ЮРИДИЧНИЙ НАУКОВИЙ ЕЛЕКТРОННИЙ ЖУРНАЛ

ЕЛЕКТРОННЕ НАУКОВЕ ФАХОВЕ ВИДАННЯ

www.lsej.org.ua

6'2022

Запорізький національний університет
Міністерства освіти і науки України

Електронне наукове фахове видання «Юридичний науковий електронний журнал»

№ 6, 2022

На підставі Наказу Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р. (додаток 1) журнал внесений до переліку фахових видань категорії «Б» у галузі юридичних наук (081 – Право, 262 – Правоохоронна діяльність, 293 – Міжнародне право)

Журнал включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International (Республіка Польща)

Статті у виданні перевірені на наявність плагіату за допомогою програмного забезпечення StrikePlagiarism.com від польської компанії Plagiat.pl.

Запорізький національний університет
Запоріжжя 2022

УДК 34(05)

Юридичний науковий електронний журнал – електронне наукове фахове видання юридичного факультету Запорізького національного університету

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Головний редактор:

Коломоєць Тетяна Олександрівна – доктор юридичних наук, професор

Заступник головного редактора:

Бондар Олександр Григорович – доктор юридичних наук, професор

Відповідальний секретар:

Віхляєв Михайло Юрійович – доктор юридичних наук, доцент

Члени редакційної колегії:

Батюк Олег Володимирович – кандидат юридичних наук, доцент;
Биргеу Михайло Михайлович – доктор юридичних наук, професор (Республіка Молдова);
Болокан Інна Вікторівна – доктор юридичних наук, доцент;
Ботнару Стела – доктор юридичних наук, доцент;
Бринза Сергій – професор, доктор хабілітат;
Верлос Наталя Володимирівна – кандидат юридичних наук, доцент;
Войцех Войтила – доктор гуманітарних наук у галузі філософії (Республіка Польща);
Волошина Владлена Костянтинівна – кандидат юридичних наук, доцент;
Галіцина Наталя Вікторівна – доктор юридичних наук, професор;
Деревянко Наталія Зеновіївна – доктор філософії у галузі права;
Діхтієвський Петро Васильович – доктор юридичних наук, професор;
Дудоров Олександр Олексійович – доктор юридичних наук, професор;
Ібрагімов Соліджон Ібрагімович – доктор юридичних наук, професор (Республіка Таджикистан);
Колпаков Валерій Костянтинович – доктор юридичних наук, професор;
Курінний Євген Володимирович – доктор юридичних наук, професор;
Кушнір Сергій Миколайович – доктор юридичних наук, професор;
Смирнов Максим Іванович – кандидат юридичних наук, доцент;
Стеценко Семен Григорович – доктор юридичних наук, професор;
Тернущак Михайло Михайлович – доктор юридичних наук;
Уільям Дж. Уоткінс – доктор юридичних наук (США);
Федчишин Дмитро Володимирович – доктор юридичних наук;
Шарая Анна Анатоліївна – кандидат юридичних наук.

Рекомендовано до опублікування вченою радою Запорізького національного університету, протокол № 8 від 22.02.2022 р.

ЗМІСТ

РОЗДІЛ 1
ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА; ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕНЬ

Басараб О.Т., Басараб О.К., Ларіонова І.Т. ЗАСТОСУВАННЯ ВОГНЕПАЛЬНОЇ ЗБРОЇ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦЯМИ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ ОГОЛОШЕНОГО В УКРАЇНІ....16

Бурдоносова М.А. ГЕНДЕРНА РІВНІСТЬ ТА НЕДИСКРИМІНАЦІЯ В ДОКУМЕНТАХ МІЖНАРОДНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ПРАЦІ....21

Григоренко Є.І., Дьякова А.А. СПІВВІДНОШЕННЯ РІЗНИХ КОНЦЕПЦІЇ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СПЕЦІАЛЬНИХ СУБ'ЄКТІВ У ЧИННОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ (НА ПРИКЛАДІ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ)....25

Гришина Н.В., Григоренко Є.І. ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ «М'ЯКОГО ПРАВА»: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ КОНТЕКСТ....28

Клещенко Н.О. РОЛЬ ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ НА ФОРМУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: РЕАЛІЇ СЬОГОДЕННЯ....31

Кузуб О.О., Шигаль Д.А. «ВЕЛИКА ЯСА» ЧИНГІСХАНА – ЯК ОСНОВНЕ ДЖЕРЕЛО СТВОРЕННЯ ТА РОЗВИТКУ МОНГОЛЬСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ....34

Попсуєнко Л.О., Шершенькова В.А. ДО ПИТАННЯ ПРО МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ТА ВИВЧЕННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН....38

Санжаров В.А., Павлюх О.А., Санжарова Г.Ф. ЧЕТВЕРТИЙ ЛАТЕРАНСЬКИЙ СОБОР 1215 РОКУ: ТРАДИЦІЇ І НОВАЦІЇ В КАНОНІЧНОМУ ПРАВІ....42

Соколова І.О., Івоніченко Д.В., Федоренко А.В. ПРАВОВА ПРИРОДА ПОЛІТИЧНИХ РЕЖИМІВ....47

Співак В.О. ОКРЕМІ ПИТАННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО СОЦІАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КАПЕЛАНІВ У ПЕНІТЕНЦІАРНИХ УСТАНОВАХ....50

РОЗДІЛ 2
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

Вєдєнєєв Д.В., Семенюк О.Г. СИСТЕМА ДЕРЖАВНИХ УСТАНОВ З РОЗРОБКИ ТЕОРІЇ ПРОТИДІЇ ГІБРИДНИМ ЗАГРОЗАМ У КРАЇНАХ ЄС І НАТО....56

Гультай М.М., Кулик Т.О. КАДРОВА КРИЗА В СУДАХ ТА ЇЇ ВПЛИВ НА ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ....60

Кравченко А.П., Товста С.П. ПОРІВНЯЛЬНА КОНСТИТУЦІЙНА ІНТЕРПРЕТАЦІЯ ЯК ПРОЯВ ТРАНСНАЦІОНАЛІЗАЦІЇ СУЧАСНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ....63

Олійник А.Ю. ВИДИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУБ'ЄКТІВ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ....67

Осауленко А.О., Осауленко О.І. КОНСТИТУЦІЙНІ ПРАВА ТА СВОБОДИ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА ТА ЇХ ВПЛИВ НА ФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ (ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)....71

Приполова Л.І. ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ВЕРХОВНОГО ГОЛОВНОКОМАНДУВАЧА ЗБРОЙНИХ СИЛ....75

Припутень Д.С., Ковіненко О.О. ПРАВОВИЙ СТАТУС І ОРГАНІЗАЦІЙНИЙ АСПЕКТ ДІЯЛЬНОСТІ ПОМІЧНИКА НАРОДНОГО ДЕПУТАТА УКРАЇНИ....79

Сьох К.Я., Гультай М.М. ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ У НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ....82

РОЗДІЛ 3
ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Арістова І.В., Кравченко І.О. ПРАВОВА ПРИРОДА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО СПОРУ ТА ЇЇ ВПЛИВ НА СУДОВУ ПРАВОТВОРЧІСТЬ.....85

Ахмач Г.М. ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ ВЕРХОВНОГО СУДУ У КОНТЕКСТІ ДОТРИМАННЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ.....89

Басенко Р.О., Шаравара Р.І., Аванесян Г.М. ІНСТИТУТ МЕДІАЦІЇ У СУЧАСНОМУ СУСПІЛЬНО-ПРАВОВОМУ ПРОСТОРІ: ТЕОРЕТИКО-КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ АСПЕКТ.....92

Білан П.В. НОВЕЛИ ЗАКОНОДАВСТВА, ЩОДО ОПРИЛЮДНЕННЯ ВІДОМОСТЕЙ ПРО КІНЦЕВИХ БЕНЕФІЦІАРНИХ ВЛАСНИКІВ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ.....95

Данилець Л.В. ВИЗНАЧЕННЯ СПОСОБІВ ЗЛОВЖИВАННЯ ЦИВІЛЬНИМИ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ ТА ЗАСОБІВ ЇХ ПРОТИДІЇ У ЗВ'ЯЗКУ З ВВЕДЕННЯМ НА ТЕРИТОРІЇ КРАЇНИ ВОЄННОГО СТАНУ.....98

Кметик-Подубінська Х.І. ТВІР АРХІТЕКТУРИ ЯК ОБ'ЄКТ АВТОРСЬКОГО ПРАВА.....101

Ковбас І.В., Торончук І.Ж., Крайній П.І. ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ВЧИНЕННЯ БУЛІНГУ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ.....106

Коломієць Я.Л. РЕАЛІЗАЦІЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ СКЛАДОВОЇ ПРИНЦИПУ ЗАКОННОСТІ ПРИ ВЧИНЕННІ ВИКОНАВЧОГО НАПИСУ НОТАРІУСОМ.....109

Корнєва П.М. ПРАВО ГРОМАДЯН УКРАЇНИ НА МЕДИЧНУ ДОПОМОГУ ЗА КОРДОНОМ В РОЗРІЗІ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА: СУЧАСНИЙ СТАН.....115

Косяченко К.Е. ЗМІСТ ТА ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ І РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В КОНТЕКСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН.....118

Мартинюк Ю.В. ВИЗНАННЯ НЕЗАКОННИМИ РІШЕННЯ, ДІЙ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНУ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ, ОРГАНУ ВЛАДИ АВТОНОМНОЇ РЕСПУБЛІКИ КРИМ АБО ОРГАНУ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ ПРАВ УЧАСНИКА ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ.....122

Менів Л.Д. ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАХИСТ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ.....126

Ратушна Б.П. ПРАВОВІ ОСОБЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ.....130

Салазський О.С. ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ: ПРИКЛАДНИЙ АСПЕКТ.....134

Смірнов Г.Ю. ОСКАРЖЕННЯ РІШЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ЗБОРІВ КОРПОРАЦІЇ: ПОТОЧНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ.....138

Тарасенко Л.Л. ПРИМУСОВІ ЛІЦЕНЗІЇ НА ВИНАХОДИ, КОРИСНІ МОДЕЛІ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ ЗАСТОСУВАННЯ.....146

Татулич І.Ю. КОМУНІКАЦІЯ ІЗ СУДОМ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ.....151

Тимченко Г.П., Рябченко Ю.Ю. СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК ОСНОВА ПРЕЦЕДЕНТНОЇ МОДЕЛІ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ.....155

Ходош А.В. ПРОЦЕДУРА ВИРІШЕННЯ ДОМЕННИХ СПОРІВ UA-DRP: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТА ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ.....159

Чабан О.М. ОХОРОНА СПАДКОВОГО МАЙНА.....164

Щербина Б.С. НАЙМЕНУВАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ.....168

РОЗДІЛ 4
ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО, ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

Присяжнюк М.П., Лучковська С.І. ВПРОВАДЖЕННЯ РЕЄСТРАТОРІВ РОЗРАХУНКОВИХ ОПЕРАЦІЙ: ГОСПОДАРСЬКО-ФІНАНСОВИЙ АСПЕКТ.....172

РОЗДІЛ 5
ТРУДОВЕ ПРАВО; ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

Денисенко К.В., Шамрук Н.Б. СУЧАСНИЙ СТАН РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА НА ДОСТАТНІЙ ЖИТТЄВИЙ РІВЕНЬ.....178

Зіноватна І.В. ПРАВОВА ПРИРОДА ПЕНСІЇ ЗА ВИСЛУГУ РОКІВ.....181

Кузнецов В.В., Сийплокі М.В. ПЕРСПЕКТИВИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОБМІНУ ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ.....185

Середа О.Г., Жернаков В.В. СВОБОДА У СФЕРІ ПРАЦІ: ПРОБЛЕМИ РОЗУМІННЯ Й ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ.....189

РОЗДІЛ 6
ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО; АГРАРНЕ ПРАВО; ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО; ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО

Бобкова А.Г., Ковейно Ю.В. ФОРМИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЛІСОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА.....194

Вергелес О.А. ПРОБЛЕМИ ЕФЕКТИВНОГО ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ, ЩО ЗНАХОДЯТЬСЯ У КОРИСТУВАННІ ДЕРЖАВНИХ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ ПІДПРИЄМСТВ, УСТАНОВ ТА ОРГАНІЗАЦІЙ.....199

Заверюха М.М. ПРАВОВІ ЗАХОДИ ВІДТВОРЕННЯ ЛІСІВ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ.....204

Лагойда Т.В. ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ЕКОЛОГІЧНОГО ОМБУДСМЕНА В УКРАЇНІ ЯК ВИМОГА ЧАСУ.....207

Павлига А.В. ПРАВОВІ ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ОФШОРНИХ ВІТРОЕЛЕКТРОСТАНЦІЙ В УКРАЇНІ.....210

Таранов М.А. ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕХОДУ НА ЕКОЛОГІЧНО БЕЗПЕЧНИЙ ТРАНСПОРТ.....215

РОЗДІЛ 7
АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС; ФІНАНСОВЕ ПРАВО; ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Баран М.В. СУБ'ЄКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ.....220

Бєлкін Л.М., Юринець Ю.Л., Сопілко І.М., Бєлкін М.Л. КОНТРПРОПАГАНДА VS ПРОПАГАНДА В УМОВАХ ШИРОКОМАСШТАБНОГО ЗБРОЙНОГО ВТОРГНЕННЯ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ В УКРАЇНУ.....224

Волох О.К., Гезет І.С. ПИТАННЯ ПОДІБНОСТІ ПРАВОВІДНОСИН.....231

Волочій С.О. ВИМОГА ПРОКУРОРА ЯК ЗАПОРУКА ДОТРИМАННЯ ЗАКОННОСТІ.....235

Дрок І.С. АДМІНІСТРАТИВНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ВСТАНОВЛЕНИХ ОБМЕЖЕНЬ В УМОВАХ ДІЇ ВОЄННОГО СТАНУ.....238

Жевелєва І.С. ОСВІТНІЙ КОМПОНЕНТ ІТ-ПРАВА В УКРАЇНІ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ.....241

Ковбаса В.М., Кусько Р.В., Дрозд Т.В. ДІЯЛЬНІСТЬ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ.....245

Кушнір І.П., Царенко О.М., Царенко С.І. КОГНІТИВНИЙ АНАЛІЗ НЕЗАКОННОГО ВИКОРИСТАННЯ ІНФОРМАЦІЇ У КОНТЕКСТІ ПРАВОПОРУШЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНОГО З КОРУПЦІЄЮ.....249

Лабадін В.І. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПОРЯДКУ ВЗАЄМОДІЇ ПЛАТНИКА ПОДАТКУ НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ – НЕРЕЗИДЕНТА І КОНТРОЛЮЮЧОГО ОРГАНУ.....253

Мізіна І.В. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПОДАТКОВИХ ОРГАНІВ У ПЕРІОД ВОЄННОГО СТАНУ.....258

Музика-Стефанчук О.А. ВІД ФІНАНСОВОГО ПРАВА ДО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПУБЛІЧНИХ ФІНАНСІВ (НАЦІОНАЛЬНИЙ, ЗАРУБІЖНИЙ ТА МІЖНАРОДНИЙ АСПЕКТ).....261

Присташ С.С. ДО ПИТАННЯ ОБІГУ ВІРТУАЛЬНИХ АКТИВІВ У ФОРМІ БЛАГОДІЙНОЇ ДОПОМОГИ.....266

Смолов К.В. ПРИНЦИПИ ПРАВА НЕСПРОМОЖНОСТІ (БАНКРУТСТВА) В ЮРИДИЧНІЙ ТА СУДОВІЙ ДОКТРИНІ: ПОСТАНОВКА ПИТАННЯ.....269

Стафійчук К.В. ПЕРЕДУМОВИ ВІДКРИТТЯ КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ.....284

Тімашов В.О., Ніколаєва Л.В., Михайличенко В.Г. ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ СУСПІЛЬСТВА ВІД ДЕЗІНФОРМАЦІЇ.....288

Товкун Л.В., Овчаренко А.С. ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗДІЙСНЕННЯ ВНУТРІШНЬОГО АУДИТУ В ДЕРЖАВНОМУ СЕКТОРІ УКРАЇНИ.....294

Шаповал Р.В., Солнцева Х.В. СТРУКТУРНО-СИСТЕМНИЙ АНАЛІЗ СУБ'ЄКТІВ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДЕРЖАВНОГО ОБОРОННОГО ЗАМОВЛЕННЯ.....299

РОЗДІЛ 8
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

Вовк Є.О. ОСОБЛИВОСТІ УМОВ ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ У ВИГЛЯДІ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ У СКАНДИНАВСЬКИХ КРАЇНАХ.....303

Вознюк А.А. ВОЄННИЙ ТА НАДЗВИЧАЙНИЙ СТАН ЯК ОБСТАВИНИ, ЩО ВПЛИВАЮТЬ НА КВАЛІФІКАЦІЮ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ АБО ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ.....308

Загиней-Заболотенко З.А. ДОБРОВІЛЬНЕ ЗАЙНЯТТЯ ГРОМАДЯНИНОМ УКРАЇНИ ПОСАДИ У НЕЗАКОННИХ ОРГАНАХ ВЛАДИ, СТВОРЕНИХ НА ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНІЙ ТЕРИТОРІЇ, А ТАКОЖ В НЕЗАКОННИХ СУДОВИХ АБО ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНАХ ЯК ФОРМИ КОЛАБОРАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ.....318

Кедик В.П. ГЕНЕЗИС УНІВЕРСАЛЬНОГО ПРИНЦИПУ ДІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ В ПРОСТОРІ.....322

Керечан Д.М. ПРАВОВИЙ КОНТРОЛЬ ДІЯЛЬНОСТІ БІЗНЕСУ В УМОВАХ ВІЙНИ.....327

Кузнецова М.Ю. ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ПРАВА НА ЩОРІЧНУ ВІДПУСТКУ В ПЕРІОД ВОЄННОГО СТАНУ В УКРАЇНІ.....331

Марін О.К. ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОЦІНКИ НЕЗАКОННОГО ВИКОРИСТАННЯ ГУМАНІТАРНОЇ ДОПОМОГИ ЗА КК УКРАЇНИ.....334

Мурадян Г.Р. ВИЗНАЧЕННЯ ІСПИТОВОГО СТРОКУ ПРИ ЗВІЛЬНЕННІ В ІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ З ВИПРОБУВАННЯМ ЗА СТ. 75 КК УКРАЇНИ: ВІТЧИЗНЯНИЙ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ЗАСТОСУВАННЯ.....339

Налуцишин В.В. КОНТРАБАНДА: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.....343

Орловська Н.А., Степанова Ю.П. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗАПОБІГАННЯ НАРКООБІГУ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД.....348

Пахнін М.Л. ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ ОРГАНІЗАЦІЙНО-УПРАВЛІНСЬКИХ ФАКТОРІВ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ЗАСОБІВ МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ В УКРАЇНІ....352

Письменський Є.О., Мовчан Р.О. НОВЕЛИ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО КОЛАБОРАЦІЙНУ ДІЯЛЬНІСТЬ: ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ТА СПРОБА ЇХ РОЗВ'ЯЗАННЯ....356

Сірець О.О. КРИМІНОЛОГІЧНО ЗНАЧУЩІ ЗАСАДИ ФУНКЦІОНУВАННЯ РИНКУ ЖИТЛОВОГО БУДІВНИЦТВА....361

Терех У.В. КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ВСТАНОВЛЕННЯ АБО ПОШИРЕННЯ ЗЛОЧИННОГО ВПЛИВУ В УКРАЇНІ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ....366

Тимофеєв А.О., Когут А.А., Членов М.В. ЩОДО ПРОБЛЕМ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ СТАТТІ 435[1] «ОБРАЗА ЧЕСТІ І ГІДНОСТІ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦЯ, ПОГРОЗА ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦЮ» КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ....370

Тіточка Т.І. ТИПОЛОГІЯ НЕПОВНОЛІТНІХ ЖЕРТВ КРИМІНАЛЬНО ПРОТИПРАВНИХ ПОСЯГАНЬ В УКРАЇНІ....374

Ткаченко І.М. БЛИЗЬКІ ОСОБИ ЯК ПОТЕРПІЛІ ВІД КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ....378

РОЗДІЛ 9
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

Арешонков В.В., Луценко Ю.В., Атаманчук В.М. ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТОК КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ НА ТЕРЕНАХ УКРАЇНИ....384

Гавгун С.Р. ВПЛИВ ЕТАПУ ПІДГОТОВКИ ТА ПЛАНУВАННЯ НА ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ІНТЕРВ'Ю....390

Гловюк І.В., Тетерятник Г.К. КОНТЕКСТУАЛЬНІ ЕЛЕМЕНТИ У ПРОВАДЖЕННЯХ ЩОДО ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ: ПРЕДМЕТ ДОКАЗУВАННЯ SUI GENERIS....394

Гуртієва Л.М. МЕЖІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ЗА КОЛОМ ОСІБ: АНАЛІЗ ЗАКОНОДАВЧОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ....399

Демидова Є.Є., Латиш К.В. КРИМІНАЛІСТИЧНІ ЕКСПЕРТИЗИ В СТРУКТУРІ СУДОВО-ЕКСПЕРТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ОСОБЛИВОСТІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ....403

Д'ячкова М.О., Сидорчук В.В., Лепетуха М.В. ДЕЯКІ ПИТАННЯ ОБМЕЖЕННЯ ТАЄМНИЦІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В РОБОТІ ЗМІ....407

Затенацький Д.В., Лисенко Д.А. ОСОБЛИВОСТІ АКТУАЛІЗАЦІЇ ІДЕАЛЬНИХ СЛІДІВ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ ТА ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ МИРУ, БЕЗПЕКИ ЛЮДСТВА ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ....412

Капліна О.В., Гетьман Г.М. ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ....416

Капустіна М.В. КРИМІНАЛІСТИЧНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗСЛІДУВАННЯ КОРУПЦІЙНИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ....423

Колеснікова І.А., Демидова Є.Є., Домашенко О.М., Латиш К.В. ПРОФІЛАКТИКА ЕКСПЕРТНИХ ПОМИЛОК ПІД ЧАС ДОСЛІДЖЕННЯ ЦИФРОВИХ ФОТОЗОБРАЖЕНЬ....427

Король К.С. НАПРЯМКИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛІЦЕЙСЬКИХ ЗАХОДІВ В УКРАЇНІ....430

Кріцак І.В. НЕОБХІДНІСТЬ РОЗРОБЛЕННЯ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ КРИМІНОЛОГІЇ В КОНЦЕПТІ ІДЕОЛОГІЧНОЇ ТА ДУХОВНО-ЦІННІСНОЇ СКЛАДОВОЇ....433

Латиш К.В., Демидова Є.Є., Дудченко О.Ю. СУДОВО-ЕКСПЕРТНІ УСТАНОВИ В УКРАЇНІ ТА ОСОБЛИВОСТІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУДОВО-ЕКСПЕРТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КОНТЕКСТІ НЕДОПУЩЕННЯ ЕКСПЕРТНИХ ПОМИЛОК.....437

Павлик А.Г., Лікаренко А.О., М'якінченко А.О. МІЖНАРОДНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО ПІД ЧАС КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ.....441

Поливанюк В.Д., Король К.С. ОСОБЛИВОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ ПІДРОЗДІЛІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ ПІД ЧАС ЗАПРОВАДЖЕННЯ ВОЄННОГО СТАНУ.....444

Серажим І.Р. ДЕВІАНТНА ПОВЕДІНКА ПЕРСОНАЛУ ДЕРЖАВНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ ЯК СОЦІАЛЬНО-ПСИХОЛОГІЧНИЙ ТА ПРАВОВИЙ ФЕНОМЕН.....447

Шевчук В.М. ФОРМУВАННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЯ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ КОРУПЦІЙНИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ.....450

Яремчук В.О. КРИМІНАЛІСТИЧНІ ТА СПЕЦІАЛЬНІ ЗНАННЯ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У БАНКІВСЬКІЙ СФЕРІ.....456

РОЗДІЛ 10
СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

Дудченко О.Ю. ПРОБЛЕМА ЄДНОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПРОКУРОРА НА ЕТАПІ РЕФОРМУВАННЯ ОРГАНІВ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ.....459

Свида О.Г. ВИЩА РАДА ПРАВОСУДДЯ: ПРОБЛЕМИ ФУНКЦІОНУВАННЯ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ.....463

Шандула О.О., Сьомак Т.О. ДО ПИТАННЯ ПРО ГОНОРАР УСПІХУ АДВОКАТА.....468

РОЗДІЛ 11
МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Бехруз Х.Н., Мохд Наргіс. ПОРІВНЯЛЬНЕ МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА РЕГІОНАЛІЗАЦІЇ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА.....471

Григоров О.М. ЗАБОРОНЕНІ ЗОНИ ПОЛЬОТІВ І БЕЗПОЛЬОТНІ ЗОНИ: ІСТОРІЯ ТА СУЧАСНІСТЬ.....475

Zavhorodnia V. FREEDOM OF MOVEMENT: CHALLENGES OF COVID-19.....479

Подоляк С.А. ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРІВ В ЗАКОНОДАВСТВІ ІТАЛІЇ.....483

Прохазка Г.А. СПЕЦИФІКА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ДОСТАТНЄ ХАРЧУВАННЯ.....486

Філатов В.В. ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ ПЕРЕХІДНОГО ПРАВОСУДДЯ: МІЖНАРОДНИЙ РІВЕНЬ.....489

CONTENTS

SECTION 1
THEORY AND HISTORY OF THE LAW AND THE STATE; HISTORY OF POLITICAL AND LEGAL DOCTRINES

Basarab O.T., Basarab O.K., Larionova I.T. APPLICATION OF FIREARMS BY MILITARY MEN OF THE STATE BORDER GUARD SERVICE OF UKRAINE UNDER THE CONDITIONS OF MARTIAL LAW DECLARED IN UKRAINE.....16

Burdonosova M.A. GENDER EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION IN THE DOCUMENTS OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION.....21

Hryhorenko Ye.I., Diakova A.A. CORRELATION OF DIFFERENT CONCEPTS OF LEGAL RESPONSIBILITY OF SPECIAL SUBJECTS IN THE CURRENT LEGISLATION OF UKRAINE (ON THE EXAMPLE OF MILITARY PERSONNEL).....25

Hryshyna N.V., Hryhorenko Ye.I. «SOFT LAW» IN THE SYSTEM OF REGULATION OF SOCIAL RELATIONS: GENERAL THEORETICAL CONTEXT.....28

Kleshchenko N.O. THE ROLE OF LEGAL DOCTRINE IN THE FORMATION OF NATIONAL LEGISLATION: THE REALITIES OF TODAY.....31

Kuzub O.O., Shyhal D.A. THE «GREAT YASA» OF GENGHIS KHAN IS THE MAIN SOURCE FORMATION AND DEVELOPMENT OF THE MONGOLIAN LEGAL SYSTEM.....34

Popsuienko L.O., Shershenkova V.A. ON THE QUESTION OF METHODS OF RESEARCH AND STUDY OF THE HISTORY OF THE STATE AND THE LAW OF FOREIGN COUNTRIES.....38

Sanzharov V.A., Pavliukh O.A., Sanzharova H.F. THE FOURTH LATERAN COUNCIL (1215): TRADITIONS AND NEW EFFORTS IN CANON LAW.....42

Sokolova I.O., Ivonichenko D.V., Fedorenko A.V. LEGAL NATURE OF POLITICAL REGIMES.....47

Spivak V.O. SPECIFIC ISSUES OF THE FUNCTIONING OF THE LEGISLATION OF UKRAINE ON SOCIAL SECURITY OF CHAPLINES IN PENITENTIAL INSTITUTIONS.....50

SECTION 2
CONSTITUTIONAL LAW; MUNICIPAL LAW

Viedienieiev D.V., Semeniuk O.H. THE SYSTEM OF GOVERMENT AGENCIES FOR THE DEVELOPMENT OF THE THEORY OF COUNTERACTING HYBRID THREATS IN NATO AND EU COUNTRIES.....56

Hultai M.M., Kulyk T.O. PERSONNEL CRISIS IN THE COURTS AND ITS IMPACT ON THE ADMINISTRATION OF JUSTICE IN UKRAINE.....60

Kravchenko A.P., Tovsta S.P. COMPARATIVE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AS A MANIFESTATION OF TRANSNATIONALIZATION OF MODERN CONSTITUTIONALISM.....63

Oliinyk A.Yu. TYPES OF CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF SUBJECTS ENTREPRENEURIAL ACTIVITY.....67

Osaulenko A.O., Osaulenko O.I. CONSTITUTIONAL RIGHTS AND FREEDOMS OF HUMAN AND CITIZEN AND THEIR INFLUENCE ON THE FORMATION OF THE CRIMINAL EXECUTIVE SYSTEM OF UKRAINE (HISTORICAL AND LEGAL ASPECT).....71

Prypolova L.I. FOREIGN EXPERIENCE OF LEGISLATIVE ENSURING THE POWERS OF THE SUPREME COMMANDER-IN-CHIEF OF THE ARMED FORCES.....75

Pryputen D.S., Kovinenko O.O. LEGAL STATUS AND ORGANIZATIONAL ASPECT OF THE ASSISTANCE OF THE ASSISTANT PEOPLE'S DEPUTY OF UKRAINE.....79

Sokh K.Ya., Hultai M.M. IMPLEMENTATION OF NORMATIVE LEGAL ACTS OF THE EUROPEAN UNION INTO THE NATIONAL LEGISLATION OF UKRAINE.....82

SECTION 3
CIVIL LAW AND CIVIL PROCESS; FAMILY LAW; INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Aristova I.V., Kravchenko I.O. LEGAL NATURE OF CIVIL LAW DISPUTE AND ITS IMPACT ON JUDICIAL LAWMAKING....85

Akhmach H.M. LEGAL POSITIONS OF THE SUPREME COURT IN THE CONTEXT OF COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL STANDARDS....89

Basenko R.O., Sharavara R.I., Avanesian H.M. INSTITUTE OF MEDIATION IN THE MODERN SOCIO-LEGAL AREA: THEORETICAL AND CONCEPTUAL ASPECT....92

Bilan P.V. AMENDMENTS TO THE LEGISLATION ON DISCLOSURE OF INFORMATION ON THE ULTIMATE BENEFICIAL OWNERS OF LEGAL ENTITIES....95

Danylets L.V. DETERMINATION OF WAYS OF ABUSE OF CIVIL PROCEDURAL RIGHTS AND MEANS OF THEIR COUNTERFEIT IN CONNECTION WITH THE INTRODUCTION TO THE TERRITORY OF THE COUNTRY....98

Kmetyk-Podubinska Kh.I. A WORK OF ARCHITECTURE AS AN OBJECT OF COPYRIGHT....101

Kovbas I.V., Toronchuk I.Zh., Krainii P.I. LEGAL LIABILITY FOR BULLYING: THEORETICAL AND LEGAL ANALYSIS....106

Kolomiiets Ya.L. THE PROCEDURAL COMPONENT OF THE LEGALITY PRINCIPLE IMPLEMENTATION WHILE DOING THE ENFORCEMENT INSCRIPTION BY A NOTARY....109

Kornieva P.M. RIGHT OF CITIZENS OF UKRAINE TO MEDICAL AID ABROAD UNDER PRIVATE INTERNATIONAL LAW: CURRENT STATE....115

Kosiachenko K.E. CONTENT AND FEATURES OF LEGAL REGULATION AND IMPLEMENTATION OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW IN THE CONTEXT OF CIVIL LEGAL RELATIONS....118

Martyniuk Yu.V. RECOGNITION OF DECISIONS, ACTIONS OR INACTIONS OF THE STATE AUTHORITY, AUTHORITY OF THE AUTONOMOUS REPUBLIC OF CRIMEA OR LOCAL GOVERNMENT AUTHORITY AS ILLEGAL AS A METHOD OF PROTECTING THE RIGHTS OF THE PARTICIPANT IN CONTRACTUAL OBLIGATIONS....122

Meniv L.D. PROSPECTS FOR THE DEVELOPMENT OF LEGISLATION ON CONSUMER PROTECTION....126

Ratushna B.P. LEGAL FEATURES OF ENFORCEMENT OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN UKRAINE....130

Salazskyi O.S. ABUSE OF LAW: THE APPLIED ASPECT....134

Smirnov H.Yu. APPEALS AGAINST THE DECISION OF THE GENERAL MEETING OF THE LEGAL ENTITY: CURRENT SITUATION AND PROSPECTS OF LEGAL REGULATION....138

Tarasenko L.L. COMPULSORY LICENSES FOR INVENTIONS, UTILITY MODELS: SOME PROBLEMS AND PROSPECTS FOR USE....146

Tatulych I.Yu. COMMUNICATION WITH THE COURT IN THE CONDITIONS OF MARTIAL LAW....151

Tymchenko H.P., Riabchenko Yu.Yu. JUDICIAL LAW-MAKING AS A BASIS OF PRECEDENT MODEL OF CIVIL PROCEEDINGS OF UKRAINE....155

Khodosh A.V. UA-DRP DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION PROCEDURE: GENERAL CHARACTERISTICS AND APPLICATION PRACTICE....159

Chaban O.M. PROTECTION OF INHERITANCE PROPERTY....164

Shcherbyna B.S. NAME OF LEGAL ENTITY....168

SECTION 4
ECONOMIC LAW; ECONOMIC PROCEDURAL LAW

Prysiazhniuk M.P., Luchkovska S.I. IMPLEMENTATION OF REGISTRARS OF SETTLEMENT OPERATIONS: ECONOMIC AND FINANCIAL ASPECT.....172

SECTION 5
LABOUR LAW; SOCIAL SECURITY LAW

Denysenko K.V., Shamruk N.B. CURRENT STATE OF IMPLEMENTATION OF CONSTITUTIONAL RIGHT TO A SUFFICIENT LIVING STANDARD.....178

Zinovatna I.V. THE LEGAL NATURE OF RETIREMENT PENSIONS.....181

Kuznetsov V.V., Syiploki M.V. PROSPECTS OF CRIMINAL LEGAL SUPPORT FOR THE EXCHANGE OF PRISONERS OF WAR.....185

Sereda O.H., Zhernakov V.V. FREEDOM AT WORK: PROBLEMS OF UNDERSTANDING AND LEGAL SUPPORT.....189

SECTION 6
LAND LAW; AGRARIAN LAW; ENVIRONMENTAL LAW; NATURAL RESOURCE LAW

Bobkova A.H., Koveino Yu.V. THE FORMS OF RESPONSIBILITY FOR VIOLATION OF THE FOREST LEGISLATION.....194

Verheles O.A. PROBLEMS OF EFFECTIVE USE OF STATE-OWNED LANDS USED BY STATE AGRICULTURAL ENTERPRISES, INSTITUTIONS AND ORGANIZATIONS.....199

Zaveriukha M.M. LEGAL MEASURES FOR FOREST REPRODUCTION UNDER MARTIAL STATUS.....204

Lahoida T.V. ESTABLISHMENT OF THE INSTITUTE OF ENVIRONMENTAL OMBUDSMAN IN UKRAINE AS A REQUIREMENT OF TIME.....207

Pavlyha A.V. LEGAL PROSPECTS OF OFFSHORE WIND POWER STATIONS DEVELOPMENT IN UKRAINE.....210

Taranov M.A. PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF THE TRANSITION TO ENVIRONMENTALLY SAFE TRANSPORT.....215

SECTION 7
ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS; FINANCIAL LAW; INFORMATION LAW

Baran M.V. SUBJECTS OF INFORMATION SECURITY IN UKRAINE.....220

Bielkin L.M., Yurynets Yu.L., Sopilko I.M., Bielkin M.L. COUNTERPROPAGANDA VS PROPAGANDA IN THE CONDITIONS OF LARGE-SCALE ARMED INVASION OF THE RUSSIAN FEDERATION IN UKRAINE.....224

Volokh O.K., Hezet I.S. THE QUESTIONS OF SIMILARITY OF LEGAL RELATIONS.....231

Volochii S.O. THE PROSECUTOR'S REQUIREMENT AS A GUARANTEE OF COMPLIANCE WITH THE LAW.....235

Drok I.S. THE ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY FOR VIOLATION OF ESTABLISHED RESTRICTIONS IN MARTIAL LAW.....238

Zhevelieva I.S. EDUCATIONAL COMPONENT OF IT LAW IN UKRAINE: CURRENT STATE AND DEVELOPMENT PROSPECTS.....241

Kovbasa V.M., Kusko R.V., Drozd T.V. ACTIVITIES OF THE NATIONAL POLICE IN THE CONDITIONS OF MARTIME: SOME PROBLEMS.....245

Kushnir I.P., Tsarenko O.M., Tsarenko S.I. COGNITIVE ANALYSIS OF ILLEGAL USE OF INFORMATION IN THE CONTEXT OF A CORRUPTION OFFENSE.....249

Labadin V.I. PROBLEM ISSUES RELATING TO THE ORDER OF INTERACTION BETWEEN A NON-RESIDENT VALUE ADDED TAX PAYER AND A CONTROLLING AUTHORITY.....253

Mizina I.V. LEGAL REGULATION OF THE ACTIVITIES OF TAX AUTHORITIES DURING MARTIME.....258

Muzyka-Stefanchuk O.A. FROM FINANCIAL LAW TO LEGAL FRAMEWORKS OF PUBLIC FINANCES (NATIONAL, FOREIGN AND INTERNATIONAL ASPECTS).....261

Prystash S.S. ON THE ISSUE OF VIRTUAL ASSET TURNOVER IN THE FORM OF CHARITABLE ASSISTANCE.....266

Smolov K.V. PRINCIPLES OF INSOLVENCY (BANKRUPTCY) LAW IN LEGAL AND JUDICIAL DOCTRINE: QUESTION STATEMENT.....269

Stafiichuk K.V. PREREQUISITES FOR THE OPENING OF CASSATION PROCEEDINGS IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS OF UKRAINE.....284

Timashov V.O., Nikolaieva L.V., Mykhailychenko V.H. LEGAL PROTECTION OF SOCIETY AGAINST MISINFORMATION.....288

Tovkun L.V., Ovcharenko A.S. LEGAL FRAMEWORK FOR THE DEVELOPMENT OF INTERNAL AUDIT IN THE SOVEREIGN SECTOR OF UKRAINE.....294

Shapoval R.V., Solntseva Kh.V. STRUCTURAL AND SYSTEM ANALYSIS OF SUBJECTS OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL SUPPORT OF THE STATE DEFENSE ORDER.....299

SECTION 8
CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY; PENAL LAW

Vovk Ye.O. PECULIARITIES OF CONDITIONS OF THE PUNISHMENT IN THE FORM OF IMPRISONMENT IN THE SCANDINAVIAN COUNTRIES.....303

Vozniuk A.A. MARTIAL LAW AND STATE OF EMERGENCY AS CIRCUMSTANCES AFFECTING THE QUALIFICATION OF A CRIMINAL OFFENSE OR THE IMPOSITION OF PUNISHMENT.....308

Zahynei-Zabolotenko Z.A. VOLUNTARY A POSITION BY S CITIZEN OF UKRAINE IN ILLEGAL AUTHORITIES CREATED IN THE TEMPORARILY OCCUPIED TERRITORY AS WELL, AS IN ALLEGAL JUDICIAL OR LAW ENFORCEMENT AGENCIES AS A FORM OF COLLABORATION ACTIVITY.....318

Kedyk V.P. THE GENESIS OF THE UNIVERSAL PRINCIPLE OF CRIMINAL LAW IN SPACE.....322

Kerechan D.M. LEGAL CONTROL OF BUSINESS ACTIVITIES IN THE CONDITIONS OF WAR.....327

Kuznetsova M.Yu. LEGAL REGULATION OF THE RIGHT TO ANNUAL LEAVE DURING THE MARTIAL LAW IN UKRAINE.....331

Marin O.K. PROBLEMS OF CRIMINAL-LEGAL ASSESSMENT OF ILLEGAL USE OF HUMANITARIAN AID UNDER THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE.....334

Muradian H.R. DETERMINATION OF PROBATIONARY TERM DURING RELEASING FROM SERVING PUNISHMENT WITH PROBATION ON ART. 75 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE: DOMESTIC AND FOREIGN APPLICATION EXPERIENCE.....339

Nalutsyshyn V.V. SMUGGLING: CRIMINAL-LEGAL ASPECT.....343

Orlovska N.A., Stepanova Yu.P. DRUG TRAFFICKING PREVENTION PRESSING ISSUES: EUROPEAN EXPERIENCE.....348

Pakhnin M.L. CHARACTERISTICS OF CERTAIN ORGANIZATIONAL AND MANAGERIAL FACTORS OF CRIMINALIZATION OF MASS MEDIA IN UKRAINE.....352

Pysmenskyi Ye.O., Movchan R.O. NEW PROVISIONS OF CRIMINAL LAW OF UKRAINE ON COLLABORATIVE ACTIVITIES: DISCUSSION ISSUES AND ATTEMPT TO SOLVE THEM.....356

Sirets O.O. CRIMINOLOGICALLY SIGNIFICANT PRINCIPLES OF HOUSING CONSTRUCTION MARKET FUNCTIONING.....361

Terekh U.V. CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR ESTABLISHING OR SPREADING CRIMINAL INFLUENCE IN UKRAINE UNDER CONDITIONS OF WARTIME.....366

Tymofieiev A.O., Kohut A.A., Chlenov M.V. REGARDING THE PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF ARTICLE 435[1] «INSULT OF HONOR AND DIGNITY OF A SERVICEMAN, THREAT TO A SERVICEMAN» OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE.....370

