людське життя. Отже, наука породжує як відчуття суспільної тривоги, так і надії на вирішення головних проблем людського життя.³⁵⁰

Вчений у своїй діяльності природним чином несе відповідальність, якщо можна так висловитися, загальнолюдського характеру. Він відповідальний за повноцінність виробленого ним наукового «продукту»: від нього очікується бездоганна вимогливість до достовірності матеріалу, коректність у використанні роботи інших науковців, суворість аналізу і міцна обґрунтованість зроблених висновків.³⁵¹

Більшою стає відповідальність вченого, коли постає питання про результати *наукового дослідження, яке пов'язано* придатні для виробництва.

Однією з особливостей сучасної науки є її все більше *зближення з виробництвом*. Зменшується відстань від моменту наукового відкриття до його практичного втілення, тому відповідальність вченого збільшується. З'являється необхідність того наукового ризику, без якого неможливим є втілення лабораторних результатів і наукових висновків у виробництво в широкому масштабі. Таким чином, питання про *практичне застосування наукових відкриттів* містить у собі проблему ризику, тобто усвідомлення вченим необхідності тієї сміливості, яка є однією з конкретних форм прояву відповідальності.

Форми прояву наукового ризику різноманітні, але завжди питання про нього тісно пов'язане із проблемою моральної відповідальності вченого. В усвідомленні вченим можливості або необхідності певного наукового ризику проявляється суперечливий характер *свободи наукової творчості*, з одного боку, та *відповідальності* — з іншого.³⁵²

Зупинити науковий пошук і технологічний рух неможливо, оскільки когнітивна творчість — спосіб самореалізації особистості, спільноти.

³⁵⁰ Сидоренко Л.І. (2015). Сучасна наука в контекстах свободи та відповідальності. *Софія. Гуманітарно-релігієзнавчий вісник*, (5). URL: <http://www.philsci.univ.kiev.ua/biblio/sid-nauka.htm>

³⁵¹ Важинський С.Е., Щербак Т.І. (2016). *Методика та організація наукових досліджень* : навч. посіб. Суми: Сум ДПУ імені А. С. Макаренка.

³⁵² Важинський С.Е., Щербак Т.І. (2016). *Методика та організація наукових досліджень* : навч. посіб. Суми: Сум ДПУ імені А. С. Макаренка.

Дослідницький вихід за межі систем «наука» і «техносфера», оцінювання їх у соціальному, цивілізаційному та культурному контекстах включає моральні принципи як необхідні суспільні важелі визначення дозволів або обмежень, *навіть заборон наукових досліджень і використання технологій*. Відповідно, слід зважати на ризикованість втілення проєктів, на можливість небезпечних для людства наслідків. Отже, такий вибір, безумовно, тягне за собою *моральну відповідальність*. Тому можливість свободи наукових досліджень і технологічних практик обмежена моральним вибором.³⁵³

Отже, існують дві протилежні точки зору щодо *свободи наукових досліджень*. Перша — свобода нічим не обмежена, але в такому разі існує загроза, що така свобода стане свавіллям, і друга — свобода обмежена, оскільки втілення проєктів, зокрема інноваційних, хоча і створює умови для успішності підприємця, але є ризикованим і повинна гарантуватися безпека людського життя, бути наявною відповідна відповідальність вченого.

5.4.2. Підходи до розуміння правових категорій «інноваційна діяльність» та «інноваційний процес». *Інноваційну діяльність часто прирівнюють до наукової або науково-дослідної діяльності, що обумовлює необхідність наукового аналізу цієї проблематики.*

За ст. 1 Закону «Про інноваційну діяльність» *інновації* — це новостворені (застосовані) та (або) вдосконалені конкурентоздатні *технології, продукція або послуги*, а також організаційно-технічні рішення виробничого, адміністративного, комерційного чи іншого характеру, що істотно поліпшують структуру та якість виробництва і (або) соціальної сфери. Безумовно, інновації, які впроваджують суб'єкти, існують у процесі здійснення ними *інноваційної діяльності*.

Низка вчених визначають *інноваційну діяльність* як вид діяльності, пов'язаний із *трансформацією ідей у технологічно нові або вдосконалені продукти чи послуги*, впроваджені на ринку, в нові вдосконале-

³⁵³ Сидоренко Л.І. (2015). Сучасна наука в контекстах свободи та відповідальності *Софія. Гуманітарно-релігійознавчий вісник*, 5. URL: <http://www.philsci.univ.kiev.ua/biblio/sid-nauka.htm>

ні технологічні процеси або способи проведення (передання) послуг, використані у практичній діяльності. Інноваційна діяльність припускає цілий комплекс наукових, технологічних, організаційних, фінансових і комерційних заходів, і саме у своїй сукупності вони *приводять до інновацій*.³⁵⁴ Тобто інноваційну діяльність можна розглядати як комплекс наукових, технічних, організаційних, фінансових, комерційних заходів, які у своїй сукупності сприяють *здійсненню* (впровадженню) *інновації*.³⁵⁵ Подібну точку зору спостерігаємо й у вчених М. П. Денисенко та Я. В. Риженко, що тлумачать *інноваційну діяльність* як діяльність, пов'язану з *перетворенням наукових досліджень і розробок*, а також винаходів та відкриттів на новий продукт або новий технологічний процес, що впроваджуються у виробничий процес.³⁵⁶

Побутує думка, що *інноваційна діяльність* — це процес, спрямований на *розробку інновацій, реалізацію результатів завершених наукових досліджень або певних науково-технічних досягнень*, їх втілення у новий чи вдосконалений продукт, що реалізується на ринку, у новий або вдосконалений технологічний процес, що використовується у практичній діяльності, а також пов'язані з цим процесом наукові розробки та дослідження,³⁵⁷ це також *діяльність суб'єкта господарювання*, спрямована на *використання результатів науково-техніко-технологічних досліджень і розробок* учасниками інноваційного процесу для *виготовлення та реалізації* конкурентоспроможних виробів (робіт, послуг), технологій, методів організації управління, гнучкого механізму координації та регулювання тощо.³⁵⁸

³⁵⁴ Гордієнко С. Г. (2014). Інноваційна діяльність: проблеми, сутність, змістовні складові та напрями удосконалення. *Часопис Академії адвокатури України*, 7/2, 15–32.

³⁵⁵ Полозова Т. В. (2015). Інноваційна діяльність підприємства та економічна сутність інноваційного процесу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Економіка і менеджмент*, 12, 108–113. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_eim_2015_12_27.

³⁵⁶ Денисенко М. П. (2007). Стратегічна місія інноваційної діяльності та шляхи її активізації в Україні. *Проблеми науки*, 6, 10–16.

³⁵⁷ Полішук О. О. (2010). Сутність поняття «інноваційна діяльність» як соціально-економічної категорії. *Економічний вісник Донбасу*, 3(21), 169–171.

³⁵⁸ Коюда О. П. (2019). *Інноваційна діяльність: від оцінки привабливості до інвестиційного забезпечення*: монографія. Харків: ХНЕУ.

Фактично під *інноваційною діяльністю* розуміють процес, пов'язаний із *трансформацією* (перетворенням) ідей, наукових досліджень і *розробок* (результат всебічного вивчення), а також винаходів та відкриттів у *новий* продукт, *нові* вдосконалені технологічні процеси або способи проведення (передання) послуг, використані у практичній діяльності, чи діяльність, яка спрямована на *розробку* інновацій, *використання* (застосування із користю) результатів науково-техніко-технологічних досліджень і *розробок* учасниками *інноваційного процесу* для *виготовлення* (створення) та *реалізації* (втілення у життя) конкурентоспроможних виробів (робіт, послуг), технологій, методів організації управління, гнучкого механізму координації та регулювання тощо.

Оскільки у науковій літературі зустрічаємо змішування понять «інноваційна діяльність» та «інноваційний процес», варто сформулювати їх поняття.

Розкриття *економічної сутності інноваційного процесу* трактується як створення, освоєння, використання і дифузія інновацій (нових удосконалених) за відповідними етапами, що дозволяє задовольнити або створити нові суспільні потреби.³⁵⁹

Інноваційний процес становить собою комплекс дій, необхідних для підготовки і практичного використання нових технічних, організаційних, економічних, соціальних та інших рішень.³⁶⁰

Тобто інноваційну діяльність можна охарактеризувати як діяльність щодо *забезпечення здійснення* всього інноваційного процесу³⁶¹ або як діяльність, яка *супроводжується інноваційним процесом*, а *інноваційний процес* є певним чином побудованою системою, *всередині якої виконується інноваційна діяльність*, а результатом інноваційного процесу повинна бути інновація для практичного використання і по-

³⁵⁹ Коюда П. М. (2013). *Ефективність економічної діяльності підприємств: теорія та практика*: монографія. Х.: Компанія СМІТ.

³⁶⁰ Краус Н. М. (2013). Інноваційний процес як основа формування механізму інноваційної інфраструктури: інституціональний аспект. *Науковий вісник Полтавського університету економіки і торгівлі. Серія «Економічні науки»*, 4, 15–20.

³⁶¹ Кузнєцова А. Я. (2009). *Удосконалення банківського і небанківського фінансування інноваційної діяльності в Україні*: монографія. К.: УБС НБУ.

ширення.³⁶² У цьому випадку йдеться про процес послідовного перетворення ідей на конкретний *інноваційний продукт*, *інноваційну продукцію*, *технологію* тощо.

Якщо розглядати *інноваційні процеси* як постійний і безперервний потік перетворення конкретних технічних або технологічних ідей на основі наукових розробок на нові технології або окремі їх складові частини і доведення їх до освоєння безпосередньо у *виробництві* з метою здобуття якісно нової продукції,³⁶³ то такий підхід до категорії «інноваційний процес» вказує на його розповсюдження на рівні підприємства³⁶⁴ який відбувається у виробничій і невиробничій системах.

Відповідно, *інноваційна діяльність підприємства* — це діяльність, спрямована на *розробку*, *використання та комерціалізацію* науково-техніко-технологічних результатів інноваційного процесу (інновацій) для виробництва продукції, розширення номенклатури (асортименту), впровадження новітньої технології (організація управління чи удосконалення тощо) та реалізації конкурентоспроможного товару (робіт, услуг) із метою отримання економічної ефективності.³⁶⁵

Сьогодення потребує систематичного впровадження інновацій, і саме тому підприємства обирають *інноваційний тип розвитку*.

У науковій літературі під *інноваційним типом розвитку*, як правило, розуміють «спосіб економічного зростання, заснований на постійних і систематичних нововведеннях, спрямованих на суттєве поліпшення всіх аспектів діяльності господарської системи, на періодичному перегрупованні сил, обумовленому логікою НТП, цілями і завданнями розвитку системи, можливістю використання певних ресурсних фак-

³⁶² Полозова Т. В. (2015). Інноваційна діяльність підприємства та економічна сутність інноваційного процесу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Економіка і менеджмент*, 12, 108–111. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvmgu_eim_2015_12_27.

³⁶³ Олійник Ю. А. (2014). Теоретичні засади визначення сутності інноваційних процесів в Україні. *Бізнес Інформ*, 12, 182–187.

³⁶⁴ Полозова Т. В. (2015). Інноваційна діяльність підприємства та економічна сутність інноваційного процесу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Економіка і менеджмент*, 12, 108–113.

³⁶⁵ Коюда П. М. (2013). *Ефективність економічної діяльності підприємств: теорія та практика*: монографія. Х.: Компанія СМІТ.

торів у створенні інноваційних товарів і формуванні конкурентних переваг»,³⁶⁶ а «інноваційною вважають таку модель розвитку, яка безпосередньо ґрунтується на отриманні нових наукових результатів та їх технологічному впровадженні у виробництво, забезпечуючи приріст ВВП головним чином за рахунок виробництва і реалізації наукоємної продукції та послуг».³⁶⁷

Інноваційний тип розвитку підприємства залежить від *інноваційного потенціалу підприємства*, джерелом якого є інновації, що створюють якісно нові можливості для подальшої діяльності підприємства на ринку шляхом реалізації уміння знаходити нові рішення, ідеї та в результаті винаходи. *Ключовими передумовами для інноваційного розвитку сучасних підприємств* є висока інтенсивність нецінової конкуренції на ринку та наявність на підприємстві потужного інноваційного потенціалу або можливостей (фінансових, інтелектуальних) для ефективного трансферу технологій та/або аутсорсингу функцій менеджменту інновацій.³⁶⁸

Отже, реалізація *інноваційного потенціалу підприємства* має існувати у співвідношенні між результатами впровадження інновацій та можливостями інноваційної діяльності *підприємства*.

5.4.3. «Господарська діяльність», «підприємницька діяльність», «комерційна діяльність» і «підприємництво»: співвідношення понять та їх сутність. Оскільки у законодавстві та науковій літературі доволі часто поняття «господарська діяльність», «підприємницька діяльність», «комерційна діяльність» і «підприємництво» ототожнюють або розрізняють, для їх розуміння та співвідношення здійснимо правовий аналіз цих категорій.

Під *господарською діяльністю* у ГК розуміється діяльність суб'єктів господарювання у сфері суспільного виробництва, спрямована на виго-

³⁶⁶ Захарченко В. І. (2012). *Інноваційний менеджмент: теорія і практика в умовах трансформації економіки*: навч. посіб. К.: Центр навчальної літератури.

³⁶⁷ Федулова Л. І. (ред.) (2005). *Інноваційний розвиток економіки: модель, система управління, державна політика*: монографія. К.: Основа.

³⁶⁸ Найдюк В. С. (2013). Сутність та передумови інноваційного розвитку підприємств. *Маркетинг і менеджмент інновацій*, 3, 251–263. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Mimi_2013_3_24.

товлення та реалізацію продукції, виконання робіт чи надання послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність (ст. 3 ГК України).

Учасниками відносин у сфері господарювання є суб'єкти господарювання, споживачі, органи державної влади та органи місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, а також громадяни, громадські та інші організації, які є засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності (ст. 2 ГК України).

Суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють *господарську діяльність*, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством.

Суб'єктами господарювання є:

- 1) господарські організації – юридичні особи, створені відповідно до ЦК України, державні, комунальні та інші *підприємства*, створені відповідно до цього Кодексу, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність і зареєстровані в установленому законом порядку;
- 2) громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які здійснюють господарську діяльність і зареєстровані відповідно до закону як *підприємці* (ст. 55 ГК України).

За ст. 55 ГК юридичними особами – суб'єктами господарювання можуть бути *підприємства*.

Зауважимо, що всі юридичні особи поділяються на *юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права* (ч. 2 ст. 81 ЦК України). Діяльність перших регулюється ЦК України, другі виключені зі сфери його регулювання. ГК України виходить із того, що *підприємство* є суб'єктом права, називаючи його суб'єктом господарювання (статті 62, 55). Спостерігається очевидна відмінність регулювання діяльності юридичних осіб за ГК від регулювання за ЦК: по-перше, головним родовим поняттям за ГК України є суб'єкт господарювання, а за ЦК – юридична особа; по-друге, підприємство (присвячена глава 7 ГК, у ЦК підприємство як єдиний майновий комплекс зустрічається у ст. 191).

Юридичними особами відповідно до ст. 80 ЦК є організації, створені та зареєстровані в установленому порядку. Тобто для того, щоб певне утворення було юридичною особою, необхідно, щоб воно: а) створювалося в порядку, передбаченому законодавством; б) було зареєстроване в порядку, передбаченому законодавством. У ГК не визначені чіткі критерії класифікації юридичних осіб, а зазначені: *здійснення підприємницької та некомерційної діяльності* (ч. 2 ст. 62) — це позначення дається без прив'язки до розподілу підприємств на види; *форми власності* за ч. 1 ст. 63 ГК.³⁶⁹

Господарська діяльність, що здійснюється для досягнення економічних і соціальних результатів і з метою отримання прибутку, є *підприємництвом*, а суб'єкти підприємництва — *підприємцями*. Господарська діяльність може здійснюватися і без мети отримання прибутку (некомерційна господарська діяльність) (ч. 2 ст. 3 ГК).

Якщо *господарська діяльність* може здійснюватися і без мети отримання прибутку (некомерційна господарська діяльність), то господарська діяльність за ознакою отримання прибутку поділяється на *комерційну та некомерційну*, а господарська комерційна діяльність може ототожнюватися з підприємництвом.

На сьогодні у законодавстві та наукових дослідженнях зазвичай спостерігається *ототожнення підприємницької та господарської діяльності суб'єкта господарювання комерційного типу*. Зважаючи на це, досить поширеним є застосування поняття «підприємницька діяльність», яка у такому контексті здійснюється в різних сферах і в різноманітних організаційно-правових формах. Тому *суб'єктом підприємницької діяльності* сьогодні в Україні вважається і *фізична особа — підприємець*, і приватне мале підприємство, і велике підприємство, і концерн тощо. Фактичне ототожнення *підприємницької діяльності з господарською діяльністю комерційного виду*, яке має місце і в законодавстві, і в низці наукових поглядів, призвело до ототожнення понять «підприємницька діяльність» та «бізнес». Поширення таке ототожнення набуло у побутовому застосуванні,

³⁶⁹ Спасибо-Фатєєва І. В. (ред) (2009). *Цивільний кодекс України*: науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 3: Юридична особа. Х.: Страйд.

хоча зустрічається і в деяких наукових публікаціях (наприклад, поширеним є словосполучення «підприємства малого та середнього бізнесу»).

Поняття «*підприємницька діяльність*» і «*бізнес*» не є тотожними, оскільки бізнес (від англ. business) — це справа, відповідно, бізнесмен (businessman) — ділова людина, людина справи, людина, що створює; підприємництво (від англ. — entrepreneurship або найбільш уживаний варіант — enterprise) — заповзятливість, сміливість, ініціатива.³⁷⁰

Смолин Г. В. зазначає, що *підприємництво* здійснюється у формі господарської діяльності та є її різновидом. Відповідно, ці поняття за змістом співвідносяться як *часткове з цілим і є нерівнозначними*. Тому *підприємництво* слід розглядати як підгалузь господарської діяльності, на яку поширюються загальні вимоги щодо регулювання, але з урахуванням її комерційного характеру.³⁷²

Погоджуємося із точкою зору В. М. Махінчука, який вважає, що *підприємництво* доцільно визначати як самостійну, ініціативну, систематичну, на власний ризик господарську діяльність, що здійснюється з метою отримання прибутку. *Підприємницька діяльність (підприємництво)* є одним із *видів господарської діяльності*, який характеризується такою ознакою, як наявність мети — отримання прибутку. Іншу частину обсягу поняття «господарська діяльність» відповідно до чинного господарського законодавства становить *некомерційна господарська діяльність*, яка не має на меті отримання прибутку. Таким чином, існує потреба в узгодженні понятійного апарату ГК України та *внесенні одноманітності* в позначення двох основних видів господарської діяльності шляхом використання термінів «*підприємницький*» і «*непідприємницький*» або ж «*комерційний*» і «*некомерційний*».³⁷³

³⁷⁰ Козаченко Г. В., Арзуманян А. С. (2019). Підприємництво та підприємницька діяльність: зміст категорій. *Вісник Житомирського державного технологічного університету. Серія: економіка, управління та адміністрування*, (2 (88), 28-35). URL: <http://ven.ztu.edu.ua/article/view/175106/175353>.

³⁷¹ Яремчук І. Л. (2014). Проблеми теорії і практики підприємництва в Україні. *Економічний аналіз*, (15/3, 256).

³⁷² Смолин Г. В. (2011). *Господарське право України*. Загальна частина: навч. посібн. Львів: ЗУКЦ.

³⁷³ Махінчук В. М. (2012). Розмежування понять господарської та підприємницької діяльності за законодавством України. *Університетські наукові записки*, 3, 97–103.

Як бачимо, інноваційність як характерна риса не міститься у цьому тлумаченні категорії «підприємницька діяльність».

Доцільно окреслити цінність ідеї щодо *інноваційного характеру підприємництва* Й. Шумпетера. На думку вченого, підприємці можуть здійснювати нові комбінації та бути активними *суб'єктами підприємництва*. Підприємець — це особливий тип схильних до інноваційної діяльності людей, які завжди становлять меншість. І він не обов'язково має право власності, однак його непостійна, принципово інноваційна і в силу цього творча діяльність відрізняє його від менеджера, що виконує переважно «запрограмовану» роботу. Принципова необхідність особливої підприємницької функції полягає у здійсненні *організаційно-господарської інновації*, або, дослівно, «нових комбінацій факторів виробництва». ³⁷⁴

У цілому ж, виходячи з технологічних компонентів економічного зростання, Й. Шумпетер в якості «нововведення» виділяв кілька цілей: «Виготовлення нового, тобто ще невідомого споживачам блага або створення нової якості того чи іншого блага. Впровадження нового, тобто цієї галузі промисловості ще практично невідомого, *методу (способу) виробництва*, в основі якого не обов'язково лежить нове наукове відкриття і який може полягати також у новому способі комерційного використання відповідного товару». ³⁷⁵

Дотепер у науковій літературі підтримується думка Й. Шумпетера, де у визначенні змісту категорії «підприємництво» вирішальна роль належить *новаторській функції*, завдяки якій по-новому поєднуються і використовуються ресурси.

Отже, у теорії підприємництва зміст категорії «підприємництво» тлумачиться по-різному, але поєднує наявні визначення її змісту визнання *інноваційного характеру підприємництва*. Тому, виходячи з цього визнання, *підприємництво* слід розглядати як *економічну категорію*, зміст якої відображає економічні відносини суспільства та економічних

³⁷⁴ Шумпетер Й. (1982). *Теория экономического развития*. М.: Прогресс.

³⁷⁵ Антипина Е. В. (2014). Инновационная концепция предпринимательства Й. Шумпетера: теоретические аспекты. *Вестник Российского экономического университета им. Г. В. Плеханова*, 10, 35.

агентів, пов'язані з пошуком, створенням і комерціалізацією інновацій, які є потужною рушійною силою розвитку економічної системи країни. Акцентування уваги у визначенні змісту категорії «підприємництво» на пошуку та *комерціалізації інновацій* має стати передумовою її операціоналізації у визначенні змісту поняття «підприємницька діяльність».

Доцільним видається виділення з *підприємницької діяльності* у наявному її тлумаченні тієї частини, якій дійсно *притаманна інноваційність* (пошук та комерціалізація інновацій) і позначення такої діяльності як венчурної. *Венчурна діяльність* (venture business) — це сфера підприємницької діяльності, пов'язана з реалізацією інновацій у вигляді ризикових проєктів, що виникла на підставі *поєднання фінансового та інноваційного підприємництва*. ³⁷⁶

У світовій практиці *венчурне підприємництво* передбачає розробку та впровадження нових технологій у виробництво і сферу послуг. При цьому *венчурна модель ведення підприємницької діяльності* зумовлює не лише первинне формування капіталу, але і його подальше використання для розвитку тієї чи іншої форми економічної співпраці.

Вивчення та аналіз означеної проблематики передбачає з'ясування і використання певної термінології, що пов'язано із вживанням категорій «інноваційний» і «венчурний». Іноді ці поняття ототожнюють, іноді — вважають різноплановими. Ці категорії не є синонімічними, оскільки вони: 1) співвідносяться як загальне і спеціальне, де інноваційна діяльність — перше, а венчурна — друге; 2) мають різну економічну природу (фінансова — в інноваційної, інтелектуальна — у венчурної діяльності); 3) мають різну мету (інноваційна — прибуток і соціальний ефект; венчурна — прибуток від участі як венчурного інвестора у статутному капіталі венчурної компанії (соціальний ефект може бути другорядним)).

Жорнокуй Ю. М. наполягає, що аналіз *венчурної діяльності за кордоном*, дозволяє говорити про цільову однорідність спрямування *венчур-*

³⁷⁶ Козаченко Г. В., Арзуманян А. С. (2019). Підприємництво та підприємницька діяльність: зміст категорій. *Вісник Житомирського державного технологічного університету. Серія: економіка, управління та адміністрування*, 2 (88), 28-35. URL: <http://ven.ztu.edu.ua/article/view/175106/175353>

ного та інноваційного підприємництва, що полягає в отриманні прибутку шляхом промислової реалізації передових технологій, незважаючи на те, що методи і засоби досягнення цієї мети різні. При цьому джерела інвестування венчурного підприємництва диверсифікуються в різних країнах від практично чисто приватних (через спеціально створені структури) до поєднання приватних і державних інвестиційних ресурсів.³⁷⁷

В Україні для визначення поняття «інноваційне підприємництво» слід виходити із ст. 48 ГК, у якій зазначено, що з метою створення сприятливих організаційних та економічних умов для розвитку підприємства органи влади на умовах і в порядку, передбачених законом стимулюють модернізацію технології, інноваційну діяльність, освоєння підприємствами нових видів продукції та послуг.

Отже, якщо суб'єкти господарювання можуть здійснювати інноваційну діяльність, то, відповідно, господарська діяльність, що здійснюється в умовах інноваційної діяльності, — це інноваційне підприємництво.

5.4.4. «Інноваційний продукт» та «інноваційна продукція» як результати інноваційної діяльності. Незважаючи на активне обговорення серед науковців питань, які стосуються інноваційного розвитку, не набули чіткого розмежування такі основні поняття, як *інноваційний продукт* та *інноваційна продукція*, які можуть бути *результатами інноваційної діяльності*.

Інноваційна продукція — нові конкурентоздатні товари чи послуги, що відповідають вимогам, установленим у ст. 1 Закону «Про інноваційну діяльність».