Titochka T.I. TYPOLOGY OF JUVENILE VICTIMS OF CRIMINALLY ILLEGAL INVESTIGATIONS IN UKRAINE.....374

Tkachenko I.M. RELATED PERSONS AS VICTIMS OF CRIMINAL OFFENSES.....378

SECTION 9
CRIMINAL PROCESS AND FORENSIC SCIENCE; FORENSIC EXAMINATION; OPERATIVELY-SEARCH ACTIVITY

Areshonkov V.V., Lutsenko Yu.V., Atamanchuk V.M. NASCENCE AND DEVELOPMENT OF FORENSIC RESEARCH IN THE INVESTIGATION OF CRIMINAL OFFENSES ON THE TERRITORY OF UKRAINE.....384

Havhun S.R. THE MAIN INFLUENCE OF THE PREPARATION AND PLANNING STAGE ON EFFICIENCY OF INVESTIGATIVE INTERVIEWING.....390

Hloviuk I.V., Teteriatnyk H.K. CONTEXTUAL CIRCUMSTANCES IN WAR CRIMES PROCEEDINGS: SUI GENERIS SUBJECT OF PROOF.....394

Hurtiieva L.M. BOUNDARIES OF CRIMINAL JUDICIAL PROCEDURE CASE BY PERSONS: ANALYSIS OF LEGISLATIVE REGULATION.....399

Demydova Ye.Ye., Latysh K.V. CRIMINALISTIC EXAMINATIONS IN THE STRUCTURE OF FORENSIC SCIENCE ACTIVITY: FEATURES OF LEGAL REGULATION.....403

D'iachkova M.O., Sydorchuk V.V., Lepetukha M.V. SOME ISSUES OF RESTRICTING THE SECRET OF THE PRE-TRIAL INVESTIGATION IN THE WORK OF THE MEDIA.....407

Zatenatskyi D.V., Lysenko D.A. PECULIARITIES OF THE ACTUALISATION OF THE IDEAL TRACES IN THE INVESTIGATION OF WAR CRIMES AND CRIMES AGAINST PEACE, HUMAN SECURITY AND INTERNATIONAL LAW AND ORDER.....412

Kaplina O.V., Hetman H.M. PROBLEMS OF IMPLEMENTATION OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW REGARDS ON COMPENSATION FOR DAMAGES CAUSED BY CRIMINAL OFFENSES.....416

Kapustina M.V. CRIMINALISTIC SUPPORT OF THE INVESTIGATION OF CORRUPTION CRIMINAL OFFENSES.....423

Kolesnikova I.A., Demydova Ye.Ye., Domashenko O.M., Latysh K.V. PREVENTION OF EXPERT ERRORS DURING RESEARCH OF DIGITAL PICTURES.....427

Korol K.S. DIRECTIONS FOR IMPROVING THE APPLICATION OF POLICE MEASURES IN UKRAINE.....430

Kritsak I.V. A NECESSITY OF DEVELOPMENT OF ANTI-CORRUPTION CRIMINOLOGY IN THE CONCEPT OF IDEOLOGICAL AND SPIRITUAL-VALUE COMPONENT.....433

Latysh K.V., Demydova Ye.Ye., Dudchenko O.Yu. FORENSIC EXPERT INSTITUTIONS IN UKRAINE AND PECULIARITIES OF THE REGULATORY AND LEGAL REGULATION OF FORENSIC EXPERT ACTIVITIES IN THE CONTEXT OF PREVENTING EXPERT ERRORS.....437

Pavlyk A.H., Likarenko A.O., M'iakinchenko A.O. INTERNATIONAL COOPERATION DURING CRIMINAL PROCEEDINGS: CERTAIN ASPECTS.....441

Polyvaniuk V.D., Korol K.S. FEATURES OF THE ACTIVITY OF THE NATIONAL POLICE UNITS DURING THE IMPOSITION OF MARTIAL LAW.....444

Serazhym I.R. DEVIANT BEHAVIOR OF PERSONNEL OF THE STATE CRIMINAL-EXECUTIVE SERVICE OF UKRAINE AS A SOCIAL, PSYCHOLOGICAL AND LEGAL PHENOMENON.....447

Shevchuk V.M. FORMATION AND IMPLEMENTATION OF CRIMINALISTIC METHODIC FOR INVESTIGATION OF CORRUPTION CRIMINAL OFFENSES.....450

Yaremchuk V.O. CRIMINALISTICS AND SPECIAL KNOWLEDGE IN THE INVESTIGATION OF CRIMES IN THE BANKING SECTOR.....456

SECTION 10
JUDICATURE; PUBLIC PROSECUTION AND ADVOCACY

Dudchenko O.Yu. THE PROBLEM OF THE UNIFORMITY OF THE LEGAL STATUS OF THE PROSECUTOR AT THE STAGE OF THE REFORM OF CRIMINAL JUSTICE BODIES OF UKRAINE.....459

Svyda O.H. THE SUPREME COUNCIL OF JUSTICE: PROBLEMS OF FUNCTIONING UNDER THE CONDITIONS OF THE MARTIAL STATE.....463

Shandula O.O., Somak T.O. TO THE QUESTION OF THE LAWYER'S SUCCESS FEE.....468

SECTION 11
INTERNATIONAL LAW

Bekhruz Kh.N., Mokhd Narhis. COMPARATIVE INTERNATIONAL LAW AND REGIONALIZATION OF INTERNATIONAL LAW.....471

Hryhorov O.M. FORBIDDEN AREAS AND FLIGHTLESS ZONES: HISTORY AND PRESENT.....475

Zavhorodnia V. СВОБОДА ПЕРЕСУВАННЯ: ВИКЛИКИ COVID-19.....479

Podoliak S.A. SOME ASPECTS OF CONTRACT LEGAL REGULATION UNDER THE ITALIAN LAW.....483

Prokhazka H.A. THE SPECIFICS OF THE REALIZATION OF THE HUMAN RIGHT TO ADEQUATE FOOD.....486

Filatov V.V. THEORETICAL AND APPLIED PROBLEMS OF TRANSITIONAL JUSTICE: INTERNATIONAL LEVEL.....489

РОЗДІЛ 1
ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА; ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕНЬ

УДК 34:341.5
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/1

ЗАСТОСУВАННЯ ВОГНЕПАЛЬНОЇ ЗБРОЇ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦЯМИ ДЕРЖАВНОЇ ПРИКОРДОННОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ ОГОЛОШЕНОГО В УКРАЇНІ

APPLICATION OF FIREARMS BY MILITARY MEN OF THE STATE BORDER GUARD SERVICE OF UKRAINE UNDER THE CONDITIONS OF MARTIAL LAW DECLARED IN UKRAINE

Басараб О.Т., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри теорії права та кримінально-процесуальної діяльності
Національна академія Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

Басараб О.К., к. т. н., доцент,
доцент кафедри телекомунікаційних та інформаційних систем
Національна академія Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

Ларіонова І.Т., старший викладач кафедри тактичної
та спеціальної фізичної підготовки
Харківський національний університет внутрішніх справ

В умовах повномасштабного вторгнення Російської Федерації на територію України та запровадження правового режиму воєнного стану, питання правомірного застосування зброї вітчизняними військовими формуваннями та правоохоронними органами, зокрема персоналом Державної прикордонної служби України набуває особливої актуальності.

У статті аналізуються та досліджуються правові підстави застосування прикордонниками вогнепальної зброї у різних умовах обстановки, зокрема: в умовах здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України; під час реалізації правоохоронної функції на державному кордоні України; а також під час виконання службових завдань внутрішньої служби. Кожен із вищезазначених випадків має свої особливості правового регулювання.

Зазначено, що універсальним нормативно-правовим актом, що визначає базові правові підстави застосування усіх заходів примусу, у тому числі вогнепальної зброї, під час різних обставин, що складаються як в державі, так і на державному кордоні, є закон України «Про Державну прикордонну службу України». За умов виконання прикордонниками завдань щодо оборони держави, участі у заходах щодо відсічі збройної агресії, персонал прикордонного відомства також керується Порядком застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил України під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 10.10.2018 № 828. В свою чергу, правова регламентація виконання військовослужбовцями Державної прикордонної служби України службових завдань внутрішньої служби міститься в положеннях Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України.

Акцентовано увагу на специфіці застосування вогнепальної зброї, яка полягає у тому, що в умовах реалізації правоохоронної функції та виконання військовослужбовцями Державної прикордонної служби України завдань у добовому наряді, прикордонники зобов'язані попередити особу про намір застосування зброї. Виключення становлять випадки, коли таке зволікання може призвести до загрози життю та здоров'ю прикордонника. Поряд з цим, під час виконання прикордонними підрозділами, залученими до оборони держави, завдань щодо відсічі та стримування збройної агресії проти України, таке попередження не вимагається.

За результатами дослідження зазначено, що застосування вогнепальної зброї українськими прикордонниками повинно відповідати загальновизнаним міжнародним принципам, а також здійснюватися на законних підставах, у відповідності до положень чинного законодавства, оскільки тільки за таких умов можливо встановити відповідний правопорядок у державі та на належному рівні забезпечити виконання заходів правового режиму воєнного стану.

Ключові слова: вогнепальна зброя, Державна прикордонна служба України, прикордонне відомство, правовий режим воєнного стану, військовослужбовці, заходи примусу, законодавство, збройна агресія, правопорядок, державний кордон.

The article is about application of firearms by military men of the State Border Guard Service of Ukraine under the conditions of martial law, declared in Ukraine. It is determined that border-guards, according to the current legislation, can apply firearms: in the context of implementation of measures for ensuring national security and defense, repulse and deter armed aggression against Ukraine; during law enforcement activities at the state border of Ukraine; and during the performance of internal and guard duty. Each of the above cases has its own peculiarities of legal regulation.

It is noted that the law of Ukraine "On the State Border Guard Service of Ukraine" is a universal normative legal act that determines the basic legal grounds for the application of firearms, in various circumstances, both in the country and at the state border of Ukraine. Under the conditions when border guards execute tasks of defense of the state and participate in measures aimed at repelling armed aggression, border guards are also guided by the Procedure for the Use of Weapons and Military Equipment by units, military units and subdivisions of the Armed Forces of Ukraine, approved by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of October 10, 2018 № 828. Legal regulation of internal and guard service tasks by military men of the State Border Guard Service of Ukraine is contained in the provisions of the Statute of the Internal Service of the Armed Forces of Ukraine.

Emphasis is placed on the fact that the specifics of the use of firearms in the conditions of implementation of law enforcement functions and in the conditions of performance duties of internal service is that border guards are obliged to warn the person about the intention to use weapons.

Exceptions are cases where such delay may endanger the life and health of the border guard. At the same time, such a warning is not required when border guards involved in the defense operations of Ukraine.

As the result of the study, it is established that application of firearms by military men of the State Border Guard Service of Ukraine must be conducted according to current legislation, because only in such conditions it is possible to ensure proper law and order in the country and to implement martial law regime measures in the conditions of armed aggression against Ukraine.

Key words: firearms, the State Border Guard Service of Ukraine, Border Agency, the martial law regime, military men, coercive measures, legislation, armed aggression, law and order, state border.

Вступ. З перших днів війни на території України, військовослужбовці Державної прикордонної служби України (далі – ДПС України), демонструють хоробрість та неабиякий героїзм, коли першими сам на сам зустрічають ворога. Чого тільки варта фраза оборонця острову Зміїний, яка стала відомою навіть за межами України та знайшла своє матеріальне відображення на поштовій марці.

З початку російської агресії для усіх українських прикордонників завдання – «забезпечення недоторканості державного кордону» не обмежується лише охороною територіальних меж нашої держави. У серці кожного охоронця кордону воно набуло нового, ширшого значення, змістом якого стало «забезпечення недоторканості народу України та забезпечення недоторканості рідної землі».

Разом з тим, обстановка, в якій змушені діяти прикордонники буває різною, тому, на відміну від окупантів, свавіллю і віроломству яких немає рівних, українські прикордонники мають правильно оцінювати ситуацію та на законних підставах застосовувати вогнепальну зброю.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій свідчить про те, що законодавство у сфері застосування зброї розглядали Волков Ю. М., Іваха В. О., Казначеєв Д. Г., Ковалів М. В., Курилюк Ю. Б., Ляшук Р. М. та інші. Однак, питання застосування вогнепальної зброї військовослужбовцями ДПС України в умовах запровадження воєнного стану не знайшло належного відображення у наукових працях.

Метою і завданням наукової статті є дослідити правові підстави застосування вогнепальної зброї військовослужбовцями ДПС України в різних умовах обстановки під час запровадженого в Україні правового режиму воєнного стану.

Основний текст. У зв'язку із військовою агресією РФ проти України, керуючись п. 20 ч. 1 ст. 106 Конституції України [1] та Законом України «Про правовий режим воєнного стану» [2], Президент України 24.02.2022 Указом № 64/2022 запровадив на всій території України воєнний стан [3].

Враховуючи завдання, які покладаються на ДПС України та в умовах необхідності виконання завдань щодо забезпечення заходів правового режиму воєнного стану в Україні, військовослужбовці прикордонного відомства можуть застосовувати вогнепальну зброю у таких випадках:

у разі залучення прикордонних підрозділів до здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України та при виконанні завдань щодо участі в обороні держави в особливий період;

під час реалізації правоохоронної функції, з метою протидії правопорушенням на державному кордоні України;

під час виконання службових завдань внутрішньої служби.

Кожен із вищезазначених випадків має свої особливості правового регулювання. З огляду на те, що правомірність застосування зброї в одному випадку (наприклад, коли зброя застосовується до ворога без попередження в умовах стримування та відбиття збройної агресії), може трактуватись не правомірною в іншому (наприклад, коли зброя застосовується без попередження до правопорушника під час охорони державного кордону і всі формальні ознаки не виключають обов'язку для прикордонника це зробити), спонукає нас до детального аналізу кожного із них.

Спершу відзначимо, що універсальним базовим нормативно-правовим актом, що врегульовує питання застосування військовослужбовцями ДПС України зброї є закон України «Про Державну прикордонну службу України», правові новели до статті 21 якого набули чинності в кінці 2021 року [4].

Багато фахівців відзначили позитивні сторони внесених змін, оскільки вперше, на законодавчому рівні, було здійснено деталізацію порядку та умов застосування прикордонниками усіх заходів примусу, у тому числі вогнепальної зброї.

Відповідно до статті 21-6 цього закону, військовослужбовці ДПС України у разі залучення їх до здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України, а також при виконанні завдань щодо участі в обороні держави в особливий період мають право застосовувати і використовувати зброю та бойову техніку у встановлених для з'єднань, військових частин та підрозділів Збройних Сил України порядку та випадках, регламентованих Постановою Кабінету Міністрів України від 10.10.2018 № 828 [4]. За таких обставин дотримання принципів міжнародного гуманітарного права є обов'язковим.

Так, військовослужбовці ДПС України під час здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії, мають право застосовувати вогнепальну зброю для:

відбиття нападу або попередження загрози нападу на об'єкти, що охороняються;

звільнення заручників, військовополонених, захоплених військових та цивільних об'єктів або запобігання (перешкоджання) такому захопленню;

знищення зброї, бойової техніки, транспортних або технічних засобів, які перебувають у користуванні осіб, причетних до збройної агресії;

захисту цивільних осіб та цивільних об'єктів від нападу;

запобігання та припинення діяльності, затримання, роззброєння або знешкодження осіб, причетних до збройної агресії;

припинення дій осіб, які вчинили або вчиняють правопорушення;

припинення дій осіб, які перешкоджають виконанню законних вимог осіб, залучених до здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії;

припинення дій осіб, які становлять або можуть становити небезпеку особам, залученим до здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії, або іншим особам [5].

Виходячи з обстановки, яка складається в зоні проведення бойових дій, прикордонні підрозділи, що перебувають в оперативному підпорядкуванні Збройних Сил України, також мають право застосовувати вогнепальну зброю і в інших випадках, визначених наказами Командувача об'єднаних сил.

При чому, рішення про застосування зброї приймається командирами з'єднань, військових частин і підрозділів Збройних Сил України, із урахуванням обстановки та відповідно до вимог вищезгаданого Порядку застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України.

Разом з тим, Порядок не виключає права на самостійне прийняття рішення військовослужбовцем в умовах бойо-

вих дій, якщо є необхідність індивідуальної самооборони та захисту здоров'я і життя інших військовослужбовців та цивільних осіб.

Отже, в умовах відсічі і стримування збройної агресії РФ проти України, застосування зброї військовослужбовцями ДПС України здійснюється на тих самих правових підставах, що і Збройними Силами України, в оперативному підпорядкуванні яких перебувають прикордонні підрозділи. За таких обставин, зброя застосовується без попередження та виключно до ворога, що веде бойові дії проти України.

Застосування вогнепальної зброї військовослужбовцями ДПС України під час реалізації ними правоохоронної функції на державному кордоні України, регламентовано статтею 21-3 Закону України «Про Державну прикордонну службу України», відповідно до якої, прикордонники мають право застосовувати зброю за таких обставин:

для відбиття нападу на військовослужбовця чи працівника ДПС України, якщо їхньому життю чи здоров'ю загрожує небезпека;

для захисту осіб від нападу, коли існує загроза їх життю чи здоров'ю;

для звільнення заручників або осіб, яких незаконно позбавили волі;

з метою відбиття нападу на об'єкти, що перебувають під охороною, службовий транспортний засіб, військове майно, жиле та нежиле приміщення, а також звільнення таких об'єктів у разі їх захоплення;

з метою затримання особи, яка чинить збройний опір, намагається втекти з використанням зброї або інших засобів, що створюють загрозу життю і здоров'ю людини, а також озброєної особи, яка погрожує застосувати зброю або інші предмети, що загрожують життю і здоров'ю військовослужбовця чи працівника ДПС України або інших осіб;

з метою зупинки транспортного засобу шляхом його пошкодження, якщо водій своїми діями створює загрозу життю і здоров'ю військовослужбовця чи працівника ДПС України або інших осіб;

з метою примусового припинення польоту безпілотного повітряного судна, якщо воно здійснює політ з порушенням законодавства у межах прикордонної смуги та об'єктів, що перебувають під охороною;

з метою недопущення спроби насильного заволодіння зброєю, бойовою та іншою технікою, якщо іншими способами та засобами неможливо припинити таку спробу;

з метою затримання особи під час вчинення нею злочинного діяння, яка намагається здійснити втечу;

з метою запобігання викраденню особою повітряного судна, якщо іншими способами та засобами неможливо припинити таку спробу [4].

За загальним правилом, під час реалізації правоохоронних функцій, застосуванню вогнепальної зброї повинно передувати попередження (голосом, або попереджувальним пострілом) про намір її застосування.

Водночас, коли зволікання під час попередження може спричинити загрозу здоров'ю, чи життю військовослужбовців, або цивільних осіб, вогнепальна зброя може застосовуватись прикордонниками без попередження:

для відбиття збройного нападу або вторгнення на територію України озброєних військових груп і злочинних угруповань;

для припинення збройних конфліктів і провокацій, а також для відбиття нападу на прикордонні наряди, службовий автотранспорт та об'єкти, що охороняються;

у разі раптового озброєного нападу, якщо з життю, чи здоров'ю людини або військовослужбовця чи працівника ДПС України загрожує небезпека;

у разі збройного опору особою;

якщо є необхідність припинення спроб заволодіння вогнепальною зброєю;

у разі спроби особою скоротити визначену військовослужбовцем чи працівником ДПС України із вогнепальною зброєю в руках відстань до нього, або службового автотранспорту, а також доторкнутися до цієї зброї;

для знешкодження озброєних осіб або щодо яких наявна обґрунтована інформація щодо наявності у них зброї, або інших засобів, використання яких несе загрозу життю або здоров'ю людей, коли попередження про застосування щодо них зброї створить реальну загрозу для життя або здоров'я людини або військовослужбовця чи працівника ДПС України;

у разі затримання особи, якщо вона не виконує законних вимог військовослужбовця чи працівника ДПС України про негайне здавання (покладення) зброї, вибухової речовини, вибухового пристрою або інших предметів, застосування яких може загрожувати життю або здоров'ю людей, зокрема військовослужбовця чи працівника ДПС України;

у разі примусового припинення польоту безпілотного літального апарату, який здійснює політ в межах прикордонної смуги, а також над об'єктами, що перебувають під охороною [4].

Отже, на відміну від випадку застосування зброї прикордонниками в умовах відсічі та стримування збройної агресії проти України, коли зброя застосовується до ворога без попередження, застосуванню зброї під час виконання правоохоронних функцій обов'язково повинно передувати попередження, за виключенням випадків, коли життю та здоров'ю прикордонника, чи інших осіб загрожує реальна небезпека, а зволікання, у вигляді попередження, може призвести до тяжких наслідків.

Що ж стосується застосування зброї під час виконання службових завдань внутрішньої служби, то правова регламентація зазначеного міститься в положеннях статей 21, 22 Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України [6] та статей 21, 21-3 Закону України «Про Державну прикордонну службу України» [4], відповідно до яких, військовослужбовці ДПС України зі складу добового наряду мають право застосовувати зброю в таких випадках:

для захисту свого здоров'я і життя, а також здоров'я і життя інших військовослужбовців і цивільних осіб від нападу, якщо іншими способами й засобами захистити їх у даній ситуації неможливо;

для затримання озброєної особи, яка загрожує застосуванням зброї та інших засобів, що становить загрозу для життя і здоров'я військовослужбовця чи інших осіб;

для відбиття нападу на об'єкти, що охороняються військовослужбовцями, а також для звільнення цих об'єктів у разі захоплення;

у разі спроби насильного заволодіння зброєю, бойовою та іншою технікою, якщо іншими способами і засобами неможливо припинити цю спробу;

для примусового припинення польоту безпілотного повітряного судна, яке здійснює політ над або поблизу об'єктів, що перебувають під охороною [4; 6].

Як правило, застосуванню зброї, в таких випадках, повинно передувати попередження (голосом, або попереджувальним пострілом) про намір її застосування.

Без попередження, військовослужбовці ДПС України зі складу добового наряду можуть застосовувати вогнепальну зброю:

для відбиття нападу на об'єкти, що ними охороняються;

у разі раптового озброєного нападу, якщо життю і здоров'ю військовослужбовця або інших осіб загрожує небезпека;

для припинення спроби заволодіти вогнепальною зброєю;

для знешкодження озброєних осіб чи осіб, стосовно яких є обґрунтована інформація про наявність у них зброї, або інших засобів, використання яких може створити загрозу життю і здоров'ю людини, якщо попередження про намір застосування до них вогнепальної зброї ство-

рить реальну загрозу життю і здоров'ю військовослужбовця, або інших осіб;

у разі затримання особи, яка не виконує законних вимог військовослужбовця ДПС України про негайне здавання (покладення) зброї, або інших предметів, застосування яких може створити загрозу життю і здоров'ю військовослужбовця, або інших осіб;

для примусового припинення польоту безпілотного повітряного судна, яке здійснює політ над або поблизу об'єктів, що перебувають під охороною [4; 6].

Таким чином, як і під час виконання прикордонниками правоохоронних функцій на державному кордоні України, у випадку несення служби у добовому наряді, військовослужбовці ДПС України перед застосуванням зброї обов'язково повинні попередити особу про намір її застосування. Виключення складають випадки, коли відсутній час на попередження та існує реальна загроза життю і здоров'ю прикордонника, чи інших осіб.

Разом з тим, варто зазначити, що у відповідності до статті 21 Закону України «Про Державну прикордонну службу України», застосування зброї військовослужбовцями ДПС України має бути законним, необхідним, пропорційним та ефективним [4].

Законним – прямо передбаченим положеннями нормативно-правових актів.

Необхідним застосування зброї буде вважатись, якщо для виконання повноважень військовослужбовця ДПС України застосування іншого заходу примусу є неможливим або його застосування буде неефективним, а також, якщо ризик заподіяння шкоди правопорушнику або іншим особам є мінімальним. Принципу пропорційності буде дотримано за умов, якщо шкода, заподіяна охоронюваним законом правам і свободам людини або інтересам суспільства чи держави, не перевищує блага, для захисту якого він застосований. Застосування зброї буде ефективним, якщо його застосування забезпечує виконання повноважень військовослужбовця ДПС України.

Таким чином, військовослужбовці прикордонного відомства мають право застосовувати вогнепальну зброю виключно з метою заподіяння особі такої шкоди, яка є необхідною і достатньою в такій обстановці, для негайного відвернення чи припинення збройного нападу або опору.

Під час провадження правоохоронної діяльності та в умовах виконання службових завдань внутрішньої служби, військовослужбовці ДПС України повинні пам'ятати, що перед застосуванням зброї важливо не тільки попередити особу про намір її застосування, але й потрібно надати їй достатньо часу для виконання їхньої законної вимоги. Тобто, надати особі необхідний час для усвідомлення змісту слів прикордонника та здійснення відповідних дій. Виключення можуть становити випадки, коли зволікання може спричинити посягання на життя і здоров'я прикордонника, або інших осіб.

Важливо також розуміти, що з огляду на те, що використання вогнепальної зброї є найбільш суворим заходом примусу, застосування її не повинно перевищувати міри, необхідної для виконання покладених на ДПС України завдань, і має зводитися до мінімізації ризику заподіяння шкоди життю та здоров'ю особи, яка вчиняє правопорушення, а також життю і здоров'ю інших осіб.

Неправомірне застосування зброї військовослужбовцями ДПС України тягне за собою юридичну відповідальність, встановлену законом.

За наявності тяжких наслідків, такі протиправні дії можуть бути кваліфіковані за такими статтями розділу XIX Особливої частини Кримінального кодексу України як: стаття 118. Умисне вбивство при перевищенні меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця; стаття 119. Вбивство через необережність; стаття 121. Умисне тяжке тілесне ушкодження; стаття 122. Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження; стаття 124. Умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень у разі перевищення меж необхідної оборони або у разі перевищення заходів, необхідних для затримання злочинця; стаття 125. Умисне легке тілесне ушкодження; стаття 128. Необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження; стаття 365. Перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу; стаття 426-1. Перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень тощо [7].

Висновки. Беручи до уваги вищевикладене, вважаємо за можливе зробити висновок про те, що в умовах запровадженого в Україні правового режиму воєнного стану, відповідно до завдань, які покладаються на прикордонне відомство, військовослужбовці ДПС України мають право застосовувати вогнепальну зброю у таких випадках: у разі залучення їх до здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України, а також при виконанні завдань щодо участі в обороні держави в особливий період; під час здійснення правоохоронної діяльності, з метою протидії правопорушенням на державному кордоні України; а також під час виконання службових завдань внутрішньої служби. Кожен із вищезазначених випадків має свої особливості правового регулювання та специфічний порядок застосування.

Зокрема, універсальним нормативно-правовим актом для усіх випадків є закон України «Про Державну прикордонну службу України». Під час оборони держави, персонал прикордонного відомства також керується Постановою Кабінету Міністрів України від 10.10.2018 № 828. В свою чергу, правова регламентація виконання військовослужбовцями ДПС України службових завдань внутрішньої служби міститься в положеннях Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України.

Специфіка застосування вогнепальної зброї полягає у тому, що в умовах реалізації правоохоронної функції та виконання військовослужбовцями ДПС України службових завдань у добовому наряді, прикордонники зобов'язані попередити особу про намір застосування зброї. Виключення становлять випадки, коли таке зволікання може призвести до загрози життю та здоров'ю прикордонника. Поряд з цим, під час виконання прикордонними підрозділами, залученими до оборони держави, завдань щодо відсічі та стримування збройної агресії проти України, таке попередження не вимагається.

Отже, застосування зброї військовослужбовцями ДПС України повинно здійснювались тільки на підставі положень чинного законодавства України та у визначений нормативно-правовими актами спосіб. Тому, що тільки за таких обставин можливо ефективно протидіяти правопорушенням, а також загрозам воєнного характеру та забезпечити належний режим законності і правопорядку в державі в умовах запровадженого правового режиму воєнного стану.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-0%B2%D1%80 (дата звернення: 11.05.2020).
2. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12.05.2015 № 389-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text (дата звернення: 11.05.2022).
3. Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 24.02.2022 № 64/2022. URL: https://www.president.gov.ua/documents/642022-41397 (дата звернення: 20.05.2022).
4. Порядок застосування зброї і бойової техніки з'єднаннями, військовими частинами і підрозділами Збройних Сил під час виконання ними завдань щодо відсічі збройної агресії проти України : Постанова Кабінету Міністрів України від 10.10.2018 № 828. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/828-2018-п#Text (дата звернення: 20.05.2022).
5. Про Державну прикордонну службу України : Закон України від 03.04.2003 р. № 661-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/661-15#Text (дата звернення: 21.05.2022).
6. Про Статут внутрішньої служби Збройних Сил України : Закон України від 24.03.1999 № 548-XIV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/548-14#Text (дата звернення: 21.05.2022).
7. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text (дата звернення: 22.05.2022).

УДК 340.12:305
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/2

ГЕНДЕРНА РІВНІСТЬ ТА НЕДИСКРИМІНАЦІЯ В ДОКУМЕНТАХ МІЖНАРОДНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ПРАЦІ

GENDER EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION IN THE DOCUMENTS OF THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION

Бурдоносова М.А., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри конституційного та адміністративного права
Державний університет інфраструктури та технологій

У статті аналізується становлення принципів гендерної рівності та недискримінації в нормативно-правових актах Міжнародної організації праці, які, у подальшому стають стандартами для країн-учасниць МОП для впровадження даних принципів у національне право в сфері трудових відносин.

Принцип рівності є універсальною категорією і виключає дискримінацію за будь-якою ознакою. Важливою складовою загального принципу рівності – є гендерна рівність як основа демократичного устрою держави та суспільства. Рівність за ознакою статі відображає лише один, але дуже вагомий елемент у структурі загального принципу рівності.

Велике позитивне значення безперечно має еволюційність, історичність гендерного розвитку, що простежується у процесі розвитку та удосконалення нормативно-правових актів Міжнародної Організації Праці, на які, в подальшому, орієнтуються її країни-учасниці у внутрішньодержавному законодавстві. Поточна інтегрована гендерна політика МОП зумовлена вимогами сучасного ринку праці: зростання трудової участі жінок, геополітичні та демографічні зміни, зростання неформального сектору та відсотку дистанційної роботи, інноваційні підходи до тривалості робочого дня і тижня. Ці перетворення змушують переглядати умови життя та праці як жінок, так і чоловіків, а також змінюють гендерні ролі у сфері зайнятості.

Гендерне питання стало принципово важливим для МОП не лише через те, що це складова принципів рівності та недискримінації, які в свою чергу є основами верховенства права, а ще й через те, що МОП впроваджує гендерну рівність у власну структуру діяльності як міжнародної організації. Будучи провідною організацією у сфері праці на яку орієнтується країни-учасниці, МОП, розширює представництво жінок у власних тристоронніх директивних структурах, в урядах країн-учасниць, в організаціях роботодавців та робітників. Крім цього, активно включає гендерні питання в порядок денний, наголошуючи не лише на досягненні рівності de jure, а й аналізуючи de facto результати економічної політики, правових заходів та кадрових змін.

Ключові слова: принцип рівності, недискримінація, гендер, гендерна рівність, Міжнародна Організація Праці, МОП, заборона дискримінації.

The article analyzes the formation of gender equality and non-discrimination principles in the regulations of the International Labor Organization, which later become a standards for ILO member countries to implement these principles in national law in the field of labor relations.

The principle of equality is a universal category and excludes discrimination on any grounds. An important component of the general principle of equality is gender equality as the basis of the democratic system of state and society. Gender equality reflects only one, but very important element in the structure of the general principle of equality.

Of great positive importance is undoubtedly evolution and historicity of gender development, which can be traced in the process of development and improvement of regulations of the International Labor Organization. Further this norms ILO member countries implement in national law. The current integrated gender policy of the ILO is conditioned by the requirements of the modern labor market: growth of women's labor participation, geopolitical and demographic changes, growth of the informal sector and the percentage of distant work, innovative approaches to working hours and weeks. These transformations are forcing a revision of living and working conditions of both women and men, as well as changing gender roles in employment.

Gender aspect has become fundamental to the ILO not only because it is part of the principles of equality and non-discrimination, which in turn are the foundations of the rule of law, but also because the ILO incorporates gender equality into its own structure as an international organization. As a leading labor organization targeting member countries, the ILO is expanding the representation of women in its own tripartite policy structures, in member state governments, and in employers 'and workers' organizations. In addition, it actively includes gender issues on the agenda, emphasizing not only the achievement of de jure equality, but also analyzing de facto results of economic policy, legal measures and personnel changes.

Key words: principle of equality, non-discrimination, gender, gender equality, International Labor Organization, ILO, prohibition of discrimination.

Питання розвитку та становлення гендерної рівності у міжнародних НПА підіймаються в роботах Н. Грицяк, С. Гришак, Н. Камінської, Л. Кобелянської, К. Левченко, Т. Мельник, С. Чернявського та ін.; дослідженням міжнародних стандартів у сфері прав людини та гендерної рівності займалися С. Дікман, М. Лушнікова, Р. Торосян, Л. Ульяшина.

Відтак, метою статті є аналіз становлення принципів гендерної рівності та недискримінації в нормативно-правових актах Міжнародної Організації Праці, які, у подальшому стають зразком для країн-учасниць МОП для впровадження даних принципів в національне право в сфері трудових відносин.

Заборона дискримінації означає, що закони стримують дискримінацію окремих фізичних осіб чи груп осіб. Будь-який необґрунтований неоднаковий підхід за законом заборонений, і всі особи мають гарантований рівний та ефективний захист від дискримінації за будь-якою ознакою раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, власності, народження чи іншого статусу.

Рівність перед законом означає, що кожна фізична особа є підпорядкованою тим самим законам, і жодна фізична особа чи група осіб не мають особливих юридичних привілеїв. Принцип рівності є універсальною категорією і виключає дискримінацію за будь-якою ознакою.

Важливою складовою загального принципу рівності – є гендерна рівність як основа демократичного устрою держави та суспільства. Рівність за ознакою статі відображає лише один, але дуже вагомий елемент у структурі загального принципу рівності [1].

Гендер не слід ототожнювати зі статтю. Стать – це системна сукупність анатомо-фізіологічних властивостей людини, які відрізняють чоловіка від жінки. Гендер – це соціальна стать, соціально визначені ролі, сфери діяльності жінок і чоловіків, які визначаються не біологічними

статевими відмінностями, а соціальною організацією суспільства. Якщо стать є природною характеристикою від народження, то гендер формується під впливом соціокультурних чинників і залежить від домінуючих у суспільстві традиційних поглядів на те, якою повинна бути жінка та яким має бути чоловік [2].

Оніщенко Н. М. зазначає, що гендерний вимір правової площини характеризується передусім рівністю жіночої та чоловічої соціальних статей. Встановлення такої рівності на практиці вимагає подолання патріархальних стереотипів, статевої ієрархічності соціальних зв'язків, у яких чоловіки заздалегідь сприймаються як вищі за розумовими та фізичними здібностями істоти, їхня діяльність сприймається більш значущою та пріоритетною порівняно з діяльністю жінок.

Сучасним гендерним процесам історично передували суто феміністичні погляди у 60–80-х роках минулого століття, які були спрямовані на поліпшення становища жінки та захист її прав. Занадто поляризовані та звернені до проблем лише однієї статі, ці процеси все ж виконали своє першочергове завдання: подолали значний дисбаланс соціально-статевих стосунків та привернули увагу світової спільноти до проблем жінок. Однак, в сучасних умовах така радикальність позиції себе не виправдовує, оскільки для об'єктивного розв'язання проблем рівності жінок і чоловіків необхідний діалектичний підхід.

Він дозволяє глибоко та всебічно аналізувати соціальні структури й процеси, виявляючи взаємодію та співвідношення їх елементів один з одним і цілим. Саме на зазначеному підході засновані гендерні дослідження, які звернені до обох статей і пропонують встановити таку рівновагу соціальних прав та обов'язків, яка забезпечила б чоловікам та жінкам рівні можливості й водночас враховувала їхні анатомічні та психофізіологічні особливості [3, с. 120].

Наукові пошуки кінця XX – початку XXI ст. відзначаються посиленою увагою мовознавців до формування й розвитку галузевих терміносистем, як бази лексики сучасної літературної мови. Починаючи від 1970-х років на Заході й 1990-х в Україні у світовій та українській лінгвістиці стрімкого розвитку набули гендерні дослідження, унаслідок чого з'явився новий мовознавчий напрям – гендерна лінгвістика [4, с. 161].

Термін «гендер» виник у суспільних науках для позначання нових стратегій регулювання соціостатевих стосунків. Із часом гендерні підходи розвинулись майже в усіх гуманітарних і соціальних галузях вітчизняних наук: від соціології, психології, педагогіки, історії, філософії, релігієзнавства, літературознавства й мистецтвознавства до політичних наук, права, наук про державне управління, економіки та статистики [5, с. 7].

Неможливо нівелювати відмінності жінки та чоловіка, визнати їх біологічну

ідентичність, таке регулювання матиме дискримінаційний характер щодо тієї чи іншої статі. Необхідно забезпечити рівноправний розподіл соціальних, політичних, економічних можливостей та ресурсів. Провідна роль у цьому відводиться праву як передумові та наслідку суспільних відносин і їх змін [3, с. 120].

МОП – спеціалізована установа ООН, тристороння організація, яка об'єднує представників урядів, організацій працівників та роботодавців задля спільної розробки політики і програм у сфері праці. Організація Об'єднаних Націй, в свою чергу, об'єднує 193 держави-члени, і засновує діяльність на цілях, визначених у її Статуті 1945 р. Окрім питань миру та безпеки, може приймати рішення, в тому числі, стосовно рівності між чоловіками й жінками. Першими актами, спрямованими на досягнення цього, є Загальна декларація прав людини 1948 р., Конвенція про політичні права жінок 1952 р., Конвенція про громадянство заміжньої жінки 1957 р., Конвенція про боротьбу з дискримінацією у галузі освіти 1960 р., Декларація про захист жінок і дітей в надзвичайних обставинах та в період збройних конфліктів 1974 р. [5, с. 54]. Зазначені конвенції в свою чергу є визначальними і для діяльності МОП.

У ст. 2 Конвенції ООН «Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок» (1979 р.) першим пунктом ставляться такі вимоги стосовно механізму захисту прав людини-жінки: 1) включення принципу рівноправності жінок і чоловіків у національні конституції чи інше відповідне законодавством; 2) забезпечення за допомогою закону та інших відповідних засобів практичного здійснення цього принципу.

Визначальне значення має еволюційність та історичність гендерного розвитку. Це зокрема простежується у процесі становлення та удосконалення нормативно-правових актів Міжнародної Організації Праці (МОП), на які, в подальшому, орієнтуються її країни-учасниці у внутрішньодержавному законодавстві. Станом на 2022 рік до МОП входить 187 держав [6].

Поточна інтегрована гендерна політика МОП зумовлена вимогами сучасного ринку праці: зростання трудової участі жінок, геополітичні та демографічні зміни, зростання неформального сектору та відсотку дистанційної роботи, інноваційні підходи до тривалості робочого дня і тижня. Ці перетворення змушують переглядати умови життя та праці як жінок, так і чоловіків, а також змінюють гендерні ролі у сфері зайнятості.

Гендерне питання стало принципово важливим для МОП не лише через те, що це складова принципів рівності та недискримінації, які в свою чергу є основами верховенства права, а ще й через те, що МОП впроваджує гендерну рівність у власну структуру діяльності як міжнародної організації. Будучи провідною організацією у сфері праці на яку орієнтується країни-учасниці, МОП, розширює представництво жінок у власних тристоронніх директивних структурах, в урядах країн-учасниць, в організаціях роботодавців та робітників. Крім цього, активно включає гендерні питання в порядок денний, наголошуючи не лише на досягненні рівності de jure, а й аналізуючи de facto результати економічної політики, правових заходів та кадрових змін.

Важливим етапом стало проведення МОП у 2001–2002 рр. гендерного аудиту, який став першим подібним аудитом в системі ООН. Його головним завданням стало сприяння ефективному впровадженню комплексного гендерного підходу в політику, структуру та програму діяльності МОП [7].

В Україні організація та порядок проведення гендерного аудиту були визначені лише через 20 років з затвердженням Міністерством Соціальної політики України Методичних рекомендацій щодо проведення гендерного аудиту підприємствами, установами та організаціями (Наказ № 448 від 09.08.2021 р.) [8].

Метою проведення гендерного аудиту може бути оцінювання стану забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків підприємствами, установами, організаціями, виявлення існуючих проблем, визначення шляхів скорочення гендерної нерівності, аналіз змін у цій сфері, що відбулися на підприємстві, в установі, організації (порівняно з результатами попереднього аудиту), а також підвищення обізнаності працівників щодо застосування комплексного гендерного підходу в їхній діяльності.

Гендерний аудит дає змогу проаналізувати, як принципи забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків враховуються у кадровій політиці та діяльності підприємства, установи, організації, в тому числі через можливе включення гендерної складової до стратегічних, програмних, проектних, фінансових документів, планів та документів поточної діяльності підприємства, установи, організації.