Дефініції *інноваційного продукту* та *інноваційної продукції* як фінальних результатів інноваційної діяльності також визначені у ст. 1 Закону «Про інноваційну діяльність», згідно з якою результатом науково-дослідного інноваційного проекту є *інноваційний продукт* — ре-

³⁷⁷ Жорнокуй Ю. М. (2020). «Інноваційна діяльність» та «венчурне підприємництво»: співвідношення понять та їх сутність. *Реформування правової системи в контексті євроінтеграційних процесів*: збірник матеріалів IV Міжнар. науково-практ. конф.: у 2-х ч. (21–22 травня 2020 р., м. Суми,.). Суми: СумДУ, 2020. Ч. 1, 233–237.

зультат науково-дослідної та (або) дослідно-конструкторської розробки, що відповідає вимогам, установленим цим Законом, а відповідно, результатом *підприємницького інноваційного проекту* є *інноваційна продукція* — нові конкурентоздатні товари чи послуги, що відповідають вимогам, установленим цим Законом.

Як бачимо з наведених понять, *інновації* становлять собою *технології, продукцію або послуги*, а також організаційно-технічні рішення як щось завершене чи *кінцевий результат*.

Інноваційний продукт фактично є проміжним об'єктом між новим рішенням, ідеєю та результатом від її впровадження — власне інновацією. Інноваційний продукт створюється та існує на стадії дослідно-конструкторських робіт, оскільки виникає в результаті проведення комплексу науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт для з'ясування, створення умов і надання необхідної форми для втілення ідеї, доведення розробки до впровадження.

За законодавчим підходом, *об'єктом інноваційного продукту* можуть бути лише *технологія* або *продукція*. Ані послуги, ані організаційно-технічні рішення не включені до складу зазначеного поняття. Крім того, такий продукт має відповідати низці вимог (умов), а саме повинен: а) бути результатом науково-дослідної та (або) дослідно-конструкторської розробки; б) супроводжуватися виготовленням експериментального зразка чи дослідної партії; в) мати в якості визначального елемента певний об'єкт права інтелектуальної власності (винахід, корисна модель, промисловий зразок, топографія інтегральної мікросхеми, селекційне досягнення, відкриття тощо); г) бути результатом упровадження, реалізації об'єкта права інтелектуальної власності; ґ) мати на застосований об'єкт права інтелектуальної власності державний охоронний документ установленого зразка або ліцензію від його правоволодільця; д) вироблятися у країні вперше або, якщо не вперше, порівняно з іншими аналогічним продуктом, представленим на ринку, бути конкурентоспроможним і мати суттєво вищі техніко-економічні показники.³⁷⁸

³⁷⁸ Атаманова Ю. Є. (2013). Об'єкти інноваційної діяльності: загальна характеристика, види, ознаки. *Правове регулювання інноваційних відносин*: кол. монографія: Харків: Юрайт, Розд. 2.

За ст. 14 Закону України «Про інноваційну діяльність» *інноваційний продукт* є реалізацією (впровадженням) об'єкта інтелектуальної власності (винаходу, корисної моделі, промислового зразка, топографії інтегральної мікросхеми, селекційного досягнення тощо), на які виробник продукту має державні охоронні документи (патенти, свідоцтва) чи отримані від власників цих об'єктів інтелектуальної власності ліцензії, або реалізацією (впровадженням) відкриттів. При цьому використаний об'єкт інтелектуальної власності має бути визначальним для цього продукту.

Отже, у цій статті визначається умова про наявність об'єкта права інтелектуальної власності у складі *інноваційного продукту*.

Об'єкти інноваційної діяльності систематизовані у ст. 4 Закону України «Про інноваційну діяльність» у вигляді: інноваційних програм, інноваційних проєктів, нових знань, інтелектуальних продуктів, виробничого обладнання і процесів, інфраструктури виробництва та підприємництва, організаційно-технічних рішень, сировинних ресурсів, засобів їх видобування і переробки; товарної продукції та механізму формування споживчого ринку і збуту товарної продукції. Зазначимо, що *об'єкти інноваційної діяльності* поєднує те, що кожний об'єкт має ознаку «інноваційності» або «новизни».

Як було зазначено вище, *об'єктами інновації* можуть бути вдосконалені конкурентоздатні *технології, продукція або послуги*, які не мають «новизни», а також організаційно-технічні рішення виробничого, адміністративного, комерційного чи іншого характеру, що істотно поліпшують структуру та якість виробництва та (або) соціальної сфери, які не можуть бути *об'єктом інноваційного продукту*.

Технологія як об'єкт інновації є однією з найбільш застосовуваних на практиці.

За ст. 1 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»³⁷⁹ технологія — це результат інтелектуальної діяльності, сукупності систематизованих наукових знань, технічних, організаційних та інших рішень про перелік, строк, порядок і послі-

³⁷⁹ Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій: Закон України № 143-V. (2006). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/143-16#Text>

довність виконання операцій, процесу виробництва та/або реалізації і зберігання продукції, надання послуг.

Технологія — це синтезований об'єкт права інтелектуальної власності, в основу якого покладено систему її окремих базових елементів, що за рахунок спроможності функціонально втілюватись у виробничий процес набуває якостей інноваційного продукту, особливого роду нематеріального активу, об'єкта господарського обороту і дозволяє визначити її як *об'єкт господарсько-правового регулювання*.³⁸⁰

Отже, *технологія* пов'язана з її матеріальним вираженням — обладнанням, устаткуванням, приладами та механізмами, в яких вона знаходить свій прояв. Відповідно, обладнання та матеріали стають допоміжним елементом у переданні високотехнологічних *продуктів і послуг*.

Досліджуючи правові аспекти *співвідношення технології та інноваційного продукту*, можна дійти висновку, що, по-перше, відповідно до чинного законодавства технологія може бути реалізована як інноваційний продукт. По-друге, технологія належить до самостійного об'єкта правового регулювання, який може бути як використаний самим розробником (творцем) технології, так і наданий іншим суб'єктам господарювання, в тому числі суб'єктам інноваційної діяльності, на умовах використання чи повного передання прав на неї.

Водночас *технологію* можна визначити як один з інноваційних об'єктів поряд з інноваційним продуктом. І хоча технологія має багато спільних ознак з *інноваційним продуктом* (наявність у своєму складі об'єктів права інтелектуальної власності, результатів робіт, складність форми), але будь-яка технологія може існувати сама по собі, тобто поза інноваційним процесом.

З моменту подальшої розробки технологія з метою практичного втілення може бути перетворена на інноваційний продукт і набути додаткових ознак, які наводяться щодо нього у ст. 14 Закону «Про інноваційну діяльність».

Інакше кажучи, та чи інша технологія може через вжиття заходів щодо практичного впровадження, з дотриманням умов, зазначених у

³⁸⁰ Давидюк О. М. (2009). Технологія як об'єкт господарсько-правового регулювання: дис. канд. юрид. наук: 12.00.04. Харків.

цьому Законі щодо провадження інноваційної діяльності в Україні, може набути додаткових характеристик і перетворитися на інший самостійний об'єкт господарських правовідносин — інноваційний продукт, завдяки схожості внутрішньої природи інноваційного продукту і технології.

При цьому початком створення такого інноваційного об'єкта, як *інноваційний продукт*, вважатиметься момент прийняття рішення про впровадження технології або *науково-технічної продукції* у виробництво конкретного інноваційного продукту. Крім того, початковим кроком з упровадження технології повинна стати розробка інноваційного проєкту — комплексу документів, що визначає процедуру і комплекс усіх необхідних заходів щодо створення та реалізації інноваційного продукту і (або) інноваційної продукції, розробка та державна реєстрація якого є обов'язковою умовою отримання спеціального режиму інноваційної діяльності. Інноваційний проєкт визначатиме процедуру, заходи зі створення майбутнього інноваційного продукту, міститиме аналітичну інформацію з технічних, технологічних, організаційних параметрів упровадження нової технології, *науково-технічної продукції*. Крім того, під час виконання цього проєкту будуть проводитися фінансові, правові, патентно-пошукові, маркетингові роботи, наводиться техніко-економічні обґрунтування та розрахунки можливих ризиків, вирішуватиметься питання розподілу прав інтелектуальної власності на майбутній інноваційний продукт.

Окрім стадії проєктування та планування, випуску *інноваційного продукту* передують стадія проведення науково-дослідних і (або) дослідно-конструкторських робіт, а також інших видів робіт. Цей етап є свого роду підготовкою до інженерних робіт, конструювання, випробування макетів, експериментальних і дослідних зразків в умовах, що імітують реальні умови експлуатації та застосування продукції.

Після успішного виконання попередніх стадій відбувається налагодження експериментального виробництва та виготовлення дослідних партій продукції, підготовка технічної документації, специфікацій, інструкцій, стандартизація та сертифікація дослідних партій (зразків) на відповідність їх вимогам безпеки, охорони здоров'я населення чи природи.

Таким чином, після проходження цих *етапів* технологія набуває додаткових характеристик і перетворюється на *інноваційний продукт*.³⁸¹

5.4.5. Комерціалізація результатів наукових досліджень та розробок і трансфер технологій як процеси інноваційної діяльності. Як було зазначено вище, завершальним етапом *інноваційної діяльності* як процесу є *реалізація* конкурентоспроможних виробів (робіт, послуг), технологій, пов'язана з *комерціалізацією* результатів наукових досліджень і розробок як активною реалізацією у промислових масштабах із метою підвищення прибутку підприємства.

І це підтверджує поняття *інноваційної діяльності*, надане у ст. 1 Закону України «Про інноваційну діяльність»: діяльність, яка спрямована на *використання і комерціалізацію результатів наукових досліджень та розробок* і зумовлює випуск на ринок нових конкурентоздатних товарів і послуг.

Терміни «комерціалізація результатів науково-технічну діяльність», «комерціалізація науково-технічних розробок», «комерціалізація НДДКР», тобто комерціалізація результатів будь-якої *фази інноваційного процесу*, все частіше використовується фахівцями в інноваційній та науково-освітніх сферах. Сенс цих термінів може розглядатися в діапазоні від теоретичних досліджень до практичного досвіду фахівців. Разом з тим фокус дефініції «комерціалізація» є взаємним переплетенням двох термінів, а саме: реалізації та комерції, тобто реалізації на комерційній основі. Загальне трактування визначає *комерціалізацію* як реалізацію на комерційній основі створеного продукту в різних видах і формах із метою отримання прибутку.³⁸²

У господарській діяльності *комерціалізація інтелектуальної власності* в Україні залишається ще на низькому рівні, що пов'язано з не-

³⁸¹ Адамюк Д. І. (2015). Поняття технології: встановлення змісту та співвідношення з іншими суміжними поняттями. *Право та інноваційне суспільство*, 1, 34–41. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/pric_2015_1_6.

³⁸² Владыка М. В. (2009). Коммерциализация результатов научно-технической деятельности вузов: цели, формы, проблемы. *Университетское управление: практика и анализ*, 5, 54–63.

дооцінюванням інтелектуальної власності в *інноваційній діяльності* як головного важеля *оновлення виробництва, технологій*, отримання нової за своїми якостями продукції тощо. Це зумовлено тим, що розробники погано розуміють домінанти ринку, потреби споживача, у них немає досвіду технологічного *підприємництва*.

У сучасному економічному просторі «комерціалізацію» визначають як процес, пов'язаний із практичним *використанням результатів наукових досліджень* і розробок із метою *введення на ринок нових або поліпшених товарів, послуг чи процесів з отриманням комерційного ефекту*. Вона, як правило, починається там, де *наукові дослідження* вже в основному завершені та є *певний продукт або послуга*, які мають властивості й переваги, що є цінними для комерційних споживачів.

Комерціалізація може набувати *трьох основних форм*: запуск нового бізнес-проєкту для комерційного використання технології; продаж ліцензії на використання технології наявного бізнесу; експлуатація технології через надання послуг, включаючи технічне консультування, аналітичні та експертні послуги, а також дослідження за контрактами.

Припускаємо, що можна виокремлювати *комерціалізацію інновацій*. Це діяльність із продажу або сприяння продажу *інноваційних товарів та послуг*.³⁸³

При цьому *суб'єктами комерціалізації інновацій* є: великі компанії, у тому числі транснаціональні компанії (ТНК), зацікавлені в інноваціях для вдосконалення своєї діяльності або виходу на ринок із новим товаром; великі та середні компанії, що орієнтуються на ринок своєї країни; венчурні компанії та фонди; приватні інвестори; спеціалізовані банки.³⁸⁴

Отже, *комерціалізація інноваційних продуктів* — скоординоване виконання *всіх процесів*, які необхідні для реалізації інноваційних продуктів від стадії розвитку до впровадження як результату науково-дослідної та (або) дослідно-конструкторської розробки, а *комерціалізація*

³⁸³ Дорофеева В. В. (2010). Проблема коммерциализации инновационных разработок предприятий Сибирского региона. *Известия ИГЭА*, 5 (73), 57.

³⁸⁴ Бутко М. П. (2015). Комерціалізація результатів науково-технічної діяльності в умовах поглиблення інтеграційних процесів. *Проблеми і перспективи економіки та управління*, 1, 7–20.

інноваційної продукції — механізм створення ринкових товарів із результатів інтелектуальної сфери діяльності.³⁸⁵

Зауважимо, що якщо «комерціалізацію» розглядати як процес, пов'язаний із практичним *використанням результатів наукових досліджень* і розробок, то виокремлюють *комерціалізацію: технологій; інновацій; процесу створення результатів інноваційної діяльності; результатів інноваційної діяльності*.

Комерціалізацію можна розглядати як процес, пов'язаний із практичним *використанням результатів наукових досліджень і розробок*, які можуть бути використані з метою отримання прибутку. Так, на думку В. Г. Зінова, найбільш ефективним способом просування результатів НДДКР (науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи) у практику є взаємовигідна комерційна взаємодія всіх учасників *перетворення наукового результату* на ринковий товар. У ньому всі учасники *інноваційного процесу* — вчені та розробники, виробники, інвестори — економічно зацікавлені, тобто мають високу мотивацію у швидкому досягненні комерційного успіху від використання інновацій. Такий спосіб отримав назву «комерціалізація результатів наукових досліджень і розробок».³⁸⁶

Фірсова С. А. та Леора С. Н. вводять у поняття «комерціалізація» словосполучення «механізми реалізації інноваційного циклу», тобто виробничо-господарські зв'язки як організаційні форми і методи доведення результатів наукового дослідження до продуктивного використання. *Комерціалізація результатів наукових досліджень* означає *залучення їх в господарський оборот*³⁸⁷ в якості нового або вдосконаленого продукту, послуги, технології виробництва, способу виконання робіт.³⁸⁸

³⁸⁵ Косчик Р. С. (2012). Комерціалізація інноваційної продукції: сутність, значення та принципи здійснення. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*, 727, 320–328.

³⁸⁶ Зинов В. Г. (2000). *Интеллектуальные ресурсы. Интеллектуальная собственность. Интеллектуальный капитал*: монография. М.: АНХ.

³⁸⁷ Детальніше про господарський оборот Див.: Безух О. В. (2016). Господарський (комерційний) та цивільний обороти: сутність та відмінності в умовах ринкової економіки. *Приватне право і підприємництво*. 2016, 16, 35–41. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Prip_2016_16_4.

³⁸⁸ Фирсова С. А., Леора С. Н. (2008). Коммерциализация результатов исследований и разработок: алгоритмы и решения. *Вестн. ИНЖЕКОНа. Сер. Экономика*, 2 (21), 207.

Створення нового знання відбувається у процесі проведення досліджень та розробок і може бути представлено у вигляді трьох етапів. Перший етап — створення нового знання (фундаментальні дослідження, прикладні дослідження); другий етап — пошук джерел фінансування; третій етап — укладання договорів на виконання досліджень і надання послуг. Важливо зазначити, що перший етап (створення нового знання) є основним, що створює цінність, другий — керуючим, а третій — допоміжним.

Однак здійснення наведених етапів з точки зору комерціалізації має сенс тільки за наявності факту укладення договору, зокрема, договору на створення науково-технічної продукції.

При цьому комерціалізація результатів дослідного процесу може здійснюватися у різних формах:

- наукові дослідження і розробки, що виконуються на замовлення, в тому числі держави або міжнародних організацій;
- консалтинг — діяльність щодо вдосконалення технології та організації виробництва, експертиза за договорами з організаціями;
- трансфер — процес передання (продажу, обміну) належним чином структурованих знань, які мають достатньою повнотою знань, який має на меті організацію виробництва конкурентоспроможної продукції, яка відповідає ринковим потребам;
- навчальна і видавнича діяльність.³⁸⁹

Найбільш перспективною формою комерціалізації результатів наукових досліджень і розробок є доведення отриманих наукових результатів до досвідченого або серійного виробництва. Трансфер результатів, отриманих на дослідницькій стадії, безумовно, можливий, але недостатньо переконливий для споживачів та інвесторів. Для полегшення сприйняття споживачем можливостей нової техніки або технології вона повинна бути доведена до створення хоча б одиничного зразка, який наочно демонструє споживчі та експлуатаційні властивості нового продукту.³⁹⁰

³⁸⁹ Філіппова С.В. (2012). *Документальне забезпечення поетапного аналізу процесу комерціалізації науково-дослідної діяльності ВНЗ*: монографія. Донецьк: Вид-во «Ноулідж».

³⁹⁰ Владыка М. В. (2009). Коммерциализация результатов научно-технической деятельности вузов: цели, формы, проблемы. *Университетское управление: практика и анализ*, 5, 54–63.

Порівнюючи такі правові категорії, як *трансфер технологій та комерціалізація*, зазначаємо, що *трансфер технологій* є процесом, що передбачає передання технології шляхом оформлення договору трансферу технологій і передання та освоєння інформації про інновацію за умови участі автора винаходу (корисної моделі, промислового зразка), реалізатора інформації та кінцевого споживача продукції, виготовленої за допомогою нової технології, а *комерціалізація* — це процес перетворення результатів науково-технічної та інноваційної діяльності на товар із їх подальшою реалізацією, що пов'язаний із практичним використанням результатів наукових досліджень і розробок.³⁹¹ При цьому трансфер технологій і комерціалізація технологій — це різні процеси, які можуть як існувати окремо один від одного, так і бути пов'язані один з одним, якщо в результаті трансферу технологій з'являється можливість для комерціалізації.³⁹²

Процес трансферу є ширшим і більш загальним, ніж процес комерціалізації, оскільки здійснює передання об'єкта до споживача і за наявності комерційної складової, і без неї. Комерційна складова при трансфері технологій часто відсутня тоді, коли впроваджуються соціальні та екологічні новації. Трансфер завершує процес комерціалізації результатом — фактом купівлі-продажу.³⁹³ Отже, доцільно сприймати трансфер технологій і комерціалізацію технологій як різні процеси інноваційної діяльності.

Оскільки передумовами розвитку господарських договірних відносин у сфері інноваційної діяльності є посилення економічних процесів, збереження конкурентоспроможності підприємств, регулятором яких є договір, то запорукою урегулювання правовідносин, за яким пере-

³⁹¹ Розгон О. В. (2020). Трансфер технологій та комерціалізація технологій як частини інноваційного процесу. *Стратегічні пріоритети розвитку економіки, обліку, фінансів та права в Україні та світі*: збірник матеріалів Міжнар. наук. інтернет-конф. (23 січня 2020 року, м. Полтава), 53–54

³⁹² Розгон О. В. (2019). Предмет договору про передачу ноу-хау як виду договору у сфері трансферу технологій. *Право та інновації*, 2, 29–34. URL: <http://pti.org.ua/index.php/ndipzir/article/view/530>

³⁹³ Плахотнік О. О. (укл.). (2017). *Трансфер технологій*: конспект лекцій з дисципліни для здобувачів вищої освіти другого (магістерського) рівня усіх спеціальностей. Кам'янське: ДДТУ.

даються майнові права на технологію або її складові, є договір про трансфер технологій.³⁹⁴

Отже, правові відносини, які виникають у процесі трансферу технологій, оформлюються шляхом укладання двосторонніх або багатосторонніх договорів.

У ч. 1 ст. 20 Закону «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» зазначено, що під час *передання (трансферу) технологій* укладаються договори, визначені ЦК України щодо *розпорядження майновими правами інтелектуальної власності*.

У ч. 1 ст. 1107 ЦК закріплено невичерпний перелік *видів договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності*:

- ліцензія на використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- ліцензійний договір;
- договір про створення за замовленням і використання об'єкта права інтелектуальної власності;
- договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності;
- інший договір щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності.

Відповідно до ст. 1107 ЦК *формами розпорядження майновими правами* є: надання ліцензії (дозволу) на використання об'єкта; передання (відчуження) виключних майнових прав інтелектуальної власності.

До першої форми *розпорядження виключними правами* належать надання ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності та ліцензійний договір. Друга форма виражається в укладенні *договору про передання (відчуження) виключних майнових прав* інтелектуальної власності.³⁹⁵

³⁹⁴ Розгон О. В. (2020). Правова природа обмежень прав, які передаються за договором про трансфер технологій. 25 років становлення Сумської філії Харківського національного університету внутрішніх справ: славетна історія та горизонти майбутнього: збірник матеріалів Міжнар. науково-практич. конф. (21–22 лютого 2020 року, м. Суми), 57.

³⁹⁵ Булеца С. Б., Чепис О. І. (ред) (2019). *Право інтелектуальної власності*: підручник. Ужгород: РІК-У.

Амангельди А. А. пропонує з метою побудови системи *договорів у сфері інтелектуальної власності* використати загальноприйнятий критерій цільової спрямованості, оскільки він найбільш повно відображає як сутність самих договорів, так і їх зміст. Система договорів у сфері інтелектуальної власності виглядає таким чином: 1) договори про *створення об'єктів інтелектуальної власності* (договори авторського замовлення, договори про створення службових творів, договори щодо НДДКР ((науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи)); 2) договори про *надання прав на об'єкти інтелектуальної власності* (ліцензійні, франчайзинг, з передання авторських прав); 3) *забезпечувальні договори* (застава виключних прав); 4) договори про *надання послуг щодо виключних прав* (договір довірчого управління виключними правами); 5) договори про *відчуження виключних прав* (договір уступки виключних прав).³⁹⁶

Але, на думку Б. М. Падучак, *складовими технологій* є не лише об'єкти права інтелектуальної власності, але й наукові та науково-прикладні результати і ноу-хау (п. 10 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»). Таким чином, є некоректним визначення видів договорів про трансфер технологій лише через види договорів щодо *розпорядження майновими правами інтелектуальної власності*. Тому вона пропонує таку *класифікацію договорів у сфері трансферу технологій*, в основі якої лежить критерій спрямованості на реалізацію майнових прав на технологію.

Так, усі договори, які *опосередковують відносини у сфері трансферу технологій*, можна *поділити на дві самостійні групи*: 1) договори, які безпосередньо опосередковують відносини у сфері трансферу технологій (реалізацію майнових прав на технологію); 2) договори, які побічно опосередковують відносини у сфері трансферу технологій (реалізацію майнових прав на технологію).

Першу групу складають договори, безпосереднім предметом яких є наукові та науково-прикладні результати, об'єкти права інтелектуальної власності, ноу-хау. Зазначені договори прямо пов'язані з процесом

³⁹⁶ Амангельди А. А. (2010). *Договори в сфері інтелектуальної власності по законодательству Республики Казахстан*: монографія. Алматы: ИЦ ОФ Интерлигал.

трансферу технологій, тобто з реалізацією майнових прав на технологію. До них належать: договір про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності, ліцензійний договір, договір комерційної концесії (франчайзингу), договір про надання ноу-хау.

До *другої групи* належать договори, які хоч і містять елемент передавання технологій, але все ж таки повністю не спрямовані на визначення порядку використання об'єкта трансферу. Інакше кажучи, основна мета цих договорів не пов'язана з реалізацією майнових прав інтелектуальної власності на технології. До цієї групи слід віднести, зокрема, договір щодо внесення майнових прав інтелектуальної власності на технологію як вкладів до статутного (складеного) капіталу господарських товариств, договір щодо передання (купівлі-продажу) єдиного майнового комплексу (якщо технологія вже втілена в основні фонди підприємства), договір оренди або лізингу складових технологій, договір застави (майнових прав на технологію), договір про надання послуг (консультування тощо), договір про спільну діяльність (договір простого товариства).³⁹⁷

Оскільки *трансфер технологій* — це передача технології, що оформляється шляхом укладення між фізичними та/або юридичними особами двостороннього або багатостороннього договору, яким установлюються, змінюються або припиняються майнові права та обов'язки щодо технології та/або її складових (ст. 1 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій»), то, відповідно, *сторонами цього договору* є фізичні та/або юридичні особи.

Відповідно до п. 3 ст. 3 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» *суб'єктами трансферу технологій* є фізичні особи, що *безпосередньо беруть участь у створенні, трансфері та застосуванні технологій та/або їх складових, надають* необхідні для цього інформаційні, фінансові та інші послуги на всіх стадіях просування технологій та/або їх складових на ринок.

³⁹⁷ Падучак Б. М. (2011). Щодо питання класифікації договорів у сфері трансферу технологій. *Часопис Київського університету права*, 2, 189–191. URL: http://ku.kiev.ua/images/chasop/2011_2/189.pdf.

Трансфер технологій становить собою процес передання, обміну технології як об'єкта товарного обороту. За своєю правовою природою *договір трансферу технологій* може бути одностороннім, але частіше існує як універсальна категорія з безліччю осіб: дво-, багатосторонній. Загіршевою Н. В. доведено, що *стороною господарського договору у сфері трансферу технологій* є суб'єкт господарювання. Науковицею досліджено правову природу фізичної особи і доведено, що вона не може бути стороною за господарським договором трансферу технологій. Крім цього, аргументовано доцільність вважати суб'єктом трансферу технологій і стороною господарського договору зазначеної сфери *фізичну особу-підприємця*. Єдиним винятком у сфері трансферу технологій, згідно з яким *фізична особа* реалізує свої права, є створення спільних підприємств. Засновником (учасником) підприємства може бути фізична особа. Отже, правовий аналіз законодавства про трансфер технологій свідчить про використання поняття «фізична особа» та «фізична особа-підприємець».

Оскільки *стороною договору трансферу технологій* є фізична особа — підприємець, то чи може ця особа володіти майновими правами на технологію за цим договором?

За напрямками удосконалення відчуження *майнових прав на технологію* за господарським договором: 1) момент відчуження майнових прав на технологію — це момент волевиявлення сторін, що підтверджується фактичним укладенням господарського договору; 2) суб'єкт, який отримує право на технологію, набуває правомочностей володіння, користування та розпорядження щодо технології, всіх її складових частин і майна, в якому технологія об'єктивована одночасно. Отже, доцільно вважати *власником майнових прав на технологію* суб'єкта господарювання.³⁹⁸

Відповідно, хоча правовий аналіз законодавства про трансфер технологій свідчить про використання понять «*фізична особа*», наприклад, автор, винахідник, які можуть належати до фізичних осіб, що беруть участь у створенні технологій та/або їх складових, і «фізична

³⁹⁸ Загіршева Н. В. (2018). *Господарський договір у сфері трансферу технологій*: дис. канд. юрид. наук: 12.00.04. Київ.

особа-підприємець», однак сторонами господарського договору у сфері трансферу технологій є суб'єкти господарювання, тобто фізичні особи-підприємці.³⁹⁹

У п. 3 ст. 3 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій» як суб'єкти трансферу технологій визначені *юридичні особи, що створюють та/або використовують технології та/або їх складові* та яким належать або передаються майнові права на використання об'єктів права інтелектуальної власності, що є складовими технологій. Вважаємо, що суб'єкти, зазначені у цій частині, є суб'єктами як *публічно-правової, так і приватно-правової сфери трансферу технологій*.

Найбільш ефективними учасниками інноваційного процесу, суб'єктами інноваційної діяльності та суб'єктами *трансферу технологій* є технопарки, бізнес-інкубатори, акселератори, індустріальні парки тощо.

Діяльність таких структур спрямована на створення сприятливих умов для *ефективної діяльності інноваційних підприємств*, що спеціалізуються на розробленні та реалізації інноваційних бізнес-ідей. *Головне призначення таких структур* – створення сприятливих умов для діяльності інноваційних підприємств шляхом тимчасового забезпечення виробничими площами, матеріально-технічними засобами, дослідницьким приладдям, консалтинговими послугами.⁴⁰⁰

Зауважимо, що відносини між суб'єктами інноваційної діяльності щодо *передання* (використання, реалізації) об'єктів інновацій у *підприємницькій сфері* з метою отримання прибутку (доходу) на базі *цивільно-правових і господарських договорів* слід відносити до *приватних відносин*.⁴⁰¹ При цьому *приватний інтерес* суб'єкта господарювання інноваційної моделі економіки виражається в: отриманні максималь-

³⁹⁹ Розгон О. В. (2020). Фізичні особи, які безпосередньо беруть участь у створенні, трансфері та застосуванні технологій та/або їх складових. *Право та інновації*, 1(29), 14–21. 2

⁴⁰⁰ Колісниченко П. Т. (2017). Інноваційна діяльність підприємств малого та середнього бізнесу в Україні: тенденції та перспективи. *Проблеми системного підходу в економіці*, 4 (60), 48.

⁴⁰¹ Симсон О. Э. (2015). *Инновационные и инвестиционные правоотношения: перспективы развития публичной и частной сферы*: монографія. Киев: Издательский дом «Ін Юре».

ного рівня *прибутку* за рахунок мінімальної кількості використаних ресурсів, що досягається через *інтенсивний процес виробництва*, в основу якого покладено технологію; упевненості правової охорони та захисту об'єктів інтелектуальної власності, що є основою технології, та технології як такої.⁴⁰²

Наразі *інновації у підприємницькій діяльності* стають головним засобом збереження конкурентоспроможності інноваційних підприємств, що стимулює їх вивчати *досвід інноваційного розвитку успішних підприємств* із необхідністю активізації інноваційної діяльності.

Поряд із проблемами *практичної реалізації інноваційного розвитку* існує також *недостатня розробка теоретичних питань* підвищення ефективності виробництва на інноваційних засадах, методів адаптування підприємств до економічних процесів, які відбуваються у країні. Складність проблеми полягає в тому, що просте накопичення *науково-технічного потенціалу* в будь-яких масштабах автоматично *не перетворюється на інноваційний процес*.

Інноваційні процеси мають бути спрямовані на новостворення або вдосконалення конкурентоспроможності технології, продукції або послуг, а також на використання і комерціалізацію результатів наукових досліджень і розробок організаційно-технічного або іншого характеру, що істотно поліпшують структуру та якість виробництва і соціальної сфери.⁴⁰³

Інноваційний розвиток підприємницької діяльності стає об'єктивною необхідністю. Відповідно, розроблення і впровадження *інновацій на підприємстві* дають змогу отримати такі *результати*: підвищення продуктивності праці; забезпечення безперервного і стабільного виробничого процесу, збільшення рівня ресурсозбереження; зниження трудомісткості на одиницю продукції; покращення ефективності вико-

⁴⁰² Загришева Н. В. (2013). Характеристика публичных и частных интересов сферы трансфера технологий. «*Legea si viata*» («Закон и Жизнь»). Международный научно-практический журнал (Молдова), 12/3, 84.

⁴⁰³ Пашенко І. Н., Чернобай Л. І. (2006). Інновації як основа розвитку підприємництва. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: Електроніка: зб. наук. пр.], Львів: Вид-во Нац. ун-ту «Львів. політехніка», 199–204. URL: http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/34077/1/44_199-204.pdf.

ристання обладнання; дифузія і трансфер технологічних інновацій,⁴⁰⁴ а розроблення та комерціалізація інновацій мають забезпечуватися кваліфікованим персоналом у сфері наукової і науково-технічної діяльності. Проте за умов занепаду національної економіки, недостатньої державної підтримки щодо фінансування науково-технічних програм *інноваційна діяльність великих підприємств* вкрай обмежена.⁴⁰⁵

Слід констатувати, що сучасний стан інноваційної діяльності є *наслідком відсутності* стратегічного бачення та послідовної державної політики щодо переведення України на *інноваційний шлях розвитку*, цілісної національної інноваційної системи, призначення якої — створення *інноваційних продуктів (процесів)* та їх швидке виведення на ринок (впровадження). Наявні в Україні структурні елементи національної інноваційної екосистеми і *нормативно-правове поле їх функціонування не вибудовані* в єдину конструкцію, тому результати діяльності цих елементів поодинокі та не мають синергетичного ефекту, який має полягати у *збільшенні ефективності* національного виробництва товарів (послуг) і посиленні їх конкурентоспроможності за рахунок *широкомасштабного впровадження результатів наукових досліджень і науково-технічних (експериментальних) розробок*.

Таким чином, для сталого розвитку держави необхідно забезпечити сприятливі умови для утворення та функціонування *інноваційно активних підприємств*, розвитку національної інноваційної екосистеми, залучення вітчизняних та іноземних інвесторів.

Відповідно, для побудови інноваційної економіки з *розвинутим підприємництвом*, інноваціями і високою продуктивністю виробництва в Україні як державі, яка має великий інтелектуальний потенціал, важливою є співпраця між усіма учасниками *інноваційного процесу*, які сприяють інноваціям на всіх етапах створення і виведення інноваційного продукту на ринок.

⁴⁰⁴ Міщенко Я. О. (2010). Аналіз розвитку інноваційної діяльності малих підприємств. *Інвестиції: практика та досвід*, 3, 20.

⁴⁰⁵ Колісниченко П. Т. (2017). Інноваційна діяльність підприємств малого та середнього бізнесу в Україні: тенденції та перспективи. *Проблеми системного підходу в економіці*, 4 (60), 48.

Розділ 6.

ЗАХИСТ СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

Вступ

Зважаючи на складну структуру економічних і соціальних прав, зокрема їх доведення у судовому порядку (*justification*), у цій частині посібника буде дана коротка характеристик соціально-економічним правам, їх забезпечення конституційною юстицією через економічний аналіз права та його ціннісний вимір, а також вироблені підходи у їх захисту Європейським судом з прав людини. Для цього буде здійснено декілька загальних зауваг, які стосуються природи гідності людини, соціальної державності та природи позитивних обов'язків держави.

6.1. Природа та характеристика соціально-економічних прав людини⁴⁰⁶

(Михайло Савчин)

У структурі соціально прав, на відміну від прав економічного характеру, робиться акцент на позитивних обов'язках держави. Водночас, на відміну від класичних, ліберальних прав, економічні права хоча і є також негативними по суті (тобто для їх здійснення має бути мінімізоване державне втручання), однак від них критично залежить інфраструктура ринку та соціальна інфраструктура. Наприклад, право власності імпліцитно включає обов'язок сплачувати податки, які є ніщо іншим як інструментом алокації ресурсів, зокрема на розвиток соціальної інфраструктури. У свою чергу, як свідчить боротьба із пандемією

⁴⁰⁶ При огляді прав соціально-економічного характеру використано матеріали мого підручника: Савчин М. (2020) *Порівняльне конституційне право*. Київ: ВАІТЕ.

COVID-19, ринкові інструменти на кшталт вільної конкуренції та відкритості ринку не є ефективними для відповідної алокації ресурсів, збору та обробки інформації (зокрема, що щеплення чи необхідності медичних препаратів чи устаткування або організації логістики), прикладом чого є доволі проблемна інфраструктура медичного забезпечення у США з огляду на соціетальний інтерес.

6.1.1. Право власності. У ліберальній конституційній традиції право власності вважається засадничим правом, яке гарантує приватну автономію індивіда. Попри дискусійний характер цієї тези з методологічних міркувань, вона є доволі поширеною у сучасному конституціоналізмі. Право власності базується на свободі договору, яка передбачає мінімальне втручання держави у процес переходу власності і передбачає обов'язок держави забезпечувати належне виконання зобов'язань. У справі *Lochner v. New York* Верховний суд штату Нью-Йорку визнав порушення свободи договору положень акту легіслатури штату, яким вводилося обмеження тривалості робочого часу для пекарів. Суд вказав, що це є «необґрунтоване, непотрібне та довольне втручання у право та свободу особи укладати контракт»⁴⁰⁷. Однак пізніше такий лібертаріанський підхід був змінено. У 1934 році Верховний суд вирішив у *Nebbia v. New York*⁴⁰⁸ підкреслив, що не існує конституційного фундаментального права на свободу договору. У 1937 р. Верховний суд у справі *West Coast Hotel Co. v. Parrish*⁴⁰⁹ здійснив перегляд такого прецеденту (overruling) і ознаменував кінець ери Лохнера, відкинувши ідею, що свобода договору повинна бути необмеженою.

і) *Обсяг права власності.* Розуміння сутнісного змісту права власності зазнав своє еволюції від концепту *laissez-faire* до певних соціетальних концептів, згідно з якими на власника також накладаються певні обов'язки у силу нерівномірного характеру розподілу майна на ринку. Прикладом ліберального підходу, згідно з яким передбачається мінімальне втручання держави у здійснення права власності є позиція

⁴⁰⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁴⁰⁸ *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934)

⁴⁰⁹ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937),

американського Верховного суду до середини 1930-х р., відколи розпочався «Новий курс» Президента Франкліна Делано Рузвельта. Так, в одному із своїх рішень Верховний суд США наголосив⁴¹⁰:

«У силу природи речей неможливо відстояти свободу договору і право приватної власності без визнання легітимним цього стану нерівності, який є необхідним результатом здійснення цих прав».

Однак із посиленням ідей соціал-демократії та виникненням масових політичних партій змінюються підходи до розуміння права власності. Воно починає соціалізуватися через введення формули у Веймарській конституції 1919 р. про «соціальну функцію» власності. Цьому передували реформи соціального страхування та соціального забезпечення проведені ще наприкінці XIX століття в Британській та Німецьких імперіях. Це не було заперечення приватної власності, як склалося після Жовтневого перевороту 1917 р. у радянській Росії із брутальними конфіскаціями та експропріаціями майна. Натомість після Другої світової війни соціалізація економічного порядку та соціальна функція власності знайшла своє відображення у конституціях Італії, ФРН та Франції. Це дало змогу поступово сформулювати доктрину обов'язку захисту з боку держави, згідно з якими держава несе не лише негативні (у їх класичному розумінні), а також і позитивні обов'язки захисту права власності.

Традиційно вважається що зміст права власності складає класична тріада права володіння, користування і розпорядження майном, заснована на пануванні власника над належними йому речами⁴¹¹. Однак такий підхід не розкриває багатоманітності прояву права власності на практиці. У цьому контексті конституційні положення підлягають інтерпретації відповідно до критерії функціональної адекватності, що передбачає аналіз явища через призму функцій конституції у конкретному історичному, політичному і економічному середовищі. Таке трактування власності також не відповідає критерію функціональної

⁴¹⁰ *Coppage v. Kansas* 236 US 1, 22 (1914).

⁴¹¹ Дзера О.В., Кузнєцова Н.С (ред.) (2000) *Право власності в Україні*. Київ : «Юрінком Інтер» 9.

адекватності, відповідно до якого юридичні конструкції спрямовані на певні соціально значущі цілі, які мають бути реально і дієво забезпечуватися у конкретному суспільному середовищі.

Виходячи із цих критеріїв необхідно визначити конституційний зміст меж здійснення права власності, яке розкривається через категорію втручання та трискладовий тест, який виражає ступінь легітимності такого втручання. Термін «втручання» є методологічною основою обґрунтування рішень Європейського суду з прав людини, який був запозичений Судом із німецького адміністративного права. Інтерпретація відносин між приватною особою і державою через категорію «втручання» також впливає із обов'язку держави забезпечити захист гідності людини у всіх її проявах згідно зі статтею 3 Конституції. Згідно практики ЄСПЛ та доктрини категорія «втручання» впливає із позитивних і негативних обов'язків держави щодо захисту прав людини і основоположних свобод. Обов'язок захисту по відношенню до основоположних прав означає ніщо інше, як їх обмеження, яке має бути належним чином обґрунтованим.

З таких вимог впливає організаційна і процедурна забезпеченість основоположних прав, що має бути в істотних елементах визначена на рівні закону. У цьому контексті право власності має дуалістичну структуру: 1) приватна власність визначає межі легітимного втручання держави у здійснення правомочностей власником; 2) публічна влада визначає організаційно-процедурний порядок здійснення повноважень щодо майна органами публічної влади з міркувань забезпечення публічного інтересу. Вочевидь, що зводить зміст права власності у його сутнісному значенні до тріади правомочностей з володіння, користування і розпорядження майном буде ригідним (спрощеним розуміннями проблеми). Наприклад, англійський правознавець А. Оноре у змісті права власності виділяє одинадцять ключових елементів:

- 1) право володіння, тобто виняткового фізичного контролю над річчю;
- 2) право користування, тобто особистого використання речі;
- 3) право керування, тобто рішення, як і ким річ може бути використана;

- 4) право на дохід, тобто на блага, що виникають від попереднього особистого користування річчю чи дозволу іншим особам користуватися нею;
- 5) право на капітальну вартість речі, що припускає право на відчуження, споживання, зміну чи знищення речі;
- 6) право на безпеку, тобто імунітет від експропріації;
- 7) право на перехід речі в спадщину чи за заповітом;
- 8) безстроковість;
- 9) заборона шкідливого використання, тобто обов'язок утримуватися від використання речі шкідливим для інших способом;
- 10) відповідальність у вигляді стягнення, тобто можливість відібрання речі на сплату боргу;
- 11) залишковий характер, тобто чекання «природного» повернення переданих будь-кому правомочностей після закінчення терміну передачі чи у випадку втрати нею сили з будь-якої іншої причини⁴¹².

Ці правомочності залежно від конкретної ситуації можуть поєднуватися по різному і набувати специфічного змісту. Хоча набір цих правомочностей не видається нам бездоганим, однак він визначає доволі цілісну картину бачення права власності на відміну від теорії класичної тріади правомочностей власності.

Окрім того у практиці ЄСПЛ склалися наступні елементи інтерпретації змісту права власності на мирне володіння майном:

- акції компаній (*Бреймлід і Мальстром проти Швеції*);
- позови про відшкодування збитків за внутрішнім законодавством;
- рішення арбітражного органу в зв'язку зі спором (*Грецькі нафтопереробні заводи «Стерн» проти Греції*);
- законні розрахунки на те, що існує певне становище (*Компанії «Пайн Веллі девелопментс Лтд» проти Ірландії*);
- господарські інтереси, пов'язанні з управлінням бізнесом, а

⁴¹² Honore A.M. (1961) The Ownership. Gest A.G (Ed.) *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press 112-128; Clark A. (2005) *Property Law: Commentary and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press 193-203.

також управління клієнтурою (ділова репутація, нематеріальні активи тощо) (*Iatridis проти Греції, ван Марле та інші проти Нідерландів*);

- право на пенсію (якщо протягом якогось періоду робилися внески) (*Мюллер проти Австрії*).

Водночас право власності накладає конкретні обмеження, які впливають із розуміння категорії втручання, яке ґрунтується на класичній формулі трискладового тесту, згідно з яким суб'єктивне публічне право підлягає обмеженню (1) на основі закону (2) з мотивів суспільної необхідності у демократичному суспільстві (3) за допомогою достатніх і доречних засобів згідно покладеної легітимної мети.

Негативний обов'язок держави полягає у мінімальному втручанні у здійснення права володіння та права власності. Принаймні таке втручання повинно здійснюватися з мотивів суспільної необхідності, бути пропорційним і не посягати на сутнісний такого права, здійснюватися на основі закону з дотриманням належної процедури обмеження такого права або вилучення такого майна лише за умови попереднього і повного відшкодування його вартості.

Також держава несе позитивний обов'язок забезпечити належний захист права на майно. Позитивний обов'язок держави полягає у захисті: 1) прав власника майна; 2) прав добросовісного його володільця та 3) права на сервітут.

Невиконання такого позитивного обов'язку з боку держави ЄСПЛ, безумовно, розглядає як грубе порушення права власності. Зокрема, допустивши випуск додаткової емісії акцій, що призвело до штучного „розмивання» пакету акцій міноритарного акціонера, ЄСПЛ констатував, що Україна не виконала позитивного обов'язку щодо належного захисту власності»⁴¹³.

Як компонент позитивного обов'язку держави розглядається оподаткування, оскільки воно є інструментом акумуляції ресурсів (формування публічних фінансів) та перерозподілу благ.

⁴¹³ *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, App. No. 48553/99, Judgment on 27 July 2002.

ii) Елементами публічного економічного порядку здійснення права власності є такі: 1) здійснення права власності на свій розсуд відповідно до її правового режиму; 2) ефективне використання власності відповідно до її призначення та забезпечення безпеки довкілля; 3) належна правова процедура відчуження власності з мотивів суспільної необхідності на основі попереднього і повного відшкодування власності; 4) додержання рівності доступу до власності у випадку їх переходу із публічної у приватну власність на основі відкритого конкурсу або відкритої процедури розпаювання тощо; 5) заборона використання власності на шкоду довкілля, правам інших людей, публічним інтересам або на погіршення її природних якостей; 6) обмеження монополізму та захист конкуренції на ринку рухомого і нерухомого майна; 7) ведення земельного кадастру та державного реєстру операцій з нерухомістю.

Європейський Суд з прав людини при розгляді справ визнає, що втручання у здійснення власності повинно бути виправданим міркуваннями суспільної необхідності, тобто бути пропорційним і не посягати на сутність права власності. Таке втручання є правомірним у випадку дотримання трьох умов: 1) таке втручання не посягає на безперешкодне здійснення права власності; 2) забезпечення належної процедури відчуження майна; 3) держава покликана забезпечити всі необхідні заходи задля належного контролю здійснення власності відповідно до інтересів суспільства»⁴¹⁴.

iii) Гарантії права приватної власності від свавільного вилучення. Необхідною умовою обмеження права власності або її відчуження є попереднє і повне відшкодування її вартості із забезпеченням компенсації інших обмежень, пов'язаних із таким втручанням у здійснення власності. У випадку виникнення спорів про розмір компенсації остаточно таке питання вирішує суд.

Зокрема, у справі *Джеймс та інші проти Сполученого Королівства* (1986). заявники виступали проти застосування британського

⁴¹⁴ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgement of 23 September 1982

законодавства, яке дозволяло деяким орендарам житла, що орендували житло протягом тривалого часу, купувати у орендодавця його частку нерухомості, іноді навіть за меншу ціну від її ринкової вартості на час укладання угоди. Не знайшовши порушення права на власність, Суд зазначив:

Поняття «суспільний інтерес» обов'язково має розширене тлумачення ... Суд, вважаючи природним, що мають бути широкими межі розсуду, які надаються законодавцям для здійснення соціальної та економічної політики, поважає рішення законодавців стосовно того, що є «суспільний інтерес», коли ці рішення будуть ґрунтовані на розумних міркуваннях. Відчуження власності, яке здійснюється відповідно до законодавчої, соціальної, економічної політики чи з іншою метою, може відповідати «суспільним інтересам», навіть якщо суспільство в цілому безпосередньо не використовує цю відчужену власність або не володіє нею.

Якщо йде мова про розмір компенсації при оплатному вилученні майна з мотивів суспільної необхідності, то у цьому відношенні ЄСПЛ сформулював наступні підходи. Зокрема, для того щоб визначити, наскільки ті чи інші заходи відповідали вимогам, що містяться у статті 1 Протоколу № 1 Суд вивчив такі фактори, як складність законодавства та процедур, що регулюють питання експропріації та відшкодування (*Цубані проти Італії* (1996)), тривалість кожної з цих двох процедур (*Матош е Сілва, ЛДА та інші проти Португалії* (1996)), збитки, що завдаються тривалістю процесу позбавлення власності (*Гіємен проти Франції* (1997)), а також відповідний характер розміру відшкодування з урахуванням затримки у виплаті (*Аккус проти Туреччини* (1997)).

6.1.2. Свобода вибору занять та роду професії. Радянський Союз фактично зберіг традиційний інститут Московської держави кріпачства у формі колективізації селянських господарств на фоні інституту прописки, що фактично означало неможливість сільських жителів отримати внутрішні паспорти громадянина і вільно пересуватися по країні (така заборона була остаточно знята лише у 1974 р., коли розпочинали видавати паспорти і сільським жителям). Все це остаточно консервувалося

лося кримінальною відповідальністю за тунеядство, яка також виступала вельми «зручним» засобом розправи над дисидентами (введена 4 травня 1961 Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про посилення боротьби з особами, що ухиляються від суспільно-корисної праці та ведуть антисуспільний паразитичний спосіб життя»). Ця «спадщина» і по сьогодні має специфічний вплив на практику забезпечення свободи вибору професії і роду занять у пострадянських країнах.

i) *Самовизначення особи та право на вибір роду заняття.* Наведені підходи у регулюванні в державному праві Радянського Союзу права на працю фактично перетворювало її на прихований інститут кріпосництва, який був традиційним для Московської держави та Росії, фактично будучи запереченням сутності його змісту, приховуючи підневільний стан переважної більшості своїх жителів. Такий стан речей був справжньою атакою на людську гідність, зокрема на самовизначення особи та вибору роду заняття на свій вільний розсуд, керуючись власними здібностями, життєвим пріоритетам, стратегіям та прагненням до щастя. Основними формами свободи вибору роду занять є свобода підприємницької діяльності та свобода вибору професії.

ii) *Свобода підприємницької діяльності має інституційний, індивідуальний та публічний аспект*⁴¹⁵. *За інституційною природою* ця свобода пов'язана із вільною конкуренцією, недопущенням зловживання, неправомірного обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції. Це пов'язано з тим, щоб мінімізувати необґрунтоване втручання держави у ринкові відносини. Однак таке невтручання повинно базуватися на певних правових гарантіях (антимонопольне, конкуренційне законодавство), розмежування сфер конкуренції та економічної політики держави. Держава через підприємства, які їй належать на основі акціонерного капіталу чи в якості державних агентств, виступають на ринку як учасники ринкових відносин, а не як суб'єкти владних повноважень. Однак із конституційного обов'язку забезпечувати засади ринкової економіки впливає вимога про неприпустимість зловживання

⁴¹⁵ Экштайн К. (2004) *Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции*, Москва, NOTA BENE 339-341.

„засобами монополізації» — субсидіюванням, передачею майна у безоплатне користування тощо.

З точки зору *забезпечення індивідуальних прав* індивіду належить право бути зареєстрованим в якості суб'єкта підприємницької діяльності без додаткових перешкод та будь-яких ознак дискримінації. У цьому відношенні індивідуальні права можна трактувати як свободу вибору професії, виду професійної діяльності, визначення мети, програми і напрямків своєї підприємницької діяльності, вступ підприємців в асоціації для захисту своїх інтересів. Також важливе значення заборона примусової праці.

iii) *Публічний аспект свободи підприємницької діяльності* пов'язаний із публічним економічним порядком, заснованим на обмеженні монополізму, захистові конкуренції, здійсненні реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності на єдиних правових засадах та ліцензуванням окремих видів підприємницької діяльності. Втручання держави у підприємницьку діяльність може здійснюватися на основі закону з мотивів: а) забезпечення соціального захисту населення та соціальної спрямованості економіки; б) обмеження монополізму, недопущення недобросовісної конкуренції; в) недопущення поєднання зайняття підприємницькою діяльністю із публічною службою; г) додержанням суб'єктами підприємницької діяльності права інтелектуальної власності; д) додержанням прав і свобод працівників; е) захистом прав споживачів.

iv) *Свобода вибору професії*. Конституція, так і міжнародно-правові акти гарантують свободу вибору виду професійної діяльності, не надаючи чітких гарантій зайнятості. Згідно зі ст. 6 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права кожен має право реалізувати можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку він вільно погоджується. Засади економічного лібералізму гарантують економічні свободи, зокрема свободу контрактів, від довільного державного втручання. Для такого втручання має існувати певний публічний інтерес, який спрямовується на забезпечення балансу інтересів. Наприклад, у справі Лохнера⁴¹⁶ відправною точкою для Верхов-

⁴¹⁶ *Lochner v New York* 198 US 45, 57 (1905).