Пунктом 4 Загальних положень порядку гендерного аудиту визначено, які основні характеристики можна за його допомогою оцінювати та покращувати, зокрема, це механізми: підвищення ефективності управління людськими ресурсами та розвитку потенціалу жінок і чоловіків з урахуванням їхніх ціннісних орієнтирів; забезпечення рівних можливостей жінок і чоловіків у працевлаштуванні, професійному навчанні, зокрема перепідготовці, підвищенні кваліфікації та розвитку кар'єри; забезпечення рівної плати за працю рівної цінності, тобто працю, що потребує однакової кваліфікації, таку саму або схожу роботу в еквівалентних умовах, або працю, що є різною за змістом, але рівноцінною за об'єктивними критеріями (кваліфікацією, інтенсивністю, відповідальністю, умовами праці); створення умов праці, які дозволяли би жінкам і чоловікам проводити трудову діяльність на рівній основі, зокрема забезпечення можливостей поєднання трудової діяльності із сімейними обов'язками; створення безпечних для життя і здоров'я жінок і чоловіків умов праці; унеможливлення та захисту від дискримінації, випадків сексуальних домагань, сексизму, мобінгу та інших проявів насильства за ознакою статі на робочому місці та формування нетерпимого ставлення до домашнього насильства; врахування практичних потреб різних груп жінок і чоловіків, які є отримувачами товарів, послуг, що надаються підприємством, установою, організацією; справедливого розподілу фінансових ресурсів; подолання гендерних стереотипів; підвищення обізнаності, удосконалення знань працівників з питань забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків та застосування гендерних підходів в їхній діяльності [8].

Наступним визначним документом в даному контексті стала «Резолюція стосовно гендерної рівності як основи гідної праці» прийнята на Загальній Конференції 98 сесії МОП, 17.06.2009 р. В ній першим реченням зазначається: «Це загальновизнано, що рівність жінок та чоловіків у сфері праці є основною цінністю Міжнародної Організації Праці». А головою метою організації є викорінення дискримінації за ознакою статі у сфері праці та підтримка гендерної рівності [9, с. 1].

На сьогодні МОП виділяє 3 основні напрями дискримінації жінок:

1. Сегрегація у сфері зайнятості, оскільки деякі професії умовно вважаються «суто чоловічими», а інші – «суто жіночими». Жіноча зайнятість переважає, наприклад, у сфері хатніх робітниць, покоївок, текстильної промисловості, продавців у торгових мережах і т. п., де рівень заробітної плати та соціальних гарантій суттєво нижчій.

2. Різниця в оплаті праці чоловіків і жінок, яка в середньому на третину нижча у жінок. Це пов'язано з концентрацією жіночої зайнятості у менш оплачуваних сферах праці та галузях економіки.

3. «Подвійний робочий день» для жінок, які працюють, а після роботи ведуть домашнє господарство [10, с. 300–301]. Що є наслідком традиційного підходу до сприйняття ролі жінки як «берегині домашнього затишку», а тому вся хатня робота стереотипно вважається суто жіночою справою. Це також може впливати і на нижчу кваліфікацію жінки як працівника на «основній» роботі, оскільки, залишає менше вільного часу на курси підвищення кваліфікації і розвитку себе як професіонала. Але ця проблема виходить далеко за межі правового поля і пов'язана більше зі культурними, сімейними та релігійними традиціями, що притаманні певному суспільству.

З метою подальшої боротьби з дискримінацією МОП навіть переглядає деякі власні конвенції з точки зору їх відповідності сучасній ситуації. Наприклад, Конвенція 1952 року, № 102 Про мінімальні норми у сфері права соціального забезпечення. Оскільки, певні положення даної конвенції утискають права жінок, які часто не можуть мати такий же безперервний стаж роботи, як і чоловіки.

Серед нормативно-правових актів МОП, що спрямовані на боротьбу з дискримінацією можна виділити три напрями регулювання, за допомогою таких норм:

– *заборонні норми* – норми міжнародного трудового права, що забороняють дискримінацію та забезпечують рівні права у сфері праці та соціального захисту жінок та чоловіків;

– *захисні норми* – установлення гендерної охорони праці, тобто захисних норм стосовно жінок (з урахуванням, наприклад, вагітності, або нічних змін, шкідливих та важких умов праці і т. п.);

– *заохочувальні норми* – норми, що передбачають певні преференції для жінок-матерів, шляхом надання заохочень, пільг і т. п.

Таким чином, термін «гендер» виник у суспільних науках для позначання нових стратегій регулювання соціостатевих стосунків. Із часом гендерні підходи розвинулись майже в усіх гуманітарних і соціальних галузях вітчизняних наук, оскільки було необхідно забезпечити рівноправний розподіл соціальних, політичних, економічних можливостей чоловіків і жінок. Провідна роль у цьому відводиться праву як дієвому регулятору еволюції суспільних відносин.

Важливе значення має еволюційність та історичність гендерного розвитку. Це простежується у процесі становлення та удосконалення нормативно-правових актів Міжнародної Організації Праці (МОП), на які, в подальшому, орієнтуються країни-учасниці у внутрішньодержавному законодавстві в сфері трудових відносин. Поточна інтегрована гендерна політика МОП зумовлена вимогами сучасного ринку праці: зростання трудової участі жінок, геополітичні та демографічні зміни, зростання неформального сектору та відсотку дистанційної роботи, інноваційні підходи до тривалості робочого дня і тижня.

Визначним етапом втілення принципів гендерної рівності стало проведення МОП у 2001–2002 рр. першого гендерного аудиту. Головним завданням аудиту стало сприяння ефективному впровадженню комплексного гендерного підходу в політику, структуру та програму діяльності МОП. В Україні організація та порядок проведення гендерного аудиту були визначені лише через 20 років відповідним наказом Міністерством Соціальної політики України.

Все вищезазначене вказує на еволюційність гендерних процесів з метою забезпечення рівноправного розподілу соціальних, політичних, економічних можливостей та ресурсів. Ці зміни у світі настільки суттєві, що задля подальшої боротьби з дискримінацією МОП навіть проводить перегляд деяких власних конвенцій з точки зору їх відповідності сучасній ситуації.

Слід наголосити, що частина питань, які підіймаються у деклараціях МОП, виходять далеко за межі трудового права та навіть за межі правового регулювання, і пов'язані більше зі культурними, сімейними та релігійними традиціями, що притаманні певному суспільству, а також стереотипними уявленнями, щодо ролі чоловіка і жінки у сімейних відносинах. Тим не менш, декларації МОП зазвичай відповідають вимогам часу та вказують на глобальні тенденції гендерної рівності, а тому є орієнтирами, які з часом впроваджують більшість країн-учасниць МОП у внутрішньодержавному праві.

ЛІТЕРАТУРА

1. Європейський правовий вимір гендерно чутливої політики / Оніщенко Н. М., Матвієнко О. В., Береза С. В., Томашевська М. О. Київ : Юридична думка, 2005. 144 с.
2. Оніщенко Н. М., Львова О. Л. Гендерна рівність: крок до розвитку чи моральна криза сучасного суспільства? // Держава і право. Юридичні і політичні науки. 2013. Вип. 62. С. 3–11. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/dip_2013_62_3 (Дата звернення: 20.06.2022).
3. Основи теорії гендеру : навч. посіб. Київ : К. І. С., 2004. 536 с.
4. Чуєшкова О. Становлення терміносистеми ґендерної лінгвістики // *Вісник* Національного університету «Львівська політехніка». Проблеми української термінології. 2016. № 842. С. 161–164. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VNULPUT_2016_842_35 (Дата звернення: 21.06.2022).
5. Методичні рекомендації з інтеграції ґендерних підходів в систему підготовки фахівців для сектору безпеки і оборони України. URL: https://nuou.org.ua/assets/documents/method_recomendations_gender_integration.pdf (Дата звернення: 22.06.2022).
6. International Labour Organization. Member states. Список країн. URL: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/member-states/lang--en/index.htm (Дата звернення: 23.06.2022).
7. Перший гендерний аудит МОП. URL: https://www.ilo.org/public/english/bureau/gender/newsite2002/about/audit.htm (Дата звернення: 23.06.2022).
8. Наказ Міністерства соціальної політики України Про затвердження Методичних рекомендацій щодо проведення гендерного аудиту підприємствами, установами та організаціями, № 448, від 9 серпня 2021 р. URL: https://www.msp.gov.ua/documents/6081.html (Дата звернення: 23.06.2022).
9. Resolution concerning gender equality at the heart of decent work – ILC 2009. URL: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/meetingdocument/wcms_187671.pdf (Дата звернення: 24.06.2022).
10. Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Гендер в законе : монография. М. : Проспект, 2021. 480 с.

УДК 342.7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/3

СПІВВІДНОШЕННЯ РІЗНИХ КОНЦЕПЦІЇ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СПЕЦІАЛЬНИХ СУБ'ЄКТІВ У ЧИННОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ (НА ПРИКЛАДІ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ)

CORRELATION OF DIFFERENT CONCEPTS OF LEGAL RESPONSIBILITY OF SPECIAL SUBJECTS IN THE CURRENT LEGISLATION OF UKRAINE (ON THE EXAMPLE OF MILITARY PERSONNEL)

Григоренко Є.І., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна

Дьякова А.А., старший лаборант кафедри державно-правових дисциплін
Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна

У статті з позицій загального теоретичного аналізу висвітлено співвідношення різних концепції юридичної відповідальності спеціальних суб'єктів у чинному законодавстві України (на прикладі військовослужбовців). Юридична відповідальність розглядається з позиції складного, багатопланового феномену, який досліджується різноманітними юридичними науками.

У зв'язку з тим, що вивчення права та відповідних правових явищ неможливо без дослідження тексту нормативно-правових актів, то у статті було проаналізоване чинне законодавство, у межах якого має місце фіксація відповідальності спеціальних суб'єктів та у першу чергу військовослужбовців як у перспективному (позитивному) ракурсі, так і ретроспективному (негативному).

Акцентовано увагу на тому, що детальне дослідження концепцій юридичної відповідальності, у тому числі й описану в юридичній літературі концепцію перспективної (позитивної) юридичної відповідальності, потрібно для з'ясування її життєздатність стосовно статусу спеціальних суб'єктів, у тому числі й військовослужбовців та суб'єктів військового управління в сучасних умовах розвитку держави та такого її інституту як армія, а також права, у ракурсі регулювання службових правовідносин.

Констатується, що дослідження концепції позитивної юридичної відповідальності та відповідна її оцінка буде сприяти більш повному уявленню про інститут юридичної відповідальності в цілому, але з позицією деяких авторів, що без цього не можна реалізувати ретроспективну юридичну відповідальність погоджуватися не слід. Адже, історія притягнення осіб до ретроспективної юридичної відповідальності свідчить, що така реалізація юридичної відповідальності здійснювалась та досягала відповідного результату, у тому числі й задовго до появи перших ідей розуміння юридичної відповідальності у позитивному ракурсі.

Ключові слова: юридична відповідальність, правових статус спеціальних суб'єктів, юридична відповідальність спеціальних суб'єктів, основні концепції юридичної відповідальності.

In the article, from the standpoint of general theoretical analysis, the correlation of different concepts of legal responsibility of special subjects in the current legislation of Ukraine (on the example of military personnel) is highlighted. Legal responsibility is considered from the standpoint of a complex, multifaceted phenomenon, which is studied by various legal sciences.

In connection with the fact that the study of law and relevant legal phenomena is impossible without researching the text of normative legal acts, the article analyzed the current legislation, within which the responsibility of special subjects and, first of all, military personnel is fixed as a prospective (positive) perspective, as well as retrospective (negative).

Attention is focused on the fact that a detailed study of the concepts of legal responsibility, including the concept of prospective (positive) legal responsibility described in the legal literature, is needed to clarify its viability in relation to the status of special subjects, including military personnel and subjects objects of military administration in the modern conditions of the development of the state and its institution such as the army, as well as law, from the perspective of the regulation of official legal relations.

It is stated that the study of the concept of positive legal responsibility and its appropriate assessment will contribute to a more complete understanding of the institution of legal responsibility as a whole, but one should not agree with the position of some authors that retrospective legal responsibility cannot be implemented without it. After all, the history of bringing people to retrospective legal responsibility shows that such implementation of legal responsibility was carried out and achieved the appropriate result, including long before the first ideas of understanding legal responsibility from a positive perspective appeared.

Key words: legal responsibility, legal status of special subjects, legal responsibility of special subjects, basic concepts of legal responsibility.

Актуальність обраної теми. Юридична відповідальність є складним, багатоплановим феноменом, що досліджується різноманітними юридичними науками, серед яких як загальна теорія права, так й інші юридичні науки та у першу чергу галузевої спрямованості. І хоча наукова розвідка питань юридичної відповідальності не є настільки давньою як науковий пошук деяких інших правових категорій, але можна констатувати, що на сьогоднішній день накопичено достатньо великий масив наукознавчих джерел щодо цієї проблематики.

Метою статті є висвітлення співвідношення різних концепції юридичної відповідальності спеціальних суб'єктів у чинному законодавстві України (на прикладі військовослужбовців).

Виклад основного матеріалу. Юридична наука має певні напрацювання у вирішенні питання: «Що розуміти під поняттям «юридична відповідальність»? У ході розвитку юридичної науки з цього приводу сформувалось три принципово різні підходи до її трактування, а саме: 1) ретроспективний, 2) проспективний (перспективний, позитивний, активний, позитивно-активний, заохочувальний, футурологічний тощо) та 3) двохаспектний, з явним домінуванням ретроспективного підходу [1, с. 74]. У межах аналізу різноманітної юридичної літератури, в якій висвітлюються навіть протилежні підходи до феномену юридичної відповідальності, не можна побачити суттєвої аргументації, яка б в умовах сьогодення належним чином обґрунтовувала необхідність існування позитивної юридичної відповідальності (так само як і двохаспектної юридичної відповідальності). Разом із тим, як справедливо стверджує О. Е. Лейст, вивчення права неможливо без дослідження тексту нормативних актів; безспірно, що в юриспруденції особливо важливо точне співвідношення слів, термінів, формулювань з вираженими ними поняттями; загальновизнано, що уточнення у разі необхідності цих слів, термінів, формулювань, спрямоване на удоско-

налення закону та практики його застосування, – одне із завдань правової науки [2, с. 119].

У зв'язку з цим, нами було проаналізоване чинне законодавство, у межах якого має місце фіксація відповідальності спеціальних суб'єктів та у першу чергу військовослужбовців як у перспективному (позитивному) ракурсі, так і ретроспективному (негативному). Зокрема, у Законі України «Про оборону України» слово відповідальність у перспективному (позитивному) розумінні зустрічається чотири рази. Прикладом такої відповідальності, зокрема, є частина 14 статті 1, в якій зазначено: підрозділ збройних сил іншої держави – військове формування іноземної держави, що має постійну чи тимчасову організацію, належить до сухопутних (наземних), морських, повітряних або спеціальних військ (сил) цієї держави, оснащене легкою зброєю чи важкою бойовою технікою, яка підпадає під дію Договору про звичайні збройні сили в Європі, перебуває під командуванням особи, відповідальної перед своєю державою і законами України за поведінку своїх підлеглих, які зобов'язані дотримуватися внутрішньої дисципліни, законів України, норм міжнародного права, та яке направляється в Україну з конкретною метою, визначеною міжнародним договором України. Проте на тлі цього, вказівки на ретроспективну (негативну) відповідальність у цьому Законі зустрічається тричі. Наприклад, у статті 20 йдеться про те, що посадові особи і громадяни, винні у порушенні законодавства та інших нормативно-правових актів у сфері оборони України, несуть відповідальність згідно із законом.

Серед принципів діяльності Національної гвардії України як військового формування з правоохоронними функціями стаття 3 Закону України «Про Національну гвардію України» називає принцип відповідальності. Безперечно, у цьому випадку йдеться саме про перспективну відповідальність.

Особливо велика кількість згадок про перспективну (позитивну) відповідальність має місце у Статутах Збройних Сил України. Так, зокрема, аналіз Статуту внутрішньої служби Збройних Сил України дозволяє говорити, що у ньому вказівки на відповідальність зустрічаються вісімдесят п'ять разів. При цьому у контексті перспективної (позитивної) юридичної відповідальності сімдесят п'ять разів, а в контексті ретроспективної (негативної) юридичної відповідальності лише десять разів.

Приклад вказівки на ретроспективну відповідальність. Стаття 5 положення Статуту, яка стосується Бойового Прапора військової частини встановлює, що у разі втрати Бойового Прапора командир військової частини і військовослужбовці, що є безпосередніми винуватцями цього, несуть відповідальність згідно із законом. Частина 15 статті 86 встановлює, що начальник служби радіаційного, хімічного, біологічного захисту – начальник служби екологічної безпеки полку зобов'язаний своєчасно виявляти факти порушення природоохоронного законодавства та клопотати про притягнення винних посадових осіб військової частини до відповідальності, встановленої законом. Незважаючи на те, що у наведених правових приписах указується на притягнення до відповідальності взагалі, проте йдеться саме про юридичну відповідальність, хоча з точки зору законодавчої техніки, бажано було б вказувати саме на це.

Серед прикладів указівки на відповідальність у перспективному (позитивному) аспекті можна навести такі. Стаття 8 Статуту, де зазначається, що відповідальність за стан внутрішньої служби у військових частинах покладається на всіх прямих начальників, які повинні подавати допомогу підпорядкованим військовим частинам і підрозділам в організації та забезпеченні виконання вимог внутрішньої служби і систематично перевіряти її стан. У свою чергу, стаття 28 Статуту встановлює, що єдиноначальність є одним із принципів будівництва і керівництва Збройними Силами України і полягає в наділенні командира (начальника) всією повнотою розпорядчої влади стосовно підлеглих і покладенні на нього персональної відповідальності перед державою за всі сторони життя та діяльності військової частини, підрозділу і кожного військовослужбовця. Частина 2 статті 338 Статуту встановлює, що командири чергових сил і засобів повинні докладно знати обстановку, діяти сміливо й рішуче, брати на себе відповідальність за прийняті рішення, забезпечувати виконання бойового завдання. Стаття 2 Положення про порядок складання присяги як додаток № 1 до Статуту (стаття 67), встановлює, що Військова присяга покладає на військовослужбовця всю повноту відповідальності за виконання ним військового обов'язку. Частина 1 статті 76 цього Статуту встановлює, що заступник командира полку (окремого батальйону) з тилу в мирний і воєнний час відповідає за матеріальне й технічне забезпечення підрозділів полку (окремого батальйону) підпорядкованими службами; за підвезення всіх видів матеріальних засобів та за водопостачання; за торговельно-побутове забезпечення особового складу; за утримання казарм та іншого житлового фонду; за бойову та мобілізаційну готовність, бойову підготовку, виховання, військову дисципліну, морально-психологічний стан, додержання правил охорони довкілля і стан пожежної безпеки безпосередньо підпорядкованих йому підрозділів і служб, укомплектування їх озброєнням і технікою тилу; за стан обліку матеріально-технічних засобів підпорядкованих служб.

У свою чергу, у Дисциплінарному статуті Збройних Сил України вказівка на відповідальність здійснюється двадцять два рази. З них у позитивному розумінні чотири рази і вісімнадцять разів у ретроспективному. Як видно у цьому Статуті співвідношення між позитивною і ретроспективною відповідальністю є іншим ніж у Статуті внутрішньої служби Збройних Сил України. Це є зрозумілим, з огляду на те, що Дисциплінарний статут регулює питання притягнення військовослужбовців, що порушили військову дисципліну до дисциплінарної відповідальності, як ретроспективної юридичної відповідальності. Проте він все одно містить положення, які вказують на відповідальність у позитивному ракурсі. Декілька прикладів позитивної відповідальності. Так, у Дисциплінарному статуті Збройних Сил України встановлено (стаття 2), що військова дисципліна ґрунтується на усвідомленні військовослужбовцями свого військового обов'язку, відповідальності за захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, на їх вірності Військовій присязі. Або у частині 2 статті 3 Статуту йдеться про те, що військова дисципліна досягається шляхом: особистої відповідальності кожного військовослужбовця за дотримання Військової присяги, виконання своїх обов'язків, вимог військових статутів.

Приклад позитивної відповідальності зі Статуту гарнізонної та вартової служби Збройних Сил України частина 2 та 3 статті 4 встановлює, що керівництво гарнізонною та вартовою службами в межах оперативного командування здійснює командувач військ оперативного командування, який відповідає за її стан. Відповідальність за стан гарнізонної та вартової служб у підпорядкованих військах (силах) покладається також на всіх прямих начальників. Приклад ретроспективної відповідальності. Частина 2 статті 97 цього Статуту встановлює, що особи, винні у порушенні правил несення вартової служби, несуть дисциплінарну або кримінальну відповідальність. Відповідно до частини 4 статті 195 цього Статуту, перевищення повноважень у застосуванні сили (зброї) має наслідком відповідальність, встановлену законом. Усього ж у цьому Статуті відповідальність згадується п'ятдесят разів, з них у позитивному ракурсі сорок разів, а також у ретроспективному десять разів. Таким співвідношенням він схожий зі Статутом внутрішньої служби Збройних Сил України.

При цьому найбільше згадування про позитивну відповідальність у Статуті гарнізонної та вартової служби Збройних Сил України має місце у контексті характеристики обов'язків та прав тих чи інших посадових осіб гарнізону та військовослужбовців, які залучаються для несення відповідних служб (командувач військ оперативного командування, начальник гарнізону, начальник квартирно-експлуатаційної частини гарнізону, начальник зв'язку гарнізону, начальник варти, розвідний, водій транспортного засобу, вивідний тощо). Такий же підхід здійснено і у Статуті внутрішньої служби Збройних Сил України при характеристиці обов'язків основних посадових осіб полку і його підрозділів (командир полку (корабля 1 і 2 рангу, окремого батальйону), начальник штабу полку, заступник командира полку з виховної роботи, заступник командира полку з озброєння (інжинерно-авіаційної служби), командир дивізіону – начальник протиповітряної оборони полку, командир взводу(групи, башти) тощо.

З огляду на доволі широке використання на законодавчому рівні позитивної відповідальності військовослужбовців, указівки на таку відповідальність зустрічається й у підзаконних нормативно-правових актах. Так, наприклад, відповідно до статті 5 Положення про підготовку і проведення призову громадян України на строкову військову службу та прийняття призовників на військову службу за контрактом, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 21 березня 2002 року, на командувачів (начальників) військ оперативних командувань (територіальних управлінь) покладається відповідальність за стан роботи у військових комісаріатах з питань підготовки громадян до військової служби, проведення приписки громадян до призовних дільниць, організації ведення їх військового обліку, всебічного вивчення особистих якостей призовників тощо.

Згідно зі статтею 6 цього ж положення, військові комісари несуть відповідальність за проведення приписки до призовних дільниць громадян, яким у рік приписки виповнюється 17 років, забезпечення ведення в повному обсязі військового обліку осіб призовного віку, якісної підготовки громадян до військової служби тощо. У свою чергу, відповідно до статті 11 постанови Кабінету Міністрів України від 30 листопада 2000 року № 1770 «Про затвердження положень про допризовну підготовку і про підготовку призовників з військово-технічних спеціальностей», викладачі допризовної підготовки входять до штату навчальних закладів і є відповідальними за підготовку юнаків допризовного віку, облік, зберігання, технічний стан та видачу озброєння, боєприпасів і військового майна, додержання встановлених правил і запобіжних заходів під час проведення занять.

Висновки та пропозиції. Саме тому, вважаємо актуальним та доцільним детальне дослідження всіх основних концепцій юридичної відповідальності, у тому числі й описану в юридичній літературі концепцію перспективної (позитивної) юридичної відповідальності, з'ясування її життєздатність стосовно статусу спеціальних суб'єктів, у тому числі й військовослужбовців та суб'єктів військового управління в сучасних умовах розвитку держави та такого її інституту як армія, а також права, у ракурсі регулювання службових правовідносин. Ми вважаємо, що дослідження концепції позитивної юридичної відповідальності та відповідна її оцінка буде сприяти більш повному уявленню про інститут юридичної відповідальності в цілому, але з позицією деяких авторів, що без цього не можна реалізувати ретроспективну юридичну відповідальність погоджуватися не слід. Адже, історія притягнення осіб до ретроспективної юридичної відповідальності, у тому числі й спеціальних суб'єктів свідчить про те, що така реалізація юридичної відповідальності здійснювалась та досягала відповідного результату, у тому числі й задовго до появи перших ідей розуміння юридичної відповідальності у позитивному ракурсі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про українське право. *Часопис* кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка / За ред. проф. І. Безклубого. – К., 2010. Чис. V. 367 с.
2. Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). Москва : Изд-во МГУ, 1981. 240 с.

УДК 340.1
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/4

ПОНЯТТЯ ТА ОЗНАКИ «М'ЯКОГО ПРАВА»: ЗАГАЛЬНОТЕОРЕТИЧНИЙ КОНТЕКСТ

«SOFT LAW» IN THE SYSTEM OF REGULATION OF SOCIAL RELATIONS: GENERAL THEORETICAL CONTEXT

Гришина Н.В., к. ю. н., доцент,
завідувач кафедри державно-правових дисциплін
Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна

Григоренко Є.І., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри державно-правових дисциплін
Харківський національний університет імені В.Н. Каразіна

У статті з позицій загального теоретичного аналізу висвітлено зміст такого феномену правової дійсності як «м'яке право». «М'яке право» розуміється як система правил поведінки, які закріпленні в документах, що не пов'язані юридично обов'язковою силою як такою, але тим не менш, можуть мати деякі непрямі правові наслідки, які здійснюються і можуть здійснювати практичний вплив на суспільні відносини.

Акцентовано увагу на тому, що концепція «м'якого права» почала формуватися у 70 роках XX століття незважаючи на те, що зазначений правовий феномен піддавався критиці. Причини цього автори статті вбачають у специфіці особливої соціальної природи та еволюції м'якого права, поєднання правового та неправового у його змісті. Розкрито політичну складову змісту «м'якого права». Зауважено, що політичні постулати впливають на політичні результати, формуючи стратегії, які політичні суб'єкти використовують для просування своїх інтересів. Це відбувається через унормування політичних відносин (диспутів, дебатів, взаємодій), які є основою ухвалення політичних рішень. При цьому за допомогою механізму риторичної дії, норми спонукають політичних суб'єктів, зацікавлених у реалізації власних інтересів, адаптувати свою стратегію та прийняти політичні зміни, яким вони зазвичай первинно протистоять.

Підкреслено, що задля динамічного та поступального суспільного розвитку необхідним є комплексний вплив широкого спектру соціальних регуляторів, кожен з яких буде здійснювати свій внесок у питання регламентації тих чи інших аспектів соціального спілкування, маючи свої переваги та недоліки. «М'яке право» на сьогодні довело свою ефективність як базовий модальний регулятор суспільних відносин, на якому можуть базуватися найбільш важливі імперативні нормативні конструкції. На тлі ускладнення суспільних відносин є підстави зауважити, що «м'яке право» надалі буде розвиватися як одна із найбільш ефективних концепцій нормативного регулювання.

Ключові слова: «м'яке право», «тверде право», соціальні відносини, законодавство, правове регулювання, норми права, законодавчий процес, тлумачення права.

From the standpoint of general theoretical analysis, the article highlights the content of such a phenomenon of legal reality as «soft law». «Soft law» is understood as a system of rules of conduct, which are enshrined in documents that are not legally binding as such, but nevertheless may have some indirect legal consequences that are carried out and can have a practical impact on public relations.

Emphasis is placed on the fact that the concept of «soft law» began to take shape in the 70s of the twentieth century, despite the fact that this legal phenomenon has been criticized. The authors of the article see the reasons for this in the specifics of the special social nature and evolution of soft law, the combination of legal and non-legal in its content. The political component of the content of «soft law» is revealed. It is noted that political postulates influence political results by forming strategies that political actors use to promote their interests. This is due to the normalization of political relations (disputes, debates, interactions), which are the basis for political decision-making. At the same time, through the mechanism of rhetorical action, the norms encourage political actors interested in pursuing their own interests to adapt their strategy and accept the political changes that they usually initially oppose.

It is emphasized that the dynamic and progressive social development requires a comprehensive influence of a wide range of social regulators, each of which will contribute to the regulation of certain aspects of social communication, having its advantages and disadvantages. To date, soft law has proven its effectiveness as a basic modal regulator of public relations, on which the most important imperative normative constructions can be based. Against the background of the complexity of public relations, there is reason to note that «soft law» will continue to develop as one of the most effective concepts of regulation.

Key words: «soft law», «hard law», social relations, legislation, legal regulation, rules of law, legislative process, interpretation of law.

Актуальність обраної тематики. Загальна теорія права, що має однією зі складових свого предмету дослідження загальних закономірностей виникнення та функціонування права, завжди у центрі уваги залишала питання сутності права та його ознак, що, не в останню чергу, виводиться крізь призму конкретної концепції праворозуміння. Актуальність сучасної інтерпретації категорії «м'яке право» не викликає сумнівів з огляду на значущість останнього у системі соціальної регуляції.

Метою статті є висвітлення ознак «м'якого права» через з'ясування його змісту та визначення регуляторної дії.

Виклад основного матеріалу. У межах загальної теорії права найбільш узагальнений набір ознак права традиційно зводиться до того, що право є загальнообов'язковим, формальновизначеним, нормативним, системним, гарантованим соціальним явищем. Наведені ознаки існують для того, щоб розуміти специфіку права як особливого соціального регулятора та у тому числі відрізняти його від інших соціальних регуляторів – звичаїв, норм моралі, релігійних, корпоративних норм тощо.

Проте з точки зору предмету нашого дослідження наведені ознаки дозволяють провести своєрідну межу між «м'яким правом» та фактично у такому розумінні його антиподом – правом жорстким (твердим). Зокрема, Джошу Ебботту переконаний у тому, що «м'яке право» краще всього розуміти шляхом його протиставлення праву жорстокому, тобто такому, що має силу закону, застосовується судами та у межах реалізації якого залучені правоохоронні органи [1]. На наше переконання це дозволить краще зрозуміти природу «м'якого права», вказати на його специфічні риси, здатність визначати якість та кількість трансформаційних процесів, що відбуваються у межах національної правової системи.

Фактично можна говорити про те, що добровільний порядок реалізації норм «м'якого права» перекреслює таку традиційну правову ознаку як обов'язковість чи загальнообов'язковість. Проте стосовно цієї ознаки у контексті «м'якого права» не все однозначно. Зокрема, у док-

трині міжнародного права звертається увага на те, що незважаючи на те, що норми «м'якого права» не тягнуть за собою настання для держав чітких прав та обов'язків, але це не перекреслює загальнообов'язковість як ознаку, що притаманна також і "soft law".

Стосовно такої ознаки як загальнообов'язковість у літературі зазначається, що обов'язковий характер норм «м'якого права» забезпечується у першу чергу завдяки широкому визнанню та застосуванню на практиці широким колом правозастосовних органів та передусім судами [2]. Тобто, з одного боку «м'яке право» впливає на правову систему, трансформує її, у тому числі через трансформацію судової системи та судової практики, але з іншого боку судова практика виступає як одна з домінант входження «м'якого права» до орбіти національного правового регулювання, що забезпечує обов'язковість його положень. При цьому у практиці реалізації норм «м'якого права» вочевидь не можна говорити про діяльність системи державно-правового примусу, але мають місце інші засоби та інструменти: соціальний тиск, авторитетний вплив, ризик понесеня репутаційних витрат (Ю. Б. Фогельсон прямо говорить про репутаційну відповідальність [3, с. 47]). Вказана відповідальність не виступає різновидом відповідальності юридичної, але здатна створювати умови щодо виконання норм «м'якого права».

Феліція Максім у статті «Жорстке право проти м'якого права у міжнародному праві» у доктрині міжнародного права термін «жорстке право» належить до міжнародно-правових документів, що мають обов'язкову силу, у той час як термін «м'яке право» включає міжнародно-правові документи, що не мають обов'язкової сили [4, с. 115].

У контексті розуміння забезпечення обов'язковості «м'якого права» за допомогою інституційного механізму, у тому числі й судовими органами, варто вказати на досвід Іспанії. Так, Долорез Утрілла Фернандез-Бермейо зазначає, що важливим елементом оцінки ефективності заходів «м'якого права» у контексті COVID-19 є те, яким чином вони були застосовані судами. Дослідження судових рішень, прийнятих іспанськими судами в період з 1 березня по 31 липня 2020 року, показує, що суди застосовували рекомендації у галузі охорони здоров'я, використовуючи їх як чинник для тлумачення жорстких правових норм. Крім того, іспанські суди, зокрема соціальні суди, застосовували матеріальні норми «жорсткого права» з використанням норм «м'якого права» як критеріїв визначення рівня захисту, який встановлено нормами «жорсткого права», у тому числі й тих, що є конституційними нормами. Також виділяються випадки, коли саме на підставі норм «м'якого права» суди вирішували питання про те, чи було дотримано державними адміністраціями або приватними роботодавцями основні права робітників [5, с. 112]. Отже, жорстке право отримує додатковий імпульс розвитку за допомогою норм «м'якого права», а останнє може спиратися на «жорстке право» для підсилення своєї регулятивних властивостей.

Свій погляд на обов'язковість норм «м'якого права» має і Стивен Дейли. Він вказує на те, що «м'яке право» не є обов'язковим лише у традиційному розумінні класичного права. При цьому таке право є здатним спрямовувати дії тих, кому воно адресовано, та може призводити до певних юридичних наслідків [6]. Оана Стефан вважає, що «м'яке право» як правила поведінки, що не мають обов'язкової юридичної сили, але такі, що мають юридичні та практичні наслідки, поширені у межах юридичної інтеграції [7].

Вітчизняна дослідниця О. В. Кирилюк зауважує, що «м'яке право» не слід розглядати лише як можливий етап на шляху до прийняття юридично обов'язкових актів міжнародного права. Як показує проведений аналіз акти м'якого права здатні заповнити правовий вакуум та стати ефективним засобом міжнародно-правового регулювання у тих сферах, де держави не можуть або не хочуть дійти згоди з окремих питань [8, с. 114].

У свою чергу, формальна визначеність як одна зі змістовних ознак права традиційно розуміється як така його властивість, що передбачає те, що норми права повинні бути оформлені відповідним чином (письмово та документально) і закріплені у статтях нормативно-правових актів, прецедентах тощо, які повинні мати всі необхідні офіційні реквізити. У цьому ракурсі Тереза Фахардо особливо підкреслює те, що загальний термін «м'яке право» охоплює широкий спектр інструментів різної природи та функцій, які дуже ускладнюють його використання у межах однієї формули. Його єдина загальна особливість полягає в тому, що він представлений у письмовій формі, але інші характеристики є мінливими, варіативними та такими, що підлягають обговоренню, і у зв'язку з цим, їх можна розглядати крізь призму «нескінченної різноманітності» [9]. Отже, як зауважує науковець, «м'яке право» має передусім таку характеристику як письмовий характер викладу відповідного матеріалу.

У той же час, характеристики права з точки зору його писемності буде явно недостатньо. З огляду на це, різноманітні джерела права такі як нормативно-правові акти, прецеденти та інші повинні бути відкритими, з ними повинні мати змогу ознайомитися всі зацікавленні суб'єкти. Обов'язковість чіткої фіксації права зумовлена чіткістю права, однозначністю вирішення за його допомогою практичних питань (наприклад, правомірності чи протиправності поведінки суб'єкта, призначення покарання) [10, с. 8]. Щодо інтерпретації цієї ознаки у контексті розуміння «м'якого права», то вона повною мірою знаходить свою реалізацію. Це пов'язано з тим, що «норми «м'якого права» містяться у письмових джерелах та є результатом нормотворчої діяльності державм» [11, с. 27].

Нормативність як конститутивна ознака права, що зумовлюється повторюваністю суспільних відносин та їхньою однотипністю знаходить своє певне відбиття і в межах «м'якого права». Тереза Фахардо зазначає, що стисло «м'яке право» можна сформулювати як сукупність нормативних положень, що містяться в необов'язкових текстах [12]. Разом із тим, наприклад, професор юридичної школи Сорбони Жан-Марк Сорель вважає, що займатися темою «м'якого права» – значить, здавалося б, взяти участь у великій дискусії про форми нормативності у праві. Але все ж таки краще дати відповідь на питання щодо наслідків використання та методів «м'якого права» у контексті глобального управління, у тому числі небезпечних та прихованих [13].

З приводу нормативної цінності «м'якого права» як джерела звичаєвого міжнародного права постає питання у Беннет Харрісон. Даючи на нього відповідь, дослідник зауважує, що недержавні суб'єкти допомагають змінити розуміння багатьох концепцій міжнародного права та тим самим зменшуючи різницю між «жорстким» і «м'яким правом», з одного боку та між державними суб'єктами та недержавними суб'єктами, з іншого боку [14].

У той же час, практика діяльності соціальних судів Іспанії вказує на те, що суди у контексті «м'якого права» не вбачають такої ознаки. Так, вказані судові установи прямо відкинули нормативний характер «м'якого права» COVID-19, вказавши на те, що його дотримання є недостатнім для доказу того, що роботодавець-відповідач надав своїм працівникам належний ступінь захисту. У цих випадках зазначається, що «протоколи, підготовлені Міністерством охорони здоров'я, не мають нормативного характеру, зводяться до простих рекомендацій та/або інструкцій», про що свідчить, зокрема, «той факт, що вони не підлягали офіційному опублікуванню», і що, отже, «дотримання їх аж ніяк не може звільнити робото-

давця від його відповідальності у сфері запобігання професійним ризикам» [15, с. 115].

Дискусія навколо «м'якого права та аргументи спрямовані проти нього і, зокрема, пов'язані з відсутністю у переліку властивих йому ознак нормативності, не може розглядатися з точки зору екстраординарності. Адже, стосовно різних положень «класичного права» доволі часто також поставало питання щодо нормативності. Їх існування зумовлені різним ступенем конкретизації правового регулювання. З цього приводу одразу ж кидається в очі співвідношення нормативності класичних норм права та спеціалізованих. Проте щодо спеціалізованих норм, особливо норм-принципів останнім часом поступово зникають сумніви у їхній нормативності.

Взагалі ж дослідники констатують ще цілу низку характеристик «м'якого права», які іманентно властиві праву та пов'язані з розвитком правової системи. Так, Оана Стефан зазначає, що постійно піддаються аналізу такі ознаки «м'якого права» як законність, прозорість, ясність, легітимність та своєрідна підзвітність [16].

У ракурсі загальнотеоретичного погляду на «м'яке право» варто вказати, що його розглядають переважно з точки зору джерела міжнародного права. Крім того, існує точка зору, у відповідності до якої «м'яке право» можна розглядати як окрему галузь права [17, с. 440]. Проте виникає питання з приводу предмету та методу правового регулювання. Вважаємо, що на сьогодні немає підстав говорити про «м'яке право» як галузь права. Проте з точки зору джерел його можна розглядати, при цьому не обмежуючись міжнародним правом. Разом із тим, ми виходимо з того, що «м'яке право» має свою джерельну базу – відповідні акти, документи, рішення, резолюції, висновки.

Висновки та пропозиції. Соціальний досвід доводить, що для динамічного та поступального суспільного розвитку необхідним є комплексний вплив широкого спектру соціальних регуляторів, кожен з яких буде здійснювати свій внесок у питання регламентації тих чи інших аспектів соціального спілкування, маючи свої переваги та недоліки. «М'яке право» на сьогодні довело свою ефективність як базовий модальний регулятор суспільних відносин, на якому можуть базуватися найбільш важливі імперативні нормативні конструкції. На тлі ускладнення суспільних відносин є підстави зауважити, що «м'яке право» надалі буде розвиватися як одна із найбільш ефективних концепцій нормативного регулювання.

ЛІТЕРАТУРА

1. ASU experts produce special Jurimetrics issue on soft law / ASU News. Режим доступу: https://news.asu.edu/20210429-asu-experts-produce-special-jurimetrics-issue-soft-law
2. Демин А. В. «Мягкое право» в системе социального регулирования: постановка проблемы / Роль международных и внутригосударственных рекомендательных актов в правовой системе России: материалы «круглого стола» с международным участием (Иркутск, 26 апреля 2013 г.). Режим доступу: https://krasn.pravo.ru/store/doc/doc/DyominSoftLAW.pdf
3. Фогельсон Ю. Б. Мягкое право в современном правовом дискурсе / Журнал российского права. – 2013. – № 9. – С. 47.
4. Felicia Maxim Hard law versus soft law in international law Hard law versus soft law in international law / Conferința Internațională de Drept, Studii Europene și Relații Internaționale. VIII/2020. P. 115.
5. Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO Soft Law Governance in Times of Coronavirus in Spain / US National Library of Medicine 2021 Mar; 12 (1): 111–126.
6. Stephen Daly The Rule of (Soft) Law / King's Law Journal. – Volume 32, 2021 – Issue 1 Covid-19: Political Responses and Legal Consequences. Режим доступу: https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09615768.2021.1885326
7. Oana Stefan COVID-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate? / European Papers www.europeanpapers.eu, ISSN 2499-8249. Vol. 5, 2020, No. 1, pp. 663–670. doi: 10.15166/2499-8249/364 (European Forum, 3 June 2020).
8. Кририлюк О. В. М'яке право як нормативна основа глобального інформаційного суспільства / Актуальні проблеми міжнародних відносин. Вип. 125. (частина I). 2015. – С. 114.
9. Teresa Fajardo Soft Law Oxford Bibliographies 02 November 2017. https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0040.xml
10. Основи загальної теорії права : навчальний посібник / Т. Є. Кагановська, Є. І. Григоренко. – Х. : ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2015. – С. 8.
11. Кашлач О. Нормы «мягкого» права: понятие и признаки / Журнал международного права и международных отношений. № 2. 2006. С. 27.
12. Teresa Fajardo Soft Law Oxford Bibliographies 02 November 2017. https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0040.xml
13. Jean-Marc Sorel The Role of Soft Law in Global Governance: Heading Towards Hegemonic Influence? / Revue Européenne du Droit. – https://geopolitique.eu/en/articles/the-role-of-soft-law-in-global-governance-heading-towards-hegemonic-influence/
14. Igbani, Benneth Harrison (2018) In the light of Article 38 (1) (B) of the ICJ's Statute; can normative value be attributed to resolutions of international organizations and soft law instruments as sources of customary international law? / (PhD thesis), Kingston University. https://eprints.kingston.ac.uk/id/eprint/44299/
15. Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO Soft Law Governance in Times of Coronavirus in Spain / US National Library of Medicine 2021 Mar; 12 (1): 111–126.
16. Oana Stefan COVID-19 Soft Law: Voluminous, Effective, Legitimate? / European Papers www.europeanpapers.eu, ISSN 2499-8249. Vol. 5, 2020, No. 1, pp. 663–670. doi: 10.15166/2499-8249/364 (European Forum, 3 June 2020).
17. Черных И. А. Реализация мягкого права в контексте «принципов, касающихся использования ядерных источников энергии в космическом пространстве»: практика российской федерации, США и государств Европейского Союза // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2017. Т. 21. № 3. С. 436–450.

УДК 340.1
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/5

РОЛЬ ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ НА ФОРМУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: РЕАЛІЇ СЬОГОДЕННЯ

THE ROLE OF LEGAL DOCTRINE IN THE FORMATION OF NATIONAL LEGISLATION: THE REALITIES OF TODAY

Клещенко Н.О., к. ю. н.,
науковий співробітник відділу теорії держава і права
Інститут держави і права імені В.М. Корецького
Національної академії наук України

Політичні трансформації, які зараз відбуваються в Україні вимагають оновлення чинного законодавства, яке у свою чергу, потребує доктринального забезпечення та розробки нових концептуальних підходів до системно-структурного вдосконалення правової системи України. Роль правової доктрини також актуалізується у подальшій інтеграції України до Європейського Союзу, адже є основою конвергенції в межах правової системи ЄС.

Під правовою доктриною розуміється сукупність ідей та принципів, що знаходяться у нерозривному взаємозв'язку з юридичною наукою, законодавством і практикою та визначають основоположні засади розвитку правової системи. Описується процес формування правової доктрини який є довготривалим і починається з висунення оригінальних авторських поглядів на певні явища державно-правової дійсності, або з обґрунтування нових підходів до розв'язання актуальних проблем юридичної практики. Наголошується, що правова доктрина є продуктом наукової діяльності, своєрідним підсумком пізнання державно-правової дійсності в конкретний історичний період. Акцентується, що правова доктрина є «вихідним науковим пунктом» на базі якої відображуються основоположні принципи, на яких ґрунтується національне законодавство.

Повномасштабне вторгнення в нашу державу відкрило багато питань, які потребують узагальнень від правової доктрини. Це і конституційно-правові гарантії забезпечення та захисту прав і свобод людини та громадянина в умовах воєнного стану, у тому числі з урахуванням допустимих обмежень політичних та громадянських прав і свобод, розв'язання гуманітарних проблем та механізмів соціального захисту й підтримки українських громадян, що постраждали від російської агресії тощо. Оцінюючи роль правової доктрина на національне законодавство, відмічається її значення при розробці поняттєво-категоріального апарату юридичної науки, а також удосконаленні питань юридичної техніки. Позитивно оцінюється доктринальне обґрунтування проєкту нормативно-правового акта. Звертається увага на важливості правової доктрини у методологічному значенні для правової науки, а також на відображенні доктрини у правотворчому процесі.

Ключові слова: правова доктрина, громадянське суспільство, правова система, інтеграційні процеси, національне законодавство.

The current political transformations in Ukraine require the updating of the current legislation, which in turn requires doctrinal support and the development of new conceptual approaches to the systemic and structural improvement of the legal system of Ukraine. The role of legal doctrine is also relevant in the further integration of Ukraine into the European Union, as it is the basis of convergence within the EU legal system.

Legal doctrine means a set of ideas and principles that are inextricably linked with legal science, law and practice and determine the basic principles of the legal system. The process of formation of legal doctrine is described, which is long-lasting and begins with the promotion of original author's views on certain phenomena of state and legal reality, or with the substantiation of new approaches to solving current problems of legal practice. It is emphasized that legal doctrine is a product of scientific activity, a kind of result of knowledge of state and legal reality in a particular historical period. It is emphasized that legal doctrine is a «starting point of science» on the basis of which the fundamental principles on which national legislation is based are reflected.

A full-scale invasion of our state has opened up many issues that need to be generalized from legal doctrine. These are constitutional and legal guarantees for ensuring and protecting human and civil rights and freedoms in martial law, including taking into account permissible restrictions on political and civil rights and freedoms, resolving humanitarian problems and mechanisms of social protection and support for Ukrainian victims. from Russian aggression, etc. Assessing the role of legal doctrine on national legislation, its importance in the development of the conceptual and categorical apparatus of legal science, as well as improving issues of legal technique. The doctrinal substantiation of the draft normative legal act is positively assessed. Attention is drawn to the importance of legal doctrine in the methodological sense for legal science, as well as on the reflection of doctrine in the law-making process.

Key words: legal doctrine, civil society, legal system, integration processes, national legislation.

Постановка проблеми. Сьогодні Україна, як ніколи, потребує доктринального (наукового) збагачення всього нормативно-правового масиву. І це пов'язано не тільки з подальшим становленням та розвитком національної правової системи, а і з тими політичними трансформаціями що зараз відбувається в Україні.

Дійсно, зміцнення української державності здійснюється в умовах потужного супротиву наших громадян проти російської агресії, підняттям на якісно новий рівень громадянського суспільства та реалізації наміченого курсу щодо інтеграції в ЄС. Реалії перед якими постала Україна, вимагають якісної нормативно-правової бази та розробки нових концептуальних підходів до системно-структурного вдосконалення правової системи України, важливу роль у формуванні якої належить правовій доктрині.

Актуальність вказаної проблеми також обумовлена розвитком євроінтеграційних процесів, що відбуваються на континенті, та в межах яких не лише зближуються національні правові системи, а й формується новий правовий порядок завдяки вдалому поєднанню здобутків різних правових сімей. Правова доктрина є основою конвергенції в межах правової системи ЄС. Крім того вона продовжує бути орієнтиром розробки найважливіших, тобто фундаментальних засад державотворення та формування національної правової системи України [1, с. 52].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання пов'язані з правовою доктриною не є новими у сучасній теорії права. Вони досліджувалася у працях таких вітчизняних і зарубіжних вчених, як С. В. Батуріна, С. В. Бобровник, Г. Дж. Берман, Р. Давід, М. І. Козюбри, С. І. Максимов, М. Є. Мочульська, Н. М. Оніщенко, Н. М. Пархоменко та ін. Однак, реалії сьогодення поставили нові виклики які треба враховувати під час формування національного законодавства, і обґрунтування ролі правової доктрини при цьому набуває актуальності.

Метою статті є визначення та характеристика ролі правової доктрини на формування національного законодавства.

Виклад матеріалу. Для всебічного дослідження проблематики слід розкрити поняття «правова доктрина».

В основу розуміння правової доктрини покладається ідея про її авторитетність, що обумовлено її походженням від наукової діяльності, яка забезпечує пізнання і подальшу дію права шляхом обґрунтування положень, які набувають нормативного, загальнообов'язкового значення. В юридичній літературі правова доктрина має досить неоднозначний характер розуміння, дискусійно розглядається питання її походження, правового статусу та місця в системі форм (джерел), а також її ролі в механізмі правового впливу. Це ускладнює, відповідно, і характеристику доктринальної форми правового впливу, яка заснована на науковій діяльності, відображає самостійний шлях утворення права та визначає зовнішній характер виявлення права у вигляді відповідних його форм [2, с. 21].

Правова доктрина є продуктом наукової діяльності, своєрідним підсумком пізнання державно-правової дійсності в конкретний історичний період. Погоджуємось з С. І. Максимовим у тому, що найбільш концентровано прояв практичної функції юридичної науки, яка полягає у сприянні розвитку і вдосконалення права, проявляється у правовій доктрині як такому феноменові, що максимально ефективно поєднує наукові розробки з практикою створення й застосування права, враховуючи при цьому як контекст правової культури, так і вплив основних чинників розвитку суспільства. Правова доктрина створюється в результаті проведення фундаментальних наукових досліджень, що пов'язані з глибоким і всебічним аналізом сутності державно-правових явищ і процесів, з'ясуванням закономірностей їх виникнення й розвитку. Це є основною причиною її високого авторитету, передумовою для легітимації доктринальних положень у правосвідомості правників і, як наслідок, – сприйняття юридичною практикою. Йдеться про відображені в узагальненій теоретичній формі юридичні знання: категорії і поняття, теорії, концепції, що відбивають закономірності й логіку правової матерії і служать формами вираження змістової частини правової доктрини, яка безпосередньо оформлюється у вигляді наукових праць з питань права – монографій, наукових статей, коментарів законодавства тощо [3, с. 27].

Можна вибудувати певну вертикаль взаємозв'язку доктрини, теорії, науки: вони є якісно різнорівневими поняттями. Безумовно, правова доктрина посідає найвище місце на «юридичному Олімпі», наступну сходинку обіймає теорія, а найнижчу з них – наука. З цього випливає ще один висновок: правовій доктрині притаманні деякі елементи, які не входять до складу ані науки, ані теорії права. І перш за все таким елементом є законодавство, адже саме відповідність законодавства сталій теорії права через певний час стабільності і породжує доктрину [4, с. 307]. При цьому ці категорії є взаємодоповнюючими, адже в їх складі присутні дослідження вчених та посилання на загальновизнані принципи.

Правова доктрина виступає необхідним інтелектуальним підґрунтям професійного юридичного мислення та правосвідомості юристів, чим забезпечується результативне функціонування нормотворчої, правозастосовної, правотлумачної практики. За її допомогою здійснюється перехід вироблених юридичною наукою понять, принципів, конструкцій, без яких неможливе розуміння й ефективне використання правових інститутів, у сферу нормативних настанов свідомості юристів. Це дозволяє правовій доктрині через професійну діяльність останніх активно впливати на всі складники правової системи [3, с. 28].

Процес формування правової доктрини та її складників є тривалим, багатоетапним і починається, як правило, з висунення оригінальних авторських поглядів (ідей, гіпотез) на певні явища державно-правової дійсності або з обґрунтування нових підходів до розв'язання актуальних проблем юридичної практики. У процесі наукової дискусії, яка може тривати роками на сторінках журналів, наукових конференціях, «круглих столах» тощо, наукові ідеї удосконалюються і оформлюються, розробляються ефективні способи та механізми їх впровадження в практику суспільного і державного життя. Це може супроводжуватись появою нового напряму в юридичній науці або формуванням наукової правничої школи. Тому правова доктрина – це не просто сукупність поглядів окремих учених, а до певної міри продукт їх спільної інтелектуальної творчості. У результаті створюється цілісне, концептуально та методологічно, логічно узгоджене вчення (знання) про право, його галузі та інститути, яке певною мірою редуковане до внутрішньо несуперечливого ядра [5, с. 35].

Формування національного законодавства базується на багатьох постулатах, серед основних це дотримання імперативних принципів міжнародного права, зокрема прав і свобод людини і громадянина, гармонізація національного законодавства з європейським тощо. Правова доктрина ж при цьому може бути як «вихідним науковим пунктом» на базі якої будуть відображуватися всі основоположні принципи, на яких ґрунтується національне законодавство. Завдання правової доктрини полягає у вирішенні практичних питань в юридичній сфері.

Слід визнати, що закріплення доктринальних положень на законодавчому рівні (чи відтворення доктринальних положень у змісті інших формальних джерел) хоча і свідчить про визнання практичної цінності правової доктрини на державному рівні, проте не означає набуття нею юридичної сили, загальної обов'язковості, тобто таке визнання не робить її формально-юридичним джерелом права. У цьому випадку фактичним джерелом (формою) права, що використовуватиметься правозастосовними органами, виступатиме закон чи судовий прецедент, а не правова доктрина (доктринальні праці тих чи інших учених як форма її об'єктивізації) [1, с. 55]. Беручи до уваги, що правова доктрина є одним із різновидів джерел права, варто зазначити позицію Н. М. Пархоменко, яка вважає, що «соціальна цінність джерел права полягає в їх корисності для життя та діяльності суспільства, держави, й окремих індивідів» [6, с. 115].

Формування правової доктрини як джерела права характеризується такою специфікою: а) творцями правової доктрини є вчені-правознавці; б) виникнення правової доктрини – це свідомий, вольовий, цілеспрямований процес, не підпорядкований будь-яким процедурним нормам; в) за формою вираження правова доктрина може бути писаною і неписаною; г) процес складання правової доктрини тривалий і залежить від рівня визнання її необхідності суспільством; ґ) правова доктрина проявляється у вигляді принципів і правил, що мають загальний характер; д) властивість формальної обов'язковості правової доктрини зумовлюється одностайністю, єдністю поглядів учених-юристів з якого-небудь питання; е) обов'язковість правової доктрини ґрунтується на її санкціонуванні державою в нормативно-правових актах, судовій практиці та фактичних діях суб'єктів правових відносин, включно з органами та посадовими особами публічної (державної та муніципальної) влади [7, с. 35].

Сьогодення потребує від правової доктрини узагальнень в питаннях конституційно-правових гарантій забезпечення та захисту прав і свобод людини та громадянина в умовах воєнного стану, у тому числі з урахуванням допустимих обмежень політичних та громадянських прав і свобод, розв'язання гуманітарних проблем та механізмів соціального захисту й підтримки українських громадян, що постраждали від російської агресії.

У той же час слід мати на увазі те, що однією з причин кризових явищ у державно-правовому просторі є значна прірва між темпами розвитку наукових досліджень та практикою їх застосування. Неможливо оновлювати правову систему за відсутності цілеспрямованого та послідовного впливу юридичної науки [1, с. 55]. При

цьому правова доктрина сьогодні, є базисною основою для розвитку усієї правової науки завтра.

Оцінюючи роль правової доктрини на формування національного законодавства слід відмітити, що саме правова доктрина виступає підґрунтям при формуванні поняттєво-категоріального апарату усієї правової науки, адже її базисом є фундаментальні наукові дослідження як з теоретичного боку так і з практичного. Також важливе місце вона посідає у питаннях, що стосуються удосконалення юридичної техніки, адже залучення науковців, які всебічно досліджують певну необхідну проблематику, на етапі створення проєкту нормативно-правового акту в рази підвищить його як ефективність так і якість.

І якщо говорити про практичний аспект правової доктрини важливо наголосити на тому, щоб остання перебувала у нерозривному взаємозв'язку з раціональною діяльністю суб'єктів законотворення, адже це є запорукою об'єктивного регулювання суспільних відносин.

Підтримуємо І. В. Семеніхіна, що доктринальне обґрунтування проєкту нормативно-правового акта значною мірою впливає на позицію нормотворчого органу в питанні визначення змісту, своєчасності та доцільності його прийняття [3, с. 33].

Крім того роль правової доктрини можна охарактеризувати через її функції – це основні напрямки її впливу на правотворчу, правозастосовну та правотлумачну практику [8, с. 239]. Можна констатувати, що правова доктрина є багатоаспектною категорією, так як форми її прояву можуть бути різні та залежать від характеру суспільних відносин, в яких вона в тій чи іншій мірі задіяна.

Сьогодні доктрина має важливе методологічне значення для правової науки. Як методологія при слідуванні до ідеї права доктрина встановлює і систематизує всі необхідні досягнення різноманітних систем національного права держав, створюючи тим самим єдину доктрину права [9].

Поділяємо думку Т. І. Тарахонич, що правова доктрина має також галузевий вимір, про що свідчать фундаментальні праці як зарубіжних, так і вітчизняних вчених [8, с. 239]. Галузеві правові доктрини досліджуються власною системою наукового знання і є більш гнучкими по відношенню до зовнішніх чинників (законодавчих змін, вимог практики тощо).

Висновки. Під правовою доктриною можна розуміти сукупність ідей та принципів, що знаходяться у нерозривному взаємозв'язку з юридичною наукою, законодавством і практикою та визначають основоположні засади розвитку правової системи. Правова доктрина може і повинна знаходити відображення в об'єктивній реальності, а саме відбиватися у правотворчому процесі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Шевченко А. Є., Кармаліта М. В. Вплив правової доктрини на правотворчий процес в Україні. *Юридичний вісник.* 2015. № 3 (36). С. 52–57.
2. Копиленко О. Л., Дмитрієв А.І Правова доктрина в механізмі правового впливу: міжнародно-правовий вимір. *Правова доктрина: міжнародний досвід та практична реалізація в Україні :* матер. міжнар. наук.-практ. конф. (Маріуполь, 22 травня 2019 р.). Маріуполь : МДУ, 2019. С. 21–22. URL: http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/6540/Pravova%20doktryna_mizhnarodnyi%20dosvid%20ta%20praktychna%20realizatsiia%20v%20Ukraini_konferentsiia_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y
3. Семеніхін І. В. Правова доктрина: поняття, ознаки, структура. *Проблеми законності*. 2016. № 132. С. 26–36. URL: https://core.ac.uk/download/pdf/233584168.pdf
4. Полянський Є. Ю. Правова доктрина як базисна концепція права: природа, структура, значення. http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?Z21ID=&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=JUU_all&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=IJ=&S21COLORTERMS=1&S21STR=Ж72103. 2015. Т. 17. С. 297–313. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nponyua_2015_17_12
5. Максимов С. І. Правова доктрина: філософсько-правовий підхід. *Право України*. 2013. № 9. С. 43–54.
6. Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія. Київ : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2008. 336 с.
7. Северінова О. Б. Правова доктрина та її застосування в сучасних умовах європейської міждержавної інтеграції. *Правовий часопис Донбасу*. 2019. № 4 (69). С. 32–38. URL: https://ljd.dnuvs.in.ua/wp-content/uploads/2022/01/4-sevєrinova.pdf
8. Тарахонич Т. І. Сутнісна характеристика правової доктрини. *Альманах права.* 2020. № 11. С. 239–245.
9. Трофименко В. А. Правова доктрина – основа формування правової системи країни. *Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого.* Серія: *Філософія права*, політологія, соціологія. 2009. № 2. С. 85–95. URL: https://cyberleninka.ru/article/n/pravova-doktrina-osnova-formuvannya-pravovoyi-sistemi-krayini/viewer

УДК 340.15"12":94(5)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/6

«ВЕЛИКА ЯСА» ЧИНГІСХАНА – ЯК ОСНОВНЕ ДЖЕРЕЛО СТВОРЕННЯ ТА РОЗВИТКУ МОНГОЛЬСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

THE «GREAT YASA» OF GENGHIS KHAN IS THE MAIN SOURCE FORMATION AND DEVELOPMENT OF THE MONGOLIAN LEGAL SYSTEM

Кузуб О.О., студент І курсу факультету прокуратури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Шигаль Д.А., к. ю. н.,
доцент кафедри історії держави і права України і зарубіжних країн
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено дослідженню різних поглядів вітчизняних і зарубіжних вчених щодо історико-правового документу «Велика Яса», що містила в собі імперську ідею самого Чингісхана, яка полягала у бажанні ним створити сильну монгольську державу. За допомогою історичного і системно-структурного методів у вивченні історії держави і права, здійснюється спроба з'ясувати, що є джерелом створення цієї письмової законодавчої пам'ятки, а також робиться акцент на з'ясуванні чинників, що сприяли її виникненню.

Особлива увага, зосереджується на дослідженні змісту самого історико-правового документу «Велика Яса». На підставі якого, формується уявлення про історію держави і права монголів як кочового народу та його соціального побуту, проте це питання, навіть зараз, не є повністю розв'язаним, оскільки первинний текст цього документу повністю не зберігся. Також, в статті розповідається про процеси появи права в суспільстві, організованого в державу, що в даному випадку є монгольське, яке до цього жило окремими кочовими племенами. Інакше кажучи, автор наголошує на тому, що саме поява історико-правового документу «Велика Яса» сприяла розкладу родового устрою.

У висновку, підкреслюється значущість цієї історичної законодавчої пам'ятки не тільки у становленні та подальшому розвитку всієї монгольської правової системи, а у виникненні самої держави монголів, управління в якій, ґрунтувалося на засадах закону, а не на свавіллі верховного правителя, як в східних деспотіях. Наголошується, також, на тому, що «Велика Яса» має важливе правове значення й для сучасної світової правової системи, що полягання в осмисленні питання щодо досконалості сучасних законів. Таким чином, стаття, на прикладі історико-правового документу «Велика Яса», надає змогу краще зрозуміти процеси появи права в суспільстві, організованого в державу.

Ключові слова: «Велика Яса», монгольська правова система, звичаєве право, правовий зміст, правове значення.

The article is devoted to the study of different views of domestic and foreign scholars on the historical and legal document «Great Yasa», which contained the imperial idea of Genghis Khan himself, which was his desire to create a strong Mongol state. With the help of historical and system-structural methods in the study of the history of state and law, an attempt is made to find out what is the source of this written legislative monument, and emphasis is placed on elucidating the factors that contributed to its emergence.

Particular attention is focused on the study of the content of the historical and legal document «Great Yasa». On the basis of this, the idea of the history of the state and the rights of the Mongols as a nomadic people and its social life is formed, but this issue, even now, is not fully resolved, as the original text of this document is not fully preserved. Also, the article describes the processes of emergence of law in society, organized into a state, which in this case is the Mongols, who previously lived as separate nomadic tribes. In other words, the author emphasizes that the appearance of the historical and legal document «Great Yasa» contributed to the disintegration of the tribal system.

In conclusion, the importance of this historical legislative monument is emphasized not only in the formation and further development of the entire Mongolian legal system but in the emergence of the Mongol state itself, whose rule was based on the law and not on the arbitrariness of the supreme ruler. It is also emphasized that the «Great Yasa» has important legal significance for the modern world legal system, which is to understand the question of the perfection of modern laws. Thus, the article, on the example of the historical and legal document «Great Yasa», provides a better understanding of the processes of law in society, organized in the state.

Key words: «Great Yasa», Mongolian legal system, customary law, legal content, legal significance.

Постановка проблеми. Велике значення для юридичних і історичних наук має вивчення джерел створення правової системи країни та впливу звичаїв, які складалися історично і передавалися із покоління в покоління, на управлінську систему і законодавства країни. Тому, виходячи з цього, можна сказати, що вивчення архаїчних регуляторів допоможе нам краще зрозуміти закономірності виникнення та розвитку монгольського права, а також чинники, що сприяли його створенню.

Однак, слід зазначити, що питання родового устрою, права і держави монголів, навіть в наші часи, не є повністю розв'язаним. Це пов'язано з тим, що оригінальний текст документу «Велика Яса» повністю не зберігся. Як зазначає С. Ж. Дугаров, однією з причин цього явища є малочисельність збережених писемних джерел, створених монголами, деякі з яких були знищені в результаті розпаду Монгольської імперії і встановленням влади китайської династії Мін [1, с. 206]. В ті часи вона володіла великим флотом і військом, що дало їй змогу здобути перемогу над монголами. Армія Міна керувалась принципом: «Вбивай, татар, знищуй татарські книги» [2, ст. 11]. Незважаючи на все це, ми можемо відтворити, хоча не повністю, уявлення і знання щодо історичного документу «Велика Яса».

Стан опрацювання. Наукову основу даної статті складають дослідження зарубіжних і вітчизняних вчених з цього питання в галузі теорії та історії держави і права, серед яких слід відмітити праці Ф. Ф. Мухаметова, Г. В. Вернадського, С. Ж. Дугарова, І. Я. Гурлянда, В. В. Бартольді, Б. Я. Владимирцева, В. О. Рязановського та інших. У них існували різні думки щодо історичного документу «Велика Яса», зокрема щодо походження його назви та форми. З цього приводу, Г. В. Вернадський писав, що монгольське слово «яса» означає «поведінку» або «декрет». На його думку, «Велику Ясу» не можна охарактеризувати як звичайне законодавство, оскільки вона була для монголів узагальненою мудрістю засновника імперії Чингісхана, якого вважали богонатхненним Сином Неба [3, с. 38]. В. А. Рязановський, з цього приводу, писав: «Слово Яса означає заборону, статут, закон... Велика Яса представляє письмовий законодавчий пам'ятник, виданий Чінгісханом» [4, с. 34].

Проте, сучасні дослідники дотримуються думки, що «Велику Ясу» не можна вважати систематизова-

ним збірником законів, оскільки він включав ярлики – накази, Білик – повчання, ясак – закони. Незважаючи на те, що існує багато думок з приводу цього питання, кожна з них заслуговує на повагу і має право на існування в науці.

Метою статті є аналіз особливостей правового документу «Велика Яса», дослідження впливу чинників на його появу та взагалі всієї монгольської правової системи, а також визначення джерела створення.

Актуальність даної статті зумовлена інтересом до законодавства кочових племен, а також поповненням знань невідомою інформацією щодо монгольської правової системи, кращого розуміння процесів появи права в суспільстві, організованого в державу.

Виклад основного матеріалу. Слід почати з того, що держава великих монголів формувалась в межах «Великої Яси» Чингізхана – першого інтегрованого кодексу монгольських звичаїв і загальних принципів права. Взагалі, формально його було прийнято в 1206 році на курултаї (з'їзді) монгольських князів біля річки Онона. Проте через відсутність на той час писемності цей кодекс не було зафіксовано юридично у документах, тому він спочатку був представлений в усній формі. Однак з часом положення «Великої Яси» були записані і доповнювались новими законами. Це відбулось в 1218 році перед війною з Хорезмським султанатом, і в 1225 році перед завоюванням Тангутського царства [5, с. 6]. Проте, слід зазначати, що появі імператорського закону «Велика Яса» Чингісхана сприяли як зовнішні, так і внутрішні чинники. До головних внутрішніх можна віднести прихід до влади Темучина у 1204–1205 роках, який завершив процес об'єднання всіх монгольських племен з метою створення єдиної держави, де його було проголошено великим ханом Монголії з титулом Чингісхан, а також початок розвитку феодальних відносин в монгольському суспільстві. Що стосується зовнішніх чинників, то про них ми можемо дізнатися з монгольського літопису «Чіндаманін Еріхе», в якому пишеться: «За вигнанні Алтан-хана китайського та підпорядкування своєї влади більшої частини китайців, тибетців і монголів, Чингісхан, володіючи великим проясненням, так Думав: закони і постанови китайців тверді, тонкі і неперемінні. І при цій думці, запросивши до себе з країни народу великого вчителя і 18 його розумних учнів, Чингісхан доручив їм скласти закони (йосон), з яких виходило б спокій і добробут для всіх його підданих, а особливо книгу законів (хулі-йосоні Білик) для охорони правління його. Коли, після складання, закони ці були переглянуті Чингісханом, то він знайшов їх відповідними своїм думкам і укладачів нагородив титулами і похвалами» [6, с. 89]. З цього можна зрозуміти, що китайська культура мала не тільки великий вплив на появу «Великої Яси», а й взагалі всієї монгольської правової системи. Зокрема, це полягає в тому, що монголи запозичили писемність у переможених найманів і на основі уйгурського алфавіту записали цей спочатку усний звід законів. До зовнішніх чинників можна додати, як вважає Владимирцев Б. Я., ще вплив християнської ідеї Вселенської імперії, яка покоїться на релігійних підставах, і могла бути сприйнята Ясою [7, с. 55].

Потрібно також зазначати, що до появи Монгольської держави і взагалі «Великої Яси» монголи жили племінними об'єднаннями або окремими племенами. Монгольський родовий устрій ґрунтувався на класовому поділі суспільства, тоді вони ще не мали централізованого державного управління і права в звичному розумінні. Правила поведінки виражалися головним чином у формі звичаїв [8, с. 5]. Тому можна сказати, що джерелом для створення «Великої Яси» стало звичаєві норми тюрків-монголів, які незабаром зазнали кодифікації, що, у свою чергу, призвело до появи звичаєвого права. Взагалі, правовий звичай – це історично перша форма існування правових норм, першоджерело права [9, с. 8]. Слід зазначати, що звичай стає правовим тільки тоді, коли з'являється держава і його дотримання забезпечується апаратом державного примусу. Як зазначає Ширижик В. М.: «Звичайне право – найбільш рання форма виникнення права, заснованого на звичаях, що регулює певні суспільні відносини в державі, які розвиваються та санкціоновані уповноваженими органами влади». Також він пише, що звичайне (звичаєве) право є перехідним етапом між звичаєм і законом [10, с. 279]. Тому можна сказати, що звичай є джерелом будь-якого права. Що стосується монгольської правової системи, то для монгольського феодального суспільства було характерне звичаєве (звичайне) право, яке, у свою чергу, сприяло появі «Великої Яси». І. Я. Гурлянд у своєму дослідженні зазначає, що монгольське право в своєму розвитку пройшло певну еволюцію [11, с. 6]. Оскільки основним типом господарства залишався у кочовиків номадний спосіб виробництва, традиційно в усіх законодавчих пам'ятках монголів простежується загальна лінія, але разом з тим з'являються нові норми, які свідчать про певну трансформацію звичаєвого права монгольських народів, викликані впливом як внутрішніх, так і зовнішніх чинників [12, с. 68].

Щодо самої «Великої Яси», то цей звід законів представляв собою сукупність об'єднаних звичаєвих прав. Його створення було закономірним і випливало із потреб суспільного розвитку. Інакше кажучи, як зазначає Ф. Ф. Мухаметов у своєму дослідженні, в «Великій Ясі» було зафіксовано не беззастережне підпорядкування влади, заснованої на насильстві, а гостра необхідність знайти силу для самооборони, жертвуючи навіть при цьому звичною незалежністю і особистою свободою [13, с. 65]. З цих слів можна дійти думки, що для монгольського характеру було характерне самопожертва, енергійність і здатність знаходити вихід зі складної ситуації. Можна також зрозуміти, що монголи дійсно дивилися на «Велику Ясу» як на Євангелію чи Коран [14, с. 79]. Тобто, вона стала опорою для монгольського народу і виконувала роль соціального регулятора, а також ставала програмою подальшого розвитку держави. Проте «Велику Ясу» не можна розглядати як кодекс в сучасному розумінні, оскільки вона не регулювала всіх сфер монгольського життя. Це, скоріш за все було зумовлено тим, що він, в першу чергу, був спрямований на регулювання відносин між монгольським племенами шляхом досягнення компромісу, а, по друге, був спрямований на те, щоб уніфікувати дієві звичаєві норми багатьох монгольських племен. Взагалі, «Велика Яса» складається з двох великих розділів: «Білика» та самої «Яси». «Білик» представляв собою збірник висловів Чингісхана, які могли бути як загального характеру, так із приводу конкретної ситуації. Що стосується самої «Яси» та її правого змісту, то цей звід законів має досить конкретні положення, які стосуються певних сфер, таких, як ханська держава, природа, полювання і видобуток природних копалин в умовах воєнного часу, питання кримінального, адміністративного і цивільного права, розгляд особливостей міжнародних відносин, і в кожному з них дуже чітко визначена міра і ступінь покарання [15, с. 158]. Також, воно містить в собі приписи шлюбно-сімейного права. Зараз спробуємо коротко охарактеризувати кожне з цих положень.

Почнемо з міжнародного права, основне завдання якого полягало в встановленні вселенського світу, що відбувалось шляхом підпорядкування інших народів завдяки міжнародним переговорам або здійсненню нападу. Це чітко простежуються в таких фрагментах: «Коли (монголам) потрібно писати до бунтівників або відправляти до них послів, не треба погрожувати надійністю і безліччю свого війська, але тільки оголосити: якщо ви підкоритеметеся, знайдете доброзичливість і спокій. Якщо станете чинити опір – що ми знаємо? Бог Вселений знає, що з вами буде» [16, с. 70]. З цього також можна зрозуміти,

що кожна нація, що не визнає верховенства Чингізхана, вважалася повсталою. Ще однією важливою особливістю є недоторканість послів, який дуже часто порушувався в ті часи іншими країнами і за це вони змушені були жорстко відплачувати. Хоча й не має цього чіткого положення в існуючій «Великій Ясі», проте більшість вчених вважає, що вона існувала. Їхня думка має право на існування, оскільки це можна зрозуміти з самої історії, наприклад, головною причиною поразки руських князів в 1223 році на річці Калці стало саме те, що вони викликали гнів у монголів внаслідок побиття їхніх послів. Незважаючи на все це, можна відмітити, як зазначає Г. В. Вернадський: «Монгольська держава, на думку своїх творців, не було державою серед інших держав світу, а уявляло себе як світову імперію у процесі становлення» [3, с. 109]. Тобто, інакше кажучи, можна сказати, що міжнародне монгольське право в сучасному розумінні порушує принцип суверенності інших держав.

Що стосується адміністративного права, слід виокремити головні його положення. Верховна влада в країні належала хану. Це твердження ми також знаходимо в праці Джованні Да Плано Карпіні «Історія монголів», що монголам забороняється «давати (царям і знаті) різноманітні барвисті титули, як то роблять інші народи, особливо мусульмани. Тому, хто на троні сидить, один тільки титул личить – Хан або Каган» [17, с. 24]. Також в «Великій Ясі» розповідається про порядок обрання нового керівника країни, згідно з якої «забороняється призначати будь-кого ханом, поки він не буде обраний знатними представниками народу на курултаї» [18, с. 495].

Слід також відзначити армійський статут і статут о полюванні. В статуті о полюванні ми можемо дізнатися про те, що полювання розглядалося Чингісханом як основа для військової підготовки і виховання з молодих років. Це чітко можна простежити в таких фрагментах: «Коли монголи не зайняті війною, вони повинні віддаватися полюванні. І вони повинні навчати своїх синів, як полювати на диких тварин, щоб вони набиралися досвіду в боротьбі з ними і знаходили силу, енергію виносити втому і бути здатними зустрічати ворогів, як вони зустрічають у боротьбі диких звірів, не шкодуючи (себе)» [18, с. 495]. Щодо військового статуту, то можна відмітити, що створення війська було головною ціллю Чингісхана і це не дивно, оскільки це дало змогу створити потужну армію і велику імперію – Золоту Орду. Проте, це все стало можливим завдяки жорсткій дисципліні і суворим законам «Великої Яси». Слід відмітити такі статті, як 7, 15, 17, 18, в яких все чітко простежується. Так, стаття 7-а і 18-а стосувалася озброєння монголів і його важливості. В 7-ій статті йшлося: «На час початку походу кожен воїн повинен отримати зброю з рук начальника, якому він підпорядкований. Він зобов'язаний зберігати її в справності і перед битвою пред'являти на огляд своєму начальникові». В 18-ій розповідалось: «Всі воєводи зобов'язані особисто проводити огляд війська й озброєння до виступу в похід, надавати їм все, з чим воїн здійснює похід, і оглядати все до голки і нитки. Якщо у воїна не знайшлося якої-небудь потрібної речі, начальник повинен покарати його. Озброєння (легке) і обмундирування воїн повинен робити за власний рахунок [6, с. 214]. 15-я і 17-я статті стосувались військової служби монголів. Так у 15-ій статті говорилось, що «кожен чоловік, за рідкісними виключеннями, зобов'язаний службою в армії». 17-я стаття визначала: «Всякий, хто не бере участь особисто у війні, зобов'язаний протягом певного часу попрацювати на користь держави без винагороди»[6, с. 214]. З цих положень можна зрозуміти, що військова повинність мала загальний характер, і у разі ухиляння запроваджувалася так звана «трудова повинність», яку потім використовували і в країнах Європи. Все це робилось з метою, як зазначає Рашид ад-Дін в «Джаміу ат-тавріх»: «Всі темники, тисяцькі і сотники повинні завжди тримати своїх воїнів у повній бойовій готовності. При отриманні наказу про вихід у військовий похід, незалежно від доби, всі воїни повинні були негайно осідлати коней» [19, с. 102–105]. Також слід відмітити статтю 11, що стосувалася віротерпимості, вона мала важливе значення, оскільки монгольська армія складалась з різних національностей, і була спрямована на те, щоб зробити її більш організованою. Це чітко можна простежити в такому фрагменті: «Він ухвалив поважати всі сповідання, не віддаючи переваги жодній» [6, с. 142].

Необхідно також відзначити податкову систему, для якої було характерне те, що деякі групи населення мали так званні тарханні привілеї (імунітет), тобто такі, що були звільнені від сплати податків. Як зазначає Макрізі в своїй праці, такий статус мали священики всіх релігій, лікарі і вчені, оскільки від них очікувалася служба спеціального характеру (духовна або професійна).

Проте, головне місце в «Великій Ясі» займали норми кримінального права, які відзначалися суворою караністю. Частина з яких, включала різні заборони без вказівки на санкції (караність), до таких належали заборона людині брати їжу із рук іншої людини, доки остання сама не скоштує цієї їжі; перешагувати через вогнище, на якому готують їжу, а також через блюдо, з якого їдять; їсти у присутності іншої людини, не запросивши її їсти; прасувати на собі одяг та ін. [20, с. 20]. Взагалі, згідно з «Великою Ясою», злочином вважається те, що підлягає покаранню, внаслідок чого виокремлюють три види злочинів: злочини проти релігії, моральності і встановлених звичаїв; злочини проти життя та інтересів приватних осіб; злочини проти держави і представників влади. До першої категорії належали: перелюбство, цілеспрямована брехня, пригнічення будь-яких церков та духовенств, осквернення символів ритуального характеру (попелу та води), забій худоби невідповідно монгольським звичаям, чаклунство, содомії. Мірою покарання за все це була смерть. Щодо другої – це конокрадство, відведення худоби, злісне банкрутство, різні види самовільного користування чужими земельними угіддями, криницями(майнові злочини), різні види тілесних ушкоджень та заподіяння смерті людини. Серед «майнових злочинів» розрізнялись незначна крадіжка, яка каралась жорстким побиттям винного палками, та «велика крадіжка», що каралась смертю. У разі збитків іншій особі винний був зобов'язаний відшкодувати заподіяні збитки, а в разі неможливості це зробити він підлягав смерті [21, с. 135–136]. До третьої належали: порушення військової дисципліни, зловживання владою з боку військових і цивільних начальників. Також, слід добавити узурпацію (повалення влади), спробу самопроголошення самого себе ханом без установленого порядку виборів на курултаї та подальшого ритуального возведення на трон [21, с. 126]. Що стосується порушення військової дисципліни, то смерті підлягав військовий, який незаконно привласнював добич або залишав місце військової служби. Також «Велика Яса» містить положення, яке забороняло воїну залишати місце його служби. У разі порушення цієї заборони смертю карався не лише зазначений воїн, але і керівник «військової одиниці», який прийняв (приховав) втікача [21, с. 130]. Можна сказати, що кримінальне право в «Великій Ясі» мала конкретний, казуїстичний характер.

В «Ясі» також є положення, які стосуються цивільного, сімейного і комерційного прав. Незважаючи на те, що положення цивільного законодавства дуже мізерні в ній, проте вона містить в собі спадкове право, яке, у свою чергу, спиралась на звичаєві норми. Згідно з ним діти рабинь вважалися закононародженими і мали таке ж право на спадок батька, як діти, що народилися від законних дружин. Поділ спадку відбувався таким чином: старшим дітям діставалась більша частка, ніж молодшим. Наймолодший син залишався жити в будинку батька. Статус дитини встановлювався статусом матері. З декількох дру-

жин та, яка першою вийшла заміж, а іноді та, рід батька якої дуже знаменитий, по праву може називатися головною дружиною в будинку чоловіка [22, с. 271]. Що стосується сімейного права, то з компіляції Петі де ла Круа ми можемо дізнатися про існування закону про шлюб: «Чоловік повинен купувати собі дружину і ніхто не повинен одружитися на дівчині, з якою він у родинних зв'язках першого або другого ступеня, але у всіх інших ступенях шлюб дозволявся... Багатоженство було дозволено, а також використання рабинь в якості наложниць». Також з інших фрагментів ми можемо дізнатися, що «по смерті батька син розпоряджається долею його дружин, за винятком своєї матері, може одружитися з ними або видати їх за іншого» [22, с. 271]. Що стосується самої жінки в сім'ї, то вона займала особливе місце в ній. Зокрема, це чітко ми можемо в самій «Ясі»: «Управління майном сім'ї належить жінкам. Вони купують і продають що і як знайдуть потрібне. Чоловіки займаються охотою і війною і більше ні в що не входять» [22, с. 271].

Незважаючи на те, що «Велика Яса» здебільшого була суворим і жорстким збірником законів, проте він містив в собі так звані етичні декларації: любити один одного; перешкоджати злу і несправедливості; поважати чистих, справедливих і мудрих людей; не надавати значення багатству; засуджувати зраду; бути рівними в праці тощо [23, с. 50]. Це свідчить про їх гуманність і розумність, що вже було характерне навіть для тих часів.