ного суду США було те, що «загальне право на підписання контракту стосовно його бізнесу» було «частиною свободи особи, захищеної Чотирнадцятою поправкою». Проблеми нерівності розподільчої влади, пізніше були зняті з огляду на те, що⁴¹⁷:

«за природою речей неможливо дотримуватися свободи договору та права приватної власності, одночасно не визнаючи легітимності нерівномірного розподілу фортуни, яка є необхідним результатом для здійснення цих прав».

Виходячи із таких постулатів власник несе певні ризики та водночас обов'язки у разі здійснення права власності шляхом використання найманої сили. У свою чергу, свобода вибору професійної діяльності накладає на державу позитивні обов'язки у створенні відповідних умов для повного здійснення громадянами права на працю, забезпечення гарантій рівних можливостей у виборі професії та роду трудової діяльності, реалізація програми професійно-технічного навчання, підготовки та перепідготовки кадрів відповідно до суспільних потреб. На роботодавця у силу цього накладаються обов'язки щодо виплати винагороди у розмірі, необхідній для забезпечення людської гідності та права особи на вільний розвиток як індивіда.

6.1.3. Право на об'єднання в профспілки та право на страйк. В епоху масових громадських рухів та об'єднань на рубежі XIX-XX століть зростає роль професійних спілок, які протистоять роботодавцям і відстоюють права працівників. У результаті зіткнень цих інтересів зароджується соціальне партнерство, засноване на розумінні соціальної функції власності та свободи договору, які мають гарантувати гідний рівень життя індивіда, зокрема шляхом додержання прав працівників. У реалізації соціального партнерства відіграв значну роль досвід Веймарської республіки, V Французької республіки, Італії. Одна сьогодні структура зайнятості змінюється, розширюється практика неповного робочого часу за рахунок фрілансу, коло професій у сфері обслугову-

⁴¹⁷ *Coppage v Kansas* 236 US 1, 22 (1914).

вання, де складно знайти місце професійним ланкам. Знову на порядку денному стоїть допустимі обмеження свободи договору, які визначають умови контракту між працівником та роботодавцем. На перший план виходить юридична грамотність контрагентів по контракту та гарантії поваги людської гідності. Зокрема, У Бельгії повага людської гідності охоплює «право на справедливі умови праці та справедливу винагороду» (ст. 23 Конституції). Водночас існують підходи, згідно з якими передбачаються не лише право не на мінімальну заробітну плату, а на прожитковий мінімум (Норвегія), достатню заробітну плату (Італію та Іспанію) або справедливу заробітну плату (Бельгія)⁴¹⁸.

Європейський суд з прав людини розглядає право на об'єднання у профспілки як складову свободи об'єднань, яка передбачає ефективність здійснення відповідних прав, хоча це не є безумовним складником діяльності профспілок. Зокрема, Суд постановив, що право брати участь у консультаціях не є обов'язковим для ефективного здійснення права профспілки. ЄСПЛ зазначив, що стаття 11 захищає право профспілки висловлювати якимось чином свою думку під час колективних переговорів, але не гарантує права на укладення колективного договору (справа *Шведської профспілки машиністів локомотивів* (1976)). Нарешті, Суд постановив, що стаття 11 не захищає право на страйк, тим самим дозволяючи державі обирати інші шляхи, за допомогою яких можна було б забезпечити право профспілки на захист професійних інтересів своїх членів⁴¹⁹.

У справах *Національної спілки бельгійської поліції* (1975) і *Шведської профспілки машиністів локомотивів* (1976) Комісія ухвалила рішення про те, що нав'язування заходів з боку держави, які можуть обмежити права профспілок під час переговорів з роботодавцями і тим самим зробити менш привабливим членство у профспілках, може в окремих випадках становити порушення статті 11. Проте Суд не захотів заходити занадто далеко, зазначивши, що зменшення ефективності

⁴¹⁸ Michel Rosenberg and Andras Sajó (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press, 2003. P. 1044.

⁴¹⁹ Донна Гом'єн (1999) *Короткий путівник Європейською конвенцією з прав людини*. Рада Європи 54

членства у профспілках було обумовлене «загальною політикою з боку держави щодо обмеження кількості організацій, з якими мають укладатись колективні договори. Така політика сама по собі не є несумісною зі свободою профспілок (згідно зі статтею 11)».

Сьогодні роль профспілок змінюється, оскільки доволі значний сегмент працівників працюють на засадах фрілансу чи аутсорсингу, коли вони працюють не за фіксований робочий день, а для виконання певного обсягу робіт за певний час або вони мають досягти певного результату (наприклад, у сфері ІТ розробити певну комп'ютерну програму чи нову технології обробки цифрових даних).

6.1.4. Право на соціальний захист. На сучасне розуміння права соціального захисту вплинули доктрини соціальної держави, соціальної функції власності, стверджувальних дій держави і позитивних обов'язків держави.

і) *Сутнісний зміст соціальних прав та доктрина стверджувальних дій (affirmative action)*. Основні права мають надпозитивний характер і вони передбачають збалансоване державне втручання у сферу приватної автономії. Держава зобов'язана піклуватися про гідний рівень життя особи в суспільстві, що, зокрема, передбачає свободу розвитку індивіда шляхом задоволення його соціальних, економічних, культурних, духовних та подібного роду потреб. Фактично, ступінь забезпеченості соціально-економічних прав залежить від стану законодавства та політики уряду щодо соціально-правового захисту особи. В організаційно-правовому відношенні це виражається у принципові соціальної держави. Як стверджується в одному дослідженні⁴²⁰:

«Соціальні права складають »весь діапазон від права на частку економічного добробуту та безпеки до права на розділ в повній мірі соціальної спадщини і жити життям цивілізованої істоти відповідно до стандартів, що переважають у суспільстві. Інституціонально найтісніше пов'язані з ними система освіти і соціальні послуги».

⁴²⁰ Marshall T.H. (1964) *Citizenship and Social Class* 72.

Зокрема, у Німеччині правова позиція ФКС еволюціонувала від ідеї надпозитивного характеру основних прав і свобод у сторону думки, що Основний закон виключає конфлікт між надпозитивними основними правами та конституцією, оскільки конституція визнає гідність людини в якості недоторканного і тим самим як один із фундаментальних надпозитивних прав і принципів. На думку колишнього голови ФКС Німеччини Р. Герцога, взагалі немає різниці між писаними і тими, що виводяться за допомогою тлумачення, конституційними принципами, — вони є рівнозначними і рівноцінними.

Тому вважають, що у цій системі соціально-економічні і культурно-духовні права займають особливе місце і не відносяться до основних прав. За ними не завжди визнається статус юридично обов'язкових суб'єктивних прав, а відповідно, вони, як правило, не можуть бути захищені у судовому порядку. Такий режим є характерним для Німеччини, Австрії, а в Іспанії з цих же підстав конституційний суд не приймає скарги з приводу соціально-економічних прав⁴²¹.

З точки зору стверджувальних дій держави можливі три альтернативні стратегії щодо обґрунтування соціальних прав, які впливають на сучасний розвиток доктрини пов'язаних із ними позитивних обов'язків держави. По-перше, згідно із класичною ліберальною позицією обстоюється ідея рівності прав кожної людини на свободу, що необхідно для уможливлення політичної автономії та рівні шанси кожного користуватися свободами. По-друге, об'єктом рівної поваги виступає рівне право кожної людини задовольнити власні базові потреби, тобто забезпечити базовий антропологічний рівень потреб. По-третє, згідно із засадами рівного розподілу принцип рівної поваги слід розуміти як вимогу політичної справедливості щодо врахування рівного права кожного на справедливую частку при розподілі всіх благ⁴²².

Здійснення соціальних прав пов'язано із втручанням держави у здійснення права власності, як правило, у формі контролю за ним шля-

⁴²¹ Ледях И.А. (1994) Защита прав человека как функция конституционного правосудия. В: *Современная защита прав и свобод человека*. Москва: ИГП РАН 45-46.

⁴²² Гусепат Ш. (2008) До обґрунтування соціальних прав людини. В: Гусепат Ш. та Ломанн Г. (ред.) *Філософія прав людини*. Київ : Ніка-Центр 138.

хом оподаткування та виплат у певні фонди соціального страхування. На цій основі у держави виникає обов'язок забезпечити належне функціонування соціальних фондів, збереження вкладених до них коштів від можливих зловживань та забезпечення доступу до належної їм частки майна. Водночас така система соціального захисту може бути піддана критиці і стати неспроможною у разі зміни демографічної структури населення (переважання неповнолітніх чи значна частка пенсіонерів по відношенню до працездатного населення, економічна структура чи негативна динаміка розвитку національної економіки). За таких умов держава має схилитися до заохочення накопичення жителями коштів на банківських рахунках та заощадження власних витрат, а також посилювати соціальне страхування на індивідуальній основі.

ii) *Соціальні права і обов'язок законодавця щодо їхнього належного правового регулювання.* У країнах розвинутої ринкової економіки, здійснення інституту приватної власності, а також усталених структур громадянського суспільства служить надійною перепорою для використання державою «перерозподільчих» повноважень на шкоду політичним і громадянським правам. Ця обставина ігнорувалася радянською пропагандою (від газетних публікацій до докторських дисертацій), яка намагалася довести, що західний світ був „змушений» рахуватися із досягненнями „соціалістичної демократії» і маскувати свою антинародну сутність, проголошуючи „жалюгідні та урізані» соціально-економічні права.

У свою чергу це тягне негативні наслідки: 1) збереження, а інколи й посилення патерналістських установок масової свідомості; 2) виникнення серйозних труднощів, що перешкоджають заміні зрівняльного розподілу соціальних благ адресною допомогою малозабезпеченим; 3) зниження значимості громадянських і політичних прав як фундаментальної цінності соціального устрою; 4) збереження минулих, радянських стереотипів поведінки, в силу яких положення конституції не сприймалися як юридична основа суб'єктивних прав, що підлягають судовому захистові⁴²³.

⁴²³ Михайловская И. (2000) Генезис социально-экономических прав и их влияние на формирование посттоталитарных систем. 1 *Конституционное право: Восточно-европейское обозрение* 150.

Конституційний Суд України у рішенні № 5-р/2018 сформулював підхід, згідно з яким соціальний захист не охоплює пільги та компенсації, оскільки вони встановлюють виключення із загального правила щодо обов'язку держави здійснювати соціальний захист:

«Верховна Рада України виходячи з існуючих фінансово-економічних можливостей держави та з метою збереження справедливого балансу між інтересами особи та суспільства має змогу запроваджувати, змінювати, скасовувати або поновлювати такі пільги, оскільки вони не мають фундаментального характеру, а отже, не можуть розглядатися як конституційні права, свободи та гарантії їх реалізації».

Польський Конституційний Трибунал динамічно тлумачить конституційні положення, зокрема принцип рівності в якості забезпечення конституційної гарантії непорушності основних прав у контексті принципу соціальної справедливості, а також згідно конституційних принципів, цілей та цінностей⁴²⁴. Починаючи з 1990 р. ситуація із забезпеченням соціально-економічних прав стала змінюватися, оскільки йшов процес економічної трансформації системи соціального захисту, соціального страхування, що на практиці привело до зменшення соціальних гарантій.

Повага до людської гідності встановлює вимоги якісного законодавчого регулювання у сфері соціальних права. Тобто відсутність належного правового регулювання є також порушенням права на соціальний захист. Як відзначив Конституційний Суд Литви від 8 серпня 2006 р. прогалини у законодавстві на можуть бути свідченням належного правового регулювання — на законодавцеві лежить позитивний обов'язок врегулювати правовідносини:

«...у разі прогалин у законодавстві, що заборонено Конституцією, суди повинні заповнити прогалини у конкретному окремому випадку, і що це має здійснюватися шляхом застосування, в першу чергу, конституції і загальних принципів права. Однак, таке рішення суду не знімає

⁴²⁴ Гарлицкий Л.Л. (2000) Польський Конституційний Трибунал и социальные права. 1 Конституционное право: восточноевропейское обозрение 157-161

обов'язок законодавця заповнити відповідну прогалину в праві. Зазначені рішення КС можуть мати значення при вирішенні справ, що стосуються соціальних прав особи, реалізація та відновлення яких (якщо ці права були порушені) було б неможливими, якби законодавець намагався уникнути регулювання відповідних відносин у встановленому порядку за допомогою звичайного закону».

Інфляція зумовила необхідність постійної індексації зарплат і пенсій, що стало причиною затримки їх виплат. Тому Конституційний трибунал Польщі знаходився у складному положенні: при винесенні рішення він знаходився у виборі між винесенням економічно не виконаного рішення та відступлення від принципів і цінностей, що закріплювалися польською конституцією. Обґрунтовуючи відступ від цих принципів, Конституційний трибунал обґрунтовував свою позицію тим, що принцип соціальної справедливості є підставою для обмеження деяких пенсійних прав, які носять характер необґрунтованих привілеїв. Конституційний Суд України вже у згаданому рішенні № 5-р/2018 наголосив на важливості забезпечення сутнісного змісту соціального захисту та забезпечення життєвого рівня, сумісним із людською гідністю, при скороченні соціальних видатків:

«держава виходячи з існуючих фінансово-економічних можливостей має право вирішувати соціальні питання на власний розсуд. Тобто у разі значного погіршення фінансово-економічної ситуації, виникнення умов воєнного або надзвичайного стану, необхідності забезпечення національної безпеки України, модернізації системи соціального захисту тощо держава може здійснити відповідний перерозподіл своїх видатків з метою збереження справедливого балансу між інтересами особи та суспільства. Проте держава не може вдаватися до обмежень, що порушують сутність конституційних соціальних прав осіб, яка безпосередньо пов'язана з обов'язком держави за будь-яких обставин забезпечувати достатні умови життя, сумісні з людською гідністю.»

iii) Структура права на соціальний захист у світлі позитивних обов'язків держави. Принцип соціальної державності накладає певні

обов'язки на органи публічної влади та державних агентів (незалежних регуляторів) при здійсненні певних заходів щодо забезпечення доступу до медичного забезпечення. У доктрині прийнято вважати, що можливі три альтернативні стратегії щодо обґрунтування соціальних прав, які впливають на сучасний розвиток доктрини пов'язаних із ними позитивних обов'язків держави. По-перше, згідно із класичною ліберальною позицією обстоюється ідея рівності прав кожної людини на свободу, що необхідно для уможливлення політичної автономії та рівні шанси кожного користуватися свободами. По-друге, об'єктом рівної поваги виступає рівне право кожної людини задовольнити власні базові потреби, тобто забезпечити базовий антропологічний рівень потреб. По-третє, згідно із засадами рівного розподілу принцип рівної поваги слід розуміти як вимогу політичної справедливості щодо врахування рівного права кожного на справедливую частку при розподілі всіх благ⁴²⁵. Це вказує на залежність надання певних соціальних послуг у вигляді певного медичного забезпечення від стану публічних фінансів. Право на соціальний захист має горизонтальну і вертикальну структуру:

а) *Горизонтальна структура* зумовлена права на соціальний захист визначається видами такого захисту, який ґрунтується на засадах правової визначеності та законності очікувань. Такі вимоги впливають із їх регулювання у конституції, що накладає на законодавця позитивний обов'язок щодо їх належного правового регулювання відповідно до поваги до людської гідності та забезпечення принципу правової держави. Згідно із Конституцією України виділено п'ять сфер забезпечення права на соціальний захист у разі: а) втрати працездатності; б) втрати годувальника; в) безробіття з незалежних від особи обставин; г) старості; д) інших випадках, згідно із свободою розсуду законодавця, яка має відповідати засадам соціальної державності, поваги до гідності людини та економічної спроможності держави.

б) *Вертикальну структуру* права на соціальний захист складають позитивні обов'язки держави, оскільки право на соціальний захист особи залежить від здійснення державою комплексу наступних заходів:

⁴²⁵ Г'осепат Ш. (2008) До обґрунтування соціальних прав людини. В: Г'осепат Ш. та Ломанн Г. (ред.) *Філософія прав людини* Київ : Ніка-Центр 138.

1) повноти (інтенсивності) законодавчого регулювання відповідної соціальної допомоги чи виду соціального захисту в такому ступені, щоб отримання соціальної допомоги чи захисту особою не залежало від ухвалення урядом чи відомством регуляторного акту; такі регуляторні акти можуть встановлювати особливості здійснення внутрішньо організаційних питань відомства у сфері соціального захисту;

2) система соціального страхування, яка має диференціюватися у залежності від виду соціального захисту, діяльність яких має бути підконтрольна і підзвітна; наприклад, якщо йде мова про пенсійне забезпечення, то законодавство має враховувати реальну демографічну ситуацію та ринок зайнятості, структуру ринку праці, виходячи з чого обирати модель страхування на випадок пенсії та регулювати її у законах;

3) діяльність установ, які надають соціальні допомоги та соціальні послуги і фінансуються з державного бюджету; також держава має підтримувати і приватні установи, які надають соціальні допомоги і послуги;

4) адресний характер соціальної допомоги і соціальних послуг, тобто надання таких лише особам, які є вразливими і потребують реальної підтримки з боку держави чи осіб, які займаються такого роду діяльністю.

6.1.5. Право на медичне забезпечення. Право на медичне забезпечення можна розглядати як складова частина права на життя, яка передбачає вжиття державою заходів, спрямованих на: а) підтримання функціонування мережі лікувальних закладів, що знаходяться як у публічній, так і приватній власності; б) підтримання загальної системи оздоровлення, профілактики захворювання, фізкультури і спорту; в) підтримання системи медичного страхування на шляхом поєднання загальнообов'язкового і добровільного страхування; г) надання медичної допомоги у державних і муніципальних медичних закладах на безоплатній основі; д) медична охорона материнства і дитинства.

До позитивних обов'язків держави щодо забезпечення права на медичне забезпечення належить створення ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування, сприяння розвитку лікувальних закладів усіх форм власності. Наприклад, статтею 49 Кон-

ституції України передбачається вимога надання безоплатної медичної допомоги у державних і комунальних закладах охорони здоров'я і встановлюється заборона скорочення наявної системи таких закладів.

Під поняттям охорона здоров'я маються на увазі насамперед певні інституційні компоненти медичного забезпечення, які полягають у (а) попередженні захворювань та подовженні тривалості людського життя, (б) відповідної діяльності органів публічної влади, державних, комунальних та приватних медичних закладів, громадських об'єднань і приватних осіб. Стаття 49.2 Конституції України вказує, що охорона здоров'я забезпечується державним фінансуванням відповідних соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних програм. Таким чином, на органах державної влади лежить обов'язок розробляти, приймати та втілювати в життя відповідні програми, спрямовані на медичне забезпечення кожного.

Медична допомога охоплює сукупність медичних послуг, які надають кваліфіковані лікарі, а також вся діяльність пов'язана із їхнім здійсненням з метою запобігання захворювань та їх лікуванням, а також подолання станів, які становлять загрозу життю та/або здоров'ю людини. Стосовно медичної допомоги стаття 49 Конституції України наголошує про її безоплатність у медичних закладах публічної власності, віддаючи визначення цього поняття на розсуд законодавця. При цьому міститься застереження про неприпустимість скорочення мережі таких закладів. У контексті права на медичне забезпечення поняття мережі медичних закладів публічної власності, що надають безоплатну медичну допомогу слід інтерпретувати у світлі насамперед доступності, своєчасності та якості медичної допомоги. Таким легітимним цілям має відповідати правове регулювання законодавцем доступності медичної допомоги. Тобто розсуд Верховної Ради при регулюванні окремих аспектів медичної допомоги має відповідати вказаним легітимним цілям.

Медичне обслуговування пов'язане із діяльністю кваліфікованих лікарів та інших медичних працівників по наданню медичних послуг та супутніх соціальних послуг, спрямованих на запобігання захворювань та їх лікування, а також подолання станів, які становлять загрозу життю та/або здоров'ю людини.

6.1.6. Захист соціальних прав конституційною юстицією та економічний аналіз права. Дослідження прав соціально-економічного характеру та їх ствердження (*justification*) конституційною юстицією пов'язано із дилемою економічного аналізу права та зважуванням/балансуванням цінностями у праві. Яскравим прикладом є доволі контраверсійне рішення ФКС Німеччини від 5 травня 2020 р., яким німецький Конституційний суд, спираючись на доктрину *ultra vires* боку з боку Європейського центрального банку при запровадженні *progrму the Public Sector Purchase Programme (PSPP)*, призначеної для боротьби із коронавірусом та попередження негативних економічних наслідків, констатував порушення засад пропорційності.

Зокрема, Мартін Гьопнер пише про можливість зародження поліполярного правопорядку в ЄС, зважаючи на правовий плюралізм⁴²⁶. Цілковито слушно Гьопнер зауважує, що «ФКС не може нав'язувати власні стандарти пропорційності щодо Суду ЄС»⁴²⁷. Йде мова про принцип субсидіарності, згідно з яким визначається певний механізм перерозподілу повноважень між різними поверхами, щаблями влади. Коли ж ми говоримо про правовий плюралізм, то тут йде мова про не-державні агенти, які беруть участь у творенні права. А порушена проблематика стосується наділення офіційними повноваженнями органів публічної влади.

Низка авторів⁴²⁸, як і сам ФКС у своєму рішенні⁴²⁹ з цього приводу чогось звертають переважно увагу на принцип пропорційності, що ніби то ця програма порушує його. Хоча у правопорядку ЄС цей принцип поєднується із субсидіарністю. Однак якщо йде мова про повно-

⁴²⁶ Martin Höpner (2021) Proportionality and Karlsruhe's Ultra Vires. Ways Out of Constitutional Pluralism? *MPJfG Discussion Paper* 21/1. URL: [Verdicthttps://pure.mpg.de/rest/items/item_3283151/component/file_3283887/content](https://pure.mpg.de/rest/items/item_3283151/component/file_3283887/content)

⁴²⁷ Там само 13.

⁴²⁸ Goldmann, Matthias (2020) The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism? 21(5) *German Law Journal* 1058–77; Hellwig, Hans-Jürgen (2020) Die Verhältnismäßigkeit als Hebel gegen die Union: Ist die Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG in der Sache Weiss noch mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar? 73(35) *Neue Juristische Wochenschrift* 2497–503.

⁴²⁹ BVerfG, 2 BvR 859/15)

важення інститутів ЄС, зокрема ЄЦБ, то тут скоріше слід було говорити про субсидіарність.

Про пропорційність доречніше говорити, коли йде мова про свободи у рамках ЄС та гарантії прав, які впливають із Хартії основоположних прав ЄС. Якщо говорити про принцип *ultra vires*, то його доволі складно застосовувати національному органу, яким є ФКС, до наднаціонального органу, якими є ЄЦБ і Люксембурзький палац правосуддя із його рішеннями у справах *Weiss* та *Gauweiler*.

Порівняння економічного аналізу права, в основі якого лежить визначення затрат щодо забезпечення прав, та ціннісного підходу, який передбачає аналіз застосування правил з урахуванням балансу публічних інтересів, призводить до наступних міркувань. Ця проблематика частково вирішується у рамках принципу пропорційності, який став визнаним у правозастосуванні. Хоча на нього існують різні точки зору, оскільки він розглядається як методологічний інструментарій обмеження державної влади, так і як підстава для обмеження прав людини. Мартін Гьопнер так описує методику застосування принципу пропорційності⁴³⁰:

— *Перший етап — про придатність (альтернативні терміни: доречність, раціональний зв'язок). Суд запитує, чи здатний акт досягти своєї правомірної (lawful) мети.*

— *Другий етап — про необхідність. Суд запитує, чи не виходить акт за межі необхідного, іншими словами: чи є він мінімально обтяжуючим. Чим менше акт є обтяжуючим, тим менше він заважає конституційно захищеним правам постраждалих.*

— *Третій етап стосується балансу між затратами та вигодою (умови: адекватність, прийнятність, пропорційність strictu sensu [вірніше, балансування — М.С.]). Суд зважує зменшення користування правами проти здобутої вигоди. У світлі цієї частини тесту міра є пропорційною лише у тому випадку, якщо її терміновість перевищує правопорушення з боку постраждалих.*

⁴³⁰ Martin Höpner (2021) Proportionality and Karlsruhe's Ultra Vires 8-9.

Економічний аналіз права⁴³¹ зародився при аналізові деліктного і контрактного права як порівняння затрат та благ, які набуваються при здійсненні певних правочинів. Основоположник цього напрямку Рональд Коуз виділяв організаційні затрати, до яких відносив також затрати пов'язані із адміністративними процедурами⁴³². Якщо екстраполювати на це тенденцію до надмірного дирижизму, що став чи не фірмовим стилем країн із тоталітарною системою урядування, то і на сьогодні в Україні існує проблема забезпечення балансу інтересів приватного і публічного інтересів та забезпечення більш гармонійного регулювання, де слід надавати все ж таки перевагу приватноправовим інструментам. Попри це офіційне державне правове регулювання істотно відстає від динаміки життя у сферах ІТ-права, трудових відносинах, медичного забезпечення. Остання сфера в Україні взагалі виглядає вкрай анахронічною, а формальні інституції давно вже витіснені неформальними інституціями, верхівкою айсбергу яких виглядають приватні медичні клініки, які доволі часто функціонують у доволі тісній зв'язці із комунальними чи державними медичними закладами.

Виходячи із міждисциплінарного аналізу міжнародного та конституційного інструментарію захисту соціальних прав, слід визначити позитивні обов'язки держави, які при цьому не можуть посягати на їхній сутнісний зміст. У цьому відношенні є важливою юриспруденція Конституційного Суду, який у рішенні № 2-рп/2016 вказав таке:

«...держави, виконуючи свій головний обов'язок — утвердження і забезпечення прав і свобод людини (частина друга статті 3 Конституції України) - повинна не тільки утримуватися від порушень чи непропорційних обмежень прав і свобод людини, але й вживати належних заходів для забезпечення можливості їх повної реалізації кожним, хто перебуває під її юрисдикцією. З цією метою законодавець та інші органи публічної влади мають забезпечувати ефективне правове регулювання, яке відповідає конституційним нормам і принципам, та ство-

⁴³¹ Anthony Ogus (2007) The Economic Approach: Competition Between Legal System. In Esin Örüçü and Nelken David. *Comparative Law. A Handbook*. Bloomsbury Academic; iels Petersen and Emanuel V. Towfigh (2016) *Economic methods for Lawyers*. Edward Elgar Publishing

⁴³² Coase Ronald (1960) The Problem of Social Cost 3 *Journal of Law & Economic*.

ривати механізми, необхідні для задоволення потреб та інтересів людини. При цьому посилена увага має бути зосереджена на особливо вразливих категоріях осіб...».

З точки зору юридичної природи та їх гарантій між правами та свободами не існує сьогодні істотної різниці. З точки зору співвідношення екзегези тексту та його соціального контексту слід визнати, що смислові конотації свободи на ранніх етапах еволюції прав людини полягали в тому, що не існував докладний їхній каталог, який поступово розширювався за рахунок інтерпретації в доктрині та судовій практиці. Конституційне і законодавче визначення змісту цих свобод йшло у цьому руслі, як певна верифікація та ствердження ідей як загального правового імперативу, який накладає обов'язки на державу. Тим самим, права і свободи людини набувають морального і юридичного смислового навантаження. Звідси, власне, стандарт поведінки публічної влади із приватними особами: 1) розглядати вимогу особи при її зверненні до органу влади як правомірну, виходячи із сервісної природи публічної влади (стаття 3 Конституції накладає на публічну владу обов'язок утверджувати і забезпечувати права людини); 2) вимога розслідування всіх істотних обставин, що порушуються у зверненні приватної особи; у разі, якщо це питання відноситься до компетенції іншого органу влади, то таке звернення слід направити за підвідомчістю; 3) право на участь у процесі розгляду та ухвалення рішення всіх заінтересованих осіб; 4) право особи бути заслуханою та подавати у цих цілях будь-яку інформацію, яка істотно значення для ухвалення справедливого рішення; 5) вимога обґрунтованості владного рішення із належною юридичною аргументацією; 6) гарантія оскарження владного рішення до суду чи до вищої судової інстанції; 7) ефективність засобу юридичного захисту який має бути дієвим, а не ілюзорним і чисто теоретичним.

Наприклад, з точки зору **позитивних обов'язків обов'язків держави** захист прав внутрішньо переміщених осіб полягає у облаштуванні можливостей для поселення у місцях нового проживання. З цієї метою у Законі України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо

переміщених осіб»⁴³³ має містити низку механізмів забезпечення виборчих прав, права на соціальну допомогу та доступу до житла. Однак багато із цих механізмів належним чином не діють, оскільки законодавче регулювання підмінюється підзаконними актами, які викривлюють суть цього Закону, надаючи широку свободу розсуду адміністрації, а також не забезпечене належними заходами щодо будівництва житла для ВПО чи розробки кредитних програм для будівництва житла ВПО. При цьому держава не використовує інтенсивно сучасні інформаційні технології, які би дозволяли реєструвати тих ВПО, які потребують реального захисту шляхом сприяння державою у їх працевлаштуванні та пошуці, виборі та наданні житла за новим місцем проживання.

При юридичній аргументації рішень КСУ істотне значення має додержання правил юридичного силогізму, який з урахуванням природи конституційної юстиції має потрібний характер: 1) визначати фактичний склад справи з урахуванням вимоги встановлення конституційності процедури ухвалення правового акта; 2) наскільки істотною та значущою для національної правової системи є порушення суб'єктивного публічного права; 3) субсидіарність конституційної скарги у систематизації правового захисту.

Оскільки на сьогодні є загальновизнаним синтетичне поєднання апіорного та позитивного визнання прав людини, то зазначена проблематика переміщається у площину інтерпретації прав людини⁴³⁴:

«Основа прав не є ні позитивно-правовою, ні такою, що впливає із закону: вона надпозитивна. Для того, щоб з'ясувати природу цієї основи, необхідне її тлумачення з точок зору, антропологічної, телеологічної, філософської, історичної і природно-правової. І християнське, і секулярне право визнавало ці права не інакше як розумне право. Яке би обґрунтування не обиралося, існування прав людини засноване на додержавних устоях. Така додержавна якість прав людини пронизує історію наших основних прав».

⁴³³ Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб: Закон України від 20.10.2014 р. № 1706-VII: за станом на 20.04.2017 р. Відомості Верховної Ради України. 2015. №1. Ст. 1.

⁴³⁴ И Изензее, П Кирххоф (ред.) Государственное право Германии. В 2-х т. Т.2. Москва: ИГП РАН 167.

У практиці забезпечення прав і свобод економічного і соціально-го характеру набуває важливої ролі доктрина горизонтального ефекту конституції та основоположних прав та пов'язане із ними конституційно конформне тлумачення законів. Доктрина горизонтального ефекту основоположних прав має вирішальне значення для забезпечення еквівалентності у приватноправових відносинах та запобіганню дискримінаційних практик, оскільки законодавство, типові умови договорів та договірна практика мають відповідати основоположним принципам права. Як зазначає чеський науковець Павел Коукал, говорячи про особливості реалізації авторського права, зокрема у ліцензійних договорах, наголошує на двох аспектах конституційно конформного тлумачення законів. Першою причиною є обов'язок конституційно узгодженого тлумачення, що впливає зі сталої практики Конституційного Суду, а також з чіткого розпорядження законодавця щодо розвитку конституційних положень у цивільному законодавстві (§ 2, п. 1 Цивільного кодексу Чеської Республіки). Другою причиною є той факт, що при вирішенні конфлікту інтересів, що відображається у структурному та обмеженому часом суспільній спадщині, захищеної авторським правом твори або їх частини можуть використовуватися позадоговорному порядку із винятками щодо захисту авторських прав з мотивів суспільного інтересу, виникає колізія між основними правами і свободами та гарантованими конституцією принципами⁴³⁵.

Як це забезпечується з точки зору юридичних засобів та систематики юридичної аргументації, свідчать низка конституційних положень. Конституція України встановлює низку параметрів у цьому ключі:

- 1) утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ч. 3 ст. 3), Конституція має найвищу юридичну силу (ч. 2 ст. 8);
- 2) права і свободи людини є невідчужуваними і непорушними; вони є невичерпними (речення друге статті 21 і частина перша статті 22);

⁴³⁵ Koukal, Pavel (2019) *Autorské právo, public domain a lidská práva*. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita 271.

- 3) при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження обсягу і змісту існуючих прав і свобод у поєднанні із правом кожного на вільний розвиток своєї особистості (ч. 3 статті 22 і стаття 23), при цьому не допускається посягання на сутнісний зміст права⁴³⁶.

Таким чином, основними критеріями-обов'язками для КСУ при розгляді конституційних скарг має стати встановлення наступних параметрів у справі: 1) спричинення органами влади істотної шкоди для носія конкретного права; 2) порушення прав людини має мати принциповий характер для національної правової системи; 3) порушення права має бути очевидним і вирішення спору має мати істотне значення для захисту прав конкретної особи.

Такі вимоги є визначальними для розуміння смислового наповнення критеріїв прийнятності конституційної скарги, зокрема з точки зору: 1) структури права людини як основоположного (негативного чи позитивного); 2) обов'язку захисту, з якого випливають конкретні негативні та позитивні обов'язки держави; 3) соціального контексту та структури чинності суб'єктивного права як основоположного; 4) зв'язок суб'єктивного публічного права із конституційними принципами та організацією держави.

Згідно із матеріалами Генеральної доповіді XIV Європейської конференції конституційних судів від 2008 р.⁴³⁷ такий стан атакує права людини, оскільки в умовах юридичної невизначеності складно їх захистити, колізії у поточному законодавстві породжують довільне і свавільне застосування його положень органами публічної адміністрації та судами. Оскільки в Україні введено модель нормативної конституційної скарги, то основне навантаження із подолання колізій лежить на Верховному Суді, який в ході розгляду касаційних скарг має вирішувати проблеми інституційного порядку у національній правовій сис-

⁴³⁶ Рішення КСУ № 5-р/2018 від 22 травня 2018 р.

⁴³⁷ Бирмонтене, Т., Ярашюнас, Э., Спруогис, Э. Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов. В: *Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии*. Вып. 2(40)–3(41) (2008) 70–245.

темі, до яких належить вирішення колізій у поточному законодавстві. Це є очевидним також з огляду на те, коли має місце порушення прав людини і суд покликаний визнати факт порушення права та вжити дієвих заходів щодо їх поновлення, а не очікувати на можливе політичне рішення Верховної Ради, яка колись у майбутньому вирішить наявну прогалину чи колізію у поточному законодавстві. Відмова від вирішення колізій у поточному законодавстві є нічим іншим у світлі таких обставин як відмова у правосудді.

З огляду на ці обставини Конституційний Суд не завжди може вирішувати питання щодо прогалини чи колізій у поточному законодавстві. Така діяльність Конституційного Суду із подолання прогалини чи колізій у поточному законодавстві допустима при додержанні таких вимог, які складають певні позитивні обов'язки Суду по забезпеченні ефективного і дієвого захисту та поновлення конституційних прав і свобод, а саме:

а) особа використала всі інші засоби юридичного захисту або система перегляду судових рішень свідчить про їх неефективність, внаслідок чого прогалину чи колізію у законодавстві не є подоланою і вона заподіює незворотні наслідки щодо сутнісного змісту суб'єктивного публічного права;

б) питання має конституційно-правовий характер і воно має важливе значення для національної правової системи, складаючи для неї певну інституційну проблему;

в) подолання прогалин чи колізій у поточному законодавстві пов'язано із застосуванням основоположних принципів права або горизонтального ефекту конституції, згідно з яким основоположні принципи права пронизують національну правову систему і мають забезпечувати рівність учасників правовідносин, еквівалентність та підтримку довіри між сторонами у договорі та забезпечувати доступ до справедливого суду на засадах довіри, розгляду всіх істотних обставин справи, дотримання права сторін по справі бути заслуханою, обґрунтованості рішень та права на їх оскарження.

Такі самі аргументи стосуються також проблеми подолання колізій у законодавстві, оскільки їх наявність фактично означає звуження сутнісного змісту прав людини і основоположних свобод (стаття 22

Конституції України), не відповідає вимогам чіткості та однозначності змісту нормативно-правових актів як необхідної умови належного їх оприлюднення та набрання чинності (стаття 57 Конституції України).

Зокрема, Конституція України становить основу цивільного законодавства (стаття 4.1 ЦК), таким чином, пронизуючи його положення своїм змістом, і його приписи мають відповідати та належним чином конкретизувати конституційні принципи. При цьому у силу статті 22 Конституції не допускається звуження та обмеження прав і свобод, а в силу приписів статті 64 Конституції ЦК чи інші акти цивільного законодавства не можуть встановлювати інші критерії обмеження прав людини, окрім встановлених лише Конституцією. Заборона повернення до гіршого та засада внутрішнього узгодження законодавства відповідно до конституційних принципів є квінтесенцією розуміння положень статті 4.1 ЦК. Оскільки для приватноправової сфери вирішальне значення має договірна практика, то ЦК у статті 213 визначаються текстуальні та контекстуальні засади тлумачення цивільних правовичинів. Так, стаття 213.3 ЦК звертає увагу на формально юридичний аспект тлумачення правовичинів, а у разі ситуації юридичної невизначеності у частині четвертій визначено алгоритм тлумачення у контекстуальному аспектів, де беруться до уваги також:

Якщо за правилами, встановленими частиною третьою цієї статті, немає можливості визначити справжню волю особи, яка вчинила правовичин, до уваги беруться мета правовичину, зміст попередніх переговорів, усталена практика відносин між сторонами, звичай ділового обороту, подальша поведінка сторін, текст типового договору та інші обставини, що мають істотне значення.

Господарський кодекс у цьому відношенні ще більш кардинальний, оскільки у статті 5⁴³⁸ визначає, що конституційні засади пронизують економічний порядок України. ГК не визначає особливості тлумачення договорів комерційного характеру, тому тут застосовні принципи, викладені у статті 213 ЦК.

⁴³⁸ У цій статті систематизовано конституційні приписи статей 13, 14, 41 і 42.

6.1.7. Юридична аргументація рішень адміністративних судів та конструювання соціальних прав. Згідно з принципом поділу влади суди є незалежними і вони покликані застосовувати закон у конкретних життєвих ситуаціях. За таких умов є проблематичним виявлення волі законодавця, а застосування такого інструменту тлумачення права як *Travaux Préparatoires* суду потрібно лише задля визначення, які аспекти застосування припускали автори законопроекту та законодавці при його обговоренні та прийнятті. Доволі часто його навіть використовують у якості додаткового джерела аргументації прихильники «живого» права, що передбачає судовий активізм, який виправданий для захисту прав людини. Як буде дано нижче у короткому огляді, юридична аргументація судових рішень не зводиться у боротьбі між ориджиналістами (зокрема, *Travaux Préparatoires*) та прибічниками доктрини «живого» права – юридична аргументація багатогранніша. Сьогодні вже дискутується застосування штучного інтелекту у здійсненні правосуддя до складних технік балансування як засобу юридичної аргументації. У світлі зазначених проблем буде проаналізовано структуру соціальних прав при їх юридичному конструюванні та забезпечення мінімальних стандартів їх захисту при секвестрі Державного бюджету. Отже, у цьому матеріалі буде розкрито взаємозв'язок між юридичною аргументацією та конструюванням соціальних прав при прийнятті рішень адміністративними судами.

і) *Обґрунтування рішень адміністративних судів у світлі доктрини юридичної аргументації.* Ми обмежимося лише аналізом обґрунтування судових рішень щодо соціальних прав. Як свідчить аналіз доктрини юридичної аргументації існує низка підходів щодо аргументування юридичних рішень. Виділяють логічні прийоми юридичної аргументації із застосуванням штучного інтелекту, поєднання залежних і незалежних від законів прийомів аргументації (підхід Тулміна), юридичної аргументації через прийоми риторики Перельмана, комунікативної раціоналізації Габермаса, рівнів юридичної аргументації МакКорміка, правил раціональної аргументації Алексі, синтетичний підхід у переконливості аргументації Аарно, перетворення аргументації за критеріями раціональності Печеніка, прагматично-діалектичний підхід в аргу-

ментації Еемерена і Гроотендорста⁴³⁹. Також слід враховувати доктрини юридичного тлумачення, які мають значення для юридичної аргументації правових актів, зокрема через призму концепції інтерпретивізму⁴⁴⁰, нейтральних засад тлумачення⁴⁴¹, ориджиналізму, дещо подібного до з'ясування волі законодавця (*original understanding, originalism*)⁴⁴², винесення судових рішень згідно з доктриною *stare decisis*, розвитку конституційного права⁴⁴³, концепції зважування (*balancing*). Тому важливим є обрання певної моделі юридичної аргументації, прийнятної до конкретних обставин справи⁴⁴⁴.

Україна належить до роман-германської правової сім'ї, згідно з постулатами якої суди є зв'язані положеннями законів. Однак якщо розглядати приписи законів через призму нормативності, то тут виникає існує два аспекти: 1) суд застосовує положення законів, виходячи із конкретної життєвої ситуації і має ухвалювати рішення, дослідивши всі обставини справи, які мають значення для правильного вирішення справи по суті; 2) згідно із засадами визначеності, передбачуваності права та *res judicata* судові рішення мають демонструвати однаковість та єдність підходів при вирішенні подібних справ.

З точки зору з'ясування фактичних обставин справи, суду важливо інтерпретувати факти і обставини у світлі належності, допустимості, достовірності та достатності доказів. Адміністративна юстиція заснована задля обмеження свавілля публічної адміністрації та поновлення порушених прав людини, про що вказує стаття 2 Кодексу адміністра-

⁴³⁹ Див.: Eveline T. Feteris (Ed.) *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decision*. 2nd Ed. Springer, 201

⁴⁴⁰ Grey, Thomas C. (1975) Do we have an unwritten Constitution? 27 *Stanford Law Review*. 703–717.

⁴⁴¹ Wechsler, Herbert. (1959). Toward neutral principles of Constitutional law, 73 *Harvard law Review* 9–35.

⁴⁴² Brest, Paul. (1980). The misconceived quest for the original understanding, 60 *B.U.L. Review*. 204–234.

⁴⁴³ Tushnet, Mark V. (1983). Following the rules laid down: A critique of interpretivism and neutral principles, 96 *Harvard Law Review*. 781–824.

⁴⁴⁴ Козюбра М.І. (2013) Моделі (типи) юридичної аргументації. 144–145 *Наукові записки НАУКМА* 3–8

тивного судочинства України. У світлі таких стандартів мають даватися оцінка доказам у справі, а органи публічної влади мають доводити перед адміністративним судом, що вони своїми діями чи бездіяльністю не порушили прав людини (стаття 77.2 КАС). Якщо виходити із прагматичного аргументування згідно із підходом Фетеріс, судові рішення мають переслідувати позитивний результат⁴⁴⁵ — у контексті захисту прав людини це означає сприяння у їх здійсненні. Оскільки соціальні права, зокрема нижче аналізоване соціальне право, залежить від соціальної інфраструктури та реалізації принципу соціальної державності, то суду слід конструювати його зміст, виходячи із конкретних обставин справи.

З метою забезпечення єдності судової практики стаття 13.6 Закону про судоустрій і статус суддів встановлено правило, що *«Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права»*. Ця юридична конструкція спрямовано на однакове застосування права при подібних ситуаціях. Суд може відхилитися від висновків Верховного Суду у разі, якщо в ході судового розгляду фактичні обставини справи будуть різними і в такому випадку слід інакше інтерпретувати цю ситуацію. Тут слід вже виходити із розуміння нормативності як обов'язку держави захищати права людини, що при ухваленні судового рішення означає конструювання соціального права його носія. Тут би варто внести у систему відносин преюдиціального запиту. Однак при його відсутності слід наголосити на специфіці прав людини, які є водночас правилами і принципами права. Тому при наведеній ситуації суд буде вирішувати комплексне завдання, яке у літературі ще характеризують як аргументацію метарівня, коли наведені взаємозв'язки аргументування мають значення для розвитку як судової системи, так і національної правової системи⁴⁴⁶. І це правильно, вирішення спорів про межі здійснення і забезпечення прав людини — це завжди стратегічні справи і це сигнал, що наявна система правопорядку має про-

⁴⁴⁵ Eveline T. Feteris. (2016) Prototypical Argumentative Patterns in a Legal Context: The Role of Pragmatic Argumentation in the Justification of Judicial Decisions. 30 *Argumentation* 65.

⁴⁴⁶ Adam Wyner and Trevor Bench-Capon (2008) Modeling Judicial Context in Argumentation Frameworks 3 URL: <https://cgi.csc.liv.ac.uk/~tbc/publications/adamContext.pdf>

блему і звичайними засобами її вирішити складно. Тому її вирішує або суд по суті, або вона стає предметом політичних дебатов та адекватних змін в актах парламенту — законах.

ii) *Конструювання права на соціальний захист*. Слід наголосити, що не всіх країнах соціальні права знаходять своє конституційне закріплення, оскільки вони формулюються від позитивних обов'язків держави та принципу соціальної держави. Ключовим чинником для належного здійснення соціальних прав є їхній ефективний захисту, який включає як обґрунтовані адміністративні акти/дії так і виконання судових рішень. Зокрема, в одній зі справ Касаційний адміністративний суд Верховного суду вказав на ефективність виконання судового рішення, яке включало обов'язок компетентного органу публічної адміністрації на майбутнє здійснювати перерахунок пенсій⁴⁴⁷:

«44. З огляду на необхідність обрання найбільш ефективного способу захисту порушеного права, відмова у формі листа свідчать про відсутність наміру суб'єкта владних повноважень прийняти обґрунтоване та законне рішення у формі, передбаченій чинним законодавством. Оскільки процес надання позивачу відмови у перерахунку пенсії без прийняття відповідного владного управлінського рішення може бути тривалим, то в даному випадку належним способом захисту порушеного права є саме вирішення судом питання про визнання протиправною відмови Харківського приміського об'єднаного управління Пенсійного фонду України Харківської області, викладеної в листі від 23.08.2016 та зобов'язання вчинити певні дії (або ж відмовити в задоволенні цих вимог).

...

51. Застосовуючи строки у зазначеній сфері, потрібно розрізняти право особи на соціальний захист та право особи на судовий захист. Право на соціальний захист особи реалізується відповідним суб'єктом владних повноважень, як правило, органом пенсійного фонду за зверненням такої особи з проханням надати певний статус та здійснити відповідні виплати. У випадку, якщо особа вважає, що існує спір у пу-

⁴⁴⁷ Постанова КАС ВС від 15.09.2020 № 635/7878/16-а URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91538349>

блічно-правовій сфері стосовно реалізації її права на соціальний захист, зумовлений протиправними рішеннями, діями або бездіяльністю суб'єкта владних повноважень, така особа може звернутися до адміністративного суду з позовом, що буде уже способом реалізації права на судовий захист. Згідно з Конституцією України право особи на соціальний захист гарантується, в першу чергу, статтею 46, а право на судовий захист, зокрема, – статтями 55 та 124».

З іншого боку, вдалим прикладом конструювання соціальних прав є Європейська соціальна хартія (переглянута), в якій чітко визначено структуру соціального захисту конкретного права, основні позитивні обов'язки держави у його забезпеченні та винятки із гарантії, які дають можливість державі не виконувати певні позитивні обов'язки, не посягаючи на сутнісний зміст конкретного соціального права. Право на соціальний захист має таку горизонтальну і вертикальну структуру⁴⁴⁸.

1) *Горизонтальна структура* зумовлена права на соціальний захист визначається видами такого захисту, який ґрунтується на засадах правової визначеності та законності очікувань. Такі вимоги впливають із їх регулювання у конституції, що накладає на законодавця позитивний обов'язок щодо їх належного правового регулювання відповідно до поваги до людської гідності та забезпечення принципу правової держави. Згідно із Конституцією виділено п'ять сфер забезпечення права на соціальний захист у разі:

- а) втрати працездатності;
- б) втрати годувальника;
- в) безробіття з незалежних від особи обставин;
- г) старості;
- д) інших випадках, згідно із свободою розсуду законодавця, яка має відповідати засадам соціальної державності, поваги до гідності людини та економічної спроможності держави.

Завданням адміністративного суду тут є з'ясування наскільки якісне законодавче регулювання та адміністративних послуг на забезпечення права на соціальний захист.

⁴⁴⁸ Савчин М. (2019) *Порівняльне конституційне право*. Київ: Юрінком Інтер 123.

2) *Вертикальну структуру* права на соціальний захист складають позитивні обов'язки держави, оскільки право на соціальний захист особи залежить від здійснення державою комплексу наступних заходів:

- а) повноти (інтенсивності) законодавчого регулювання відповідної соціальної допомоги чи виду соціального захисту в такому ступені, щоб отримання соціальної допомоги чи захисту особою не залежало від ухвалення урядом чи відомством регуляторного акту; такі регуляторні акти можуть встановлювати особливості здійснення внутрішньо організаційних питань відомства у сфері соціального захисту;
- б) система соціального страхування, яка має диференціюватися у залежності від виду соціального захист, діяльність яких має бути підконтрольна і підзвітна; наприклад, якщо йде мова про пенсійне забезпечення, то законодавство має враховувати реальну демографічну ситуацію та ринок зайнятості, структуру ринку праці, виходячи з чого обирати модель страхування на випадок пенсії та регулювати її у законах;
- в) діяльність установ, які надають соціальні допомоги та соціальні послуги і фінансуються з державного бюджету; також держава має підтримувати і приватні установи, які надають соціальні допомоги і послуги;
- г) адресний характер соціальної допомоги і соціальних послуг, тобто надання таких лише особам, які є вразливими і потребують реальної підтримки з боку держави чи осіб, які займаються такого роду діяльністю.

3) *При секвестрі (скороченні) видатків на соціальні допомоги та соціальні послуги*, виходячи із засад соціальної держави та правомірних (законних) очікувань, необхідно дотримуватися таких вимог:

- а) уряд може ініціювати процедури секвестру шляхом звернення до парламенту з метою проведення попереднього слухання, за результатами консультацій отримати відповідну резолюцію, в якій мають бути вказані параметри законопроекту про секвестр на соціальні видатки;

- б) розробити і внести законопроект на розгляд парламенту відповідно до визначеною резолюцію про параметри такого законопроекту;
- в) законопроект про секвестр на соціальні видатки не може посягати на сутнісний зміст права на соціальну допомогу, тобто така соціальна допомога має зберігати свій періодичний характер і забезпечувати необхідні життєві потреби індивіда, які мають поважати людську гідність;
- г) секвестр соціальних видатків має носити тимчасовий характер і після закінчення цього строку уряд має звітувати перед парламентом стосовно вжитих заходів та щодо вжиття заходів на поновлення відповідних соціальних видатків.