Таким чином, «Велика Яса» мала важливе правове значення для подальшого розвитку монгольської правової системи, що полягало в тому, що саме цей збірник законів став основним джерелом її створення, незважаючи на неповноту положень. Хоча він і був створений на основі звичаєвих норм тюрків-монголів та представляв собою звичаєве право, проте управління держави відбувалося на основі закону, а не на свавіллі верховного правителя, як в східних деспотіях, які вважають себе вищими за нього. Навіть зараз в деяких країнах порушується принцип верховенства права. Закон в імперії Чингісхана був обов'язковим для всіх, починаючи від правителя і закінчуючи простим людом. Що стосується правого значення «Великої Яси», який помилково було б вважати за «кодекс» в сучасному розумінні, то він надає нам змогу замислитися над питанням щодо досконалості сучасної світової правової системи. Проте слід визнати, що цей документ містив в собі важливі закони, що відігравали роль соціального регулятора в суспільстві, організованого в державу. Тому і недарма «Велику Ясу» в якійсь мірі можна вважати письмовою «конституцією», хоча і неформально. Як зазначає Джувейні, закони з яси були написані на паперових свитах, і дійсно називалися «конституцією» [24, с. 17–18]. Слід також відзначити і те, що в «Великій Ясі» чітко простежується імперська ідея, яка полягала в прагненні Чингісханом і його наступників створити потужну монгольську імперію. Можна з впевненістю сказати, що їм вдалося це реалізувати в житті. Вихід монголів на міжнародну воєнно-політичну арену Євразії стало переломним в історії людства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Дугарова С. Ж. Історіографічний огляд джерел «Великої Яси» Чингісхана, Гуманітарний вектор. 2012. № 4 (32). С. 204–211.
2. Мінжин Ц. Їх засаг. Улаанбаатар: Монгол улсин шинжлех ухаани академийн туухийн-хуреелен, 2009. 287 х.
3. Вернадський Г. В. Історія Росії. Монголи та Русь : підручник. Твер : Леан, 1997. С. 480.
4. Рязановський В. А. Велика Яса Чингісхана. Вісті Харбінського юридичного факультету. 1933. Т. 10. С. 34.
5. Вернадський Г. В. Про склад Великої Яси Чингісхана. Дослідження та матеріали з історії Росії та сходу. 1939. Вип. № 1. С. 6–7.
6. Хара-Даван Е. Чингісхан як полководець та його спадщина : підручник. Белград : Видавництво автора, 1929. С. 196.
7. Владимирцев Б. Я. Чингісхан : підручник. Санкт-Петербург : ТОВ «Академ», 1998. 389 с.
8. Гумільов Л. Н. Стародавняя Русь і Великий степ. Підручник. Москва : АСТ, 2015. 752 с.
9. Лісова К. С. Звичаєве право : курс лекцій. Київ : ДП «Видавничий дім «Персонал», 2012. 94 с.
10. Ширижик В. М. Розмежування простого права та звичаю на прикладі кочових народів Центральної Азії в період правління Чингісхана. Гуманітарні, соціально-економічні та суспільні науки. 2015. № 3. С. 270–280.
11. Гурлянд І. Я. Степове законодавство з найдавніших часів до 17-го століття : монографія. Казань : Друкарня Імператорського Казанського університету, 1904. 112 с.
12. Молчанов І. В. Звичай у системі джерел права. Збірник тез Всеросійської науково-теоретичної конференції «Системність у державно-правових явищах та інститутах: теоретичні та історичні проблеми». Єкатеринбург . 2006. С. 68.
13. Мухаметов Ф. Ф. «Яса» Чингісхана та її роль в монгольській правовій системі. *Вісник* Челябінського державного університету. 2006. № 3. С. 64–71.
14. Голубинський Є. Щит чи меч? Вітчизна. 1997. № 3–4. С. 77–84.
15. Рязановський В. А. До питання щодо впливу монгольської культури та монгольського права на російську культуру і право. Питання історії. 1993. № 7. С. 158–166.
16. Груссе Р. Чингісхан: Підкорювач Всесвіту / пер. з перської В. Ф. Мінорскій. Москва : Молода гвардія, 2000. 435 с.
17. Плано Карпіні Дж. Дель Історія монголів : підручник. Москва : Погляд, 1997. 357 с.
18. Маймескулов Л. Н., Тихоненков Д. А. Хрестоматія з історії держави і права зарубіжних країн : підручник, за редакцією Л. Н. Маймескулова. Харків : Право, 2011. 872 с.
19. Владимирцов Б. Я. Суспільний устрій монголів. Монгольський кочовий феодалізм : підручник. Ленінград : Вид-во АН СРСР, 1934. 315 с.
20. Рязановський В. А. Монгольське право (переважно звичайне). Історичний нарис : підручник. Харбін (Китай) : Типогр. Н. Е. Чинарьова, 1931. 352 с.
21. Почекаєв Р. Ю. Право Золотої Орди / за ред. І. М. Міргалєєв. Казань : Вид-во Фен АН РТ, 2009. 260 с.
22. Березін І. М. Нарис внутрішнього устрою улуса Джучиєва. Праці східного відділу Імператорського археологічного товариства. 1868. № 8. С. 85–456.
23. Акунін Б. Частина Азії. Історія Російської держави. Ординський період: підручник. Москва : АСТ, 2014. 393 с.
24. Джувейні. The Tarikh-I – Jahan gusha of Alaud-Din Ata Malik-I – Juwaini … edited by Mirza Muhammad idn Abdul-Wahhab – I – Qazwini. P. 1–2. Leyden – London, 1912–1916. 227 p.

УДК 340.15(4/9)+340.115
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/7

ДО ПИТАННЯ ПРО МЕТОДИ ДОСЛІДЖЕННЯ ТА ВИВЧЕННЯ ІСТОРІЇ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН

ON THE QUESTION OF METHODS OF RESEARCH AND STUDY OF THE HISTORY OF THE STATE AND THE LAW OF FOREIGN COUNTRIES

Попсуєнко Л.О., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри історії держави та права
Національний університет «Одеська юридична академія»

Шершенькова В.А., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри історії держави та права
Національний університет «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних наукових проблем щодо вивчення методів дослідження історії держави і права зарубіжних країн. Важливим елементом плідного вивчення та осягнення історії держави і права зарубіжних країн як науки і навчальної дисципліни є пізнання її методології – інструментарію, за допомогою якого здійснюється будь-яке історико-правове дослідження. Сьогодні серед учених немає цілісного уявлення та єдиного підходу до цієї проблеми. Однак при цьому, спільність поглядів та розумінь вбачається у наступному визначенні. Відштовхуючись від знання про поняття методології, яке відображене в численній кількості досліджень з загальної теорії держави і права, акцентується увага на понятті методології безпосередньо історико-правової науки та дисципліни історії держави і права зарубіжних країн. Як вказується у дослідженні, опираючись на праці відомих правознавців, своєрідним ядром методології, її першосновою є терміно-поняття метод. Спочатку, ще за доби античності, його розглядали як термін, що визначає шлях до чого-небудь, насамперед, до істини. Але з часом він набув більш складного змісту і, по суті, перетворився на поняття.

Методологія історії держави і права зарубіжних країн – це сукупність пізнавальних принципів, прийомів і засобів, що дозволяють виявити зміст знань про еволюцію державно-правових установ та інститутів у різних народів в конкретно-історичний період. Історія держави і права зарубіжних країн як наука і навчальна дисципліна оперує значним арсеналом різних методологічних прийомів і засобів, які умовно можна розділити на декілька груп : філософські; загальнонаукові; міждисциплінарні; спеціальні (спеціально-наукові, спеціально-юридичні).

Таким чином, методологія історико-правової науки включає широке коло прийомів і засобів дослідження, плюралізм яких надає можливість розкрити природу, сутність та зміст історико-правових явищ та феноменів, які відбувалися в історії держави і права зарубіжних країн з найдавніших часів до сьогодення.

Ключові слова: історія держави і права зарубіжних країн, історико-правова наука, методи, методологія, методологія історії держави і права зарубіжних країн.

The article is devoted to one of the current scientific problems in studying the methods of studying the history of the state and the law of foreign countries. An important element of fruitful study and comprehension of the history of the state and the law of foreign countries as a science and academic discipline is the knowledge of its methodology – the tools by which any historical and legal research. Today, scientists do not have a holistic view and a unified approach to this problem. However, the commonality of views and understandings is seen in the following definition. Based on the knowledge of the concept of methodology, which is reflected in numerous studies on the general theory of state and law, emphasis is placed on the concept of methodology directly historical and legal science and the discipline of state history and foreign law. As indicated in the study, based on the work of well-known jurists, a kind of core methodology, its primary is the term-concept method. Initially, in ancient times, it was seen as a term that defines the path to something, especially the truth. But over time, it has become more complex and, in fact, has become a concept.

Methodology of the history of the state and the law of foreign countries – is a set of cognitive principles, techniques and tools to identify the content of knowledge about the evolution of state and legal institutions and institutions of different peoples in a particular historical period. The history of the state and the law of foreign countries as a science and academic discipline operates with a significant arsenal of different methodological techniques and tools, which can be divided into several groups: philosophical; general science; interdisciplinary; special (special-scientific, special-legal).

Thus, the methodology of historical and legal science includes a wide range of techniques and research tools, pluralism which provides an opportunity to reveal the nature, essence and content of historical and legal phenomena and phenomena that have occurred in the history of state and foreign law from ancient times to the present.

Key words: history of the state and law of foreign countries, historical and legal science, methods, methodology, methodology of history of the state and law of foreign countries.

Постановка проблеми. Пошук оптимальної моделі для національної правової системи та державності передбачає глибоке вивчення та критичне осмислення майбутньою юридичною елітою країни історичного минулого, причому не тільки власного досвіду, але й усього державно-правового здобутку цивілізованого людства. Для того, щоби бути на гідному рівні сучасних вимог до юридичної професії, треба мати широкий історичний світогляд, а не тільки знання чинного законодавства.

Важливим елементом плідного вивчення та осягнення історії держави і права зарубіжних країн як науки і навчальної дисципліни є пізнання її методології – інструментарію, за допомогою якого здійснюється будь-яке історико-правове дослідження.

На думку М. Козюбри, «проблеми методології є неминучими для будь-якої науки. І це зрозуміло. Адже плідність наукового пізнання, ступінь і глибина його проникнення в сутність досліджуваних явищ і процесів, а зрештою – приріст наукових знань значною, а часто вирішальною мірою залежать від методологічного інструментарію, який використовують дослідники» [5, с. 3].

Зокрема, «наука історії держави і права, знаходячись на перетинанні предметних сфер історичної і правової науки, набуває значної специфіки, яка передусім проявляється в її методології» [10, с. 179].

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У різні часи дослідженням методології правознавства взагалі, та методів історії держави і права зарубіжних країн зокрема, займалися такі видатні науковці: С. Бостан, М. Козюбра, Ю. Оборотов, Д. Шигаль, Б. Тищик, Г. Трофанчук та ін.

Метою статті є дослідження та осмислення методів історії держави і права зарубіжних країн з урахуванням новітніх тенденції розвитку історико-правової науки та дисципліни.

Виклад основного матеріалу дослідження. Починаючи дослідження зазначеної проблематики і звертаючись до вивчення та пояснення окремих методів, важливо зупинитись на визначенні поняття методології безпосередньо історії держави і права зарубіжних країн. Адже в сучасній науковій та навчальній літературі, в більшості, автори його оминають, одразу приступаючи до питання класифікації методів та принципів історико-правової науки та дисципліни.

Відштовхуючись від знання про поняття методології, яке відображене в численній кількості досліджень з загальної теорії держави і права, акцентуємо увагу на понятті методології безпосередньо історико-правової науки та дисципліни історії держави і права зарубіжних країн.

Як зазначає С. Бостан, «своєрідним ядром методології, її першосновою є терміно-поняття метод. Спочатку, ще за доби античності, його розглядали як термін, що визначає шлях до чого-небудь, насамперед, до істини. Але з часом він набув більш складного змісту і, по суті, перетворився на поняття» [1, с. 18].

Сьогодні серед учених немає цілісного уявлення та єдиного підходу до цієї проблеми. Однак при цьому, спільність поглядів та розумінь вбачається у наступному визначенні.

Методологія історії держави і права зарубіжних країн – це сукупність пізнавальних принципів, прийомів і засобів, що дозволяють виявити зміст знань про еволюцію державно-правових установ та інститутів у різних народів в конкретно-історичний період.

Історія держави і права зарубіжних країн як наука і навчальна дисципліна оперує значним арсеналом різних методологічних прийомів і засобів, які умовно можна розділити на декілька груп : філософські; загальнонаукові; міждисциплінарні; спеціальні (спеціально-наукові, спеціально-юридичні).

Філософські методи представлені, передусім, діалектикою. Діалектичний метод передбачає об'єктивний всебічний і конкретний розгляд державно-правових явищ, виявлення властивих їм зв'язків, наявність у них протилежностей, оцінку державно-правових явищ із якісної та кількісної сторони, виявлення залежності форми державного або правового явища від його сутності.

Складовими діалектичного методу, на думку Н. Крестовської та Л. Матвєєвої, є принципи об'єктивності, всебічності, конкретності, історизму.

Зокрема, опираючись на принцип об'єктивності, дослідник має визнавати державно-правову реальність в її закономірностях і загальних формах, розглядати предмет у відповідному соціокультурному контексті, підходити до досліджуваних явищ конструктивно-критично. Відносно даного принципу, С. Бостан у своєму дослідженні зазначає, що «бути об'єктивним – це, насамперед, означає бути неупередженим при відборі досліджуваних фактів (усіх без винятку) та їх оцінці, незалежно від особистих або суспільних впливів» [1, с. 25].

Застосовуючи принцип всебічності, дослідник має виокремити предмет дослідження, розглянути усі його аспекти і грані, виявити його сутність та зв'язки з іншими предметами виходити з фактів в їх сукупності. Так, аналізуючи прогресивні положення Декларації незалежності США, діалектично мислячий дослідник не може не побачити певну її обмеженість, що проявилася, наприклад, у мовчазному визнанні рабства;

Щодо принципу конкретності – передбачається, що аналіз правового регулювання та правового впливу повинен здійснюватись через його складові, з урахуванням економічних та соціально-політичних умов, які функціонують [8, с. 16]. В історико-правовій науці він проявляється, передусім, у точному визначенні фактів, їх прив'язці до місця та часу; дослідник має враховувати різноманітні умови місця, часу та інші обставини, що зумовлюють та змінюють буття предмета дослідження, виявити специфічний механізм взаємозв'язку загального і одиничного, розглянути предмет дослідження у складі більш широкого цілого, елементом якої він є.

Важливу роль у пізнанні різноманітних аспектів історико-правового дослідження має принцип історизму – один із загальних методологічних принципів наукового пізнання явищ природи, суспільства та мислення [6].

Вивчення предмету дослідження відбувається у розвитку, в якому минулий, сучасний та майбутній його стан є пов'язаними між собою. Для історико-правової науки цей принцип є ключовим. Так, аналізуючи Британську конституційну монархію XVIII століття, ми маємо враховувати, що її устрій був зумовлений двома революціями попереднього століття (звідси, наприклад, спадкування престолу виключно протестантами) і в подальшому став основою для сучасної конституційної монархії (так, і сьогодні продовжують діяти вироблені тоді прецеденти та звичаї). Отже, Британська монархія XVIII століття – це лише етап на довгому шляху розвитку державності англійського народу, вона одночасно була результатом попереднього розвитку та базою для подальших змін. Зокрема, принцип історизму може бути також реалізований через принцип генетичного розгляду державно-правових явищ та процесів конкретного історичного періоду в їх послідовній зміні властивостей та функцій [2, с. 163].

Досить влучно у своєму дослідженні К. Долгорученко, наголошує на принципі науковості, що дозволяє проаналізувати сутність досліджуваного предмету з позицій належного науково-теоретичного рівня, сформувати понятійно-термінологічний апарат, який є загальноприйнятим у науковій теорії історії держави і права [2, с. 163].

Діалектичний метод включає також закони: переходу кількісних змін у якісні, єдності та боротьби протилежностей, заперечення. Так, революції, що поклали початок сучасним європейським державам, стали результатом накопичення протестного потенціалу народних мас (перехід кількісних змін у якісні); у процесі революції оформлялись два протилежні ворогуючі табори (революціонери та контрреволюціонери), конфліктна взаємодія яких, власне і була революцією (єдність та боротьба протилежностей); революція розпочиналась відмовою від дореволюційної форми правління, створювала власну і завершувалась поверненням, на новому рівні, до дореволюційної форми правління (заперечення).

Якщо діалектичний підхід охоплює динаміку розвитку державно-правових явищ, їх зміст й інтелектуальне осмислення лежать в основі іншого підходу – метафізичного. Так, наприклад, завдяки метафізичному підходу можна реконструювати державно-правову картину світу в певний проміжок часу (умовно кажучи, в період виникнення християнства: римське право завойовувало світ слідом за римськими ж легіонами, цивілізований світ перетворювався інституційно на космополітичну імперію, на околицях її діяло власне право, у Ізраїлі та Іудеї старозаповітне і талмудичне, а за межами Римського світу в середовищі так званих варварів вже нуртували процеси державотворення, сформувалися відповідні системи звичаєвого права) [3, с. 33]. Ці два методи виступають у єдності, у певному зв'язку.

До філософських методів історико-правової науки відносять також герменевтичний метод (мистецтво тлумачення історичних текстів) та метод семіотики (мистецтво розпізнавання артефактів, що розглядаються як знаки або система знаків). За допомогою таких методів історико-правові факти можуть бути виявлені бути виявлені у джерелах, які на перший погляд жодного історіографічного сенсу не мають [4].

Загальнонаукові методи історико-правової науки включають аналіз і синтез, сходження від абстрактного до конкретного, логіку.

Аналіз – розчленування предмету дослідження на складові частини та синтез – поєднання окремих сторін предмета в єдине ціле. Так, досліджуючи такий історичний факт, як французька Конституанта 1789–1791 рр., ми аналізуємо її склад, виявляючи різні політико-ідеологічні угруповання, аби потім зробити висновок про переважання у ній прихильників обмеженої монархії (що й зумовило утвердження монархічної форми правління у першій конституції Франції).

Синтез – протилежний аналізу прийом, який представляє собою об'єднання елементів і засобів в єдине ціле. Наприклад, на основі розрізнених формальних ознак права, таких, наприклад, як нормативність, формальна визначеність, загальнообов'язковість і т. д., створюється загальна уява про право.

Сходження від абстрактного до конкретного. Абстракція – це свідоме уявне відволікання від несуттєвих властивостей, зв'язків, відносин предметів і виділення декількох сторін, які цікавлять дослідника. Так, аналізуючи норми Конституції Германської імперії 1871 р., ми абстрагуємось від аналізу галузей германської економіки, від біографій депутатів рейхстагу, які прийняли Конституцію, від тих паперових носіїв, на яких вона була надрукована. Це – цікаві, але в даному випадку несуттєві відомості. Натомість суттєвою є структура Конституції, відсутність у ній положень, що стосуються статусу особистості, способи закріплення панівного становища Пруссії в імперії. Таке відволікання від несуттєвого та акцент на сутнісних ознаках дають можливість зробити висновок про недемократичний характер цього акту.

Логіка – сукупність законів та прийомів правильного мислення. Основними законами логіки є закон тотожності; закон несуперечності; закон виключеного третього; закон достатньої підстави [4].

У дослідженні історії держави і права використовуються основні загальнологічні прийоми пізнання, які ґрунтуються на різноманітних принципах мисленої діяльності людини : індукції і дедукції, аналогії, гіпотези.

Індукція є умовивід, що йде від фактів до узагальнюючого ствердження. Так, оцінивши взаємозв'язки між феодалами у часи раннього феодалізму в різних куточках Західної Європи, ми можемо зробити висновок про наявність ієрархічної системи васалітету-сюзеренітету, що включала права та обов'язки кожного з феодалів, який перебував на певній сходинці васальних ступенів.

Дедукція – умовивід, в якому висновок про деякий елемент безлічі робиться на підставі знання загальних властивостей усієї безлічі. Так, наприклад, знання типових рис східної деспотії дозволяє оцінити систему органів влади та методів управління у Стародавньому Китаї як деспотію.

Аналогія – метод, за допомогою якого досягається знання предметів і явищ на підставі того, що вони мають подібність з іншими. Так, знання процедур переслідування злочинця у західноєвропейських варварських королівствах допомагає повніше розкрити аналогічні процедури, відомі Київській Русі, про які залишилося дуже мало писемних свідоцтв.

Гіпотеза – обґрунтоване припущення. Цей прийом мислення передує будь-якому історико-правовому дослідженню і ґрунтується на попередніх знаннях про об'єкт, який дослідником має вивчатися [4].

Для розуміння цілісності державно-правової історії застосовується системний метод. Він використовується при вивченні складних проблем, що знаходяться у взаємозв'язку одна з одною. Як зазначає Т. Тарахонич у своїй науковій праці, «системний підхід – це такий аспект дослідження, що передбачає аналіз об'єкта як складного, багатогранного, різноякісного явища, що складається із елементів, зв'язки між якими утворюють відносно незмінну структуру і забезпечують його цілісність» [8, с. 18]. Без системного методу неможливим є вивчення політичної організації суспільства, апарату держави, системи правових інститутів, міждержавних правових систем тощо.

Системний метод включає в себе структурно-функціональний, який виходить із того, що державно-правові явища мають свою структуру, яка складається із елементів і кожен із них виконує визначену функцію, а всі разом вони забезпечують життєдіяльність системи в цілому.

Міждисциплінарні методи застосовуються в декілька близьких по предметах дослідження науках. Зокрема, таким для історико-правової науки є культурологічний метод. Такий підхід припускає вивчення права як невід'ємної частини соціального регулювання разом з мораллю, етикою, релігією, а держави – у його взаємодії з іншими соціальними інститутами (громадянське суспільство, політичні партії тощо). Культурний контекст відкриває нові аспекти поведінки людини, його психології, пояснює причини зростання негативних явищ в правовій сфері, розширює підходи не тільки до закону, права, але і до загальної соціокультурної ситуації в суспільстві [9, с. 131]. Особливо виправданий культурологічний метод для вивчення державно-правових інститутів східних цивілізацій, де право зливається з мораллю й релігійною доктриною. У східних суспільствах державна влада заснована на божественному авторитеті, а право закріплює як ідеал поведінки неухильне проходження релігійної традиції. Ця риса характерна для конфуціанської, буддистської, мусульманської, християнської цивілізацій.

Спеціальними науковими методами, притаманними науці історії держави і права (і це цілком логічно) є ті, що об'єднані поняттям історичний : це історико-юридичний, який доповнюється історико-генетичним. Часом його називають просто історичний [3, с. 37].

До спеціальних методів історико-правової науки також відносяться формально-юридичний, конкретно-історичний, порівняльно-історичний методи.

Формально-юридичний метод займає надзвичайно важливе місце серед спеціальних методів. Він передбачає дослідження юридичних фактів і юридичних текстів, їх тлумачення в логічній послідовності з використанням спеціальних юридичних термінів і конструкцій; в центрі уваги цього метода знаходяться як зовнішня форма (структура нормативного акта, його зовнішні реквізити, час видання, суб'єкт правотворчості), так і юридична техніка, логіка викладення, мова викладення правил. Цей метод незамінний при порівняльному аналізі, узагальненні законодавчих актів різних країн та епох.

Конкретно-історичний метод націлює на розгляд державно-правових інститутів як унікальних, неповторних явищ [4].

Порівняльно-історичний метод базується на визнанні певної повторюваності деяких рис в історії права та держави, орієнтує на вивчення їх шляхом зіставлення. Наприклад, республіканська форма правління Афінського полісу порівнюється з Першою республікою у Франції. Порівняльно-історичний метод дозволяє порівнювати аналогічні історичні типи і форми державності, правові системи для встановлення як загальних закономірностей їх розвитку, так і специфічних особливостей [7, с. 15].

При здійсненні аналізу історико-правових явищ широко застосовуються й інші спеціально-наукові методи. Це хронологічний, ретроспективний, статистичний, метод періодизації та ін.

Таким чином, методологія історико-правової науки включає широке коло прийомів і засобів дослідження, плюралізм яких надає можливість розкрити природу, сутність та зміст історико-правових явищ та феноменів, які відбувалися в історії держави і права зарубіжних країн з найдавніших часів до сьогодення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бостан С. К. Методологія правового дослідження: поняття, структура, філософсько-світоглядні засади. *Вісник* Університету імені Альфреда Нобіля. Серія «Право». 2021. № 1 (2). С. 16–27. URL: https://law.duan.edu.ua/images/PDF/2021/1/3.pdf (дата звернення: 21.06.22).

2. Долгорученко К. Історико-правовий підхід у методології дослідження діяльності спецвідділу «Вінета» Міністерства просвіти і пропаганди Райху на окупованих українських територіях. *Юридичний вісник*, 2019. № 4. С. 161–166. URL: http://yurvisnyk.in.ua/v4_2019/25.pdf (дата звернення: 21.06.22).

3. Історія держави і права зарубіжних країн : підручник / О. М. Бандурка, О. М. Головко, І. А. Логвиненко та ін.; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. О. М. Бандурки; 2-ге вид., допов. та змін. Х. : ХНУВС, 2021. 596 с. (дата звернення: 21.06.22).

4. Крестовська Н. М., Матвєєва Л. Г. Теорія держави і права: Елементарний курс. Видання друге. Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. 432 с. URL: http://studies.in.ua/ru/krestovska-nm-teorja-derzhavi-prava.html (дата звернення: 22.06.22).

5. Козюбра М. І. Правознавство, наука, методологія: еволюція підходів до їхніх взаємозв'язків. *Наукові* записки НаУКМА. *Юридичні науки*. 2018. Т. 1. С. 3–8. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2018_1_3 (дата звернення: 22.06.22).

6. Музика І. В. Принцип історизму у царині досліджень вітчизняної соціології права кінця XIX – початку XX століття. С. 239–243. URL: http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/63916/49-Music.pdf?sequence=1 (дата звернення: 22.06.22).

7. Трофанчук Г. І. Історія держави і права зарубіжних країн. Навч. посібник. К. : Юрінком Інтер, 2006. 400 с.

8. Тарахонич Т. І. Методологічні підходи та принципи дослідження правового регулювання. *Часопис* Київського університету права, 2009. № 3. С. 15–19. URL: http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/22603/3-Tarakhonych.pdf?sequence=1 (дата звернення: 22.06.22).

9. Скуріхін С. М. Культурологічні компоненти мотивації права : розділ монографії. Методологія та інноватика загальнотеоретичної юриспруденції : монографія / [Ю. М. Оборотов, А. П. Овчиннікова, В. В. Завальнюк та ін.]; за ред. Ю. М. Оборотова. Одеса : Фенікс, 2019. С. 131–147.

10. Шигаль Д. А. Основні елементи теорії історико-правового порівняльного методу. Х. : Вид-во «Право», 2013. С. 179. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/7167/1/SHigal_179.pdf (дата звернення: 21.06.22).

УДК 348:341:930.1(091)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/8

ЧЕТВЕРТИЙ ЛАТЕРАНСЬКИЙ СОБОР 1215 РОКУ: ТРАДИЦІЇ І НОВАЦІЇ В КАНОНІЧНОМУ ПРАВІ

THE FOURTH LATERAN COUNCIL (1215): TRADITIONS AND NEW EFFORTS IN CANON LAW

Санжаров В.А., к.і.н.,
старший викладач кафедри теоретико-правових дисциплін
Навчально-науковий інститут права Державного податкового університету

Павлюх О.А., к. ю. н.,
старший викладач кафедри теоретико-правових дисциплін
Навчально-науковий інститут права Державного податкового університету

Санжарова Г.Ф., старший викладач кафедри романської філології та порівняльно-типологічного мовознавства
Київський університет імені Бориса Грінченка

Стаття присвячена дослідженню організаційних засад, законодавчого та правничого підґрунтя, суспільного запиту і реалізації завдань з реформи тогочасної церкви, структури і юридичного наповнення соборних постанов (конституцій) та визначення ролі Четвертого Латеранського Собору і його організатора, папи Інокентія III (1198–1216), для розвитку канонічного права.

Авторами констатовано, що Собор ознаменував кульмінацію законодавчої та правової еволюції, яка тривала з Першого Латеранського Собору, поєднуючи запозичення із «ius antiquum» з сучасним соборним і декретальним правом. З'ясовано, що велика кількість соборних постанов (конституцій) стосується різних аспектів функціонування системи канонічних судів. Висловлено думку, що протягом XII століття була сформована загальноєвропейська система церковної юрисдикції і виникла потреба у внормуванні технічних аспектів юридичної процедури. Відзначено, що Собор започаткував кардинальні зміни як в церковному, так і в світському судочинстві: після соборної заборони поступово зникають випробування (вогнем і водою) та ордалії як метод доказування в судовому процесі. Серед найбільш вагомих нововведень в церковне законодавство – початок розробки скороченої судової процедури «ордо инквізіціоніс», поширення практики проведення генеральних капітулів на всі релігійні ордени, зміни в шлюбному законодавстві, врегулювання практики призначень та виборів на церковні бенефіції. Обґрунтовано, що Четвертий Латеранський Собор за організаційним (більш представницький, більш масштабний) і законодавчим складниками перевершив попередні зібрання. Автори доходять висновку, що законодавчі приписи Собору допомогли організаційному формуванню пізнішої середньовічної церкви та вдосконаленню системи канонічного судочинства до Тридентського собору і надалі. Четвертий Латеранський Собор, найважливіший з п'яти Латеранських Соборів, є також більш цікавим для історика канонічного права, ніж будь-який з інших загальноцерковних Соборів Середньовіччя.

Ключові слова: канонічне право, Середні віки, соборне законодавство, Четвертий Латеранський Собор, Інокентій III, XIII століття.

The article is devoted to the study of organizational principles, legislative and legal basis, public demand and implementation of tasks on the reform of the church of that time, structure and legal content of conciliar decrees (constitutions) and defining the role of the Fourth Lateran Council and its organizer, Pope Innocent III (1198–1216), development of canon law. The authors state that the Council marked the culmination of legislative and legal evolution, which continued from the First Lateran Council, combining borrowings from the "ius antiquum" with the then conciliar and decree law. It has been found that a large number of conciliar decrees (constitutions) concern various aspects of the functioning of the system of canonical courts. It is believed that during the 12th century a European system of ecclesiastical jurisdiction was formed and there was a need to standardize the technical aspects of legal procedure. It is noted that the Council initiated radical changes in both ecclesiastical and secular justice: after the prohibition of the Council, trials (by fire and water) and ordalii as a method of proving in court are gradually disappearing. Among the most important innovations in church law – the beginning of the shortened judicial procedure "ordo inquisitionis", the spread of the practice of holding general chapters to all religious orders, changes in marriage law, regulating the practice of appointments and elections to church benefices. It is substantiated that the Fourth Lateran Council surpassed previous meetings in organizational (more representative, larger) and legislative components. The authors conclude that the legislative provisions of the Council helped the organizational formation of the later medieval church and the improvement of the system of canonical justice in the Council of Trent and beyond. The Fourth Lateran Council, the most important of the five Lateran Councils, is also more interesting to the historian of canon law than any of the other universal councils of the Middle Ages.

Key words: Canon Law, Middle Ages, Conciliar Legislation, Fourth Lateran Council, Innocent III, 13th Century.

Актуальність. Кожен з перших трьох Латеранських соборів означав кінець розколу в Церкві та/або вирішення папсько-імперських суперечок [1, с. 50, 52, 53]. Наслідком було значне зростання юридичної та судової ролі папства. Четвертий Латеранський Собор ознаменував кульмінацію кар'єри, адміністративної та законотворчої діяльності папи Інокентія III (1198–1216), одного з найвизначніших та найуспішніших пап Середньовіччя, і представляв його рішучість забезпечити ефективні механізми реформування Церкви. У той же час він ознаменував кульмінацію законодавчої та правової еволюції, що тривала від Першого Латеранського Собору, поєднуючи запозичення з «ius antiquum» з сучасним соборним і декретальним правом. Середньовічні церковні Собори мали неабиякий суспільний авторитет. Визначеність та ясність формулювань соборних конституцій, швидкість, з якою нове законодавство поширювалося по всьому латинському християнству, забезпечили його місце як в історії Церкви, так і в історії канонічного права. Разом з тим проблеми відносин та принципів співіснування християнського світу з мусульманством, «євреями» та «греками», доцільності «нововведень» в канонічну традицію, реформування організаційної структури Церкви, приведення канонічного права у відповідність з новими історичними реаліями є актуальними і вимагають переосмислення досвіду минулого з їх вирішення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вивчення історії церковних Соборів і соборного законодавства має давні традиції [2, т. 5.2; 3]. Тим не менш, повне наукове критичне видання конституцій[1] Четвертого Латеран-

[1] Примітка. Термін «конституція» в статті використовується в значенні «постанова [церковного] Собору» (синоніми «декрет», «канон»). «К.» – скорочене позначення для конституцій Четвертого Латеранського Собору.

ського Собору було здійснено Антоніо Гарсіа і Гарсіа лише в 1981 р. [4, с. 1–172]. Воно базується на 20 найдавніших рукописах. Загалом рукописна традиція Латеранських конституцій складається з 66 рукописів, відомо про 14 втрачених [4, с. 18–32, 125–135]. Коментуючи близькі паралелі між формулюваннями деяких конституцій і попередніми творами чи декреталіями папи Інокентія III, А. Гарсіа і Гарсіа констатував, що наразі науковий консенсус полягає в тому, що соборні конституції були розроблені самим Інокентієм III [4, с. 5–10; 5, т. 2, с. 67, 132–135; 6, с. 343–344, п. 132]. Видання доповнене апаратами глос до конституцій Четвертого Латеранського Собора Іогана Тевтоніка, Вінценція Іспанського і Дамаса Угорського [4, с. 175–270, 273–384, 385–458]. Постать Лотаря деі Конті ді Сеньі (папи Інокентія III) і в останні десятиліття залишається в центрі дослідницької уваги [7, с. 3–62; 8]. В монографії «Історія середньовічного канонічного права в класичний період 1140–1234» законодавству Четвертого Латеранського Собору присвячені статті А. Гарсіа і Гарсіа та Анни Дагген [6, с. 318–378]. В жовтні 2015 р. в Римі відбулася конференція, присвячена 800-річчю Четвертого Латеранського Собору, своє бачення проблематики і перспектив подальших досліджень представили відомі історики права Йоган Хелмрат, Кеннет Пеннінгтон, Вернер Малечек, Томас Прюгл, Стефан Буркхардт, Давід д'Авре, Катрін Венсан, Ніколь Беріу, Джан Лука Потеста та інші [9]. Сучасні підходи до проблематики [10], можливі напрямки подальших розробок демонструє ряд колективних монографій, виданих в 2018 р. Історики хрестових походів відмітилися роботою «Четвертий Латеранський Собор і хрестоносний рух: значення Собору 1215 р. для Латинського християнства і Сходу» (15 статей) [11]. «Єврейсько-мусульманскій» складовій діяльності і законодавства Собору присвячена окрема робота (12 статей) [12]. Суто правнича проблематика представлена в монографії «Четвертий Латеранський Собор і розвиток канонічного права та 'ius commune'» під редакцією Атрії Ларсон і Андреа Массіроні [13]. Розгляду окремих конституцій Собору присвячені статті Т. Ізбіцкі (к. 4), С. Шеніга (к. 5), Ф. Делівре (к. 23–34), Ж. Констебля (к. 12, 57–61), В. П'єрджованні (к. 2–3), А. Моріна (к. 50), Е. Перона (к. 62, 66), П. Александровича (к. 56), Л. Корпоровича (к. 39–41), А. Массіроні (к. 41), Д. Кьоді (к. 8). В «Кембріджській історії Середньовічного канонічного права» статтю одного з редакторів Андерса Вінрота присвячено розвитку канонічного права протягом XII–XIII століть, а третій розділ роботи «доктрина і суспільство» містить статті В. Мюллера, Ш. де Мірамона, А. Мейера, Е. Маковскі, Т. Ізбіцкі, Т. Вецстайна, С. Макдугал, Л. Кері, Е. Петерса, Ф. Рассела, Р. Гринвуда, П. Кларка, які аналізують окремі сегменти соборного законодавства [14, с. 96–107, 323–583].

Метою нашого дослідження є аналіз організаційних засад, законодавчого та правничого підґрунтя, суспільного запиту і реалізації завдань з реформи тогочасної церкви, структури і юридичного наповнення соборних постанов (конституцій) та визначення ролі Четвертого Латеранського Собору і його організатора папи Інокентія III (1198–1216) для розвитку канонічного права.

Виклад основного матеріалу. Період після Третього Латеранського собору був часом серйозних труднощів для тогочасного християнського світу. Латинське королівство було майже розгромлене в 1187 р. (битва при Хаттіні). Третій хрестовий похід відвернув катастрофу, але не відновив християнський контроль над святими місцями в Єрусалимі. Четвертий хрестовий похід перевів увагу і зусилля християн на Зару (сучасний Задар, Хорватія) і Константинопіль. В Тулузі та Північній Італії утвердилася катарська єресь. Критика церковних інституцій поширювалася. Папа Інокентій III (1198–1216) визнав, що необхідна комплексна програма реформ, щоб відповісти на виклики, сформульовані як неортодоксальними, так і ортодоксальними критиками [2, т. 5.2, с. 1233–1316; 3, с. 227–244; 7, с. 245–253, 271–303].

Ідея скликання Собору виникла практично з моменту, коли Інокентій зійшов на папський престол [4, с. 169–186; 7, с. 3–24]. Оскільки головною метою Собору були заявлені реформи, Інокентій III наказав у кожній церковній провінції провести загальне розслідування зловживань, які вимагали апостольського виправлення, і подати до Собору письмові звіти. Папа розширив членство Собору, включивши настоятелів і генеральні капітули Сіто і Премонтре, великих магістрів тамплієрів і госпітальєрів (Орденів Храму і Госпіталю), а також представників соборних і колегіальних церков, королів, принців і вільних міст. Таким чином, Четвертий Латеранський собор був найбільшим і найрепрезентативнішим серед середньовічних соборів на той час [15, с. 361–383]. Для окремих осіб або груп священнослужителів була можливість висловити власні погляди як до засідання Собору, так і під час перерв між його трьома офіційними сесіями. Не зважаючи на майже одностайну впевненість фахівців в авторстві соборних конституцій Інокентія III, він, по-перше, зробив це в контексті широких консультацій і оприлюднив їх на Соборі, який представляв всю Церкву [6, с. 344]. По-друге, паралелі для багатьох соборних декретів можна знайти в законодавстві місцевих церковних синодів: в Лондоні (Вестмінстері) в 1200 р., в Парижі і Авіньйоні в 1209 р., в Парижі в 1212 р., в Монпельє і Руані в 1214 р. тощо [5, т. 2, с. 135–141; 6, с. 344, п. 134].

Скликаний буллою «Vineam Domini Sabaoth» від 10 квітня 1213 р. [7, с. 72–73], Четвертий Латеранський Собор відкрився в Римі 11 листопада і тривав до 30 листопада 1215 р. [2, с. 1316–1398; 3, с. 342–386]. У ньому взяли участь близько чотирьохсот єпископів і вісімсот абатів, пріорів і представників колегіальних церков [2; т. 5.2, с. 1722–1733; 3, с. 391–395; 6, с. 341, п. 123]. Окрім Римської, було представлено не менше вісімдесяти церковних провінцій, включаючи латинських прелатів із Візантії та Святої Землі. Було 17 прелатів з Константинопольського патріархату, чотири з Єрусалимського, один з Антіохійського та один мароніт [3, с. 391–392; 6, с. 343, п. 129].

Джерела законодавства Собору включали 24 запозичення з «Decretum» Граціана [16], 11 – з «Compilatio prima», 3 – з «Compilatio secunda», 14 – з «Compilatio tertia», 4 – з Першого, 6 – з Другого і щонайменше 12 – з Третього Латеранських Соборів, а також 28 – з власних декретів Інокентія III [17, с. 96; 6, с. 341, п. 124; 7, с. 35–49].

На останній урочистій сесії Собору (30 листопада 1215 р.) папською та соборною владою було оприлюднено сімдесят одну конституцію, що охоплють широкий спектр богословських, правових та дисциплінарних питань [4, с. 1–118; 2, т. 5.2, с. 1316–1398; 3, с. 342–386]. Порядок, у якому розташовані конституції, не дуже систематичний. це класичний поділ на п'ять книг, який каноністи використовували до 1215 р. Поділ ввів у канонічні збірки Бернард Павійський (віршем: «iudex, iudicia, clerus, connubia, crimen»).

Перші конституції стосувались центральних положень християнської доктрини (к. 1) [9, с. 57–78; 8, с. 133–168], засудження єретичних учень та їх світських прихильників (к. 2) [8, с. 217–250]. Привілеї для борців з єресями були дорівняні хрестоносним. Єпископи, які не виконали свого обов'язку протистояти єресі та єретикам, підлягали усуненню (к. 3). «Грекам», які поверталися до послуху Апостольському Престолу, було дозволено зберігати свої звичаї та обряди, натомість заборонялось перехрещувати хрещених «латинянами» (к. 4). Собор підтримує намагання папи запровадити принцип «ut sit unum ovile et unus pastor» («одне стадо й один пастух») [13, с. 79–88; 9, с. 111–123].