При юридичній аргументації своїх рішень по соціальним правам адміністративний суд вирішує, як правило, системну проблематику – захист прав людини завжди є інформацією про наявність очевидних проблем у правовій системі. Вона вирішується двома шляхами. Найпростіший, на перший погляд, це внесення змін у законодавство. Однак воно викликає гострі суспільно-політичні дебати, що взагалі може заблокувати процес внесення адекватних змін у законодавство, а права людини і далі порушуватимуться. Існує інший шлях, коли суд бере на себе відповідальність і слідуючи статті 2 КАС стає на захист прав людини. Цей процес вимагає конструювання відповідного аспекту права на соціальний захист у трьох площинах – горизонтальної і вертикальної структури соціального права та кореспондуючому його масштабу завдань та наявних ресурсів держави, в межах якої вона несе відповідальність і покликана забезпечити соціальний захист з повагою до людської гідності.

6.2. Захист соціально-економічних прав у практиці Європейського суду з прав людини

(Юлія Ремінська)

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, прийнята внаслідок спільної роботи європейського суспільства, постала

до певної міри революційним досягненням з точки зору регіонального просування фундаментальних прав і свобод людини. Останнє безпосередньо стосується й тих прав і свобод, що уособлюють соціально-економічні цінності будь-якої демократично налаштованої держави. Безумовно, ЄКПЛ не була першим універсальним правозахисним документом, однак її положення були спроектовані таким чином, що основні права та свободи людини набували принципово інакшого механізму захисту. З однієї сторони, Конвенція позиціонує себе у якості зобов'язуючого договору про права людини, оскільки Договірні держави, що приєдналися до неї (шляхом ратифікації), стали формально зобов'язаними дотримуватися її положень. З іншої сторони, вказаний юридичний інструмент захисту створив надзвичайно важливий інституційний механізм реалізації його положень – Європейський суд з прав людини. Як свідчить багаторічна практика вирішення Судом справ, він зіграв ключову роль у забезпеченні невинного функціонування каталогу прав людини, закріпленого ЄКПЛ.

Зобов'язуюча природа норм Конвенції обумовлена у статті 1, відповідно до якої Договірні держави повинні мати достатні правові засоби, що гарантують кожному, хто перебуває під відповідною юрисдикцією, права і свободи, визначені у розділі I ЄКПЛ. При цьому, варто зауважити, що Конвенція не містить прямих приписів щодо конкретних умов та юридичних механізмів, за допомогою яких держави повинні захищати такі права та свободи. У цьому плані, їм надається свобода вибору, яка залежить насамперед від особливостей функціонування національних правових систем, історії, політичного середовища, а також культурної спадщини та наявної економічної ситуації. Головна вимога полягає у тому, щоб такий захист був ефективний, адже Конвенція встановлює мінімальний набір стандартів щодо прав людини, які повинні бути гарантовані тим, хто знаходиться під юрисдикцією кожної Договірної держави.

Зокрема, у справі про бельгійське мовне законодавство (англ. «*Case «Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» v. Belgium (merits)*») в 1968 році Суд вперше послався на субсидіарний (допоміжний) характер міжнародного механізму захисту

прав людини, встановленого Конвенцією⁴⁴⁹. Вказана правова позиція стала визначальною для регулювання відносин між міжнародною системою захисту прав людини і національними юрисдикціями. Далі, в межах розгляду різноманітних справ, ЄСПЛ наголошував на необхідності притримуватися вищевказаного підходу. Наприклад, у справі *Sargsyan v. Azerbaijan* Суд наголосив⁴⁵⁰:

«Основною особливістю механізму захисту, встановленого Конвенцією, є те, що він є допоміжним по відношенню до національних систем захисту прав людини. Призначення Суду полягає у здійсненні нагляду за виконанням Договірними державами своїх зобов'язань за Конвенцією. Він не повинен брати на себе роль Договірних держав, відповідальність яких полягає у забезпеченні поваги і захисту, закріплених у Конвенції основних прав і свобод на національному рівні. Правило вичерпання національних засобів правового захисту ґрунтується на припущенні, відображеному у ст. 13 Конвенції, з якою воно дуже схоже, адже передбачає існування ефективного засобу правового захисту щодо порушення. Таким чином, вказане правило становить невід'ємну частину функціонування цієї системи захисту.»

Дійсно, Конвенція захищає широкий спектр фундаментальних прав і свобод людини, починаючи від права на життя і закінчуючи правом на вільні вибори. Водночас, не зважаючи на відсутність формально-юридичної ієрархії конвенційних прав людини, у науково-правничих колах продовжується дискусія стосовно проблемних аспектів інтерпретації соціально-економічних цінностей у світлі ЄКПЛ. Ключовими при цьому виступають питання щодо можливості інструментального охоплення Конвенцією соціально-економічних прав, тобто чи наявна у Суду належна правова база, яка дозволяла б йому тлумачити конвенційні норми із чіткими акцентами на соціально-економічні контексти внутрішньодержавних правових систем.

⁴⁴⁹ Case «relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» (merits), 23 July 1968, Series A no. 6.

⁴⁵⁰ *Sargsyan v. Azerbaijan* [GC], no. 40167/06, § 115, ECHR 2015.

6.2.1. Сутнісна природа соціально-економічних прав: сфера функціонального застосування Європейської конвенції. Насамперед відзначимо, що існують значні відмінності у тому, як різні науковці артикують правами, що наділені соціально-економічними конотаціями. До прикладу, існують наступні варіанти формулювань, синонімічно прив'язаних до сутності соціально-економічних прав: просто соціальні права⁴⁵¹; права, пов'язані із соціальним забезпеченням⁴⁵²; економічні, соціальні і культурні права⁴⁵³. Подекуди, поняття «соціально-економічні права» безапеляційно матеріалізується поняттям «позитивні права»⁴⁵⁴. Незважаючи на подібне термінологічне різноманіття (яке в принципі обумовлене національними правовими традиціями), усі вказані вище варіанти уособлюють права, пов'язані із задоволенням потреб, серед яких найбільш важливими є право на мінімальний дохід, право на житло, право на мирне володіння власністю, право на медичне обслуговування і право на освіту.

Основні ж аргументи на користь пріоритетного захисту Конвенцією саме громадянських та політичних, а не соціально-економічних прав, зводяться до існування добре відомої дихотомії у поділі прав людини на позитивні та негативні. У доктрині права склалося традиційне розуміння приналежності соціально-економічних прав до групи позитивних прав, у той час як громадянські та політичні права наділені, відповідно, негативними елементами. Тут потрібно притримуватися **збалансованого підходу**, за якого усі права людини, як соціально-економічні, так і громадянські та політичні, накладають на державу набір як позитивних, так і негативних зобов'язань. Отже, права не можуть бути чітко відокремлені один від одного залежно від обов'язку, який вони породжують. Підтвердженням цього припущення слугує аналіз

⁴⁵¹ Mantouvalou, V. (2010, April 12). The Case for Social Rights.

⁴⁵² Simon, W. (1985). *The Invention and Reinvention of Welfare Rights*.

⁴⁵³ Muller, A. (2009). Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Law Review*, 9(4), 557-601. doi:10.1093/hrlr/ngp027.

⁴⁵⁴ Güler, T. S. (2017). 'Positive Obligations' Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure? *European Journal of Multidisciplinary Studies*, 6(1), 358. doi:10.26417/ejms.v6i1.p358-364.

емпіричного матеріалу: запровадження як у міжнародних договорах з прав людини, так і у конституціях самих держав нормативної конструкції «поважати – захищати – здійснювати права людини»⁴⁵⁵. Така конструкція, як вбачається, спрямована на руйнування ієрархічності зв'язків між економічними, соціальними і культурними правами та громадянськими і політичними правами. Таким чином, більшість представників юридичної спільноти висловлюють позицію щодо того, що економічні та соціальні права підлягають судовому захисту у міжнародному масштабі та, відповідно, можуть ефективно забезпечуватися міжнародними судами і трибуналами⁴⁵⁶. Подібна теза стала загально-прийнятною і виробила компромісний підхід до тлумачення договорів про права людини, згідно з яким громадянські і політичні права мають невід'ємні соціально-економічні компоненти. До того ж, наявна практика тлумачення, що застосовується ЄСПЛ і іншими міжнародними органами з прав людини щодо позитивних зобов'язань, в кінцевому підсумку призводить до врахування економічних і соціальних прав. Емпіричне підкріплення вищенаведеної тези дістане свій вияв дещо нижче, при аналізі прецедентної практики Суду.

Відтак, окреслимо **основні методологічні підходи**, що повинні бути покладені в основу дослідження особливостей захисту Страсбурзьким судом соціально-економічних цінностей.

По-перше, концепція основних прав не виключає можливості їх тлумачення у світлі соціальних та економічних потреб особи. В англomовній правовій доктрині, такий підхід отримав назву «*core rights perspective*». Його авторкою є представниця лейденської школи права І. Лейтен. У своїй роботі «Основні соціально-економічні права та Європейський суд з прав людини» вона обґрунтовує підхід, згідно з яким доктрина основних прав людини розширює соціально-еконо-

⁴⁵⁵ Така конструкція в англomовній юридичній літературі отримала назву «tripartite system of human rights».

⁴⁵⁶ Наприклад, Petersmann, E. (2008). Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'. *European Journal of International Law*, 19(4), 773-775; або Langford, M. (2009). The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory. In M. Langford (Ed.) *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press 3-45.

мічний вимір інтерпретаційної діяльності ЄСПЛ, зокрема, в частині використання транспарентної та об'єктивної перевірки співмірності використання національною владою свободи розсуду у формуванні законодавчої соціально-економічної політики. Стверджується, що загалом Суд використовує два наступних підходи у їх взаємозв'язку. Суть першого підходу зводиться до *raison d'être* (пошуку сенсу існування) основних прав, що означає надання відповіді на питання, чому існує конкретна норма про права та що, принаймні, потрібно для забезпечення того, щоб це право було значущим для тих, хто може на нього покладатися. Вказане передбачає застосування телеологічного підходу до тлумачення, який враховує мету і ціль норми, а також сам дух Конвенції як інструменту, призначеного для підтримки і просування ідеалів і цінностей демократичного суспільства. Застосовуючи такий підхід, ЄСПЛ спочатку розглядає конкретну норму права, закріплену у Конвенції, і, зокрема, мету та цінності, що лежать у її основі. Наприклад, такий підхід може застосовуватися у рамках тлумачення ст. 8 ЄКПЛ – права на повагу до особистого життя. У контексті позитивних зобов'язань держави, тлумачення такого права у його системному взаємозв'язку із конкретними фактами справи, може, наприклад, бути пов'язане із важливістю існування місця для проживання. Ще одним прикладом такого підходу є смисловий відтінок слова «поводження», який може бути вкладений у нормативну конструкцію «нелюдське і таке, що принижує гідність, поведження», закріплену у ст. 3 ЄКПЛ. Така конотація може бути прив'язана до позитивних зобов'язань держави в частині забезпечення основних засобів до існування, необхідних для життя людини. Поєднуючи ідею реалізації прав ЄКПЛ з пошуком того, чого це по суті вимагає, деякі соціально-економічні гарантії видаються вирішальними, оскільки без них неможливо навіть почати забезпечення подальшої реалізації відповідних прав.

По-друге, досягнення консенсусу або наявність широкої згоди можуть також стати цінним правовим орієнтиром для захисту основних соціально-економічних прав із боку Страсбурзького суду. Можуть бути розглянуті основні соціально-економічні гарантії, узгоджені на національному та міжнародному рівнях, і, зокрема, основні зобов'язання,

дотримання яких визнано Комітетом з економічних, політичних, соціальних та культурних прав ООН. Зрештою, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права був ратифікований у цілому, в тому числі, Державами-учасницями Конвенції. Отже, для ЄСПЛ здається безпроблемним приділити хоча б деяку увагу цим основним вимогам при розгляді справ, що підпадають під дію Конвенції. Таке узгоджене тлумачення відповідає практиці тлумачення Страсбурзького суду, а також визнанню ним неподільності громадянських, політичних, економічних і соціальних прав. Однак ідея захисту основних прав передбачає, що увага приділяється не загальним економічним і соціальним правам, а їх основним аспектам. Суд пропонує підхід до неподільності, який передбачає зосередження уваги на мінімальних основних рівнях й інших основних вимогах забезпечення прав, пов'язуючи їх безпосередньо з гарантіями, закладеними у Конвенції⁴⁵⁷.

По-третє, Суд так чи інакше зіштовхувався у вирішенні своїх справ із питаннями розгляду правомірності дій національного законодавця в частині розробки нормативної основи реалізації соціальної політики держави. Подібне до певної міри «обережне» ставлення Страсбурзького суду до вирішення справ, у яких центральним предметом розгляду виступає соціально-економічна законодавча політика, обумовлене наступним. Як було зазначено вище, відповідно до приписів ЄКПЛ державі зазвичай надається достатньо широка свобода дій, коли мова йде про загальні заходи реалізації економічної або соціальної стратегії. Крім того, ЄСПЛ зауважує, що національний законодавець краще обізнаний і знає своє суспільство і його потреби. І тому національна влада знаходиться у кращому становищі, аніж міжнародний суддя, оскільки національна влада має змогу безпосередньо оцінити наскільки законодавча політика відповідає суспільним інтересам стосовно соціальних або економічних причин законодавчих змін. І Суд, як правило, поважає вибір законодавчої влади, але тільки якщо він не є явно необґрунтованим. Суд не може замінити своєю власною оцінкою оцінку економічно-соціальної ситуації, наданою національною владою. Незважаючи на

⁴⁵⁷ Leijten, I. (2019). *Core socio-economic rights and the European court of human rights*. Cambridge: Cambridge University Press 214, 218-219.

це, ЄСПЛ зобов'язаний переглянути оскаржувані заходи у відповідності до ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ і, таким чином, здійснити дослідження фактів, у межах яких діяла національна влада⁴⁵⁸.

6.2.2. «Правозастосовне сплетіння» доктрин еволюційного методу тлумачення конвенційних норм та позитивних зобов'язань держави у сфері забезпечення соціально-економічних прав: бачення Суду. Додатковим аргументом на користь інструментальної значущості розвитку доктрини соціально-економічних прав Судом є використання останнім добре відомого **еволюційного методу тлумачення** конвенційних норм. У найбільш спрощеному вигляді, суть такого методу зводиться до позиціювання ЄКПЛ у якості живого інструменту. Доктрина еволюційного тлумачення прав відображає принцип того, що Конвенцію слід тлумачити з урахуванням сучасних умов суспільного життя і що вона ідейно розвивається шляхом тлумачення Суду.

У результаті використання ЄСПЛ еволюційного методу тлумачення статичних за своєю природою конвенційних норм, виникають якісно нові аспекти розуміння конкретного виду права. Деякі вчені акцентують увагу на тому, що, уявляючи собою «інструмент, який зберігає значення сучасних і ефективних прав», еволюційне тлумачення ЄСПЛ перетворює Конвенцію на «живий інструмент», що дозволяє аналізувати та інтерпретувати її положення з урахуванням нових політичних та соціально-економічних контекстів. Отже, цілком логічним є твердження, що якщо б Суд застосовував стандарти прав людини, зміст і значення яких залишався би незмінним, то джерела міжнародного права неодмінно постали інструментом стагнації правового регулювання постійно виникаючих нових аспектів суспільного життя⁴⁵⁹. Інші вчені цей тип тлумачення порівнюють досить часто із доктриною меж дискреційних повноважень, підкреслюючи, що еволюційного метод дозволяє змінювати інтерпретацію диспозиції міжнародно-правової

⁴⁵⁸ Така позиція, зокрема, була висловлена Судом у справі *James and Others v. the United Kingdom*; Див.: *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 46, Series A no. 98.

⁴⁵⁹ Dzehtsiarou, K. (2011). European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*, 12(10), 1730-1745.

норми з урахуванням вимог часу. Ґрунтуючись на сказаному, Є. Бремс розробляє концепцію еволюційної інтерпретації як інструмента, в якому зміст конкретної концепції може змінюватися із часом, оскільки зазначене «є «індексацією» прав, закріплених Конвенцією у світлі соціальної еволюції». Таким чином, до основних рис еволюційної інтерпретації необхідно віднести наступні характеристики: 1) у межах її використання визначена ідея або концепція тлумачиться відповідно до сучасних умов конкретного політичного, соціально-економічного та правового середовища; 2) є одним із видів автономного тлумачення, оскільки, на відміну від історичної інтерпретації, «передбачає однакове тлумачення суперечливих концептів»; 3) в основному, допомагає представити зміни в звичайному значенні терміну (понятті, доктрині, принципі), що закріплені у тексті Конвенції; 4) сприяє ефективності дії міжнародно-правової норми у часі; 5) застосовується також у забезпеченні балансу прав та їх обмежень; 6) повинне спиратися на згоду та правовий компроміс з-поміж держав-учасниць⁴⁶⁰.

У межах розвитку уявлень про змістовну трансформацію ідей, закладених у суть соціально-економічних прав, ЄСПЛ також неодноразово застосовував вказаний метод. Так, яскравим прикладом застосування Судом динамічного тлумачення норм Конвенції є справа *Hatton v. United Kingdom*. У цій справі заявники скаржилися на те, що політика влади щодо нічних польотів в аеропорту Хітроу порушувала їх права за ст. 8 ЄКПЛ. У своєму рішенні від 2 жовтня 2001 року Палата постановила, що, оскільки аеропорт Хітроу і літак, який його використовував, не належали, чи не контролювалися і не експлуатувалися урядом або його агентами, не можна вести мову про те, що Сполучене Королівство «втручалось» у приватне або сімейне життя заявників. Замість цього Палата проаналізувала скарги заявників з точки зору позитивного обов'язку держави приймати розумні і належні заходи для забезпечення прав заявників відповідно до п. 1 ст. 8 Конвенції. Палата також постановила, що який би аналітичний підхід до економічної вигоди від нічних рейсів не застосовувався, необхідно враховувати справед-

⁴⁶⁰ Brems, E. (2001). *Human rights: Universality and diversity*. The Hague: Martinus Nijhoff 396-397

ливий баланс, який повинен бути встановлений між конкуруючими інтересами окремої особи і суспільства в цілому. В обох контекстах держава користувалася певною свободою розсуду при визначенні кроків, які необхідно зробити для забезпечення дотримання Конвенції. Однак Палата підкреслила, що при досягненні необхідного балансу, держави повинні враховувати весь спектр матеріальних факторів. Крім того, в особливо делікатній сфері захисту навколишнього середовища простого посилання на економічне благополуччя країни було недостатньо, щоб вести мову про переважання прав одних осіб над правами інших. Палата визнала, що держави повинні були мінімізувати, наскільки це можливо, втручання в права за ст. 8 ЄКПЛ, намагаючись знайти альтернативні рішення і в цілому прагнучи досягти своїх цілей найменш обтяжливим способом щодо прав людини. Для цього відповідним діям повинно передувати належне і повне розслідування і вивчення з метою пошуку найкращого можливого рішення, яке насправді забезпечувало б правильний баланс інтересів. Прикметно, що у розгляді цієї справи в межах Палати, після голосування по рішенню, декілька суддів висловили незгоду із прийнятим рішенням і запропонували власні позиції в окремих думках, зокрема, в частині суті еволюційного методу тлумачення конвенційних норм. Пізніше справа була передана на розгляд Великої палати, яка не виявила порушення ст. 8 Конвенції. Більшість суддів Великої палати не вважали, що влада вийшла за рамки свого розсуду. Однак і тут п'ять суддів виклали спільну окрему думку, в якій висловилися за посилення ролі Суду в реагуванні на скарги щодо забруднення навколишнього середовища, посилаючись на використання доктрини живого інструменту. Зокрема, фокус уваги було звернено на той факт, що еволюційне тлумачення ЄСПЛ різних вимог Конвенції у цілому було «прогресивним» у тому сенсі, що Суд поступово розширював і підвищував рівень захисту прав і свобод, гарантованих Конвенцією, для розвитку «Європейського суспільного порядку». У сфері екологічних прав людини, про які в 1950 році практично нічого не було відомо, Суд все частіше погоджується з тим, що ст. 8 Європейської конвенції охоплює право на здорове навколишнє середовище а, отже, і на захист від забруднення і неприємностей, викликаних шкідливими хімічними

речовинами, агресивними запахами, збудниками, що викликають респіраторні захворювання, шум тощо⁴⁶¹.

Також позиціювання Конвенції як живого інструменту безпосередньо корелюється із вимогою забезпечення легітимного тлумачення правових норм (англ. «*legitimate interpretation*») та доктриною позитивних зобов'язань держави у сфері забезпечення соціально-економічного благополуччя осіб, що знаходяться під її юрисдикцією.

Легітимне тлумачення правових норм передусім базується на концепції субстантивної законності. Іншими словами, тлумачення Судом соціально-економічних прав, незважаючи на той факт, що вони безпосередньо не закріплюються ЄКПЛ, передбачає, що зміст судового рішення повинен бути обґрунтованим (таким, що містить належну правову аргументацію) та прийнятним (таким, що відповідає загальним уявленням суспільства) аби відповідати вимогам законності, а не тільки зачіпати певні формалістичні аспекти.

Що стосується **доктрини позитивних зобов'язань** держави сприяти реалізації соціально-економічних прав осіб, що знаходяться під її юрисдикцією, варто наголосити, що вона за своєю суттю є доволі відкритим концептом та використовується Судом без окреслення вичерпних меж її застосування. Те ж саме стосується і у зворотних випадках, коли Суд вирішує питання щодо дотримання національною владою позитивних зобов'язань у сфері забезпечення цієї категорії справ. Наприклад, у рішенні ЄСПЛ по справі *William and Anita Powell v. the United Kingdom* стосовно прийнятності скарги в частині аргументації заявників щодо фальсифікації офіційних звітів агентом держави, недбалість якого привела до смерті дитини, є порушенням процесуальних зобов'язань, передбачених ст. 2, і позитивних зобов'язань, передбачених ст. ст. 8 і 10 ЄКПЛ. ЄСПЛ використав поняття «*ефективність*», щоб розвинути позитивні зобов'язання соціально-економічного характеру у світлі ст. 2 Конвенції. Цей випадок стосувався хлопчика, який помер через те, що йому не вдалося вчасно діагностувати виліковне захворювання. ЄСПЛ стверджував, що держави зобов'язані відповідно до ст. 2 вживати всіх

⁴⁶¹ Hatton and Others v. the United Kingdom, no. 36022/97, § 113-116, 2 October 2001

відповідних заходів для захисту життя, і що він не виключає того, що дії і бездіяльність суб'єктів владних повноважень у сфері політики охорони здоров'я можуть за певних обставин спричинити за собою появу їх відповідальності відповідно до позитивних зобов'язань, передбачених ст. 2 Європейської конвенції. Однак, справа була відхилена як неприйнятна, оскільки заявники повинні були продемонструвати обґрунтовану вимогу відповідно до національного законодавства про те, що мало місце порушення громадянського права, передбаченого законом. Суд не уповноважений створити на користь особи матеріальне право, котре не визнане національним законодавством, і він не може погодитися з тим, що такі питання, як помилкове судження з боку медичного працівника або ж недбала координація між медичними працівниками при лікуванні конкретного пацієнта самі по собі достатні для того, щоб притягнути Договірну державу до відповідальності з точки зору її позитивних зобов'язань щодо захисту життя відповідно до ст. 2 Конвенції⁴⁶².

Таким чином, ЄСПЛ запропонував загальну теорію позитивних зобов'язань у галузі охорони здоров'я. У загальному вигляді її суть полягає у тому, що телеологічне тлумачення п. 1 ст. 2 Конвенції передбачає, що державі слід не тільки утримуватися від умисного та незаконного позбавлення життя, а й вживати відповідних заходів для захисту життя осіб, які перебувають під її юрисдикцією. При цьому позитивне зобов'язання, у тому числі й у розрізі соціально-економічних прав особи, має два важливих субстантивних аспекти: по-перше, вони означають наявність обов'язку забезпечувати належну нормативно-правову базу регулювання соціально-економічних прав осіб; по-друге, такі зобов'язання безпосередньо накладають обов'язок на національні правові системи вживати превентивних оперативних заходів, необхідних для запобігання порушення відповідних прав.

Отже, прагматичний ефект від «правозастосовного сплетіння» Судом доктрин, що визначають ЄКПЛ у якості живого інструменту інтерпретації соціально-економічних прав людини та невід'ємної наявності у змісті таких прав елементів позитивного зобов'язання, має все ж одну

⁴⁶² Powell v. the United Kingdom (dec.), no. 45305/99, ECHR 2000-V.

істотну особливість. Для виникнення позитивного зобов'язання Суду необхідно встановити, що національна влада знала або повинна була знати на момент існування реальної і безпосередньої небезпеки потенційних фактів порушення соціально-економічних прав особи. Суть позитивного зобов'язання держави у цьому аспекті полягає у вжитті заходів у рамках своїх повноважень, які, при розумній оцінці, можна було очікувати, щоб уникнути цього ризику. Таким чином, застосування цих двох доктрин дозволяє вести мову про формування Судом якісно нового підходу, згідно з яким інтерпретувати традиційні заходи захисту у формі громадянських і політичних прав таким чином, щоб охопити порушення, які традиційно вважаються за свою природою порушеннями економічних і соціальних прав.

У цьому зв'язку, красномовним прикладом, який переконливо свідчить про доречність цього аргументу є позиція Суду, викладена у справі *D. v. the United Kingdom*. ЄСПЛ прийшов до висновку, що він повинен залишити за собою достатню гнучкість для розгляду застосування ст. 3 Конвенції крім «традиційних» випадків, коли джерело ризику в приймаючій державі виникає з факторів, які не можуть спричинити за собою відповідальність держави або які, як прийнято, самі по собі не порушують стандарти цієї статті. Таким чином, ЄСПЛ погодився з тим, що рішення про висилку іноземця, який страждає серйозним захворюванням, у державу, де медичні установи поступаються доступною у Договірній державі медичною допомогою, може порушити питання згідно зі ст. 3 ЄКПЛ. Відповідно, Суд розширив сферу застосування ст. 3 Європейської конвенції, а також визнав, що вона може мати наслідки соціально-економічного характеру⁴⁶³.

Цікавою є практика Суду в частині тлумачення соціально-економічних прав осіб через призму ст. 8 Конвенції. У справі *Marzari v. Italy*, яка стосувалася житлових потреб, ЄСПЛ підкреслив, що існують позитивні зобов'язання, невід'ємні від ефективної політики поваги прав людини, гарантованих ст. 8 Конвенції. Суд визнав, що ст. 8 ЄКПЛ іноді вимагає вжиття позитивних заходів для ефективної поваги того, як

⁴⁶³ *D. v. the United Kingdom*, 2 May 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III.

особа може користуватися своїм житлом у конкретному фізичному сенсі. На нашу думку, подібний підхід у певній мірі демонструє схильність ЄСПЛ втручатися в сферу, пов'язану із застосуванням соціальної та економічної політики. Проте, Суд все ж зробив застереження щодо сфери застосування вказаної статті. Заявник страждав метаболічною міопатією і був повністю інвалідом. Йому виділили квартиру, яку він вважав непридатною для проживання. Тому, він перестав платити орендну плату за житло, заявивши про необхідність проведення певних робіт, щоб воно стало придатним для проживання. Після отримання відмови у проведенні таких робіт, заявник був виселений за заявою свого державного орендодавця. Його скарга до Суду була пов'язана з неповагою до його права на приватне життя, гарантованого ст. 8 Конвенції. Загалом Суд прийшов до висновку, що виселення заявника з квартири потенційно порушило його права за вказаною статтею. Відтак, основним завданням Суду постала необхідність вивчення того, чи було втручання виправданим відповідно до положень п. 2 ст. 8 Конвенції. У результаті Суд не виявив будь-яких ознак порушення цієї статті у зв'язку з рішенням влади щодо виселення заявника з його квартири. При цьому, ЄСПЛ було окремо зауважено, що ст. 8 не гарантує право на вирішення житлової проблеми владою, оскільки оскаржуване рішення мало законну мету відповідно до п. 2 ст. 8 Конвенції, а саме захист прав інших⁴⁶⁴.

6.2.3. Правова аргументація ЄСПЛ у справах, пов'язаних із захистом соціально-економічних цінностей: деякі основні методологічні підходи. Загалом, **соціально-економічні цінності** визначаються як стандарти, які окремі особи і соціальні групи використовують для визначення особистих цілей і, по суті, формують природу і форму соціального порядку в колективі, тобто, як стандарти, які виступають орієнтиром у визначенні того, що є прийнятним, а що є ні, що має або не повинно бути, що бажано або небажано⁴⁶⁵. Тобто, під «соціально-економічними

⁴⁶⁴ *Marzari v. Italy* (dec.), no. 36448/97, ECHR 1999.

⁴⁶⁵ Tsirogianni, S., Sammut, G., & Park, E. (2014). Social Values and Good Living. *Encyclopedia of Quality of Life and Well-Being Research*, 6187-6190.

цінностями» мають на увазі ті речі, які важливі для широкого кола осіб, що формують певне суспільство.

Не виключення становить і взаємозв'язок цінностей й права, зокрема закріплення в останньому аксіологічних основ соціального розвитку суспільства. Право формує суспільство, виступаючи посередником у вирішенні суспільних конфліктів, регулюючи суспільну поведінку і дозволяючи застосування примусових заходів з боку органів державної влади, визначаючи при цьому межі цієї влади. Отже, фундаментальне питання для права — це те, в якому суспільстві хочуть жити його члени. Відповідно, соціально-економічні цінності можуть відображати моральні цінності, широко поширені у певному суспільстві, або інструментальну державну політику, яка має вирішальне значення для економічного благополуччя спільноти. Дійсно, в межах кожної національної правової системи можуть існувати деякі суперечності між різними нормативно-правовими актами і судовими рішеннями. Закон не зможе слідувати своїй цілі, якщо він не характеризується базовою єдністю свого змісту і не служить визначеній основній меті, яка розділяється всіма його компонентами. У цьому зв'язку, загальні цінності певного суспільства генералізовано матеріалізуються у конституціях держав із подальшою їх конкретизацією у внутрішньодержавній системі законодавства. Відтак, при здійсненні захисту соціальних цінностей, ЄСПЛ, як правозахисний орган наднаціонального рівня, виявляє основні соціально-економічні цінності шляхом індуктивного вивчення різних національних законодавчих актів і судових рішень із їх наступним співставленням із гарантіями, закріпленими у Конвенції.

У якості **методологічно значимої тези**, що послугує надалі своєрідним об'єднуючим орієнтиром, зазначимо, що економічні цінності відображені у категорії «власність» (англ. *«property»*), а соціальні — здебільшого опосередковуються категоріями «соціальна допомога» (англ. *«social security benefit»*) та «пенсія» (що включає усі наявні виплати по системі соціального забезпечення) (англ. *«pension»*).

Аналіз наявних правових позицій ЄСПЛ дозволив виокремити наступні найбільш поширені категорії питань, які вирішуються Судом на основі вироблених ним підходів. При цьому, одразу зауважимо,

що подані нижче підходи ні в якому разі не претендують на вичерпність. Навпаки, питання систематизації та аналізу правових позицій Страсбурзького суду цілком виправдано може слугувати повноцінним предметом дослідження дисертаційного або монографічного характеру. Відтак нижче запропоновано лише деякі із підходів, які відображають суть методології захисту Судом цінностей, об'єктивованих у соціально-економічних правах.

В аспекті захисту економічних цінностей, особливу увагу необхідно звернути на той факт, що згідно із практикою ЄСПЛ, *поняття володіння охоплює не тільки фактичне грошове або майнове право, але також і «законне» і обґрунтоване «очікування»* реалізації самого економічного інтересу. Суд особливу увагу звертає на дотримання державами наступних вимог (які, як буде видно із аналізу, запропонованого нижче, майже завжди розглядаються Судом у комплексі):

1. *Створення умов, які сприяють реалізації легітимного очікування особи*; при цьому, до уваги варто взяти той факт, що заявник може заявляти про порушення ст.1 Протоколу № 1 до Конвенції тільки в тій мірі, в якій оскаржувані заявником рішення стосуються його майна; при цьому, концепт «майно» за своєю суттю є автономним і включає або «існуюче майно», або активи, включаючи вимоги, щодо яких заявник може стверджувати, що він або вона має, принаймні, «законне очікування» отримання ефективного користування правом власності⁴⁶⁶; вважається, що однією із перших справ, де вказане питання знайшло своє правозастосовне пояснення є справа *Pine Valley Developments Ltd and others v. Ireland*, де ЄСПЛ вказав, що судові рішення з ретроспективою визнали недійсним дозвіл на розробку будівельного плану, на підставі якого заявники придбали ділянку землі, можна вважати втручанням відповідно до ст. 1 Протоколу №1 до Конвенції, враховуючи, що подібний дозвіл становив сприятливе рішення, яке по суті означало неможливість його повторного перегляду уповноваженим органом державної влади, і що, оскільки рішення було ухвалене, заявники мали принаймні законне сподівання на можливість здійснити запропоновану будівельну розробку⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Kopecký v. Slovakia, no. 44912/98, § 35, 7 January 2003.

⁴⁶⁷ Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland, 29 November 1991, § 51, Series A no. 222.

Для визнання володіння, що ґрунтується на законних очікуваннях, заявник повинен мати заявлене право, яке захищене ст. 1 Протоколу №1 до Конвенції, дотримуючись критеріїв наявності «справжнього спору» або «аргументованої вимоги». Іншими словами, якщо майновий інтерес носить характер вимоги, він може розглядатися у якості активу тільки в тому випадку, якщо він має достатню основу в національному законодавстві, наприклад, коли є усталена судово практика національних судів, що підтверджує це⁴⁶⁸.

Водночас, у прецедентній практиці суду можна знайти ряд застережень, відповідно до яких *доктрина «законних очікувань» не може слугувати основним аргументом порушення прав*, гарантований ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ. Серед них, зокрема:

- не виникає законних сподівань стосовно того, що давно втрачене право власності може бути відновлене, оскільки останнє не може розглядатися як «володіння» в значенні ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, так само як і умовна вимога, що втрачає силу в результаті невиконання умови⁴⁶⁹;
- не можна стверджувати, що виникає законного сподівання, якщо існує спір щодо правильного тлумачення та застосування національного законодавства, а скарга заявника згодом відхиляється органами національної судової влади; якщо тлумачення не є довільним або явно нераціональним, роль Суду зводиться до встановлення того, чи є наслідки такого тлумачення сумісними з Конвенцією;⁴⁷⁰
- ніяких законних очікувань не виникає у ситуації, коли заявник посилається на факт повідомлення законодавцем стосовно прийняття у майбутньому закону, який урегулюватиме

⁴⁶⁸ Béláné Nagy v. Hungary [GC], no. 53080/13, § 79, 13 December 2016 та Draon v. France [GC], no. 1513/03, § 65, 6 October 2005.

⁴⁶⁹ Prince Hans-Adam II of Liechtenstein v. Germany [GC], no. 42527/98, § 82-83, ECHR 2001-VIII або Gratzinger and Gratzingerova v. the Czech Republic (dec.) [GC], no. 39794/98, § 69, ECHR 2002-VII.

⁴⁷⁰ Radomilja and Others v. Croatia [GC], nos. 37685/10 and 22768/12, § 149, 20 March 2018.

питання відшкодування майнової шкоди, і який у кінцевому результаті не був прийнятий⁴⁷¹ та ін.

Незважаючи на достатньо «стійку» концепцію, вироблену ЄСПЛ відносно розуміння законних очікувань, у прецедентній практиці також існують випадки, коли Судом захищається питання права власності заявників, яке *de-facto* ще не існувало, а повинно було виникнути у майбутньому. Це підтверджується справою *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, в якій Суд вказав наступне: «Не висловлюючи остаточної думки щодо того, чи можуть якісь із вимог, заявлених товариствами-заявниками, належним чином розглядатися як власність, Суд, як і Комісія [...], готовий виходити з робочого припущення, що в світлі постанови Woolwich 2 товариства-заявники дійсно володіли майном у вигляді майнових прав на реституцію, які вони прагнули реалізувати прямим або непрямым чином у межах різних судових розглядів⁴⁷².

Окремо варто виділити підходи ЄСПЛ, пов'язані із *захистом майнових прав, пов'язаних зі здійсненням певної професійної діяльності*. Тут, прецедентна практика Суду розвивається у трьох основних напрямках:

1) *Відмова в захисті доходу, що виникає у результаті здійснення професійної діяльності*. Наприклад, у справі *Van der Mussele v. Belgium*, де мова йшла про оплату послуг адвоката відповідно до бельгійського законодавства про безоплатну правову допомогу, Суд вирішив, що ні платежі за представництво, ні понесені витрати не є майном. Оскільки оцінка винагороди не може бути проведена через відсутність коштів у клієнта, який звернувся за безоплатною правовою допомогою, то звідси випливає, що ніяких боргів на користь заявника не виникало. Крім того, подібні витрати були відносно невеликими і впливали із зобов'язання виконувати роботу, сумісну зі статтею 4 ЄКПЛ⁴⁷³.

⁴⁷¹ Marie Izabella Zamoyski-Brisson v Poland and 3 other applications (dec.), no. 19875/13, § 78, 12 September 2017.

⁴⁷² *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, § 70, Reports of Judgments and Decisions 1997-VII.

⁴⁷³ *Van der Mussele v. Belgium*, 23 November 1983, § 48-49, Series A no. 70.

2) *Захист нематеріальних активів, у тому числі клієнтської бази.* Наприклад, у справі *Van Marle and others v. The Netherlands* заявники, чотири бухгалтера, почали здійснювати свою діяльність між 1947 і 1950 роками. Прикметно, що до 1962 року професія бухгалтера не була врегульована законом. Надалі були прийняті два закони з метою усунення наявних законодавчих прогалин. Зокрема положеннями другого законодавчого акту було передбачено реєстрацію *ex-officio* осіб, які практикували в тій мірі і таким чином, що свідчать про наявність відповідної професійної компетентності протягом як мінімум десяти з п'ятнадцяти років до вступу закону в силу. Заявники, до яких цей пункт не застосовувався, стверджували, посилаючись на ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ, що мало місце втручання в їх володіння, оскільки їх річний прибуток скоротився на близько 50-60 %. У цій справі Суд визнав, що клієнтура бухгалтерів становить їх власність, оскільки заявники створили відповідну базу даних, то вона багато в чому мала характер приватного права і становила, таким чином актив і, отже, володіння в значенні Конвенції⁴⁷⁴.

3) *Практика щодо надання дозволів і ліцензій, необхідних для ведення економічної діяльності.* У справі *Megadat.com SRL v. Moldova* Суд вказав, що відповідно до його прецедентної практики припинення дії ліцензії на ведення бізнесу рівносильно втручанням в право на безперешкодне володіння майном, гарантованого ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції. Відтак, Суд повинен був визначити, чи становила міра, застосована відповідним регуляторним органом, втручанням в права власності компанії заявника. ЄСПЛ зауважив, що той факт, що національна влада вирішила надати зворотну силу рішенням регуляторного органу означає, що рішення такого органу мало силу, ідентичну припиненню дії діючих ліцензій, і, таким чином, представляло собою втручання в право заявника на мирне володіння своїм майном. При цьому цікавим у цій справі є наступне. Суд наголосив, що хоча компанія-заявник не могла вести свій бізнес, вона зберегла майнові права у вигляді своїх приміщень і своїх майнових активів. За цих обставин, припинення дії

⁴⁷⁴ *Van Marle and Others v. the Netherlands*, 26 June 1986, § 39-43, Series A no. 101.

ліцензій слід розглядати не як позбавлення власності для цілей другого речення ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, а як міру контролю за використанням майна, застосування якої підлягає перевірці згідно з другим абзацом цієї статті. Як висновок, було констатовано, що довільність розгляду, дискримінаційне ставлення до компанії-заявника і непропорційно суворі заходи, застосовані до неї, свідчать про відсутність з боку національної влади слідування нею справжніх і послідовних міркувань політики при визнанні недійсними ліцензій компанії-заявника. Незважаючи на свободу розсуду, надану державі, справедливий баланс у цій справі не був збережений і компанія-заявник була зобов'язана нести індивідуальний і надмірний тягар, що свідчить про порушення ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції⁴⁷⁵.

Відштовхуючись від проаналізованих справ, можна стверджувати, що ст. 1 Протоколу №1 до Конвенції спрямована на *захист трьох категорій власності*: придбаного майна; власності, яка підпадає під дію законних очікувань, оскільки останні є досить обґрунтованими; і майна, отриманого в результаті реалізації права на реституцію.

2. *Втручання у реалізацію особою свого права власності (зокрема шляхом обмеження такого права) повинно переслідувати легітимну мету та ґрунтуватися на принципі пропорційності.* У ряді справ ЄСПЛ висловлював позицію стосовно розуміння суті права, гарантованого ст. 1 Протоколу № до Конвенції. На думку Суду, ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ включає три окремих правила. Перше правило, викладене в першому реченні першого абзацу, носить загальний характер і проголошує принцип мирного користування власністю. Друге правило, що міститься у другому реченні першого абзацу, стосується позбавлення майна і визначає обов'язкову відповідність його певним умовам. Третє правило, викладене у другому абзаці, визнає, що Договірні держави мають право, серед іншого, контролювати використання власності відповідно до загальних інтересів, застосовуючи такі закони, які вони вважають необхідними для цієї мети. Водночас, вищевказані правила є взаємопов'язаними між собою, оскільки друге і третє правила сто-

⁴⁷⁵ *Megadat.com SRL v. Moldova*, no. 21151/04, § 63, 69-74, 79, ECHR 2008.

суються конкретних випадків втручання в право на мирне володіння майном і тому повинні тлумачитися в світлі загального принципу, проголошеного в першому правилі⁴⁷⁶.

При дослідженні Судом дотримання державами вказаної вимоги, ЄСПЛ у більшості випадків повинен надати **відповіді на наступні питання**:

— чи мало місце втручання у право, гарантоване ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції; наприклад, у справі *National Movement Ekoglasnost v. Bulgaria* Суд вказав, що скарга асоціації-заявника стосується судового наказу про відшкодування витрат, винесеного щодо неї судом у процесі розгляду питання щодо відновлення провадження по справі, який зобов'язує її сплатити юридичне представництво з боку відповідача; у зв'язку з цим ЄСПЛ відзначив, що Комісія раніше встановила, що судові витрати є «внесками» в розумінні необхідності захисту власності, закладеному другим абзацом ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції⁴⁷⁷;

— чи було вказане втручання виправданим; у цьому плані, за загально сформульованим Судом правилом, втручання у реалізацію особою свого права на володіння майном, зокрема в частині накладення певних обмежувальних заходів, повинно відповідати принципу законності і переслідувати легітимну мету за допомогою засобів, розумно пропорційних такій меті; стосовно визначення чи законним було втручання органів державної влади у право особи володіти майном, Страсбурзький суд безапеляційно дотримується простого правила: перша і найважливіша вимога ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ полягає у тому, що будь-яке втручання державного органу в мирне користування власністю має бути законним, адже друге речення першого абзацу статті дозволяє лише позбавлення майна відповідно до умов, передбачених законом, у той час як другий абзац визнає, що держави мають право контролювати використання власності, застосовуючи при цьому закони; більше того, верховенство права передбачає обов'язок самої держави або її окремого органу виконувати судові накази або рішення, направлені проти них; із цього випливає, що питання про те, чи було

⁴⁷⁶ Наприклад: *Béla Nagy v. Hungary* [GC], no. 53080/13, § 72, 13 December 2016

⁴⁷⁷ *Ekoglasnost v. Bulgaria*, no. 30386/05, § 69, 6 November 2012..

досягнуто справедливого балансу між вимогами загальних інтересів громади та вимогами захисту основних прав особи, стає актуальним лише після того, як буде встановлено, що втручання, про яке йдеться, задовольняло вимогу законності і не було свавільним⁴⁷⁸; вказане дозволяє органам Конвенції перевіряти відповідність цілей законодавства і засобів, які воно використовує; після визнання легітимності і законності втручання у право власності, нагляд, таким чином, поширюється, опосередковано, на його необхідність.

У частині визначення втручання органів національної влади у право власності особи як такого, що є пропорційним, особливий фокус уваги варто змістити на *конкретні форми нагляду ЄСПЛ за дотриманням вимоги пропорційності у встановленні обмежень реалізації права власності*. Визначальною у цьому плані стала позиція, сформована Європейською комісією з прав людини при розгляді справи *Gillow v. the United Kingdom*. У своєму звіті, прийнятому 3 жовтня 1984 року, Комісія відзначила наступне. Хоча підхід Комісії відповідно до встановлених правил позбавлення прав власності і здійснення відповідного контролю за використанням власності дуже схожий, міра пропорційності безсумнівно відрізняється в рамках їх застосування, оскільки, якщо розглядати закладений обсяг пропорційності в світлі загального правила, що міститься в першому реченні першого абзацу ст. 1 Протоколу №1 до Конвенції, позбавлення власності за своєю природою є більш серйозним, ніж контроль за її використанням, коли зберігається повна власність. Таким чином, основним критерієм для встановлення того, чи був досягнутий справедливий баланс при контролі за використанням особистої власності, є тип використання, для якого це майно було визначене окремим власником⁴⁷⁹. Тому, рівень захисту приватних інтересів безпосередньо залежить від рівня втручання у власність. А отже, застосування принципу пропорційності як засобу нагляду може варіюватися від випадку до випадку.

Заслугує на увагу також і вирішення питання Судом щодо *здійснення національною владою контролю за використанням власності*

⁴⁷⁸ *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 58, ECHR 1999-II.

⁴⁷⁹ European Commission of Human Rights. (1984). *Report of the Commission on Case Gillow against the United Kingdom* (Application No. 9063/80), § 148.

для забезпечення сплати податків або інших обов'язкових платежів, включаючи штрафи. Правозастосовна практика Страсбурзького суду засвідчує, що законодавець повинен мати достатньо повноважень для прийняття податкового законодавства, необхідного для забезпечення сплати податків. Водночас, це законодавство має забезпечувати розумний баланс між його засобами та цілями і не покладати особливого і непомірного тягаря на власників майнових прав. У подібних випадках, ЄСПЛ використовує формулювання «втручання в суть (права)» як синонімічне до здійснення національним органом влади контролю за використанням майна⁴⁸⁰. Фактично, мова тут йде про існування двох типів нагляду: 1) того, що застосовується у випадках позбавлення власності; і 2) того, що застосовується в інших випадках, пов'язаних із обмеженням у реалізації прав власності.

В аспекті захисту Судом **соціальних інтересів особи** (а подекуди і соціальних інтересів усього суспільства), варто виокремити наступні категорії справ:

– *справи, пов'язані із визначенням пропорційності встановлення меншого розміру соціальної допомоги або пенсії* (тобто, чи було виправданим зменшення соціальних виплат); у ряді справ ЄСПЛ відзначив, що принципи, які зазвичай застосовуються у справах, передбачених ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, у рівній мірі можуть застосовуватися і щодо пенсій; таким чином, це положення не гарантує права на придбання власності; воно також не гарантує як такого права на пенсію у певній сумі; однак, якщо в Договірній державі діє законодавство, яке передбачає виплату права на пенсію, незалежно від того, чи обумовлена попередня сплата (пенсійних) внесків чи ні, – таке законодавство слід розглядати як таке, що генерує майновий інтерес, який підпадає під дію ст. 1 Протоколу №1 до ЄКПЛ для осіб, які відповідають його вимогам; отже, зменшення розміру пенсії або припинення її виплат може являти собою втручання у володіння майном, яке повинно бути виправданим (тобто мати легітимну мету та бути пропорційним)⁴⁸¹; у

⁴⁸⁰ *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands*, 23 February 1995, § 60, 67, Series A no. 306-B.

⁴⁸¹ Див., наприклад, *Rasmussen v. Poland*, no. 38886/05, § 71, 28 April 2009.

справі *Valkov and Oth. v Bulgaria* пенсії заявників спочатку розраховувалися відповідно до загальних правил Закону про пенсії 1957 року, а потім Кодексу соціального забезпечення 1999 року (стосовно тих заявників, які вийшли на пенсію після 1 січня 2000 року – застосовувався тільки Кодекс); оскільки суми, отримані в результаті цих розрахунків, для кожного заявника перевищували межу пенсій, встановлену в статті 47с Закону, а потім у пункті 6 (1) Перехідних і прикінцевих положень Кодексу, їх пенсії були урізані до рівня, дозволеного лімітом; таким чином, верхня межа розміру пенсій може розглядатися або як положення, що обмежує розмір пенсії після того, як він був розрахований відповідно до загальних правил, і, таким чином, рівносильний втручанням у «володіння» заявників, або як частина загального набору законодавчих правил, яким регулюється порядок розрахунку розміру пенсії, що, становить правило, яке забороняє заявникам мати певне «володіння» щодо надлишку пенсій; коли Кодекс вперше набув своєї чинності 1 січня 2000 року, параграф 6 (1) встановив тимчасове обмеження максимального розміру пенсій – до 31 грудня 2003 року; це обмеження було знято з внесенням поправки в грудні 2003 року, в результаті чого верхня межа стала постійно застосовуватися до всіх пенсій, призначених до певної дати: спочатку 31 грудня 2009 року, після подальших поправок 31 грудня 2011 року, потім 31 грудня 2013 року; із цієї точки зору можна стверджувати, що, незалежно від законодавчо встановленого положення до або після, в період з 1 січня 2000 року по 23 грудня 2003 року, заявники могли розглядатися як такі, що мають законне сподівання того, що обмеження їх пенсій закінчиться 31 грудня 2003 року, і що законодавча поправка, яка таке очікування знівелювала, сама по собі рівносильна втручанням у «майно» заявників⁴⁸²;

– *справи, пов'язані із визначенням заходів національної влади в частині забезпечення житлом* як таких, що є достатніми та забезпечують належний рівень життя особи; такого роду справи є достатньо чутливими, враховуючи визнання Судом наявності у Договірних державах свободи розсуду; ключовою, на нашу думку, справою є

⁴⁸² *Valkov and Others v. Bulgaria*, nos. 2033/04 and 8 others, § 85-86, 25 October 2011.

Winterstein v. France; ЄСПЛ неодноразово наголошував, що у сферах, пов'язаних із застосуванням соціальної або економічної політики, в тому числі щодо житла, він надає національній владі значну свободу дій; у той же час Суд залишає за собою право встановити, що національна влада допустила явну помилку оцінки необхідності гарантування соціального житла; з іншого боку, свобода розсуду, що надається національній владі, матиме тенденцію бути більш обмеженою там, де поставлене на карту право має вирішальне значення для ефективного здійснення людиною основних або «делікатних» прав; це, зокрема, відноситься до прав, передбачених ст. 8 Конвенції, які є правами, що мають центральне значення для особистості, самовизначення, фізичної і моральної недоторканності, підтримки відносин з іншими і міцного та наявності безпечного місця у суспільстві; оскільки життя на вулиці є крайньою формою втручання в право, гарантованого ст. 8 ЄКПЛ, на повагу житла, будь-яка особа, що піддається ризику стати жертвою цього, в принципі повинна мати можливість домогтися пропорційності застосування заходів; це означає, серед іншого, що в тих випадках, коли відповідні аргументи щодо пропорційності втручання були висунуті заявником в ході національного судового розгляду, національні суди повинні вивчити їх детально і надати адекватні причини для аргументації застосування таких заходів; при розгляді питання про те, чи є міра по виселенню співмірною, слід, зокрема, враховувати наступні міркування; якби будинок був встановлений на законних підставах, цей фактор буде суперечити законності вимоги про переїзд; і навпаки, якщо створення будинку було б незаконним, скарга заявника була б менш переконливою; якщо альтернативне житло недоступно, то відповідно втручання є більш серйозним, ніж при наявності такого житла; оцінка придатності альтернативного житла буде включати розгляд, з одного боку, конкретних потреб зацікавленої особи, а з іншого боку, прав місцевої громади на охорону навколишнього середовища⁴⁸³;

— *справи, пов'язані із захистом сімейних цінностей*; зокрема, у справі *Wallová and Walla v. the Czech Republic* заявники та їхні діти були

⁴⁸³ *Winterstein and Others v. France*, no. 27013/07, § 147-148, 17 October 2013.