Наступні конституції розглядали питання церковного порядку і дисципліни. Було проголошено ієрархічний

порядок патріархатів: Рим, Константинопіль, Александрія, Антіохія та Єрусалим (к. 5) [18, с. 153–180]. Наслідуючи Третьому Латеранському собору, Інокентій намагався не просто засудити зловживання, а й створити механізми та структури, які б продовжили реформи після Собору. Вводилися регулярні відвідування для розслідування поведінки священнослужителів, а також щорічні провінційні та діоцезальні синоди (к. 6). Прописувалися повноваження єпископів по дотриманню порядку серед кліру (к. 7, 8). Санкціонувалось призначення спеціального духовенства для надання душпастирської опіки для населення різних обрядів і мов (к. 9). Конституції 10 і 11 стосувалися проповідників і вчителів. Цистерціанська практика генеральних капітулів поширювалась на всі релігійні ордени; щорічні збори по провінціям або регіонам були замінені зборами раз на три роки. Генеральні капітули мали виконувати функції подібні до функцій провінційних та діоцезальних синодів, з повноваженнями «відвідувати та виправляти» (к. 12). Заборонялось створення нових релігійних орденів (к. 13) [9, с. 275–288]. Подальші соборні постанови регламентували клерікальне життя (к. 14), забороняли пияцтво та обжерливість, полювати чи ловити птицю, мати собак чи птахів для ловлі (к. 15), практикувати справи світського характеру, грати в азартні ігри чи в кості і бути присутніми на таких іграх, носити розкішний одяг з зайвими прикрасами (к. 16), а прелатам уникати непотрібних бенкетів і регулярно та належним чином відвідувати служби (к. 17) [8, с. 389–404; 14, с. 396–403].

Конституція «Sententiam sanguinis» (к. 18) відновила давню заборону на участь висвяченого духовенства у «вироках крові»: «жоден священник не може виносити смертний вирок, виконувати такий вирок чи бути присутнім при його виконанні». Священнослужителям заборонялось: 1) писати чи диктувати листи, призначені для виконання смертних вироків; 2) виступати суддею у справі лицарів, аршерів (лучників) чи інших людей, відданих пролиттю крові; 3) виконувати ту частину вироку, яка включає спалювання та відрубування («жоден іподиякон, диякон чи священник не повинні»); 4) благословляти випробування гарячою та холодною водою чи залізом. Була підтверджена неприпустимість судових поєдинків. Заборона приймати участь в судових випробуваннях була надзвичайно важливим рішенням, оскільки започаткувала важливі зміни і в світському судочинстві також, – випробування як метод доказування в судовому процесі поступово зникають [14, с. 495–510].

Сегмент соборного законодавства відносно релігійного культу частково повторює наративи тогочасних реформаторів, щодо належного утримання церков («церкви не сховища для домашнього майна священнослужителів») (к. 19), збереження миро та Євхаристії (к. 20), регулярного відвідування хворих та помираючих священиками (к. 22). Конституція «Omnis utriusque sexus» наказувала усім християнам сповідатися в гріхах перед священиком і приймати Євхаристію принаймні раз на рік, на Великдень. Таємниці сповіді не можна розкривати (к. 21) [14, с. 404–420].

Розділ про призначення та вибори на бенефіції (к. 23–34) також можна розглядати як посилення та роз'яснення чинного церковного законодавства [13, с. 111–146]. Кафедральні та звичайні церкви не повинні залишатися вакантними більше трьох місяців (час на проведення виборів), після цього терміну право призначення переходить до наступного церковного ієрарха (к. 23) [13, с. 89–110; 19, с. 73–98]. Визначені три форми проведення виборів, голосування за довіреністю заборонено (к. 24). Обрання за допомогою світської влади ipso jure є недійсним; ті, хто їх приймають, мають бути відсторонені на три роки від бенефіціїв (к. 25). Ті, хто підтверджує призначення негідних кандидатів на церковні посади, караються втратою прав і доходів (к. 26). Священники мають бути належним чином підготовлені («краще мати кілька добрих служителів, ніж багато нікчемних, бо якщо сліпий веде сліпого, обидва впадуть у яму») (к. 27). Були оновлені приписи III Латеранського Собору: 1) заборона накопичення бенефіціїв із опікуванням душами («cura animarum»), призначення мають здійснюватися протягом шести місяців, у разі відсутності право призначення переходить до наступного настоятеля (к. 29); 2) припис прелатам призначати відповідних осіб, під страхом втрати права на призначення (к. 30); 3) синів каноніків, особливо бастардів, не встановлювати в тих же церквах, що й їхні батьки (к. 31); 4) патронам парафіяльних церков призначати священникам і їх вікаріям (намісникам) достатні доходи (к. 32); 5) прокурації не можна отримувати без відвідування (к. 33); 6) прелати не повинні обтяжувати своїх підданих надмірними вимогами (к. 34) [14, с. 368–395].

Включення до соборних постанов великої кількості конституцій, що стосуються різних аспектів функціонування системи канонічних судів, є свідченням правової революції, яка відбулася з часів «Декрету» Граціана. Виникла загальноєвропейська система канонічної юрисдикції, і багато питань практики та процедури потребували авторитетного визначення. Конституції 35–48 розглядають технічні аспекти юридичної процедури [9, с. 17–55; 14, с. 327–342]. Підсудні до завершення розгляду справи не повинні без поважних причин подавати скаргу у вищу інстанцію (к. 35). Судді можуть виносити та скасовувати проміжні вироки по ходу розгляду справи (к. 36). Заборонялися виклики до судді, який знаходився на відстані більше ніж два дні їзди від діоцеза обвинуваченого (к. 37). Повний письмовий запис усіх розглядів повинен зберігатися в церковних судах (к. 38). Пограбованому потрібно допомогти отримати відшкодування навіть в разі зміни власника (к. 39). Якщо позивачу щось передано у тимчасове володіння внаслідок контумації (неявки в суд) протилежної сторони, а відповідач за допомогою насильства або обману зберігає це у фактичному володінні протягом року, позивач повинен через рік бути визнаним справжнім власником. Миряни не можуть бути призначені арбітрами з духовних питань (к. 40). Судові приписи дійсні лише якщо вони зроблені сумлінно (к. 41) [13, с. 235–280]. Духовенство не може в майбутньому розширювати свою юрисдикцію під приводом церковної свободи на шкоду світському правосуддю (нехай сторони «задовольняються законами та звичаями, які досі схвалені, щоб те, що належить кесарю, було віддано кесареві, а те, що є Божим, могло бути віддано Богу справедливим поділом») (к. 42). Четвертий Латеранський Собор постановив: 1) священнослужителі не повинні з примусу приносити присягу на вірність мирянам (князям) за світські володіння (к. 43); 2) піддавати церковному осуду захвати володінь/власності і узурпацію духовної юрисдикції мирянами («навіть якщо вони побожні») (к. 44); 3) патрон, який убив чи покалічив клірика «per se» або «per alios», буде позбавлений прав патронату (к. 45); 4) клірики не повинні примушуватись платити податки магістратами міст під страхом відлучення (к. 46). Собор повторив і розширив попередні постанови щодо відлучення від церкви [14, с. 550–570]: його слід накладати лише після попередження в присутності відповідних свідків і з явної та розумної причини (к. 47, 48); екскомунікації не накладаються і не скасовуються за плату (к. 49).

В конституції «Non debet reprehensibile» (к. 50) папа Інокентій III офіційно скасував попередні шлюбні обмеження і зменшив заборонені ступені кровного споріднення та спорідненості до чотирьох [13, с. 169–186]. Собор засудив підпільні шлюби, оголосив дітей від таких союзів незаконними, і наказав проголошувати намічені шлюби заздалегідь, щоб будь-які законні заперечення можна було заявити напередодні церемонії (к. 51). Було визначено, що свідчення з чуток неприпустимі у шлюбних справах (к. 52) [9, с. 137–142; 14, с. 453–474].

Предметом суперечок був обов'язок християн сплачувати десятину. Собор засудив тих, чию власність обробляли інші (нехристияни), щоб уникнути десятини (к. 53); наголосив, що сплата десятини має пріоритет перед усіма іншими податками та зборами (к. 54); наказав цистерціанцям та іншим привілейованим орденам сплачувати десятину з усіх земель, придбаних ними в майбутньому, незалежно від того, чи будуть вони оброблятися ними самими чи ні (к. 55); заборонив як білому, так і чорному духовенству укладати будь-які угоди, які б позбавили парафіяльного священника його законної десятини (к. 56) [14, с. 345–367].

Напруга між чернецтвом (релігійними орденами) і єпископською владою була такою ж старою, як і саме чернецтво. У серії з п'яти конституцій (к. 57–61) Інокентій III намагався стати посередником між двома сторонами, визнаючи дійсними вимоги кожної. Конституція «Ut privilegia» дала точні вказівки щодо тлумачення привілею відправляти богослужіння під час інтердикту («раз на рік»), яким користувалися деякі ордени (к. 57); привілей було поширено на єпископів (к. 58). Собор встановив, що монах не може брати під заставу або позичати гроші без дозволу настоятеля і більшої частини капітулу (к. 59). Абатам заборонялось користуватися правами, які належали єпископам, наприклад, розглядати шлюбні справи, накладати публічні покаяння, видавати індульгенції (к. 60). Окремо були повторені попередні заборони чернецтву одержувати десятину від мирян (к. 61) [13, с. 147–159].

Відносно симонії IV Латеранський Собор повторив традиційні вимоги: не стягувати збори за висвячення єпископів, благословення абатів або посвяту кліриків (к. 63); не вимагати плату за вступ до релігійного життя з монахів та черниць (к. 64); єпископи не можуть вимагати подарунків для встановлення священнослужителів або дозволу входу до релігійного життя (к. 65); таїнства мають здійснюватися вільно; поховання безкоштовне; але клірики можуть приймати звичайні пожертви (к. 66). Конституція «Cum ex eo» (к. 62) мала запобігти торгівлі «священними речами» через обмеження використання мощей святих і надмірного надання індульгенцій. Старі мощі святих заборонялось пропонувати на продаж; нові мощі не можна було вшановувати без схвалення папи; запитувачі милостині повинні мати письмовий дозвіл від Апостольського Престолу або єпископа [9, с. 143–162; 14, с. 437–450]. Єпископські індульгенції не можуть перевищувати одного року з нагоди освячення церкви та сорока днів у річницю освячення.

Собор законодавчо закріпив обмеження на стосунки між християнами та нехристиянами. Євреї не можуть стягувати здирницькі відсотки (к. 67). Євреї та мусульмани повинні носити особливий одяг і не висміювати християнські церемонії (к. 68). Євреї не можуть обіймати державні посади (к. 69). Євреї, навернені до християнства, не можуть повернутися до колишніх обрядів (к. 70) [7, с. 187–204; 9, с. 243–254; 12, с. 97–111].

Останнім заходом Собору (к. 71) був заклик до хрестового походу, який мав відбутися наступного року (з 1 червня 1216 р.) [9, с. 255–273; 14, с. 537–549]. Собор запропонував: 1) хрестоносні індульгенції тим, хто сприяв цьому, 2) церковний захист тим, хто особисто брав участь, 3) трирічний податок в розмірі однієї двадцятої церковних доходів на всіх священнослужителів (папа та кардинали сплачували десятину) [11, с. 13–58].

Усі конституції Четвертого Латеранського Собору перейшли до «Compilatio quarta», за винятком к. 42 та к. 71, і в «Liber extra», за винятком к. 42, к. 49 та частини к. 71. Конституції (за винятком 11, 22, 31, 43, 55, 67–71) цитувалися в примітках до 228 канонів «Codex iuris canonici» 1917 р. [4, с. 494].

Під час підсумкової сесії Собору (30 листопада) були розглянуті ключові тогочасні політичні проблеми (спадкоємність імперії, повстання проти короля Іоанна в Англії та заселення графства Тулуза після хрестового походу проти альбігойців) і сформована офіційна позиція Церкви: Оттон IV був остаточно скинутий на користь Фрідріха Гогенштауфена, обрання якого королем Германії та імператором Священної Римської імперії було офіційно підтверджено; було оновлено відлучення баронів, які повстали проти короля Іоанна Англійського; граф Раймонд VI Тулузький був скинутий за змову в єресі, а замість нього був призначений Симон де Монфор [3, с. 258–272, 406].

Висновки. Головним досягненням Четвертого Латеранського Собору була 71 конституція – єдиний найбільш істотний збірник законодавства, запропонований середньовічними папами і каноністами для реформи Церкви і суспільства того часу. Проблема співвідношення традицій і новацій прямою мовою соборної постанови: «не можна вважати осудом, якщо людські статути іноді змінюються зі зміною часу, особливо коли цього вимагають нагальна необхідність або спільні інтереси, оскільки сам Бог змінив у Новому Заповіті деякі речі, які Він постановив у Старому» (к. 50). Четвертий Латеранський Собор, найважливіший з п'яти Латеранських Соборів, також є більш цікавим для історика канонічного права, ніж будь-який з інших загально-церковних Соборів Середньовіччя. Серед найбільш вагомих нововведень в церковне законодавство внормування технічних аспектів юридичної процедури, заборона участі кліриків в винесенні і виконанні смертних вироків, відмова від випробувань і ордалій як методу доказування в судовому процесі, початок розробки скороченої процедури розгляду справ («ордо инквізіціоніс»), поширення практики проведення генеральних капітулів на всі релігійні ордени, зміни в шлюбному законодавстві. Жоден соборний текст середньовіччя не зробив такого впливу на каноністів, як Латеранські конституції 1215 р. Вказівкою на це є кількість і якість коментарів, які стосуються цих конституцій – як безпосередньо (коментарі до соборної версії конституцій), так і непрямим чином (коли тексти були включені до «Compilatio quarta» або до «Liber extra» папи Григорія IX).

ЛІТЕРАТУРА

1. Павлюх О. А., Санжаров В. А., Бінюк Н. М. Значення соборного законодавства для реформи Церкви та розвитку канонічного права в XII столітті: Латеранські Собори 1123, 1139, 1179 років. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2022. № 4. С. 50–54. DOI: htps: //doi.org/ 10.32782/2524-0374/2022-4/10

2. Hefele C.-J. Histoire des conciles d'après les documents originaux / trans. H. Leclerq. Paris : Letouzey, 1913. T. V. P. 2. 931 p.

3. Foreville R. Latran I, II, III et Latran IV. Paris : Ed. de l'Orante, 1965. 445 p.

4. Constitutiones concilii quarti Lateranensis una cum commentariis glossatorum / a cura di A. García y García. Città del Vaticano: Biblioteca apostolica vaticana, 1981. XI, 518 p.

5. García y García A. Iglesia, sociedad y derecho. Salamanca : Publicaciones Universidad Pontificia, 1987. Vol. 2.

6. The history of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140–1234 / ed. W. Hartmann, K. Pennington. Washington : The Catholic University of America Press, 2008. 442 p.

7. Pope Innocent III and His World / ed. J. C. Moore. Aldershot : Routledge, 1999. 416 p.

8. Innocent III and his Time. From Absolute Papal Monarchy to the Fourth Lateran Council / ed. P. Blanco Díez, L. M. García y Lozano, R. Tijeras Bonillo. Guadalupe, 2017. 604 p.

9. The Fourth Lateran Council: Institutional Reform and Spiritual Renewal / ed. G. Melville, J. Helmrath. Affalterbach, 2017. 346 p.

10. Wayno J. M. Rethinking the Fourth Lateran Council of 1215. *Speculum*. 2018. Vol. 93, no. 3. P. 611–637. DOI: http://dx.doi.org/10.1086/698122

11. The Fourth Lateran Council and the Crusade Movement: the Impact of the Council of 1215 on Latin Christendom and the East / ed. J. L. Bird, D. J. Smith. Turnhout: Brepols, 2018. 319 p.

12. Jews and Muslims under the Fourth Lateran Council: Papers Commemorating the Octocentenary of the Fourth Lateran Council (1215) / ed. M. T. Champagne, I. M. Resnick. Turnhout : Brepols, 2018. 222 p.

13. The Fourth Lateran Council and the Development of Canon Law and the 'Ius Commune' / ed. A. Larson, A. Massironi. Turnhout : Brepols, 2018. 305 p.

14. The Cambridge History of Medieval Canon Law / ed. A. Winroth, J. C. Wei. Cambridge University Press, 2022. 618 p. DOI: https://doi.org/10.1017/97811 39177221

15. Pennington K. Representation in Medieval Canon Law. *The Jurist*. 2004. Vol. 64. P. 361–383.

16. Санжаров В. А. Оформлення системи церковного права в Західній Європі у XII столітті. Декрет Граціана. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2021. Вип. 6 (41). С. 18–21. DOI: https: //doi.org/10.32837/pyuv.v0i6(41).959

17. García y García A. La Biblia en el concilio 4 lateranense de 1215. *AHC*. 1986. Vol. 18. P. 91–102.

18. Schmidt H.-J. A New Concept of Monastic Organization: The General Chapters and the Fourth Lateran Council (1215). *Journal of medieval monastic studies*. 2018. Vol. 7. P. 153–180. DOI: http://dx.doi.org/10.1484/j.jmms.5.116568

19. Larson A. A. Archiepiscopal and Papal Involvement in Episcopal Elections: The Origins and Reception of Lateran IV cc. 23–24 from the Third Lateran Council to the Liber Sextus. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung.* 2016. Bd. 102, no. 1. S. 73–98. DOI: http://dx.doi.org/ 10.26498/zrgka-2016-0106

УДК 321.01
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/9

ПРАВОВА ПРИРОДА ПОЛІТИЧНИХ РЕЖИМІВ

LEGAL NATURE OF POLITICAL REGIMES

Соколова І.О., к. ю. н.,
асистент кафедри теорії і філософії права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Івоніченко Д.В., студентка І курсу факультету прокуратури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Федоренко А.В., студентка І курсу факультету прокуратури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті розглядається правова природа політичної системи, а також динаміка її функціонування – політичний режим. Автором наводяться різні підходи до визначення політичного режиму: «вузький» та «широкий», правовий та соціологічний, зіставляються поняття «політичний режим» та «політична система». Співвідносяться різні точки зору на елементи та ознаки, властиві політичному режиму. Але головна увага автора зосереджена безпосередньо на правовій природі політичних режимів.

Автором здійснено аналіз ознак, що характерні режиму як загальній категорії на різних етапах суспільного розвитку, і на основі цього визначено зміст поняття «режим». Завдяки вказаному досліджено змістові характеристики та поняття «політичного режиму».

Політичний режим – одне з тих соціальних явищ, які представляють інтерес для теоретичного та практичного вивчення, адже проблематика його функціонування займає одне з центральних місць у загальній теорії права та в галузевих юридичних науках. Водночас, досі не вщухають суперечки серед юристів, політологів та філософів по питанням політичних процесів у світі, пов'язаних саме зі здійсненням політичної влади, яка спирається на існуючий політичний режим. Багато подій минулих десятиліть пов'язані саме з функціонуванням політичного режиму, із системою владних відносин, способами та методами проведення внутрішньої та зовнішньої політики. Питання політичного режиму, особливо його правової природи, одержало нині широке поширення і визнання у науці і практиці, проте залишається дискусійним і не до кінця вивченим.

Політичний режим, який розглядається як складова частина, або як окремий вид політичної системи, схильний до дії всієї сукупності системних закономірностей, виявлених світовою наукою в останнє століття. Незважаючи на те, що як об'єкт їх появи спочатку розглядалися системи фізичні або біологічні, з другої половини XX ст. закони системології все активніше застосовуються до соціальних і політичних систем. Стверджується, що перманентна криза політичної системи визначає характер еволюції політичного режиму.

Ключові слова: режим, політичний режим, поняття політичного режиму, політична система, співвідношення політичного режиму та політичної системи, класифікація та типологія політичних режимів, правова природа політичного режиму.

The article considers the legal nature of the political system, as well as the dynamics of its functioning – the political regime. The author presents different approaches to the definition of political regime: «narrow» and «broad», legal and sociological, compares the concepts of «political regime» and «political system». Different points of view on the elements and features inherent in the political regime are correlated. But the author's main focus is directly on the legal nature of political regimes.

The author analyzes the features that characterize the regime as a general category at different stages of social development, and on this basis determined the meaning of «regime». Due to this, the semantic characteristics and concepts of «political regime» are studied.

Political regime is one of those social phenomena that are of interest for theoretical and practical study, because the issue of its functioning is one of the central places in the general theory of law and in the branch of legal sciences. At the same time, the controversy among lawyers, political scientists and philosophers over the political processes in the world related to the exercise of political power, which is based on the current political regime, continues. Many events of the past decades are connected with the functioning of the political regime, with the system of power relations, ways and methods of conducting domestic and foreign policy. The issue of political regime, especially its legal nature, has now become widespread and recognized in science and practice, but remains controversial and not fully understood.

Political regime, which is considered as an integral part, or as a separate type of political system, is subject to the action of the whole set of systemic laws identified by world science in the last century. Despite the fact that the object of their appearance was originally considered physical or biological systems, from the second half of XX century. the laws of systemology are increasingly applied to social and political systems. It is argued that the permanent crisis of the political system determines the nature of the evolution of the political regime.

Key words: regime, political regime, concept of political regime, political system, relations of political regime and political system, classification and typology of political regimes, legal nature of political regime.

Постановка проблеми. Поняття «політичний режим» ось уже багато років привертає до себе увагу різних наук, адже на даному етапі розвитку суспільства вчені-правознавці та політологи прагнуть розробити нове та більш прогресивне бачення цього поняття. Політичний режим є соціально-значущим і необхідним елементом форми держави, що впливає не тільки на теорію, але і на практику.

Більшість юристів і політологів при розгляді даного питання найчастіше звертають увагу виключно на поняття «режим», оскільки воно ширше, ніж визначення «політичний режим». Зміст поняття охоплює всі можливі види режимів, при цьому складаючи внутрішню характеристику різних суспільних явищ.

У даний час політична наука потребує створення фундаментальних теорій, що формують цілісне уявлення про принципи та методи побудови політичної системи.

Приводом для суперечок у наукових юридичних працях стало питання ототожнення понять «державний режим» та «політичний режим».

Вказана ситуація викликана існуванням різних думок вчених щодо правової природи політичних режимів, яка потребує ґрунтовного вивчення.

Актуальність цієї теми полягає у тому, що політичний режим – це частина життя будь-якого громадянина. Громадянин є частиною країни, а в деяких країнах і частиною політичного життя. Сама актуальність дослідження визначає і цілі роботи.

Аналіз досліджень і публікацій. Водночас, незважаючи на те, що в цілому, політичний режим є досить дослідженою категорією в юридичній науці. Так, політичний режим був предметом дослідження у працях таких науковців як Л. Даймонд, Е. Гутман, Ф. Шміттер, Д. Дзоло, Г. О'Доннел, Ж. Блондель, Г. Голосов, Т. Каро-

зерс, С. Левітські, Л. Вей, О. Скакун, С. Шевчук, Н. Данилюк, Б. Ісаєв, Г. Шипунов тощо. Проте питання щодо безпосередньо правової природи політичних режимів не було предметом окремого розгляду науковців, і тому відповідно потребує опрацювання та подальших наукових розвідок.

Формулювання цілей. Мета статті полягає у комплексному дослідженні правової природи політичного режиму.

Виклад основного матеріалу. Дослідження правової природи якого-небудь явища надає можливість визначити його дійсний зміст, а також місце в системі подібних правових явищ, а саме чи є воно самостійним або похідним, який механізм необхідно застосувати для його вдосконалення.

Загалом, правова природа являє собою сукупність особливостей певного явища, які відображають його сутність та роблять можливим його відмежування від подібних правових явищ. Загалом, встановлення правової природи передбачає ґрунтовне дослідження певного явища, починаючи від його походження і до аналізу його змісту в умовах сьогодення [1, с. 109].

Для розуміння сутнісних компонентів правової природи політичних режимів необхідно, перш за все, визначитися зі змістом поняття «політичний режим». Воно походить від фр. regime – управління; лат. regimen – напрям, метод правління та з'явилося у політичній науці в XIX ст., але широке застосування одержало у 50-х роках.

Поняття «режим» трактується як державний устрій, метод правління, спосіб функціонування владного порядку, сукупність засобів і методів здійснення економічної і політичної влади панівного класу [2, с. 40].

Професор гренобльського і паризького Інститутів політичних наук Жан-Луї Кермонн визначає режим як «сукупність елементів ідеологічного, інституційного і соціологічного порядку, що сприяє формуванню політичної влади в даній країні в певний період» [3, с. 12].

Юрій Ірхін додає в суть режиму динаміку взаємовідносини держави з іншими політичними компонентами і громадянським суспільством [4, с. 325].

Веніамін Чиркін пропонує визначати режим як «сукупність форм та методів здійснення державної влади» [2, с. 41; 5, с. 191].

У свою чергу поняття «політичний режим» у політології трактується також неоднозначно. Існують три основні підходи до трактування даної категорії – конституційно-правовий (юридичний, політико-правовий тощо), соціологічний та системний.

Суть конституційно-правового підходу полягає в тому, що в основі виділення різних форм політичного режиму лежать особливості устрою державної влади, які закріплені у різних законодавчих актах держави, насамперед, у його Конституції, тобто поняття «політичний режим» найбільш схоже з поняттям «форма правління». Цей підхід був характерний для французької політичної думки і протримався до другої половини XX століття.

Соціологічний підхід розглядає політичний режим ширше, з погляду всіх соціальних спільностей, а не тільки гілок влади. Відповідно до цього підходу, на особливості тієї чи іншої форми політичного режиму впливають не тільки ті владні повноваження організаційні структури, а й будь-які соціальні підстави функціонування влади, такі як соціокультурні традиції, відносини між правлячою елітою та опозицією, особисті якості політичних лідерів та представників еліти, національні. особливості прийняття політичних рішень тощо [6, с. 132].

Початок цього підходу було покладено М. Дюверже, який вважав, що політичний режим – це «сукупність політичних інституцій, що діють у цій країні в даний момент» [7, с. 335].

У межах цього підходу є низка різних позицій. Зокрема, французький вчений Ж.-Л. Кермонн стверджує, що під політичним режимом розуміється сукупність елементів ідеологічного, інституційного та соціологічного порядку, що сприяють формуванню політичної влади даної країни на певний період [3, с. 12; 8, с. 165].

Такої ж позиції дотримується ряд російських дослідників. Радянсько-російські вчені Ф. Бурлацький і А. Галкін вважають, що специфіка режимів лежить у сфері соціальної природи політичної влади, оскільки залежить від багатьох факторів: «які угруповання панівного класу знаходяться у керівництва державою; яким методам панування та управління віддається перевага...; які партії або партійні коаліції виступають як керівна сила; чи допускається і в яких межах діяльність інститутів соціальної боротьби і тиску, зокрема опозиційних, революційних партій, профспілок та інших форм об'єднань трудящих; яке становище особи в державі тощо» [9, с. 35–36].

Прихильники системного підходу в політичній науці термін «політичний режим» найчастіше ототожнюють з поняттям «політична система». Зокрема, американський політолог Е. Хейвуд пише: «Політична система, або режим, виступає ширшим поняттям, що охоплює не тільки механізми влади та інститути держави, але також структури та процеси, через які держава взаємодіє з суспільством» [10, с. 29].

У цій іпостасі політичний режим постає як сукупність всіх відносин між політичною владою та суспільством. Даній позиції протистоїть ще одна точка зору, яка, розрізняючи поняття «політичний режим» та «політична система», надає «режиму» більш вузьке значення, ніж «системі». Наприклад, за визначенням американських політологів Дж. Барнса, М. Картера і М. Скідмора: «Режим є специфічний період дії політичної влади, що здійснюється в рамках політичної системи» [11, с. 204].

Основна частина російських політологів також досить чітко розмежовує категорію «політичний режим» від категорії «політична система».

Так, на думку А. Соловйова, політичний режим, будучи «найважливішою характеристикою політичної системи», є «більш рухливіше і динамічніше явище, ніж система влади» [12, с. 239–240].

А. П. Циганков ж, погоджуючись з подібними думками і стверджуючи, що політичний режим – «це свого роду життя, «дух» політичної системи, її впорядкована динаміка», все ж таки приходить до думки, що він (режим) «дуже близький до політичної системі змістовно, що у ряді випадків дозволяє розглядати дані поняття як взаємозамінні» [13, с. 18].

Політичний режим можна визначити не лише змістовно, а й структурно, через набір певних елементів чи ознак, що виражають його суть. Ж.-Л. Кермонн виділяє чотири такі елементи: принцип легітимності, який включає способи та прийоми переконання громадян у правомірності влади; структуру інститутів, під якою розуміються політичні інститути в соціологічному трактуванні, тобто як норми та правила виборів, формування уряду, прийняття рішень тощо; партійну систему; форму та роль держави [3, с. 12–13; 14, с. 89–90].

Більше розгорнуту систему ознак режиму дали Е. В. Макаренков та В. І. Сушков, а саме:

– наявність політичних партій, їх внутрішній устрій та принципи взаємовідносин у партійній системі;
– співвідношення управління та самоврядування, роль місцевих органів влади у політичному процесі;
– місце та роль армії, поліції, спецслужб у політичному житті товариства;
– міра поділу влади на законодавчу, виконавчу та судову;
– становище особи у суспільстві, стан її права і свободи;
– міра залучення громадян у політику та управління суспільними процесами;
– рівень гласності у роботі органів влади, їх відкритості для контролю та впливу з боку громадської думки;

– наявність можливостей вираження та реалізації різних інтересів, контролю громадянського суспільства за діяльністю держави;

– спосіб формування державних органів, процедури відбору правлячих груп та політичних лідерів;

– характер відносин з опозицією, методи вирішення конфліктних ситуацій [14, с. 89–91; 15, с. 108].

Отже, під політичним режимом слід розуміти характерний для певного періоду розвитку конкретного суспільства політичний клімат, який сформувався в результаті сукупності різних, властивих лише даному суспільству, умов і факторів і який до того ж є рухомим.

На сьогодні саме політичний режим найбільш точно і об'єктивно характеризує суть конкретної держави формою держави.

Політичні режими настільки рельєфно відображають будь-які рухи і зміни у світі, що поділ світу на демократичний і недемократичний став сьогодні трендом глобального масштабу.

Усе наявне різноманіття форм держави необхідно розглядати лише через політичні режими, при цьому потрібно визнати, що нині діюча класифікація політичних режимів [6, с. 133].

Структурні елементи, ознаки та поєднання факторів служать додатковими характеристиками визначення режиму, вони більш чітко виділяють його основні складові, що дозволяє політологам глибше аналізувати, ширше порівнювати і типологізувати всі існуючі та існуючі політичні режими.

З погляду «вузького» трактування існують дві основні протилежності політичного режиму: авторитарний та демократичний.

Між протилежними авторитарним та демократичним режимами існують інші з тоншою градацією. Так, Б. Курашвілі, наприклад, виділяє шість можливих політичних режимів: тиранічний, жорстко-авторитарний, авторитарно-демократичний, демократично-авторитарний, розгорнуто-демократичний, анархо-демократичний [14, с. 91–92; 16, с. 98].

Політологи, характеризуючи недемократичні режими чи режими, що відхиляються від демократичного, іноді застосовують гібридні типи. Такими гібридними режимами є, наприклад, диктократія та демократура (у Ф. Шміттера – диктабланда та демокрадура), що поєднують у собі демократичні та диктаторські ознаки. Ці режими можуть утворитися, якщо порушується відома послідовність: лібералізація – демократизація – консолідація [14, с. 95–96].

Висновки. За допомогою політичних режимів правителі впливають на народ загалом кожного громадянина зокрема. Якщо розглядати політичний режим як один з можливих способів функціонування політичної системи, то потрібно визначити соціальні фактори відповідної держави. У сучасній політології прийнято виділяти два основні політичні режими, саме демократичний і недемократичний. До демократичного режиму відносяться парламентський і президентський режими, а до недемократичного – авторитарний і тоталітарний. У абсолютно чистому вигляді політичні режими дуже рідкісні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Яновська О. Г. Правова та соціальна природа адвокатської професії. *Вісник кримінального судочинства.* 2015. № 2. С. 108–113. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vkc_2015_2_16

2. Малышев А. Ю. Трансформация политического режима и системные риски. *Вестник НГУ.* Серия: Философия. 2011. Том 9. Вып. 1. С. 40–46.

3. Quermonne J.-L. Les regimes politiques occidentaux. Paris : Ed du Seuil, 1986. 316 p.

4. Социологическая энциклопедия. В 2 т. Рук. науч. проекта Г. Ю. Семигин; под ред. В. Н. Иванова. М. : Мысль, 2003. 863 с.

5. Чиркин В. Е. Государствоведение : учебник. М. : Юрист, 1999. 400 с.

6. Султанбеков Кубатбек Черикчиевич. Политический режим: особенности трактовки и проблемы классификации. *Альманах современной науки и образования,* № 2 (104) 2016. С. 132–134. URL: http://www.gramota.net/materials/1/2016/2/29.html

7. Дюверже М. Политические институты и конституционное право. Политология : хрестоматия. Сост. проф. М. А. Василик, доц. М. С. Вершинин. М. : Гардарики, 2000. С. 331–343.

8. Мухаев Р. Т. Политология : учебник. М. : Проспект, 2010. 640 с.

9. Бурлацкий Ф. М., Галкин А. А. Современный Левиафан: очерки политической социологии капитализма. М. : Мысль, 1985. 380 с.

10. Хейвуд Э. Политология : учебник для студентов вузов / пер. с англ. под ред. Г. Г. Водолазова и В. Ю. Бельского. М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2005. 544 с.

11. Barnes J., Carter M., Skidmore M. The World of Politics. 2nd ed. N. Y. : St. Martin's Press, 1984. 220 p.

12. Соловьев А. И. Политология: политическая теория, политические технологии : учебник для студентов вузов. М. : Аспект Пресс, 2005. 559 с.

13. Цыганков А. П. Современные политические режимы: структура, типология, динамика : учебное пособие. М. : Интерпракс, 1995. 296 с.

14. Исаев Б. А. Понятие и типология политических. *Социально-гуманитарные знания.* 2009. № 3. С. 88–97. URL: https://cyberleninka.ru/article/n/ponyatie-i-tipologiya-politicheskih-rezhimov

15. Макаренков Е. В., Сушков В. И. Политология. Альбом схем. М., 1998. 208 с.

16. Курашвили Б. П. Страна на распутье... (Потери и перспективы перестройки). М. : Юрид. лит., 1990. 176 с.

УДК 348.01/.07
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/10

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО СОЦІАЛЬНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КАПЕЛАНІВ У ПЕНІТЕНЦІАРНИХ УСТАНОВАХ

SPECIFIC ISSUES OF THE FUNCTIONING OF THE LEGISLATION OF UKRAINE ON SOCIAL SECURITY OF CHAPLINES IN PENITENTIAL INSTITUTIONS

Співак В.О., аспірантка
Академія праці, соціальних відносин та туризму,
заступник директора департаменту економіки та інвестицій – начальник управління стратегічного розвитку, депутат
Полтавська міська рада

У статті автор надає обґрунтування необхідності закріплення капеланства в пенітенціарній системі на законодавчому рівні, а також аналізує законодавчі положення та ініціативи щодо запровадження душпастирської опіки в місцях обмеження свободи. В даній статті проведено науковий аналіз законодавства України у сфері правового регулювання діяльності пенітенціарних капеланів та надані рекомендації зядля його синхронізації із світовими стандартами у сфері душпастирської опіки в пенітенціарних установах.

В даному науковому дослідженні автор підкреслює, що наразі пенітенціарне капеланство не має необхідного правового регулювання для повноцінного функціонування та розвитку, що відбувається зараз виключно за ініціативи церков та релігійних організацій на волонтерських засадах, потребуючи належної правової регламентації зі сторони держави.

Автором надано пропозиції розробки необхідної нормативно-правової, інформаційної, навчально-методичної, наукової з удосконалення комплексу законодавчих актів задля задоволення релігійних потреб ув'язнених і засуджених та людей що працюють у пенітенціарних установах, згідно з міжнародними стандартами у цій сфері та організаційно-методичної бази задля впровадження на державному рівні інституту капеланства в пенітенціарній сфері. Поява штатного капелана в пенітенціарних установах надасть духовенству соціальні, трудові гарантії та забезпечить духовні й релігійні права ув'язнених, що перебувають в умовах обмеження волі на території територіальної громади.

Створення системи спеціальної підготовки капеланських кадрів для задоволення духовних потреб населення та впровадження профільного закону, що регулює діяльність капеланів в пенітенціарній системі є бажаним результатом реалізації ідей автора.

Ключові слова: капелан, релігійні організації, пенітенціарні установи, душпастирство, душпастирська опіка.

The author provides a justification for the necessity of consolidating the chaplaincy in the penitentiary system at the legislative level, as well as analyzes the legislative provisions and initiatives for the introduction of pastoral care in cases of freedom restriction. Thearticle provides a scientific analysis of Ukrainian legislation in the field of legal regulation of penitentiary chaplains and provides recommendations for its synchronization with the world standards within pastoral care in penitentiary institutions.

In the research, the author emphasizes that currently the penitentiary chaplaincy does not have the necessary legal regulation for the full functioning and development. Now it is provided solely on the initiative of churches and religious organizations on a voluntary basis, which requires proper legal regulation by the state.

The author provides proposals for the development of the necessary legal, information, educational and methodological, scientific base to improve the set of legislative acts to meet the religious needs of prisoners,convicts and people working in penitentiary institutions, in accordance with international standards in this area as well as organizational and methodological framework for the introduction of the institution of chaplaincy in the penitentiary sphere. The appearance of a full-time chaplain in penitentiary institutions will provide the clergy with social and labor guarantees and ensure the spiritual and religious rights of prisoners who are in conditions of freedom restrictions within territorial community.

The creation of a system of special training of chaplains to meet the spiritual needs of the population and the implementation of the relevant law which regulates the activities of chaplains in the penitentiary system is a desirable result of the author's ideas.

Key words: chaplain, religious organizations, penitentiaries, pastoral care.

Постановка проблеми. Удосконалення системи органів виконання покарань в Україні, надання їхній діяльності гуманістичного змісту є одним із актуальних завдань сучасного розвитку держави. Лише розвинута пенітенціарна служба, що відповідає моральним ідеалам XXI ст., здатна засвідчити рівень розвитку суспільства, забезпечити повноправне членство в Європейському Союзі. Саме тому вивчення й переосмислення досвіду європейських країн щодо діяльності капеланів для пенітенціарної системи України є надзвичайно актуальним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми правового регулювання діяльності капеланів іноді ставали предметом дослідження українських науковців. Особливостям церковного служіння у військах, або лікарнях присвятили свої праці К. Ю. Пантелей, О. В. Сокальська, Н. І. Мозоль, О. В. Пахомов та інші науковці. Водночас, специфіка служіння священників у місцях позбавлення волі досі не булла предметом окремих наукових досліджень.

Формулювання мети і цілей дослідження. Напрацювати стратегію розвитку практики душпастирської опіки в установах попереднього ув'язнення та в установах виконання кримінальних покарань в Україні. Створити дорожну карту, завдяки виконня якій діяльність капеланів в пенітенцірній системі буде належним чином забезпечена профільним законом, підзаконними актами, відповідатиме світовим стандартам та забезпечить соціальний захист духовенства.

Виклад основного матеріалу. Проблеми діяльності церкви періодично опиняються в об'єкті увазі органів влади. У зв'язку з пандемією Covid-2019 час перебування капеланів в пенітенціарних установах обмежено, що перешкоджає задоволенню духовних потреб ув'язнених на проведення релігійних обрядів та спілкування з духовним наставником. Заступник начальника Державного департаменту Петро Тітовець зазначив: «Існуючі обмеження є виконанням відповідного розпорядження Кабінету Міністрів України. Але існує необхідність діалогу, тому позиція Душпастирскої ради є важливим чинником для прийняття подальших зважених рішень, враховуючи ситуацію з пандемією» [1]. Окрім того, зі слів керівника відділу Курії Української Греко-Католицької Церкви з душпастирства у пенітенціарній системі України Костянтина Пантелея: «Введення нової штатної одиниці капелана та надання доступу волонтерів до пенітенціарних установ, врегулювало б цю проблему». Зі слів Голови Душпастриської ради

при Міністерстві юстиції Віктора Яценко криза організації душпастирського служіння, яка виникла через введення обмежувальних протиепідемічних заходів у зв'язку із запобіганням поширенню в установах виконання покарань гострої респіраторної інфекції COVID-19, спонукала до необхідності розробки рекомендацій щодо здійснення капеланського служіння в кримінально-виконавчих установах у часі карантину та після нього [2]. Оскільки пастирська опіка в умовах ув'язнення носить персональний характер, існує потреба уможливити доступ капеланів для уділення Святих Таїнств, зберігаючи усі застереження, пов'язані з правилами карантину.

З метою аналізу поглядів працівників пенітенціарних установ та засуджених на проблему тюремного капеланства проведено анкетування 459 православних засуджених та 213 працівників соціально-психологічної служби з різних регіонів України. Серед форм духовної роботи опитані православні засуджені зазначали богослужіння (95 %), хоча 87 % опитаних вказали на необхідність проведення з ними також духовних бесід катехизаторського характеру. Більшість (69 %) православних засуджених вважають, що адміністрація установи приділяє достатньо уваги задоволенню їхніх релігійних потреб. Серед побажань засуджених щодо покращення духовної роботи в їхній установі головним є збільшити частоту відвідувань церковними представниками (83 %). Серед проблем реалізації права на релігійну діяльність більшість православних засуджених зазначили: неможливість причащатися у зв'язку із забороною вина (35 %), відзначати релігійні свята, які припадають на робочі дні (23 %), дотримуватися посту у зв'язку з харчуванням в їдальні (21 %), мати вільний доступ до храму (33 %), нерегулярність богослужінь (19 %), нестача духовної літератури (15 %), постійний шум та неможливість усамітнення для молитви (17%) [3, с. 134].

В той час коли капеланам, які зараз на добровільних засадах здійснюють служіння в місцях позбавлення волі, заборонено проносити навіть 50 мл вина для релігійних обрядів (причастя), наприкінці грудня 2022 року в полтавському СІЗО вилучити з камери 6 полімерних пляшок із запахом алкогольних напоїв. Під час розпиття алкоголю в камері між ув'язненими стався конфлікт, в результаті якого один чоловік вбив іншого [5].

Відповідно до ст. 9 Конвенції про захист прав людини та основних свобод Ради Європи від 4 листопада 1950 р. проголошує: «1. Кожен має право на свободу думки, совісті та релігії; це право включає свободу змінювати свою релігію або переконання, а також свободу сповідувати свою релігію або переконання під час богослужіння, навчання, виконання та дотримання релігійної практики і ритуальних обрядів як одноособово, так і спільно з іншими, як прилюдно, так і приватно [6].

Капеланство у пенетенціарній сфері потребує унормування профільним Законом та необхідними підзаконними актами, оскільки й досі на практиці пенітенціарне капеланство залишається нереалізованим ресурсом української правової системи.

Евангеліє від Матвія містить розповідь про те як Ісус Христос прийшовши на нашу грішну землю, був несправедливо запроторений за грати та промовляв: «Бо я голодував, і ви нагодували Мене; знемагав від спраги, і ви напоїли Мене; чужинцем був, і ви прийняли Мене; був нагим, і ви зодягнули Мене; був хворим, і ви піклувалися Мною; у в'язниці був, і ви відвідали Мене… По правді кажу вам: так, як ви вчинили це одному з цих братів Моїх менших, то так ви вчинили Мені!». Ісус Христос будучи невинним і став вязнем, не маючи гріхів прийняв розпяття, щоб спасти нас. Мільйони християн по всьому світу слідують заповідям Божим, щоб мати Життя Вічне.

«Страх, що його спричинили прогрішення та очікування мук, – нечистий, бо породжений усвідомленням свого переступу і він минущий, адже відходить разом із відпущенням гріха через покаяння» – заповідав преподобний Максим Сповідник. Правопорушник потрапляючи в місця обмеження свободи почувається самотньо, розбито і на жаль часто закінчує життя самогубством. Зарадити відчаю може лише Господь та капелан, що «проведе за руку» грішника до Творця. Пророк Давид у своєму Псалмі 68.7 згадував: «Бог витягує вязнів з кайданів, а непокірні залишаються у спекотній пустелі».

Термін «Пенітенціарний» походить від латинського слова «poenitentia» та перекладається як – каяття [7, с. 122]. Покарання є і захистом громадського порядку, і запорукою безпеки людей, і знаряддям виправлення злочинців – виправлення, що за певних умов може набути моральної цінності, через спокутування гріха. Порушення законів завжди несе за собою покарання. Держава карає позбавленнням волі, а за порушення Законів Божих ми наказуємо себе душевними муками самі. Стаття 50 Кримінального кодексу України говорить про поняття покарання та його мету наступне:

1. Покарання є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого.
2. Покарання має на меті не тільки кару, а й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами.
3. Покарання не має на меті завдати фізичних страждань або принизити людську гідність.

Та самому досягти самоочищення не завжди вдається, особливо якщо до каяття людина прийшла вперше в житті в дорослому віці. На нашу думку, не кожна людина має достаньо сил, щоб самостійно «прийти до віри» і часто потребує посередницької ролі духовного наставника, що підтримає в момент зневіри. Часто ув'язнені потребуєть сповіді і провідника, що «за руку проведе» до єднання зі Всевишнім. Таким духовним наставником є капелан. Словник Вебстера визначає капелана як: «служителя, священика або рабина, який здійснює релігійне служіння в збройних силах або у в'язниці, лікарні тощо» [8].

При правильному підході він може допомогти вибудувати систему справжніх духовних цінностей та змінити долю ув'язненого, зробити так, щоб той виправився і вийшов із пенітенціарної установи після каяття «новою людиною» – праведною, доброчесною та бажаючою жити новим життям без порушення Законів Божих та законів створених державою. Пастир може допомогти у вивченні Слова Божого та наставити на праведний шлях навіть завзятого атеїста. Бог кожній людині дає шанс розкаятися і спасти свою душу, без чого не можлива повноцінна соціалізація на волі. Благородна місія капелана полягає в тому, щоб навчити грішника вибудувати стосунки зі Всевишнім і ототожнювати свої вчинки з Його заповідями. Психологічна підтримка священника є запорукою для подальшої успішної ресоціалізації, примноженню добра та злагоди в Україні. Кожен засуджений має мати доступ до духовних книжок в'язничної бібліотеки і читати Новий Завіт та інші книжки духовного змісту, що несуть в собі одухотворну силу релігії яка змінить його мислення та в майбутньому утримає від подальших злочинів. Після скоєння людиною злочину від неї часто відвертаються рідні та близькі. Капелан саме та людина яка може дізнатися подробиці сімейного життя та допомогти налагодити стосунки з коханою людиною. Окрім здійснення власної релігійної культової практики капелани стають справжніми друзями ув'язненим. Справжній друг-капелан завжди готовий вислухати, підтримати та надати мудру пораду, засновану на Слові Божому, а також допомагти пережити смерть рідних.

Духовне відродження засуджених допомагає їм налагодити особисті стосунки і знаходити своє місце в суспільстві, коли закінчується строк покарання. Коли в'язень

опиняється сам на сам зі своєю грішною душею, то саме тілесні узи сприяють пробудженню від гріховного сну і роки ув'язнення можуть піти на краще, якби це абсурдно не звучало на перший погляд. Цей процес можна порівняти з вакцинацією або лікуванням невеликою дозою отрути тіла людини – завдана шкода в результаті рятує життя. Можливо сам Господь запроторив грішника за грати, щоб той там завдяки промислу Божому переоцінив власну поведінку, очистився, переродився духовно і народився для Царства Божого. З Біблії ми дізнаємося історію про чоловіка на ім'я Йосип, на долю якого випали труднощі, що пізніше сприяли порятунку життя багатьох людей. Йосипа було продано в рабство до Єгипту. Він був старанним домашнім рабом і невдовзі почав керувати домом впливового вельможі. З часом його було запроторено за грати, без жодної на те причини, адже він був невинним. Протягом усього життя Бог випробовував Йосипа та, врешті-решт, ці складні обставини та ув'язнення призвели до того, що Йосип почав керувати Єгипетським царством. Під час голоду він врятував багато життів. Він сказав своїм братам, які продали його в рабство через ревнощі до власного батька: «Ви задумали зло проти мене, Бог же задумав обернути його на добро, щоб зберегти життя численному народові». Інколи Бог використовує тюремне ув'язнення для більшого блага в майбутньому. Це не означає, що ми мріятимемо повторити цей досвід, ні! Мова про те, що ми не повинні вважати ув'язнення марною тратою часу, а провести це час з користю для душі.

На теренах Українських земель служіння священників у тюрмі існувало ще за часів Ярослава Мудрого в XI столітті. На Русі Християнська Церква здійснювала різні духовно-виховні та просвітницькі заходи щоб навернути злочинців до Христа. Пенітенціарна ідея як основа розбудови системи справедливості своїм походженням завдячує християнству. Однак справжньої маштабної актуалізації взаємодії державних і рілігійних організацій в цій сфері ми бачимо після проголошення незалежності нашої держави, коли почалося формування законодавчої основи для діяльності пенітенціарних капеланів та визнання їх як незамінних суб'єктів процесу надання духовної підтримки ув'язненим і душпастирської опіки персоналу пенітенціарних установ. «Для формування законодавства України щодо пастирської опіки доцільно спиратися на давній досвід європейських країн, зберігаючи найкращі моделі й досягнення України» [9, с. 119].

Цікаво зазирнути який досвід має душпастирство у світі, щоб зрозуміти що ми можемо додати або відняти задля покращення роботи капеланів пенетенціарної системи України. Окрім надання психолого – релігійної підтримки, закордонні священники в пенітенціарних установах виконують ще низку додаткових функцій: контролюють листування ув'язнених підопічних, беруть участь у роботі дисциплінарних рад, навчають грамоті та повідомляють про смерть членів родини.

Значний досвід тюремного капеланства у Фінляндії дозволяє лютеранським священикам часто виступати в ролі психологів і соціологів. Саме лише з ними деколи в'язні фінських тюрем прагнуть поговорити про свої родинні або виробничі проблеми. Привертає увагу організованість роботи тюремних священиків у Польщі. Значною мірою їхній порядок зумовлений переважністю та масовістю католицького віросповідання. Відтак головний капелан призначається конференцією польських єпископів і виконує обов'язки особливого посередника між державою і церквою. Йому підпорядковуються капелани тюремний округів, що налічують від 10 до 20 закладів позбавлення волі. Безпосередньо у виправному закладі служить капелан, котрий укладає письмову угоду з керівником даного закладу. Характерно, що у Польщі тюремний капелан є водночас парафіяльним священиком й утримує його (тобто сплачує йому заробітну плату) конкретна парафія. Й лише в рідкісних випадках, за наявності бюджетних можливостей, певна фінансова винагорода капелану може надаватися адміністрацією виправної установи. В США капелани працюють за контрактом, або як волонтери – на громадських засадах [10].

Вимоги до осіб, які бажають бути тюремними капеланами в різних штатах і різних установах виконання покарань, варіюються. Однак є загальні формальні правила: мати ступінь бакалавра теології або суміжних дисциплін, бути висвяченим й пройти відповідну сертифіковану програму клінічної практичної капеланської підготовки або це може бути програма Асоціації професійних капеланів. Однак найперше, що необхідно кандидатові, – мати сильну віру і любити людей, намагаючись не судити їх [9]. Тюремни капелани в США здійснюють адміністративні, правозахисні, духовно-релігійні та представницькі функції [12, с. 143].

Акти Сполученого Королівства Великої Британії і Північної Ірландії представляють особливий інтерес з огляду на багатоконфесійне середовище, фактори радикального екстремізму та досвід взаємодії релігійних організацій із державою [9, с. 119]. На нашу думку необхідним є перейняття досвіду тюремних капеланів Великобританії, де вони організовують зустрічі для своїх підопічних з колишніми в'язнями, які після завершення відбуття покарання назавжди розірвали зі злочинним способом життя, соціалізувалися та створили щасливу родину. Звичайно організацію подібних зустрічей необхідно проводити з відома адміністрації пенітенціарної установи. Спілкуючись з людьми, що пройшли через те саме «пекло» що й ти, але не пали духом, а виправилися можна багато чому навчитися, стати сильнішим та повірити, що позитивні зміни можливі і в твоєму житті.

Задля того щоб пенітенціарна система була забезпечена системною та організованою душпастирською опікою актуальним є необхідність законодавчого забезпечення капеланської діяльності. Необхідність внесення змін обумовлюється тим, що на даний момент існують суттєві прогалини у правовому регулюванні роботи капеланів в місцях обмеження свободи.

Як зазначається в Законі України «Про свободу совісті та релігійні організації»: «Богослужіння та релігійні обряди в лікарнях, госпіталях, будинках для престарілих та осіб з інвалідністю, місцях попереднього ув'язнення і відбування покарання проводяться на прохання громадян, які перебувають в них або за ініціативою релігійних організацій. Адміністрація зазначених установ сприяє цьому, бере участь у визначенні часу та інших умов проведення богослужіння, обряду або церемонії» [13].

Правових норм які сьогодні регламентують діяльність капеланів недостатньо, оскільки практика душпастирської опіки в установах попереднього ув'язнення та в установах виконання кримінальних покарань в Україні не була належним чином забезпечена профильным законом, підзаконними актами й потребує наближення до європейських і світових стандартів. Штатний характер релігійної опіки в пенітенціарній системі базується на дотриманні вимог з міжнародних правових документів, а саме:

– Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (ст. 18);

– Мінімальних стандартних правил Організації Об'єднаних Націй щодо поводження з ув'язненими (Правила Нельсона Мандели) (ст. 4.2, 65, 66, 91, 92.1, 104.1);

– Європейських пенітенціарних (в'язничних) правил (ст. 29.1-3; 35.1);

– Правил пробації Ради Європи 2010 року (ст. 37);

– Керівних принципів Комітету міністрів Ради Європи для в'язничних та пробаційних служб щодо радикалізації та насильницького екстремізму [13].

На 30-й рік незалежності України в'язничне капеланство залишається нереалізованим ресурсом української

пенітенціарної системи. Необхідно врегулювати питання відсутності підзаконних актів, які усунуть невідповідність існуючих нормативних документів Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо регулювання діяльності священнослужителів (капеланів) в органах та установах, що належать до сфери управління Державної пенітенціарної служби України» [14].

Зі слів священика Костянтина Пантелея, керівника відділу Української Греко-Католицької Церкви з душпастирства: «У пенітенціарній системі України в жодній пенітенціарній установі немає наразі жодного випадку штатного капеланства чи на договірних умовах. Був випадок коли священика запросили на посаду психолога, але етично він мав доповідати як психолог про зміст спілкування з ув'язненим і складати його психологічний портрет, що суперечить етиці й таємниці сповіді.» На нашу думку існує функціональна необхідність введення штатного капеланства, яке має бути запроваджене зі збереженням добровільного і принагідного відвідування пенітенціарних установ капеланами різних конфесій.

Найважливішими досягненнями в пастирській опіці має стати не лише супровод духовних потреб в'язнів, їх підготування до звільнення та реінтеграції в суспільне життя, а і опіка над персоналом ДКВС, оскільки під час оголошення воєнного стану в ході російсько-української війни зросла кількість випадків побиття ув'язнених.

Сьогодні існує позитивна практика 5 хвилин з капеланом для чергової зміни персоналу ДКВС, який заступає на службу. Ця традиція була започаткована в результаті спільного рішення Душпастирської ради при Міністерстві юстиції України і керівництва Північно-східного МРУ з питань виконання кримінальних покарань і пробації [15].

Священик Костянтин Пантелей, керівник відділу Української Греко-Католицької Церкви з душпастирства у пенітенціарній системі України, висловився за активні заходи в напрямку організації штатного капеланства. Необхідним кроком для цього є створення робочої групи для підготовки «Положення про капеланство і заходи Душпастирської опіки у пенітенціарних установах України». Він зазначив, що Душпастирска рада досягла впровадження в багатьох пенітенціарних закладах заходів душпастирського супроводу персоналу, що потребує закріплення й розвитку. Це стосується участі капеланів у викладанні предмету пенітенціарної етики у структурі спеціальної підготовки персоналу та розвитку практики «П'ять хвилин з капеланом» [15].

Ми підтримуємо ідею необхідності закріплення на законодавчому рівні Проекту положення про душпастирську опіку в тюрмах, розробленого на підставі міжнародних базових принципів та досвіду Християнської Міжконфесійної Місії «Духовна і благодійна опіка в тюрмах». Проект є концепцією впровадження в Україні тюремного капеланства, що спирається на українське і міжнародне законодавство [15]. Також ми погоджуємось із пропозицією Душпастирської ради з питань релігійної опіки у пенітенціарній системі України, законодавчо закріпити Принципи поводження капеланів, які стикаються з катуванням, та Кодекс етики в'язничного капелана, що регулює принципи поведінки в'язничного священика (капелана) у відносинах із персоналом, в'язнями та представниками інших конфесій для ефективного забезпечення релігійних потреб, гуманізації пенітенціарної системи. В цьому Кодексі закріплено яких принципів дотримується в'язничний священик, відповідаючи на поклик Божий та те, що капелан бере на себе обов'язок дотримуватися заповідей любові та певних принципів у відносинах з Богом, персоналом, колегами та ув'язненими [15].

Розуміючи, що правова категорія свободи віросповідання певною мірою є відображенням політичних реалій, державної політики, політичного режиму, досліджуючи філософсько-правовий вимір свободи віросповідання, ми дозволили собі звернутися для поглибленого розкриття проблеми, враховуючи й ту обставину, що свобода віросповідання багато в чому залежить від влади, політики і у кожному політичному факті є принаймні два моменти – ідеологічна надбудова, яка формується під впливом різних пануючих теорій, і матеріальна основа – спосіб життя й праці певної групи, яка «той політичний факт і ту ідеологію передрішає» [16].

На нашу думку окрему увагу варто приділити питанню взаємодії церкви з державою, оскільки ч. 3 ст. 35 Конституції України, у якій закріплено принцип світськості держави, оскільки *«Церква і релігійні організації в Україні відокремлені від держави, а школа – від церкви» не завжди трактується на користь роботи капеланів в пенітенціарніх утановах, військових частинах, медичних закладах та міських радах*. Дана норма конституції скопійована з Декрету Тимчасового робітничо-селянського уряду України «Про відокремлення церкви від держави та школи від церкви» від 19 січня 1919 р., прийнятого вслід за Декретом 1918 р. Ради Народних Комісарів.

Декрет проголошував відокремлення церкви від держави, забороняв обмежувати свободу совісті, забороняв ухилятися від виконання громадянських обов'язків з огляду на релігійні переконання, передавав акти цивільного стану у виключне відання світської влади, які вони мали за царату, забороняв церковне майно позбавляв церковні та релігійні товариства переваг і державних субсидій. Останнє проголошувалося «народним надбанням». Згідно з декретом відбулися зміни і в освіті, оскільки п. 9 цього документу проголошував відокремлення школи від церкви, скасовував релігійні обряди та церемонії в державній сфері, включно з релігійною клятвою або присягою, а викладання предметів релігійного характеру заборонялося [17].

Більшовицький уряд вбачав церкву небезпечною опозицією до радянського уряду на чолі з В. І. Леніним, того мав на меті викорінити церкву із суспільного життя та придушити релігійні погляди людей, щоб вони слухались лише партію та її вождя. Вони виступали проти релігійної реєстрації народження та шлюбу, того віруючим доводилося проводити ці обряди таємно й ховати крестики під одягом, щоб не втратити роботу, можливість навчатися у ВУЗі чи партійний квиток. Більшовики непросто не сприйняли жодній релігії, вони знесили собори та конфісковували все церковне майно, щоб ліквідувати церковний вплив на людей.

Однак сьогодні роль церков у сучасному українському суспільстві значно відрізняється від тієї, яку можна було спостерігати в період, коли положення Конституції України про відокремлення церкви від держави було прийнято в 1996 році. Церкви та релігійні організації зараз активно беруть участь у громадському житті та є впливовими суб'єктами громадянського суспільства. Соціологічні опитування соціологічної служби Центру Разумкова за останні 15 років підтверджують, що церква обіймає одні знайвищих позицій рейтингу суспільної довіри серед інших соціальних інститутів України. В цих соціаологічних дослідженнях ми знаходимо такі порівняння: найбільшою довірою громадян України користуються волонтерські організації (68,1 % опитаних), церква (61,4 %) та Збройні сили України (60,8 %). Рівень довіри до громадських організацій значно нижчий (45,9 %), що підтверджує впливову роль церкви у громадському житті. Водночас президент, парламент та уряд (як інституції, а не конкретні політичні персоналії) демонструють традиційно низький рівень довіри серед громадян України. При цьому на останніх сходинках цього рейтингу – довіра українського суспільства до державного апарату, чиновників (10,9 %), політичних партій (11,5 %) та судової системи (11,8 %).

Зі слів Максима Васіна: «Радянська модель ворожої секуляризації не придатна для сучасної України, оскільки вона не враховує історичних і соціальних змін після відновлення незалежності України у 1991 році. Зростання довіри громадськості до церкви як соціального інституту та перетворення її на впливового суб'єкта громадянського суспільства – це нинішні реалії, які не відображені в положеннях ч. 3 ст. 35 Конституції». На нашу думку висока довіра українського суспільства до церкви після падіння радянського режиму доводить той факт, що копіювати ч. 3 ст. 35 Конституції України положень про відокремлення церкви від держави, було необдуманим і є пережитком радянських часів [19].

«Вважається, що неможливо добре зрозуміти країну, доки не побуваєш у в'язниці цієї країни. Не слід судити про країну на підставі того, як у ній ставляться до представників вищого суспільства, судіть країну стосовно тих, хто нижчий» – зазначає Нельсон Мандела. Повне впровадження Правил Мандели забезпечить дотримання людських прав в'язнів і гідне ставлення до них, що, в свою чергу, створює безпечніші умови для ефективного виконання персоналом в'язниць своїх обов'язків. Це також означатиме, що адміністрація пенітенціарної установи буде спроможною сприяти досягненню головної мети системи кримінального правосуддя, а саме забезпечити реабілітацію та ресоціалізацію в'язнів в інтересах всього суспільства [18].

Правила Мандели складаються з Основних принципів, які лежать в основі всієї сукупності Правил. Ось деякі із них: «До всіх в'язнів слід ставитись з повагою, зважаючи на їхню гідність та цінність як людей. Жоден в'язень не повинен піддаватися тортурам та іншим жорстоким, нелюдським чи таким, що принижують гідність, видам поводження чи покарання; всі в'язні повинні бути захищеними від них; ніякі обставини не можуть стати їхнім виправданням. Завжди повинні забезпечуватися захист і безпека в'язнів, персоналу, постачальників послуг і відвідувачів. Ці правила слід застосовувати неупереджено. Не повинно бути дискримінації за ознакою раси, кольору шкіри, статі, мови, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану, слід поважати релігійні переконання та моральні правила в'язнів. З цією метою адміністрація в'язниць та інші компетентні органи повинні пропонувати одержати освіту, професійну підготовку та роботу, а також інші форми відповідної та існуючої допомоги, у тому числі виправного, морального, духовного, соціального характеру та охорони здоров'я і спорту. Усі такі програми, заходи та послуги повинні надаватися на основі індивідуального підходу до потреб в'язнів» [18]. Отже, міжнародне право, стандарти і зразки врегулювання питань релігійної опіки у пенітенціарних системах європейських країн, а також 30-літній практичний досвід в'язничного служіння в Україні є основою для законодавчого забезпечення душпастирства.

Висновок. Наукове дослідження призвело нас до висновку, що штатні капелани в пенітерціарній сфері мають бути соціально забезпеченими та мати гідні умови праці. Капелани в пенітенціарній системі мають отримувати грошове забезпечення, користуватися правом безкоштовного проїзду всіма видами міського пасажирського транспорту загального користування. Передбаченими мають бути також для капеланів додаткові відпустки у зв'язку з навчанням, соціальні відпустки, творчі відпустки, відпустки без збереження грошового забезпечення. Також має бути передбачене пенсійне забезпечення капеланів та виплата їм одноразової грошової допомоги після звільнення зі служби в пенітенціарній системі. Членам сім'ї загиблого капелана надати право на отримання одноразової грошової допомоги.

Так ми пропонуємо надавати капеланам та членам їх сімей, які не мають там власного житла службові житлові приміщення, житло в гуртожитках або винаймаючи житло у відповідному населеному пункті отримувати компенсацію за найм у повному обсязі. Вони мають бути забезпеченими житлом в порядку, визначеному житловим законодавством. Для капеланів які матимуть вислугу в пенітенціарній системі 20 років і більше, та членам їх сімей потрібно надавати жилі приміщення для постійного проживання або грошову компенсацію для придбання житлового приміщення. Ми вважаємо за необхідне мита капеланам право на одержання земельної ділянки для будівництва та обслуговування жилого будинку, споруд в населених пунктах, господарських будівель, обраних їх родиною для проживання.

Капеланам, яких буде звільнено зі служби в пенітенціарній системі і визнано інвалідами I групи внаслідок контузії, каліцтва, поранення, одержаних під час виконання службових обов'язків, або захворювання, одержаного під час проходження служби в пенітенціарній системі, необхідно надавати допомогу державними, комунальними закладами охорони здоров'я, відправити на обстеження до іноземного медичного закладу за рахунок коштів пенітенціарної системи. Капелани та члени їхніх сімей мають отримати право на пільгове санаторно-курортне лікування, реабілітаційне оздоровлення у медичних реабілітаційних санаторіях, центрах, будинках відпочинку, оздоровчих закладах пенітенціарної системи за рахунок бюджетних коштів, визначених на утримання пенітенціарної системи. Членам сімей капеланів пенітенціарної системи які загинули під час проходження служби в пенітенціарній системі, необхідно надати право на безоплатне санаторно-курортне лікування та оздоровлення один раз на два роки.

ЛІТЕРАТУРА

1. У Міністерстві юстиції розглянули питання релігійної опіки у пенітенціарній системі України. *Всеукраїнський собор*. URL: https://sobor.com.ua/news/pitannya-religiinoyi-opiki-u-penitenciarii-sistemi (дата звернення: 23 лютого 2022).
2. Пантелей К. Ю. В апараті ДКВС Міністерства юстиції відбулося засідання робочої групи Душпастирської ради з питань релігійної опіки у пенітенціарій системі України. *Центр волонтерської співпраці*. URL: https://prison-pastoral.blogspot.com/2020/07/blog-post_10.html?m=1 (дата звернення: 11 січня 2022).
3. Мозоль Н. І. Значення вивчення досвіду Європейських країн щодо діяльності капеланів для пенітенціарної системи України. *Приклади правового регулювання душпастирського служіння у пенітенціарній системі в країнах Європи* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 3 грудня 2018 р.) / Душпастирська рада при Міністерстві юстиції України, 2018. С. 99.
4. Пахомов І. В. Особливості правового регулювання душпастирського служіння в пенітенціарній системі України. *Приклади правового регулювання душпастирського служіння у пенітенціарній системі в країнах Європи* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 3 грудня 2018 р.) / Душпастирська рада при Міністерстві юстиції України, 2018. С. 134.
5. Смірнов І. Подробиці вбивства у Полтавському сізо: під час п'яного конфлікту один із ув'язнених вдарив ножем іншого. *Інтернет-видання Полтавщина*. 2022. № 2. URL: https://poltava.to/news/64565/ (дата звернення: 23 лютого 2022).
6. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод: прийнята Радою Європи 4 листопада 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 05 лютого 2022).
7. Пантелей К. Ю. Приклад душпастирської опіки в тюрмах Європейських країн і концепція вязничного капеланства в Україні. *Приклади правового регулювання душпастирського служіння у пенітенціарній системі в країнах Європи* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 3 грудня 2018 р.) / Душпастирська рада при Міністерстві юстиції України, 2018. С. 122.
8. Noah Webster American dictionary of the english language. URL: https://webstersdictionary1828.com (дата звернення: 10 лютого 2022).

9. Пантелей К. Ю. Акти Сполученого Королівства Великої Британії і Північної Ірландії щодо пастирської опіки у вязницях. *Приклади правового регулювання душпастирського служіння у пенітенціарній системі в країнах Європи* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 3 грудня 2018 р.) / Душпастирська рада при Міністерстві юстиції України, 2018. С. 119.

10. Здіорук С. І. Політико-правові проблеми організації служби військових капеланів. *Суспільно-політичні процеси*. 2016. № 4. С. 211–221. URL: https://scholar.google.com.ua/citations?view_op=view_citation&hl=uk&user=DDXhvFkAAAAJ&sortby=pubdate&citation_for_view=DDXhvFkAAAAJ:HDshCWvjkbEC (дата звернення: 20 січня 2022).

11. David Jones Becoming a prison chaplain? *Pastoral counseling*. URL: https://www.pastoralcounseling.org/career/prison-chaplain (дата звернення: 10 січня 2022).

12. Сокальська О. В. Еволюція в'язничного капеланства у США. *Приклади правового регулювання душпастирського служіння у пенітенціарній системі в країнах Європи* : матеріали міжнародної науково-практичної конференції (м. Київ, 3 грудня 2018 р.) / Душпастирська рада при Міністерстві юстиції України, 2018. С. 143.

13. Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України від 23 квітня 1991 року № 987-XII. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/987-12#Text (дата звернення: 08 лютого 2022).

14. Про внесення змін до Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» (щодо запровадження душпастирської опіки в сфері охорони здоров'я) : проект Закону України № 4987 від 14 липня 2016 р. *Верховна Рада України. Законотворчість України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59751 (дата звернення: 10 лютого 2022).

15. Драус Григорій В'язничне капеланство потребує врегулювання в українському законодавстві. *Департамент інформації УГКЦ*. URL: http://news.ugcc.ua/news/vyaznichne_kapelanstvo_potrebuie_vregulyuvannya_v_ukrainskomu_zakonodavstvi_93523.htm (дата звернення: 10 січня 2022).

16. Липинський В. Я. Листи до братів-хліборобів: про ідею і організацію українського монархізму. Київ : Київ-Філадельфія, 1995. 470 с.

17. Про відокремлення церкви від держави та школи від церкви : Декрет Тимчасового робітничо-селянського уряду України від 19 січня 1919 р. *З архівів ВУЧК-ГПУ-НКВД-КГБ*. 2005. № 1/2 (24/25). С. 41–42.

18. Мінімальні стандартні правила поводження з вязнями : Резолюція № 70/175 Генеральноі асамблеї ООН від 17 грудня 2015 року. URL: https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2018/07/NMR-guidance-doc-Ukrainian.pdf (дата звернення: 18 січня 2022).

19. Васін М. С. Актуальність закоодавчого впровадження медичного капеланства в Україні. *Соціологія права*. 2018. № 3–4 (26–27). С. 18–24. URL: https://www.academia.edu/50130847 (дата звернення: 8.01.2022).

РОЗДІЛ 2
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 327.5:911.3]: 316.776.23](02)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/11

СИСТЕМА ДЕРЖАВНИХ УСТАНОВ З РОЗРОБКИ ТЕОРІЇ ПРОТИДІЇ ГІБРИДНИМ ЗАГРОЗАМ У КРАЇНАХ ЄС І НАТО

THE SYSTEM OF GOVERMENT AGENCIES FOR THE DEVELOPMENT OF THE THEORY OF COUNTERACTING HYBRID THREATS IN NATO AND EU COUNTRIES

Вєдєнєєв Д.В., д. і. н., головний науковий співробітник
Міжвідомчий науково-дослідний центр з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України

Семенюк О.Г., д. ю. н., перший заступник керівника
Міжвідомчий науково-дослідний центр з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України

З другої декади XXI століття проблеми неконвенційних загроз та гібридної конфліктності увійшли до категорії пріоритетних у доктринальних воєнно-політичних та оборонно-безпекових документах НАТО та ЄС. На саміті НАТО в Варшаві (2016 р.) ухвалено стратегію та «предметні плани» щодо протидії гібридній війні. Відтак у статті розглядається формування системи державних установ з розробки теорії й стратегії протидії гібридним загрозам у країнах НАТО та ЄС.

Зокрема, спільною організаційною платформою співробітництва НАТО і ЄС у цій царині стала Європейською комісією та Європейською зовнішньополітичною службою Міжвідомча комісія з боротьби з гібридними загрозами. До її компетенції віднесли забезпечення загального інформування про діяльність європейських закладів, котрі мають відношення до протидії гібридними загрозам. Складовою євроатлантичної системи підготовки до попередження й відвернення згаданих загроз стали комплексні навчання у рамках співробітництва НАТО і ЄС, що відбуваються із використання аналітичної продукції відповідних мозкових центрів із вивчення проблематики гібридної конфліктності.

У порядку денному міждержавних заходів вищого рівня країн НАТО та ЄС відведене поважне місце тематиці несилових дій та гібридних загроз. Одним із інструментів взаємодії країн ЄС у згаданій царині вважається створений в Європейській системі зовнішніх дій «Об'єднаний гібридний осередок» з аналізу інформації щодо новітніх загроз, включаючи такі напрями моніторингу та аналізу як ядерний, хімічний, біологічний, контррозвідувальний та кібернетичний вектори. У трьох пострадянських республіках Балтії та у Фінляндії діють Центри передового досвіду із узагальнення даних про гібридні загрози й тактику гібридної війни. Зі згаданими установами взаємодіють Центр передового досвіду НАТО з кіберзахисту (Таллінн), Центр передового досвіду НАТО з протидії тероризму (Анкара). У Польщі та Румунії розгорнуті контррозвідувальні Центри НАТО з протидії розвідці як різновиду гібридних загроз. При штаб-квартирі НАТО створені групи сприяння у боротьбі з гібридними загрозами. Спільна тематика досліджень цих установ охоплює широке коло проблематики гібридних конфліктів, розробку базових засад ведення сучасних війн та конфліктів. Теоретичні розробки, у тому числі – профільних аналітичних центрів та «центрів передового досвіду» впроваджуються у рішення форумів країн Альянсу.

Ключові слова: теорія держави і права, державне управління, міжнародна безпека, гібридні загрози, безпекове співробітництво, НАТО, ЄС.

Since the second decade of the 21st century, the problems of unconventional threats and hybrid conflict have become a priority in the doctrinal military-political and defense-security documents of NATO and the EU. The NATO Summit in Warsaw (2016) adopted a strategy and «substantive plans» to combat hybrid warfare.

The article considers the formation of a network of state institutions for the development of theories and strategies to combat hybrid threats in NATO and the EU. In particular, the European Commission and the European External Action Service's Interdepartmental Commission on Hybrid Threats became a joint organizational platform for NATO-EU cooperation in this area. It is responsible for providing general information on the activities of European institutions involved in combating hybrid threats. Comprehensive training in the framework of NATO-EU cooperation, using the analytical products of the relevant think tanks to study the issue of hybrid conflict, has become part of the Euro-Atlantic system of preparation for the prevention of these threats.

The agenda of high-level intergovernmental events between NATO and the EU has a prominent place in the field of non-violence and hybrid threats. One of the tools of cooperation between the EU countries in this area is the «European Hybrid Center» created in the European External Action System for the analysis of information on emerging threats, including such areas of monitoring and analysis as nuclear, chemical, biological, counterintelligence and cybernetic vectors. In the three post-Soviet Baltic republics and in Finland, there are Centers of Excellence for the collection of data on hybrid threats and tactics of hybrid warfare.

The NATO Center for Excellence in Cyber Security (Tallinn) and the NATO Center for Excellence in Countering Terrorism (Ankara) work with these institutions. NATO counterintelligence centers have been deployed in Poland and Romania to counter intelligence as a type of hybrid threat. Assistance teams have been set up at NATO Headquarters to combat hybrid threats. The common research topics of these institutions cover a wide range of issues of hybrid conflicts, the development of basic principles of modern wars and conflicts. Theoretical developments, including specialized analytical centers and «centers of excellence», are being implemented in Allied forums.

Key words: state and law theory, public administration, international security, hybrid threats, security cooperation, NATO, EU.

Динамічні зміни глобального характеру у сучасному світі, ескалація турбулентності у системі міжнародної безпеки актуалізують переосмислення когнітивних й доктринальних засад інституту національної безпеки й оборонної самодостатності держави. Сучасні безпекознавці солідарні щодо необхідності розробки інноваційних концепцій з усвідомлення макрозагроз нового екзистенціального типу [див. зокрема: 1]. Прагнення виявити сутнісні риси конфліктності нового концептуального порядку (неконвенційної, «гібридної») знайшло відображення у ряді доктринальних документів вищих органів влади та управління України.

Зокрема, у «Концепції забезпечення національної системи стійкості» від 20 серпня 2021 р. «Про запровадження національної системи стійкості» наголошується на важливості створення «національної системи виявлення та оцінки загроз і вразливостей», розбудови на національному й регіональному рівнях мережі аналітично-експертних, наукових та навчально-методичних центрів розвитку стійкості, котрі, безсумнівно, не можуть не зосереджуватися на вивченні загроз новітнього концептуального типу [2]. Фахівці слушно підкреслюють, що першим етапом реалізації такої стратегії повинні стати «моніторинг реальних подій та ситуацій у світі з метою передбачення конкретних внутрішніх або зовнішніх викликів і загроз…», осмислення новітніх ризиків на основі «збалансованого поєднання зарубіжних інновацій в організації освітньої і наукової сфер з розвитком продуктивних вітчизняних традицій» [3, с. 76; 4]. Наведені чинники посилюють актуальність дослідження досвіду організаційно-функціональних та концептуальних засад діяльності спеціалізованих установ країн НАТО та ЄС із вивчення гібридних загроз як складової системи воєнно-політичного управління згаданих міжнародних об'єднань.

Хоча в на сьогодні в Україні відсутні установи, котрі б спеціалізувалися на вивченні проблематики модерної неконвенційної конфліктності, певну інтегративно-координуючу роль з організації вивчення порушеної проблеми відіграє «Платформа Україна – НАТО з вивчення досвіду протидії гібридній війні в Україні», котра створена у 2016 р. на засіданні Комісії Україна-НАТО в рамках Варшавського саміту. Згадана Платформа переслідує мету покращення методів ідентифікації гібридних загроз, діагностування вразливих місць безпекової системи, захисту критичних об'єктів, ефективних стратегічних комунікацій, захисту цивільного населення та протидії тероризму. Українська частина Платформи є елементом Платформи Україна – НАТО з вивчення досвіду протидії гібридній війні в Україні, створення якої передбачено положеннями Комплексного пакету допомоги НАТО для України, схваленого за результатами засідання Комісії Україна – НАТО на рівні глав держав та урядів (9 липня 2016 року, м. Варшава) [5].

Тематика міжнародного співробітництва із розробки стратегій протидії гібридним загрозам розглядається у праці конфліктолога О. Данилюка [6]. Вивчення інфраструктури та аналітичних напрямів вивчення в євроатлантичному просторі концептуальних уявлень щодо гібридної війни міститься у низці колективних праць українських вчених [7–8]. У працях конфліктологів країн НАТО та їх російських опонентів узагальнюється (аналізується) досвід формування інфраструктури дослідження гібридних загроз та імплементації їх розробок у воєнно-політичну практику Північноатлантичного альянсу [див. наприклад: 9–11].

Зазначимо, що у структурі Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби з організованою злочинністю (МНДЦ) при РНБО України у березні 2021 р. запроваджено відділ стратегічного аналізу, прогнозування та дослідження проблем протидії гібридним загрозам державній безпеці. Науковий підрозділ у межах аналітичного забезпечення діяльності РНБО України, зосереджується на вивченні генези й динаміки розвитку гібридних загроз національній безпеці України [див. докладніше: 12, с. 15–16].

Метою статті виступає дослідження досвіду визначення концептуальних та організаційно-правових засад діяльності спеціалізованих органів (установ) із аналізу сучасних неконвенційних (гібридних) загроз та визначення шляхів протидії ним як елементу системи воєнно-політичного управління в країнах НАТО та ЄС.

З другої декади XXI ст. проблеми неконвенційних загроз та гібридної конфліктності увійшли до категорії пріоритетних у доктринальних воєнно-політичних та оборонно-безпекових документах НАТО та ЄС. Зокрема, у п. 13 Підсумкової декларації саміту НАТО (Шотландія, вересень 2014 р.) уперше на високому рівні йшлося про необхідність готувати блок до участі у війнах нового типу – гібридних війнах («hybrid warfare»). Під такими війнами пропонувалося розуміти проведення широкого спектру прямих бойових дій і таємних операцій, що здійснюються за єдиним планом збройними силами, партизанськими та іншими іррегулярними формуваннями за участю різноманітних цивільних компонентів. Згаданий документ наголошував на важливості налагодження тісної координації членів Альянсу для відвернення нетрадиційних загроз, пов'язаних з пропагандистськими кампаніями, кібератаками та сепаратистськими рухами. Йшлося про проведення навчань для відпрацювання спільних дій в гібридній війні (ГВ), для підготовки яких у Латвії створили спеціальний центр («Strategic Communications Centre of Excellence») [13].

1 грудня 2020 р. генеральний секретар НАТО Є. Столтенберг у доповіді «НАТО-2030: єдність у новій ері» для міністрів закордонних справ Альянсу підкреслив, що блок здійснює підготовку до конфліктів нової ери, «розробляє стратегію протистояння гібридним загрозам і дій в умовах гібридної війни, яка охоплює широкий діапазон прямих і непрямих (прихованих) військових, напіввійськових і цивільних акцій» [14]. Розглянемо основні віхи творення управлінсько-аналітичної системи з розробки стратегій протидії гібридним загрозам у країнах НАТО та ЄС.

В євроатлантичній воєнно-політичній спільноті серйозним каталізатором створення спеціалізованих науково-аналітичних установ та впровадження відповідних розробок у воєнно-безпекове будівництво стало рішення Ради міністрів закордонних справ ОБСЄ (грудень 2016 р.) щодо розгортання структурного діалогу з пошуку нових підходів до забезпечення безпеки в Європі. В цілому ж з 2016 р. у рамках НАТО схвалена стратегія протидії гібридними загрозам, основана на «загальноорганізаційному горизонтальному підході», який би охоплював і нормативно-правове поле, цивільний сектор, ЗМІ, інформаційно-просвітницьку роботу із населенням. У липні 2016 р. у Варшаві Генеральний секретар НАТО Є. Столтенберг, голова Європейської комісії Жан-Клод Юнкер та голова Європейської ради Дональд Туск ухвалили «загальне зведення пропозицій» та план із 74 позицій (дій), чимало з яких стосувалося гібридних загроз, зміцнення кібернетичної безпеки й розвитку стратегічних комунікацій.