відокремлені один від одного після рішення національного суду про поміщення дітей до інтернатних закладів; Суд встановив порушення ст. 8 Конвенції, надаючи великого значення тому, що основна проблема для заявників полягала в тому, як знайти житло, придатне для життя великої родини; однак здатність заявників виховувати дітей або любов, яку вони до них мали, не оскаржувалися; крім того, навіть національна влада визнала зусилля, які заявники доклали для подолання своїх труднощів, достатніми; Суд зазначив, що проблема полягала у наявності матеріальних труднощів, які влада могла вирішити іншими способами, крім роз'єднання сім'ї, що було надзвичайно жорсткою мірою, не виправданою для даної ситуації; як постановив Суд, роль органів соціального забезпечення полягає саме в тому, щоб допомагати людям, які знаходяться в скрутному становищі, допомагаючи їм здійснити необхідні кроки і консультуючи їх по різних формах соціальної допомоги та можливостей отримання соціального житла та інших засобів задля поліпшення ситуації⁴⁸⁴; крім того, практика ЄСПЛ також визнає право сімейної пари на зачаття дитини і використання для цієї мети штучного запліднення, що підпадає під ст. 8 ЄКПЛ, оскільки подібний вибір є формою вираження приватного і сімейного життя⁴⁸⁵;

— *справи, пов'язані із вирішенням питання наявності у державні належних механізмів запобігання шкоди здоров'ю особи в результаті забруднення навколишнього середовища*; раніше було наголошено, що ЄСПЛ визнав зобов'язання Договірних держав вживати відповідних заходів для захисту життя осіб, які перебувають під її юрисдикцією; зміст цього зобов'язання було роз'яснено у ряді рішень з питань захисту навколишнього середовища, що, у тому числі, стосувалися шуму і промислових відходів, в яких визнається позитивна роль держави в охороні здоров'я людей, незалежно від того, чи є держава сама по собі забруднювачем чи ні; у цьому плані, вважаємо, що у справі *Dubetska v. Ukraine* викладені, ключові підходи до вирішення питання неспроможності державних органів захистити права осіб на житло, особисте і сімейне життя від надмірного забруднення, викликаного несприят-

⁴⁸⁴ *Wallová and Walla v. the Czech Republic*, no. 23848/04, § 73-77, 26 October 2006.

⁴⁸⁵ *S.H. and Others v. Austria* [GC], no. 57813/00, § 82, ECHR 2011.

ливою діяльністю двох державних промислових підприємств; принципи, застосовні до оцінки відповідальності держави відповідно до ст. 8 Конвенції в екологічних справах, є багато в чому схожими, незалежно від того, чи розглядається випадок прямого втручання або мова йде про позитивні зобов'язання в частині врегулювання питань приватного порядку; у подібних справах цієї категорії, головним питанням, яке повинен розглянути Суд — це питання, чи вдалося державі встановити справедливий баланс між інтересами потерпілих осіб і суспільства у цілому; у процесі такої оцінки всі фактори, в тому числі національне законодавство, повинні бути проаналізовані в контексті кожного конкретного випадку окремо⁴⁸⁶.

Висновки

ЄСПЛ неодноразово звертав увагу на першорядне значення соціально-економічних цінностей, матеріалізованих у відповідних правах, як невід'ємної основи демократії і, таким чином, як таких, що мають важливе значення для забезпечення стабільності сталого економічного розвитку національної правової системи. Здебільшого Суд де-факто включає соціально-економічні права в ЄКПЛ шляхом відповідного широкого тлумачення громадянських і політичних прав, у той же час підкреслюючи, що саме тіло Конвенції відображає соціально-економічні цінності європейської спільноти. Застосування Судом вказаного підходу пояснюється насамперед його до певної міри дружнім ставленням до міжнародно-правових стандартів.

Відповідно до Європейської конвенції держави несуть позитивні матеріальні і процесуальні зобов'язання щодо захисту і дотримання прав людини, у тому числі прав, які мають соціально-економічне підґрунтя. Водночас, сам Суд неодноразово у мотивувальній частині своїх рішень зауважував, що подальша реалізація соціальних і економічних прав багато в чому залежить від ситуації, особливо фінансової, у тій чи іншій національній правовій системі. Передбачаючи потенційну

можливість виникнення фінансових криз, ЄСПЛ надав європейським урядам, у більшості випадків, широкі можливості для впровадження мінімальних стандартів соціально-економічних прав, зберігаючи при цьому повагу до розумних меж їхнього застосування. Прикметно, що наразі у практиці Суду відсутні підходи, відповідно до яких політика національних урядів у частині запровадження економії соціально-економічних ресурсів, вважається такою, що порушує Європейську конвенцію.

Однак держави як і раніше повинні проявляти старанність, щоб не зазіхати на основоположні соціально-економічні права. Тому, при вирішенні конкретних справ, ЄКПЛ тлумачиться Судом за допомогою еволютивного методу: конвенційні норми інтерпретуються у світлі сучасних умов суспільного життя із застосуванням у більшості випадків широкого розуміння сутності прав людини, що гарантуються Європейською конвенцією. Не зважаючи на те, що загалом, держави несуть зобов'язання поважати, захищати і впроваджувати мінімальні основні соціально-економічні права, Європейським судом не розроблено конкретної моделі їх захисту. Навпаки, він застосовує індивідуальний підхід при вирішенні справ із тією метою, щоб мати змогу визначити чи ретельно, послідовно і точно Договірні держави виконують свої зобов'язання щодо забезпечення соціально-економічних прав особи.

⁴⁸⁶ Dubetska and Others v. Ukraine, no. 30499/03, § 154-155, 10 February 2011.

СПИСОК РЕКОМЕНДОВАНИХ ДЖЕРЕЛ

Anthony Ogus (2007) Esin Örüçü and Nelken David. *Comparative Law. A Handbook*. Bloomsbury Academic.

Baumol W. J. (1990). Entrepreneurship: Productive, Unproductive and Destructive. 5(98) *Journal of Political Economy*, 893–920.

Beard Charls. (1913) *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. Macmillan.

Brems, E. (2001). *Human rights: Universality and diversity*. The Hague: Martinus Nijhoff.

Brown R.A. Administrative Commissions and the Judicial Power, 19 *MwNn. L. Rv.* 261 (February, 1935).

Brynjolfsson E., Kahin B. (2000) Introduction. Understanding the Digital Economy. Cambridge: MIT Press, pp. 1–10.

Buchanan, James M. (1977) *Freedom in Constitutional Contract: Perspectives of a Political Economist*. College Station: Texas A&M University Press;

Buckhardt Dana (2020), Backlash against the Court of Justice of the EU? The Recent Jurisprudence of the German Constitutional Court on EU Fundamental Rights as a Standard of Review 21 *German Law Journal* 1–18.

Clark A. (2005) *Property Law: Commentary and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press 193–203.

Coase Ronald (1960) The Problem of Social Costs 3 *The Journal of Law and Economics* 17

Corbet S. et al. (2018) Cryptocurrencies as a financial asset: a systematic analysis. *International Review of Financial Analysis*, no 9, pp. 182–199.

Desai, Raj M. and Olofsgård, Anders, Constitutionalism and Credibility in Post-Communist Economies (March 2005). *Georgetown University School of Foreign Service Working Paper, SSRN*. URL: <https://ssrn.com/abstract=709144>

Dzehtsiarou, K. (2011). European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. 12(10), *German Law Journal*, 1730–1745.

Epstein, Richard A (1985) *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain* Harvard University Press

Esin Örüçü and Nelken David. *Comparative Law. A Handbook*. Bloomsbury Academic;

Feteris Eveline T. (Ed.) (2016) *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decision*. 2nd Ed. Springer.

Forrest D. (2008), Gambling Policy in the European Union: Too Many Losers? *FinanzArchiv*. 4(64) *Public Finance Analysis* 541.

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

Goldmann, Matthias (2020) The European Economic Constitution after the PSPP Judgment: Towards Integrative Liberalism? 21(5) *German Law Journal* 1058–77.

Guenter Teubner, (1997) 'Global Bukovina': Legal Pluralism in the World Society (Ed. by Guenter Teubner) *Global Law without a State* Aldershot: Dartmouth Gower.

Guenter Teubner (2012) *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* Oxford University Press.

Güler, T. S. (2017). 'Positive Obligations' Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure? 6(1), *European Journal of Multidisciplinary Studies*, 358.

Günther Klaus (1996), Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis, 17 *Cardozo Law Review* 1035

Gwartney, J., R. Lawson and W. Block (1996). *Economic Freedom in the World, 1975–1995*. Vancouver: Fraser Institute

Haan J., Sturm, J. (2000). On the relationship between economic freedom and economic growth. *European Journal of Political Economy* 215–241.

Hellwig, Hans-Jürgen (2020) Die Verhältnismäßigkeit als Hebel gegen die Union: Ist die Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG in der Sache Weiss noch mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung vereinbar? 73(35) *Neue Juristische Wochenschrift* 2497–503.

Honore A.M. (1961) The Ownership. Gest A.G (Ed.) *Oxford essays in jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.

Höpner Martin (2021) Proportionality and Karlsruhe's Ultra Vires. Ways Out of Constitutional Pluralism? *MPIfG Discussion Paper* 21/1. URL: https://pure.mpg.de/rest/items/item_3283151/component/file_3283887/content

- Jowell, Jeffrey, and Anthony Lester. (1988) Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law. *Commonwealth Law Bulletin* 14(2) 859.
- Kogan Y. Long Wave of Economic Growth. *Futures*. 1998. October.
- Kommers D.P. (1997) The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic Germany. 2nd ed. Durham: Duke University Press 363.
- Krygier Martin (2017) *Re-imagining the Rule of Law*. Denis Leslie Mahoney Prize Public Lecture (7 September 2017)
- Kurzweil Ray (2005) *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*, New York: Viking Penguin.
- Lane N. (1999) Advancing the digital economy into the 21st century. *Information Systems Frontiers*, vol. 1, no 3, pp. 317–320
- Leijten, I. (2019). *Core socio-economic rights and the European court of human rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- M. Langford (Ed.) *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*. Cambridge: Cambridge University Press 3-45.
- Marco Dani. Economic Constitutionalism(s) in a Time of Uneasiness – Comparative Study on the Economic Constitutional Identities of Italy, the WTO and the EU *Jean Monnet Working Paper 08/05* URL: <http://ssrn.com/abstract=1346995>
- Masterman R. and Schütze R. (eds) *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*. Cambridge University Press.
- Muller, A. (2009). Limitations to and Derogations from Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Law Review*, 9(4), 557-601.
- Nardini W.J. (2000) Passive Activism and the Limits of Judicial Self-Restraint: Lessons for America from the Italian Constitutional Court. *Setton Hall Law Review* 1 -58.
- Nozik Robert (1974) *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books 26
- Parsons Christopher (2015), Beyond Privacy: Articulating the Broader Harms of Pervasive Mass Surveillance 3 *Media and Communication* 1.
- Peters Anne. (2019) Corruption as a Violation of International Human Rights. 4(29) *European Journal of International Law* 1256.
- Petersen Niels and Towfigh Emanuel V. (2016) *Economic methods for Lawyers*. Edward Elgar Publishing 12-15
- Petersen, Niels (2015). Balancing and judicial self-empowerment: A case study on the rise of balancing in the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court. 4 *Global Constitutionalism* 52-53.

- Petersmann, E. (2008). Human Rights, International Economic Law and 'Constitutional Justice'. 19(4), *European Journal of International Law*, 773-775.
- Phillipson Gavin. (1999), The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: A Bang or a Whimper? 6(62) *The Modern Law Review* 824-849.
- Pohl Jens Hillebrand. (2020) Emergency, security and strategic autonomy in EU economic regulation. 21 *ERA Forum* 143-154.
- Rosenberg Michel and Sajó Andras (eds.) (2013) *The Oxford Handbook of the Comparative Constitutional Law* Oxford University Press.
- Sadurski Wojciech (ed.), (2005) *Rights before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States in Central and Eastern Europe*. Springer Publishing.
- Savelyev A. (2017) Contract Law 2.0: «Smart» contracts as the beginning of the end of classic contract law. 4 *Information & Communications Technology Law* 116–134.
- Seubert S, and Becker C (2021). The Democratic Impact of Strengthening European Fundamental Rights in the Digital Age: The Example of Privacy Protection 22 *German Law Journal* 32
- Simon, W. (1985). *The Invention and Reinvention of Welfare Rights*.
- Slaughter Anne-Marie (1985) *A New World Order*. Princeton University Press, 368 p.
- Stark David and Bruszt Laszlo (eds.) (1998) *Postsocialist Pathways: Transforming Politics and Property in East and Central Europe*. Cambridge University Press. 300 p.
- Tapscott D. (1996) *The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*. New York, NY: McGraw-Hill
- The role of good governance in the promotion of human rights. *Commission on Human Rights resolution 2000/64*.
- Tsirogianni, S., Sammut, G., & Park, E. (2014). Social Values and Good Living. *Encyclopedia of Quality of Life and Well-Being Research*, 6187-6190.
- Viterbo Annamaria. (2020) The PSPP Judgment of the German Federal Constitutional Court: Throwing Sand in the Wheels of the European Central Bank. 5 *European Papers* 671-685.
- Waldron, Jeremy. (1994) Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer. 45 *Hastings LJ*. 819.
- Warp George, Independent Regulatory Commissions and the Separation of Powers Doctrine, 16 *NOTRE DAME LAW*. 183 (1941).

Аджемоглу Дарон, Робінсон Джеймс (2020). *Чому нації занепадають. Походження влади, багатства та бідності*. Київ: Наш формат.

Бальцерович Лешек (2007) *Навстречу ограниченному государству*. Москва: Новое издательство.

Бевзенко Л. Д. (2009). Постнеклассические практики свободы — социокультурные контуры осуществления. 1 *Практична філософія* 58.

Булеца С.Б., Чепис О. І. (ред.) (2019) *Право інтелектуальної власності*: За заг. ред. Ужгород: РІК-У, 2019. С. 398 (488 с.)

Бутко М. П. (2015). Комерціалізація результатів науково-технічної діяльності в умовах поглиблення інтеграційних процесів. 1 *Проблеми і перспективи економіки та управління*, 7–20.

Валлерстайн Иммануил (2001) *Анализ мировых систем и ситуация в современном мире*. Санкт-Петербург: Изд-во «Университетская книга».

Гидденс, Энтони (2005) *Устройство общества: Очерк теории структуры-ции*. Москва: Академический проект.

Гордієнко С. Г. (2014). Інноваційна діяльність: проблеми, сутність, змістовні складові та напрями удосконалення. 7/2 *Часопис Академії адвокатури України* 15–32.

Гордуновський О. М. (2015) Сутність та форми економічної свободи та її особливості в Україні. 4 (20). *Фінансовий простір* 151-156.

Гражевська Н.І. (2008) Економічні системи епохи глобальних змін. Київ: Знання.

Греца Я.В. (2019) Визначення місця здійснення господарської діяльності під час податкового планування. 59/2 *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*.

Греца Я.В. (2020) Значення вибору структури і організаційно-правової форми господарської діяльності для оптимізації оподаткування. 1 *Приватне та публічне право* 61.

Гришук О., Слюсарчук Х. (2020) Ліберальний комунітаризм як філософія правового розвитку постмодерного суспільства. 1 *Український часопис конституційного права* 22.

Гудима Дмитро (2010) Деякі новели в інтерпретації поняття «суб'єкт права»: абсурдні чи перспективні? 2 *Право України* 82-87.

Госепат Ш. та Ломанн Г. (ред.) (2008) *Філософія прав людини*. Київ : Ніка-Центр.

Давидюк О. М. (2009). Технологія як об'єкт господарсько-правового регулювання: дис. канд. юрид. наук: 12.00.04. Харків.

Денисенко М. П. (2007). Стратегічна місія інноваційної діяльності та шляхи її активізації в Україні. 6 *Проблеми науки*, 10–16.

Дзера О.В., Кузнєцова Н.С (ред.) (2000) *Право власності в Україні*. Київ : «Юрінком Інтер».

Ернандо де Сото (2009) *Загадка капіталу. Чому капіталізм перемагає лише на Заході і ніде більше*. Київ: Ніка-Центр 36-43.

Євтошук Ю.О. (2015) *Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права*. Дис... к.ю.н. Київ: Університет економіки і права «Крок». 101.

Загіршева Н. В. (2018). Господарський договір у сфері трансферу технологій: дис. канд. юрид. наук: 12.00.04. Київ.

Захарченко В. І. (2012). *Інноваційний менеджмент: теорія і практика в умовах трансформації економіки*: навч. посіб. К.: Центр навчальної літератури.

Итуэлл Дж., Милгейт М., Ньюмен П. (ред.) (2004) *Экономическая теория*. Москва: Изд-во ИНФРА-М.

Карабін Т.О. (2016) Забезпечення міжнародних стандартів адміністрування в контексті положень Угоди про асоціацію між Україною та ЄС 4(13) *Прикарпатський юридичний вісник* 69

Кешелав А. В. (ред.) Введение в «цифровую» экономику. Москва: ВНИИ геосистем, 2017.

Ковтун Є. В. (2008) Правове регулювання грального бізнесу в Україні та іноземних держав. Київ: «ІГРОК».

Козюбра М.І. (2013) Моделі (типи) юридичної аргументації. 144-145 *Наукові записки НаУКМА* 3-8

Коюда О. П. (2019). *Інноваційна діяльність: від оцінки привабливості до інвестиційного забезпечення*: монографія. Харків: ХНЕУ.

Коюда П. М. (2013). *Ефективність економічної діяльності підприємств: теорія та практика*: монографія. Х.: Компанія СМІТ.

Кузнєцова А. Я. (2009). *Удосконалення банківського і небанківського фінансування інноваційної діяльності в Україні*: монографія. К.: УБС НБУ.

Кучеренко І.М. (2004) Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія. Київ.

Леони Бруно (2008) *Свобода и закон* (пер. с англ. В. Кошкина) Москва: ИРИСЭН.

- Логвиненко Б. (2017) Основні функції публічного адміністрування сферою охорони здоров'я в Україні. *Національний юридичний журнал : теорія і практика* 56.
- Лок Джон (2004) *Два трактати про врядування*. Київ: Основи
- Луман, Никлас (2004) Общество как социальная система (пер. с нем. А. Антоновского) Москва: АСТ 39-41, 45
- Менджул М.В. (2019) Принципи сімейного права (сутність та проблеми застосування): монографія. Ужгород: Видавництво Олександри Гаркуші.
- Овсієнко О. В. (2013) Обмеження економічної свободи як передумова розбудови соціальної держави в Україні: аргументи «за» і «проти». 2 (13). *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»* 287-289.
- Овчаренко А.Є. (2018) Легалізація грального бізнесу на теренах України. 4 (56). *Молодий вчений. Юридичні науки* 736.
- Падучак Б. М. (2011). Щодо питання класифікації договорів у сфері трансферу технологій. 2 *Часопис Київського університету права*, 189–191.
- Парсонс Т. (1998) Система современных обществ (пер. с англ. Л.А. Седова и А.Д. Ковалева) Москва: Аспект Пресс
- Пірникоза П. В. (2017) Легалізація грального бізнесу в Україні: фіскальний та економічний аспекти. 11 *Інвестиції: практика та досвід* 68.
- Плахотнік О. О. (укл). (2017). *Трансфер технологій*: конспект лекцій з дисципліни для здобувачів вищої освіти другого (магістерського) рівня усіх спеціальностей. Кам'янське: ДДТУ.
- Погребняк С. (2012) Концепції good governance та good administration (міжнародний, європейський та національний досвід). 1 *Філософія права і загальна теорія права* 177
- Подрез-Ряполова І. В. (2020). Використання інноваційного підходу смарт-спеціалізації щодо забезпечення регіонального розвитку в Україні. 1(29) *Право та інновації* 35-39.
- Познер. Р. (2004) *Экономический анализ права*. В 2-х т. Т. 2. Москва: Экономическая школа.
- Райнгольд Циппеліус, *Філософія права* Київ: Тандем 2001.
- Рожкова М.А. и др. (2018) *Право в сфере Интернета*. Москва: Статут 528 с
- Розгон О. В. (2019). Предмет договору про передачу ноу-хау як виду договору у сфері трансферу технологій. 2 *Право та інновації*, 29–34.

- Рябчук С. В. Азартні ігри як соціально-психологічне явище: поняття, ґене́за, правове регулювання. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2015. Вип. 29. С. 223.
- Савчин М. (2011) Економічна демократія та право на свободу підприємницької діяльності 4 *Часопис Київського університету права* 194.
- Савчин М. (2018) Конституційна економіка та основні моделі втручання держави в економічні процеси 5 *Право України* 17-28.
- Савчин М. (ред.) (2020) *Правове регулювання та економічні права і свободи*. Ужгород: РІК-У.
- Савчин М.В. (2012) Економічний конституціоналізм і Конституційний Суд України. 4 *Юридична наука* 327-38.
- Седлачек, Томаш (2017) *Економіка добра і зла. Слідами людських пошуків: від Гільгамеша до фінансової кризи* Львів: Вид-во Старого Лева.
- Симсон О. Э. (2015). *Инновационные и инвестиционные правоотношения: перспективы развития публичной и частной сферы*: монография. Киев: Издательский дом «Ін Юре».
- Сімахова А.О., Скрипник Н.Є., Піддубний О.О. (2017). Економічна політика в контексті вимірювання економічної свободи. 13 *Економіка і суспільство* 26.
- Смолин Г. В. (2011). *Господарське право України*. Загальна частина: навч. посібн. Львів: ЗУКЦ.
- Табачковський В.Г. (2005). *Полісутнісне ното: філософсько-мистецька думка в пошуках «неевклідової рефлексивності»*: монографія. К. : ПАРАПАН.
- Талєб, Нассим Ніколас (2010) *Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости* Москва: Колибри.
- Ташнет М. (2006) Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» 2 *Сравнительное конституционное обозрение*.
- Тегмарк Макс (2020) *Життя 3.0. Доба штучного інтелекту*. Київ: Наш формат
- Устименко В.А., Джабраїлов Р.А. (ред.) (2012) *Конституційні засади економічної системи України*. Донецьк : ТОВ «Юго-Восток».
- Федулова Л. І. (ред.) (2005). *Інноваційний розвиток економіки: модель, система управління, державна політика*: монографія. К.: Основа.
- Фернан Бродель (1998) *Матеріальна цивілізація, економіка і капіталізм. XV-XVIII ст.* В 3-х т. Т. 3. Час світу. Київ: Основи.

ДАНІ ПРО АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

Філіппова С.В. (2012). *Документальне забезпечення поетапного аналізу процесу комерціалізації науково-дослідної діяльності ВНЗ*: монографія. Донецьк: Вид-во «Ноулідж».

Фуко Мишель (2010) *Рождение биополитики*. Курс лекций, прочитанных в Колеж де Франс в 1978-1979 учебном году (пер. с фр. А.В.Дьяков) Санкт-Петербург.

Фукуяма Френсіс (2018) *Витоки політичного порядку. Від прадавніх часів до Французької революції*. Київ: Наш формат.

Хайек, Ф.А. фон. (2006) *Право, законодательство, свобода. Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики*. Москва: ИРИСЭН.

Хантингтон Сэмюэл (2016) Консерватизм как идеология 1 *Тетради по консерватизму* 234

Харитонов Є.О., Харитонova О.І., Голубєва Н.Ю. (2020) *Рекодифікація цивільного законодавства України в умовах євроінтеграційних процесів*. Норма права.

Харитонов Є.О., Харитонova О.І., Некіт К.Г. (ред.) *Права приватної особи в умовах пандемії COVID-19: Проблеми здійснення і захисту*. Одеса: Видавничий дім «Гельветика».

Шмідт-Ассманн, Герхардт (2009) *Загальне адміністративне право як ідея врегулювання. Основні засади та завдання систематики адміністративного права*. Вид. 2-е. Київ: Вид-во «К.І.С.».

Шумпетер, Йозеф А (2011) *Теорія економічного розвитку. Дослідження прибутків, капіталу, кредиту, відсотка та економічного циклу* Київ: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія».

Экштайн К. (2004) *Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции*, Москва, NOTA BENE 339-341.

Навчальне видання

**ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ
ЕКОНОМІЧНИХ ІНСТИТУЦІЙ**

Навчальний посібник

За редакцією проф. Михайла Савчина

Коректура авторська

Комп'ютерна верстка Ренати Кокіної

Дизайн обкладинки Катерини Шанти

Підписано до друку 10.04.2021. Формат 60х84/16. Умов.друк.арк. ____.
Гарнітура PT Sans. Папір офсетний. Зам. № _____. Наклад ____ прим.

Оригінал-макет виготовлено та віддруковано:
ТОВ «РІК-У», 88000, м. Ужгород, вул. Гагаріна, 36
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК №5040 від 21.01.2016 р.