Спільною організаційною платформою співробітництва НАТО і ЄС у цій царині стала створена Європейською комісією та Європейською зовнішньополітичною службою *Міжвідомча комісія з боротьби з гібридними загрозами.* До її компетенції віднесли забезпечення загального інформування про діяльність європейських закладів, котрі мають відношення до протидії гібридними загрозам. Виник і такий орган як *Група друзів голови ЄС з боротьбі з гібридними загрозами* (FoP, 2017 р.). Після розширення повноважень Групи (червень 2020 р.), вона набула тенденції до перетворення у постійний орган, який би відповідав за надання підтримки державам-членам ЄС у забезпеченні цивільної готовності до гібридних загроз. При Розвідувальному й ситуаційному центрі ЄС створили *групи із узагальнення інформації про гібридні загрози*. У Польщі та Румунії розгорнуті *контррозвідувальні Центри НАТО з протидії розвідці як різновиду гібридних загроз*. Північноатлантичний альянс також запровадив *групи підтримки у боротьбі з гібридними небезпеками* для направлення їх у постраждалі країни [15].

У межах тенденції на формування власних пріоритетів та структур у сфері оборони та безпеки, зростання конкурентності у ядрі євроатлантичної спільноти (лідерами якої виступають ФРН та Франція) ЄС намагається дотри-

муватися самостійності і у сфері творення інфраструктури протистояння гібридним викликам. 10 грудня 2019 р. Рада міністрів ЄС із загальних справ у річищі реалізації «Стратегічного порядку денного ЄС на 2019–2024 роки» ухвалила резолюцію із визначення пріоритетних напрямків протидії гібридним загрозам та «підвищення стійкості країн-членів» [16]. Метою передбачених документом заходів визначено «розвиток співпраці з міжнародними організаціями та країнами-партнерами для посилення стійкості та протидії гібридним загрозам, зокрема, співробітництво між ЄС і НАТО і співпрацю з країнами-сусідами Євросоюзу».

В ЄС дотримуються думки про те, що система протистояння ГЗ повинна носити багатовимірний й системний характер, сполучати діяльність державних і недержавних субєктів. Це стосується, зокрема, розробки й реалізації власних планів захисту кібербезпеки, протидії дезінформаційним атакам, зміцнення захисту населення від зброї масового ураження. У структурі Європейської зовнішньополітичної служби створений *Об'єднаний гібридний осередок* (Hybrid Fusion Cell) для збору та аналізу відомостей про новітні загрози. Підрозділи осередку спеціалізуються на інформаційно-аналітичній роботі за напрямами хімічної, бактеріологічної, радіологічної та ядерної, кібернетичної загроз, а також контррозвідувального захисту, логістичної безпеки [17].

Обговорюється створення *«Координаційного комітету високого рівня для розробки стратегій та контрстратегій гібридних загроз та вивчення вразливостей».* Такий Центр міг взяти на себе роль мережевого координатора дослідницької та навчальної діяльності з протидії ГЗ, створення багатонаціональних мереж експертів, роботи із громадською свідомістю тощо.

Нині спеціалісти відзначають особливу комунікаційну роль між ЄС та НАТО з питань протидії гібридним загрозам *«Європейського центру передового досвіду»* (ЄЦПД). Він офіційно відкритий у Хельсінкі 2 жовтня 2017 р., робочий орган – Секретаріат у столиці Фінляндії, до складу якого безпосередньо відрядили своїх співробітників шість країн) [18]. У його діяльності беруть участь до 20 країн, річний бюджет станом на 2021 р. становить 2,9 млн євро. В основу роботи Центру покладено т.зв. «фінську модель комплексної безпеки» (скоординована діяльність сукупності різнопрофільних органів влади і відомств, які разом забезпечують необхідний масштаб і поширення заходів з протидії гібридним загрозам), а також розроблену ЄЦПД концепцію трьох «Зацікавлених спільнот» (COI), котрі передбачають розвиток мережевої організації та технологій, аналітичну діяльність, тренування і навчання учасників, накопичення інформації про стратегічну обстановку, удосконалення сил і засобів реагування на ГЗ в країнах-учасницях. Згодом додано четверту складову – із вивчення стратегічного розуміння гібридної війни [19].

Структуру ЄЦПД утворили такі органи як Комітет гібридного впливу (лідер – Велика Британія); Комітет недержавних акторів гібридної війни (Швеція); Комітет вразливості й протидії (Фінляндія); Комітет стратегії і оборони (Німеччина, створений у серпні 2018 р. для вироблення розуміння комплексу проблем протидії неконвенційним загрозам на стратегічному рівні). ЄЦПД проводить в країнах ЄС, США і Канаді семінари з широкої проблематики – з правової протидії нестандартним безпековим загрозам. У розробках із тематики ГВ чільне місце приділяється проблемам використання у військовій справі штучного інтелекту, робототехніки, суперкомп'ютерів, систем кібернетичної війни, високоточної далекобійної зброї, повітряно-космічних сил, безпілотних авіаційних систем, сил спеціальних операцій тощо [10, с. 18–21; 20].

Нарешті, слід відзначити мережу *Центрів передового досвіду із узагальнення даних про гібридні загрози й тактику гібридної війни*, створених у трьох пострадянських республіках Балтії та у Фінляндії.

Таким чином, у порядку денному міждержавних заходів вищого рівня країн НАТО та ЄС відведене поважне місце проблематиці виявлення та протидії гібридним загрозам. Теоретичні розробки профільних аналітичних центрів та мережі «центрів передового досвіду» впроваджуються у рішення форумів країн Альянсу. Установи з вивчення та підготовки теоретичної та концептуальної продукції з проблематики гібридної конфліктності інтегровані до функціонального блоку з когнітивного забезпечення системи воєнно-політичного управління НАТО та ЄС, взаємодіють із аналітико-управлінськими структурами інших спеціалізацій.

Основними функціями подібних установ виступають проведення досліджень в сфері ГЗ та підготовка рекомендацій з протидії ним; координація (сприяння) співробітництву між НАТО та ЄС в області нейтралізації ГЗ; організація відповідних навчально-методичних заходів, тренінгів та командно-управлінських навчань, підготовка й підвищення кваліфікації кадрів у цій царині; інформаційне та інструктивно-методичне співробітництво із науковими установами, закладами вищої освіти, неурядовими організаціями та ЗМІ.

Одним із перспективних завдань з наукового супроводження розвитку сектору безпеки і оборони України видається ґрунтовне вивчення як походження та рис сучасних війн (конфліктів) нового концептуального типу, так і організації мережі профільних установ з дослідження сучасних наукових й концептуальних поглядів на стратегію та арсенал гібридного протиборства у провідних країнах світу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гула Р., Голота А. «Доктрина Герасимова»: «керований хаос» у воєнній теорії епохи постмодерну. *Воєнно-історичний вісник.* 2021. № 1. С. 140–155.
2. Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27 вересня 2021 року № 479 «Про запровадження національної системи стійкості». URL: https://www.rnbo.gov.ua/ua/Ukazy/5017.html (дата звернення: 12 травня 2022 р.).
3. Пирожков С. І., Божок Є. В., Хамітов Н. В. Національна стійкість (резильєнтність) країни: стратегія і тактики випередження гібридних загроз. *Вісник НАН України*. 2021. № 8. С. 74–82.
4. Резнікова О. О. Розбудова національної стійкості: концептуальні підходи, передові світові практики. 2019. URL: https://niss.gov.ua/sites/default/files/2019-11/roa_presentation_niss_v01.pdf (дата звернення: 2 червня 2022 р.).
5. Бакай А. Є. Платформа Україна-НАТО як механізм реформування системи медичного забезпечення в надзвичайних ситуаціях. *Інвестиції: практика та досвід*. 2018. № 16. С. 127–131.
6. Данилюк О. В. Міжвідомче та міжнародне співробітництво при виявленні та протидії гібридним загрозам. К. : 7БЦ, 2021. 192 с.
7. Світова гібридна війна: український фронт : монографія / за заг. ред. В. П. Горбуліна. К. : НІСД, 2017. 496 с.
8. Гібридна війна: in verbo et in praxi : монографія / Донецький національний університет імені Василя Стуса / під. заг. ред. проф. Р. О. Додонова. Вінниця : ТОВ «Нілан ЛТД», 2017. 412 с.
9. Хагельстам А., Наринен К. Сотрудничество в противодействии гибридным угрозам. URL: https://www.nato.int/docu/review/ru/articles/2018/11/23/sotrudnichestvo-v-protivodejstvii-gibridnym-ugrozam/index.html (дата звернення: 14 травня 2022 р.).
10. Свиридов А. Европейский Центр передового опыта по противодействию «гибридным» угрозам. *Зарубежное военное обозрение.* 2021. № 7. С. 17–21.
11. Шестопалов В. Центры передового опыта НАТО. *Зарубежное военное обозрение.* 2020. № 6. С. 3–10.

12. Вєденєєв Д. В., Семенюк О. Г. Розвиток концептуальних і науково-практичних поглядів на сутність неконвенційної (гібридної) конфліктності. Монографія. К. : «АртЕк», 2021. 228 с.
13. Гибридные войны в стратегии США и НАТО. *Независимое военное обозрение.* 2014. 10 октября.
14. Бартош А. О гибридной агрессии и необходимой обороне. *Независимое военное обозрение.* 2021. 14 января.
15. The European Commission and the High Representative adopted today a Joint Framework to counter hybrid threats. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/MEMO_16_1250 (дата звернення: 10 квітня 2022 р.).
16. Countering hybrid threats: Council calls for enhanced common action. URL: https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/12/10/countering-hybrid-threats-council-calls-for-enhanced-common-action/ (дата звернення: 15 лютого 2022 р.).
17. Паршикова А. Міжнародний досвід протидії гібридним загрозам: законодавче регулювання та організації з питань стратегічних комунікацій. URL: http://euinfocenter.rada.gov.ua/uploads/documents/29377.pdf (дата звернення: 22 квітня 2022 р.).
18. The European Centre of Excellence for Countering Hybrid Threats. URL: https://www.hybridcoe.fi/about-us/ (дата звернення: 10 квітня 2022 р.).
19. Хагельстам А. Співпраця заради протидії гібридним загрозам. URL: https://www.nato.int/docu/review/uk/articles/2018/11/23/spvpratsya-zaradi-protid-gbridnim-zagrozam/index.html (дата звернення: 11 грудня 2021 р.).
20. Коновалов И. Технологическая революция не отменит человеческий фактор. *Независимое военное обозрение*. 2020. 12 ноября.

УДК 342.5
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/12

КАДРОВА КРИЗА В СУДАХ ТА ЇЇ ВПЛИВ НА ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ В УКРАЇНІ

PERSONNEL CRISIS IN THE COURTS AND ITS IMPACT ON THE ADMINISTRATION OF JUSTICE IN UKRAINE

Гультай М.М., д. ю. н., доцент,
професор кафедри конституційного права та прав людини
Національна академія внутрішніх справ

Кулик Т.О., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри конституційного права та прав людини
Національна академія внутрішніх справ

Стаття присвячена аналізу оновленої в 2016 році процедури призначення суддів на посади, з'ясуванню причин наявної кадрової кризи в судах та пошуку шляхів вирішення окресленої проблеми. Було з'ясовано, що процедура призначення інституцій, що беруть участь у формуванні суддівського корпусу України є достатньо багатогранною, до якої залучено ще ряд суб'єктів, кожен із яких має свою процедуру формування, до якої залучаються ще ряд органів та посадових осіб.

Так, у процедурі призначення судді на посаду беруть участь Вища рада правосуддя, Вища кваліфікаційна комісія суддів, для формування якої при Вищій раді правосуддя створюється Конкурсна комісія, Національна школа суддів, Громадська рада доброчесності і Президент України. Крім того, сам процес добору та призначення на посаду судді складається із п'ятнадцяти стадій. В результаті має бути реалізовано положення Конституції України про те, що судді призначаються на посаду Президентом України за поданням Вищої ради правосуддя. У науці конституційного права є думка, що глава держави виконує функцію протокольну, із якою на нашу думку погодитись не можна. Отже, фактично досягнення реформи, щодо правосуддя – усунення від призначення суддів Верховної Ради України, в парламентсько-президентській республіці.

Виходячи із практики реалізації новел законодавства, щодо правосуддя 2016 року, саме на етапі формування органів, що мають сприяти проведенню прозорого, доброчесного та кваліфікованого добору суддів України, і виникли проблеми, що призвели до кадрової кризи в судах.

В контексті Українського конституціоналізму, і загальних принципів здійснення державної влади в демократичній державі вважаємо, що існуюча система кадрового відбору, проведення конкурсу та призначення суддів на посади не задовольняє потреб суспільства та держави, не виправдала себе та породила ряд нових проблем, а отже має бути переглянута та спрощена. Наявність факту недостатньої кількості суддів в судах України відводить на другий план проблему якісного складу, тобто рівень професіоналізму та доброчесності суддів, і загострює проблему функціонування ядра правозахисного механізму в державі, яким є система судоустрою, оскільки неможливість нормального функціонування судів спричиняє систематичні порушення права на справедливий суд, що гарантоване ст. 55 Конституцією України.

Ключові слова: правосуддя, суддя, судова влада, судочинство, судова система.

The article is devoted to the analysis of the updated in 2016 procedure for appointing judges, finding out the causes of the current personnel crisis in the courts and finding ways to solve this problem. It was found that the procedure for appointing institutions involved in the formation of the judicial corps of Ukraine is quite multifaceted, involving a number of other entities.

Thus, the National School of Judges, the Public School of Judges, the Public Council of Integrity and the President of Ukraine take part in the procedure of appointing a judge to office. In addition, the process of selecting and appointing a judge consists of fifteen stages.

As a result, the provisions of the Constitution of Ukraine that judges are appointed by the President of Ukraine on the proposal of the High Council of Justice must be implemented. In the science of constitutional law, there is an opinion that the head of state performs a protocol function, with which, in our opinion, it is impossible to agree. Thus, the actual achievement of the reform in the field of justice is the removal from the appointment of judges of the Verkhovna Rada of Ukraine in the parliamentary-presidential republic.

The problems that led to the personnel crisis in the courts arose at the stage of forming bodies that should promote transparent, fair and qualified selection of judges of Ukraine.

In the context of Ukrainian constitutionalism and the general principles of state power in a democracy, we believe that the current system of personnel selection, competition and appointment of judges does not satisfy the needs of society and the state, has not justified itself and created a number of new problems, and therefore needs to be revised and simplified. Insufficient number of judges in the courts of Ukraine puts the problem of quality composition in the background, that is the level of professionalism and integrity of judges, also this fact exacerbates the problem of the functioning of the core of the human rights mechanism in the state, which is the judicial system, as the impossibility of the proper functioning of the courts causes systematic violations of the right to a fair trial, which is guaranteed by Art. 55 of the Constitution of Ukraine.

Key words: justice, judge, judicial power, judicial proceedings, judicial system.

Наявність кадрової кризи в судах стала для України вже настільки триваючою проблемою, що ми вважаємо необхідним окремо приділити їй увагу з позиції науки конституційного права.

Конституція України у ст. 128 визначає, що судді призначаються на посаду Президентом України за поданням Вищої ради правосуддя [1]. Ч. 2 цієї ж статті встановлює, що таке призначення здійснюється за конкурсом, крім випадків, визначених законом.

Для реалізації даних норм Основного Закону було прийнято Закон України «Про судоустрій та статус суддів» [2], у ньому в свою чергу, зазначено, що конкурс на зайняття вакантної посади судді проводиться відповідно до даного Закону та положення про проведення конкурсу (ч. 1 ст. 79). Крім того, у Законі з'являються ще два суб'єкти, які беруть участь саме у доборі кадрів на посади суддів в Україні, це Вища кваліфікаційна комісія суддів України, Національна школа суддів України, та Громадська рада доброчесності.

Далі Закон України «Про судоустрій та статус суддів визначає конституційно-правовий статус та порядок призначення суб'єктів призначення суддів. Ст. 92, зокрема, встановлює, що Вища кваліфікаційна комісія суддів України є державним колегіальним органом суддівського врядування, який на постійній основі діє у системі правосуддя України, є юридичною особою. Вона складається з шістнадцяти членів, вісім з яких призначаються з числа суддів або суддів у відставці. При цьому, Вища кваліфікаційна комісія суддів України вважається повноважною за умови призначення до її складу не менше одинадцяти чле-

нів, щонайменше шість із яких призначені з числа суддів або суддів у відставці [2].

Питанням правого статусу та порядку призначення Конкурсної комісії присвячена ст. 95-1 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», відповідно до якої Конкурсна комісія є допоміжним органом Вищої ради правосуддя, що утворюється для проведення конкурсу на зайняття посади члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України та формування переліку кандидатів на посаду члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, які відповідають критеріям доброчесності та професійної компетентності.

Членів Конкурсної комісії для проведення конкурсу на зайняття посади члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України призначає Вища рада правосуддя, із числа осіб, яких пропонує Рада суддів України, Рада прокурорів України, Рада адвокатів України та Національна академія правових наук України в особі Президії, строк протягом якого має бути здійснено дане призначення Законом встановлено п'ятиденний з дня отримання пропозицій, пропозиції від суб'єктів формування Конкурсної комісії мають надійти протягом двадцяти днів із з дня опублікування оголошення про початок добору кандидатів до складу Конкурсної комісії на офіційному веб-сайті Вищої ради правосуддя [2].

При цьому, Рада суддів України пропонує три особи, Рада прокурорів України, Рада адвокатів України та Національна академія правових наук України в особі Президії по одній особі.

Статус Національної шкоди суддів України визначає ст. 104 Закону України «Про судоустрій та статус суддів» як державної установи із спеціальним статусом у системі правосуддя, яка забезпечує підготовку висококваліфікованих кадрів для системи правосуддя та здійснює науково-дослідну діяльність. На Національну школу суддів України не поширюється законодавство про вищу освіту. Утворюється дана установа при Вищій кваліфікаційній комісії суддів України, на чолі стоїть ректор, якого призначає на посаду і звільняє з посади Вища кваліфікаційна комісія суддів України, проректорів Національної школи суддів України призначає на посади і звільняє з посад Вища кваліфікаційна комісія суддів України за поданням ректора Національної школи суддів України. Ректор Національної школи суддів України надає Вищій кваліфікаційній комісії суддів України пропозиції щодо кандидатур на заміщення відповідних вакантних посад проректорів [2].

В свою чергу, відповідно до ст. 87 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», Громадська рада доброчесності утворюється з метою сприяння Вищій кваліфікаційній комісії суддів України у встановленні відповідності судді (кандидата на посаду судді) критеріям професійної етики та доброчесності для цілей кваліфікаційного оцінювання, складається з двадцяти членів, якими можуть бути представники правозахисних громадських об'єднань, науковці-правники, адвокати, журналісти, які є визнаними фахівцями у сфері своєї професійної діяльності, мають високу професійну репутацію та відповідають критерію політичної нейтральності та доброчесності.

Проаналізувавши навіть зверхньо вищезазначені норми законодавства, напрошується висновок про те, що процедура призначення інституцій, що беруть участь у формуванні суддівського корпусу України є достатньо багатогранною, до якої залучено ще ряд суб'єктів. Як ми можемо вже констатувати виходячи із практики реалізації даних положень законодавства, саме на етапі формування органів, що мають сприяти проведенню прозорого, доброчесного та кваліфікованого добору суддів України, і виникли проблеми, що призвели до кадрової кризи в судах.

Станом на 11 червня 2021 року фактична кількість суддів у судах України становить 5327 при визначеній кількості 7304. Повноваження щодо здійснення правосуддя мають 4954 судді. Вакантними залишаються 1977 суддівських посад. Із початку 2021 року ВРП внесла Президентові України подання про призначення 29 суддів до місцевих судів. Указами Президента України призначено 11 суддів. У 2020 році внесені подання про призначення на посади 530 суддів місцевих судів. У 2020 році Указами Президента України призначено 516 суддів (з урахуванням попередніх подань), у 2019 році – 574 суддів [3]. Ці данні висвітлені на офіційному сайті Вищої ради правосуддя станом на 30.06.2021 року, у статті зазначено, що проблеми будуть вирішені після прийняття Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо відновлення роботи Вищої кваліфікаційної комісії суддів України» [4], який був прийнятий 13.07.2021 року, тобто станом на лютий 2022 року, проблема мала б бути вирішена.

Вже на офіційному сайті Вищої кваліфікаційної комісії суддів інформація станом на 17.01.2022 року такого змісту: «Згідно з пунктом 2 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» з дня набрання чинності цим законом повноваження членів Комісії припинено. Упродовж 2021 року нового складу Комісії не сформовано [5]. Далі представлений звіт фактично секретаріату Комісії, який в межах своїх повноважень у 2021 році здійснював ряд заходів, щодо призначення суддів.

Станом на 24.12.2021 року в газеті «Голос України було опубліковано інтерв'ю із головою Вінницького апеляційного суду Сергієм Медвецьким, у якому, зокрема, йшла мова про звернення Вищої ради правосуддя, суддівського та адвокатського об'єднань до глави держави як гаранта Конституції з пропозицією вирішити гостре кадрове питання, тобто 2,5 тисячі вакантних посад суддів у державі, крім того було зазначено, що у 8 судах в Україні взагалі не здійснюється правосуддя, бо там немає жодного судді, один з них у Вінницькій області – Тиврівський суд [6].

Станом на 09.06.2022 року на офіційному сайті Вищої кваліфікаційної комісії суддів України у позиції Склад Комісії значиться «Конкурс з добору членів ВККСУ триває [7]. Безумовно зараз вже на даний процес впливає введення в Україні воєнного стану (Указ Президента України «Про введення воєнного стану в Україні», затвердженого Законом України № 2102-IX від 24.02.2022), але маємо чітко зафіксувати, що проблема мала місце і в мирний час.

Спостерігається певна увага до цієї проблеми в публіцистичній літературі, тобто ЗМІ та юристи-практики наголошують на проблемі. У науці конституційного права, натомість увагу на даний аспект особливо не звертають.

Дисертаційне дослідження В. Кравчука, присвячене теоретичним основам конституційно-правового статусу суддів в Україні, наприклад, стосовно процедури призначення суддів пропонує внести зміни до ч. 2 ст. 128 Конституції України про призначення суддів судів системи судоустрою Президентом України за поданням Вищої ради правосуддя з випробувальним строком на 3 роки і з можливістю, за результатами подання Вищої ради правосуддя, на основі якісних показників здійснення конкретним суддею своїх функцій і повноважень, дотримання положень суддівської етики і доброчесності, а також проходження проміжного кваліфікаційного іспиту, залишитись на посаді безстроково або бути звільненим, чи зобов'язаним пройти упродовж року курси підвищення кваліфікації в Національній школі суддів з можливістю повторного проходження оцінювання Вищою радою правосуддя [8, с. 31].

Обґрунтування внесення даної пропозиції в тексті роботи не конкретизовано, але ознайомившись із даним

дослідженням можна зробити висновок, що автор шукає шляхи посилення контролю за якістю здійсненнями суддями правосуддя, така мета була фактично і у законодавця, коли у 2016 році стартувала новітня реформа щодо правосуддя.

Питання ставилося про необхідність оновлення суддівського корпусу, проте на нашу думку проблема не в конкретних персоналіях, а функціонуванні всієї системи.

Так, наприклад, шукати будь-які формальні підстави, щоб з першого разу не відкривати провадження у справі за позовними заявами, шляхом залишення останніх без руху – це вже звична практика для всіх спорів про право, що склалася і обумовлена рядом суб'єктивних факторів, в тому числі ставлення працівників суду та самих суддів до своєї повсякденної роботи, та об'єктивно через перевантаженість судів. І даний приклад не про доброчесність, вплив на суддів з боку вищих органів державної влади, або корупційні прояви, це про брак часу, фізичний і моральний повсякденний стан конкретних суддів, які в першу чергу, виявляється просто люди. Цю проблему не зняти шляхом побудови складного багатоступеневого механізму призначення суддів на посади.

На нашу думку, пропозиція В. Кравчука заслуговує на увагу, але оскільки вона ще більш ускладнює і збільшує у часі процес призначення суддів на посади, не є актуальною в контексті розглядуваної нами проблеми.

Щодо процедури призначення суддів на посади автор, зокрема, виокремлює п'ятнадцять стадій добору та призначення на посаду судді, кожна з яких покликана сприяти відбору лише найдостойніших кандидатур, але у самих стадіях закладено різні критерії добору, тому В. Кравчук поділяє стадії на формальні та кваліфікаційні [8, с. 339].

Автор в даному аспекті зосереджує свою увагу на ряді важливих питань, і не вбачає негативних наслідків таких законодавчих новел. Ми в свою чергу, аналізуючи це питання з позиції вітчизняного Українського конституціоналізму, і загальних принципів здійснення державної влади в демократичній державі приходимо до висновку, що існуюча система кадрового відбору, проведення конкурсу та призначення суддів на посади не задовольняє потреб суспільства та держави, не виправдала себе та породила ряд нових проблем, а отже має бути переглянута та спрощена.

Кулик С. у своєму дисертаційному дослідженні, присвяченому проблемам теорії та практики конституційної реформи в сфері судової влади в Україні, що було здійснено у 2016 році, акцентує увагу на те, що дотримання принципу розподілу влад зумовлює мінімізацію ролі виконавчої та законодавчої влади у процесах формування та діяльності органів управління судовою системою, що, відповідно, загострює питання впровадження ефективних демократичних механізмів формування цих органів суддівським співтовариством зі своїх представників, і констатує, що дане положення не знайшло відображення на конституційному рівні, що, насамперед, актуалізує удосконалення концепції суддівського самоврядування та його органів у сучасному конституційному праві [9, с. 16].

Про те, що протягом 6 років із 2016 року, коли набрали чинності зміни до Основного Закону України щодо правосуддя, в Україні не буде сформовано Вищу кваліфікаційну комісію суддів, та про те, які труднощі виникнуть в процесі формування Вищої ради правосуддя, автор просто не міг знати. Але він не дивлячись на те, що формально процес формування судів і призначення суддів було трансформовано так, щоб мінімізувати вплив на нього з боку інших гілок влади, все одно констатує недосягнення даної мети.

Отже, фактично на сьогодні проблеми кадрового забезпечення судів в Україні лежать в площині, неможливості сформувати ті органи, що мають забезпечувати процедуру кадрового відбору.

На практиці така ситуація спричиняє систематичні порушення права на справедливий суд, що гарантоване ст. 55 Конституцією України, оскільки, які б доброчесні не були судді якщо кількість справ на кожного суддю перевищує їх фізіологічні можливості їх розглянути, то дотримуватися строків розгляду справ буде просто неможливо.

Має місце ситуація за якої судова реформа, розпочата у 2016 році не відбулася остаточно станом на 2022 рік, судова гілка влади функціонує не в повному та якісному стані, що являє собою серйозну проблему правозахисного механізму держави загалом.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України: Конституція : Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр?find=1&text=правосуддя#w1_2 (дата звернення: 07.06.2022).
2. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text (дата звернення: 07.06.2022).
3. Відновлення ВККСУ дасть змогу стабілізувати роботу судів. Вища рада правосуддя офіційний сайт. 30.06.2021. URL: https://hcj.gov.ua/news/vidnovlennya-vkksu-dast-zmogu-stabilizuvaty-robotu-sudiv (дата звернення: 21.02.2022).
4. Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законів України щодо відновлення роботи Вищої кваліфікаційної комісії суддів України : Закон України від 13.07.2021 № 1629-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-20#Text (дата звернення: 21.02.2022).
5. Стосовно звіту Вищої кваліфікаційної комісії суддів України за 2021 рік. Вища кваліфікаційна комісія суддів України офіційний сайт. 17.01.2022. URL: https://vkksu.gov.ua/news/stosovno-zvitu-vyshchoyi-kvalifikaciynoyi-komisiyi-suddiv-ukrayiny-za-2021-rik (дата звернення: 21.02.2022).
6. У вітчизняної Феміди – кадрова криза. Приблизно 2,5 тисячі посад суддів залишаються вакантними в судах різних юрисдикцій. *Голос України*. Газета Верховної Ради України. В. Скрипник. 2021. URL: http://www.golos.com.ua/article/354686 (дата звернення: 07.06.2022).
7. Офіційний сайт Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Головна. Склад Комісії. URL: https://vkksu.gov.ua/rubric/sklad-komisiyi (дата звернення: 07.06.2022).
8. Кравчук В. М. Теоретичні основи конституційно-правового статусу суддів в Україні : дис. … докт. юрид. наук: 12.00.02, Ужгород, 2020. 507 с.
9. Кулик С. В. Конституційна реформа в сфері судової влади в Україні: проблеми теорії та практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02, Харків, 2016. 22 с.

УДК 322(477):340
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/13

ПОРІВНЯЛЬНА КОНСТИТУЦІЙНА ІНТЕРПРЕТАЦІЯ ЯК ПРОЯВ ТРАНСНАЦІОНАЛІЗАЦІЇ СУЧАСНОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

COMPARATIVE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION AS A MANIFESTATION OF TRANSNATIONALIZATION OF MODERN CONSTITUTIONALISM

Кравченко А.П., к. ю. н.,
доцент кафедри правознавства та фінансів
Полтавський інститут економіки і права Університет «Україна»

Товста С.П., старший викладач кафедри правознавства та фінансів
Полтавський інститут економіки і права Університет «Україна»

Наукову статтю присвячено комплексному аналізу порівняльної конституційної інтерпретації як прояву конституційної транснаціоналізації. В статті розглядається досвід застосування порівняльної конституційної інтерпретації як в Україні так і в зарубіжних країнах з різними правовими системами. Розкрито види порівняльної конституційної інтерпретації. З'ясовано переваги та недоліки такого методу тлумачення. Окрему увагу приділено питанням використання порівняльної конституційної інтерпретації, аналізу його використання як в зарубіжній практиці, так і Конституційним Судом України, формуванню доктрини дружнього ставлення до міжнародного права. Окрему увагу приділено перевагам прецедентної системи права в аспекті застосування порівняльної конституційної інтерпретації, за рахунок надання свободи вибору судді у питанні аргументації власної позиції. Наголошено, що для порівняльна інтерпретація може виявлятися у двох варіантах: використанні принципу дружнього ставлення до міжнародного права та застосування права іноземних держав. Саме другий варіант і викликає найбільше питань у науковців, щодо доцільності та легітимності його застосування, з огляду на це в статті приділено окрему увагу аргументації науковців своєї позиції та контраргументації для застосування права іноземної держави для заповнення прогалин у національному законодавстві. Проаналізовано практику Конституційного суду України з питання використання порівняльної конституційної інтерпретації. З'ясовано що використання принципу дружнього ставлення до міжнародного права набуло значного поширення в практиці Конституційного суду України, в той же час як методи використання іноземного права використовується суддями лише при викладенні окремої думки. Зроблено висновок про позитивний вплив порівняльної конституційної інтерпретації на розвиток національного законодавства.

Ключові слова: конституціоналізм, Конституційний суд України, порівняльна конституційна інтерпретація, транснаціоналізація конституціоналізму, конституційне право.

The scientific article is devoted to a comprehensive analysis of comparative constitutional interpretation as a manifestation of constitutional transnationalization. The article considers the experience of applying comparative constitutional interpretation both in Ukraine and in foreign countries with different legal systems. Types of comparative constitutional interpretation are revealed. The advantages and disadvantages of this method of interpretation are clarified. Particular attention is paid to the use of comparative constitutional interpretation, analysis of its use in foreign practice and the Constitutional Court of Ukraine, the formation of the doctrine of friendly attitude to international law. Particular attention is paid to the advantages of the case law system in terms of the application of comparative constitutional interpretation, by providing the freedom to choose a judge in the argumentation of their own position.

It is emphasized that the comparative interpretation can be manifested in two ways: the use of the principle of friendly attitude to international law and the application of foreign law. It is the second option that raises the most questions among scholars about the appropriateness and legitimacy of its application, given that the article pays special attention to the arguments of scientists and their counter-arguments for applying foreign law to fill gaps in national legislation. The practice of the Constitutional Court of Ukraine on the use of comparative constitutional interpretation is analyzed. It was found that the use of the principle of friendly attitude to international law has become widespread in the practice of the Constitutional Court of Ukraine, while the methods of using foreign law are used by judges only when expressing a dissenting opinion. It is concluded that the comparative constitutional interpretation has a positive effect on the development of national legislation.

Key words: constitutionalism, Constitutional Court of Ukraine, comparative constitutional interpretation, transnationalization of constitutionalism, constitutional law.

Насьогодні неможливо уявити конституціоналізм без участі в ньому органів конституційної юстиції. Ними можуть виступати як органи спеціального конституційного контролю – конституційні суди так і суди загальної юрисдикції серед повноважень яких є виконання функцій конституційного контролю. Саме до функцій таких судів належить визначення конституційності того чи іншого нормативно-правового акту та офіційного тлумачення конституційних положень. Саме тому важливу роль має підхід до тлумачення таких норм.

Питання появи та імплементації порівняльної конституційної інтерпретації досліджували такі науковці як Гончаров В. В., Халмай Г., Саундерс Ч., Сітараман Г., Фінкельман П., Шевчук С. В., Білак М. В. та інші.

Загалом в юридичній доктрині виділяють наступні способи тлумачення: граматичний, логічний, історико-політичний, талеологічний та спеціально-юридичний [1, с. 233–235]. Дослідник Гончаров В. В. визначає, що існують такі підходи тлумачення як оригіналістичні, що полягають в тому, що законодавчий текст у момент його створення має певне фіксоване значення, та неоригіналістичні, що підтримують теорію «рухливості» смислів правових принципів. Дані підходи характерні для американської юридичної доктрини. В континентальній доктрині вирізняють суб'єктивні та об'єктивні підходи. Перший полягає в розумінні тексту таким чином, яким його задумував автор, тобто в нашому випадку законотворець, а другий в тому, що перш за все нас цікавить розуміння тексту читачем, тобто інтерпретатором [2, с. 65–66].

Варто зазначити, що надзвичайна важливість тлумачення конституційних норм полягає в тому, що Конституція закріплює лише основоположні принципи функціонування держави та права, за рахунок чого в ній використані безліч оціночних понять, що потребують ретельного дефінування, оскільки саме від нього залежатиме правомірність застосування її норм в тій чи іншій галузі права. Оскільки конституціоналізм багатьох держав будувався на однакових принципах та засадах, то має місце порівняльна конституційна інтерпретація. З цього твердження виникає питання, якщо конституції декількох держав сповідують одні й ті самі принципи, чи повинні ми їх тлумачити однаково? На нашу думку, певні відмінності в тлумаченнях допустимі, проте принципи тлумачення мають бути для таких держав хоч і не ідентичними, але максимально наближеними один до одного.

Одним із важливих способів тлумачення конституційних норм є застосування принципу дружнього ставлення до міжнародного права. Цей принцип набув свого поширення в європейських країнах, оскільки саме європейське право найчастіше застосовується при тлумаченні положень щодо прав та свобод людини [1, с. 241]. Таким чином, прослідковується два основних способи застосування рішень судів: вертикальний та горизонтальний. Перший полягає у застосуванні національними судами рішень міжнародних судових органів в рамках принципу дружнього ставлення до норма міжнародного права, натомість другий полягає до звернення до рішень іноземних судів. Прикладом першого варіанту, є неоднократне звернення судами України до рішень Європейського суду з прав людини в питаннях офіційного тлумачення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Саме тому такий підхід і набув поширення в Європі. Другий варіант – горизонтальний має менше поширення, оскільки рішення іноземного суду хоч і може тлумачити ідентичну норму, проте не має жодного юридичного значення в іншій країні. Це питання найкраще проілюструвати на прикладі одного з найвідоміших рішень Верховного суду США. Мова йде про справу «Roper v. Simmons» [3]. В цій справі питання стосувалося конституційності смертної кари для неповнолітніх осіб. Суд більшістю голосів визначив, що дане покарання не є конституційним, проте суддя Стівенс при написанні рішення вказує, що: ««наше переконання, що смертна кара є непропорційною для злочинців, які не досягли 18 років, знаходить підтвердження в суворій реальності, що Сполучені Штати є єдиною країною, яка продовжує дозволяти смертну кару для неповнолітніх» [3, с. 21]. Тобто саме цим висловленням судді Верховного суду США вдається до методу порівняльної конституційної інтерпретації. Разом цим в рішенні також зазначається, що хоча суд і звертається що порівняльної інтерпретації, та національний закон має все ж таки вищу силу. У вищенаведеному суд звертається до держав, що наслідують англо-американську спадщину, тобто англосаксонську правову систему, що ще раз підтверджує, що для виконання порівняльної інтерпретації необхідно звертатися до держав зі схожими засадами конституціоналізму. Так, для прикладу, виглядає абсолютно безглуздою ідея для тлумачення норм Конституції України звертатись до практики мусульманських країн, натомість нормальною видається думка, щодо звернення до судових рішень європейських країн, романо-германської системи права. Вищенаведене рішення є цікавим ще й тим, що в ньому суд вдається і до принципу дружнього ставлення до міжнародного права, оскільки він посилається на заборону Конвенцією ООН про права дитини застосування смертної кари до неповнолітніх, зазначаючи при цьому, що цю конвенцію не підписано саме США та Сомалі. Також в цьому рішенні суддя зазначає, що залишилось тільки 7 держав, які коли-небудь застосовували смертну кару до неповнолітніх, та оскільки кожна з цих держав згодом скасувала відповідну норму США залишилась єдиною країною, що застосовує таке покарання як смертна кара до неповнолітніх. Далі в цьому рішенні суд звертається до досвіду Великобританії, яка скасувала такий вид покарання до набуття чинності міжнародних норм. І саме така порівняльна інтерпретація є найдоречнішою, оскільки США та Великобританія застосовують однакову правову систему та тісно пов'язані історично. Таким чином, можливо виділити основні принципи порівняльної конституційної інтерпретації: 1) норма, яка підлягає тлумаченню є загальновизнана та обов'язкова для більшості країн світу; 2) при інтерпретації звертаються до досвіду країн зі спільними цінностями та однієї правової системи.

Іншою справою, в якій застосовувалась порівняльна конституційна інтерпретація стала справа «Washington v. Glucksberg» [4], яка піднімала питання законності застосування евтаназії. В цій справі судом застосовано різноманітні підходи до власної аргументації: історичний (в моменті, коли судом наголошується, що протягом 700 років таке діянні визнавалось караним в англо-саксонській правовій системі) [4, с. 711]. Потім суд вдається до застосування досвіду Нідерландів, за результатами опитування якої уряд прийшов до висновку, що повна заборона евтаназії унеможливлює зловживань цим правом іншими особами, які є просто вразливою категорією громадян. Таким чином, в цій справі суд посилався не лише на іноземне право, а й на практику його застосування, посилюючи завдяки цьому свою позицію. Це є ще одним методом порівняльної інтерпретації – саме звернення не тільки до норм, а й до досвіду їх застосування, що розкриває широкий потенціал до застосування порівняльної конституційної інтерпретації. Водночас варто зазначити, що умови в різних державах є різними, а отже не варто забувати про індивідуальний підхід. Так, наприклад, якщо в Швейцарії евтаназія дозволена та показує позитивні результати її застосування, то це абсолютно не означає, що в Україні в даний момент її розвитку вона буде мати такий же позитивний ефект. Хоча про США і склалося уявлення як про країну, що відрізняється винятковістю у застосування права, принаймні в тому, що англо-саксонську систему застосовують меншість країн, все одно в судових рішеннях використовується порівняльна інтерпретація. Неочікуваним прикладом застосування цього підходу є його застосування у ПАР, де на рівні Конституції закріплена можливість вдаватись до порівняльної конституційної інтерпретації. Таким чином Конституція ПАР закріплює обов'язок суду враховувати норми міжнародного права при винесенні рішення. Як зазначає А. Лоліні південноафриканська доктрина пояснює існування такої норми трьома основними причинами: по-перше, необхідність міжнародної легітимності норм для світового та економічного визнання ПАР рівноцінним суб'єктом правовідносин; по-друге, під час перегляду права Південно-африканського союзу законодавець вирішив формувати конкретну форму історичної інтерпретації Конституції за допомогою використання досвіду інших держав; по-третє, правова система ПАР зазнала значної трансформації, оскільки вперше запроваджувала поняття судового перегляду. Оскільки на даному етапі будувалась нова судова система, водночас запроваджувалась конституційна юстиція [5, с. 60].

Отже, запровадження такої норми в Конституції було зумовлене абсолютною трансформацією до такої правової системи, яка б захищала б права та свободи людини та визнавалась іншими країнами світу. Оскільки в такому процесі надзвичайно важливими є контролюючі органи, то фундаментальним рішенням стало рішення створення Конституційного суду. Однак, варто зазначити, що для ефективного функціонування такого органу необхідно напрацювати власну практику і досвід, на основі яких буде реформуватись судова система. Якщо в США для порівняльної інтерпретації суди звертаються до країн за аналогічною правовою системою, то ПАР заздалегідь передбачили таку можливість в своїй конституції, оскільки звертатись до досвіду старої правової системи вже не видається можливим. Тому можна зробити висновок, що для нових держав, або держав, що зазнають значної трансформації в світлі застосування прав та свобод людини і потребують створення нової правової системи, доцільним є використання методу порівняльної конституційної інтерпретації.

Халмай Г. в своїх наукових працях розкриває проблему застосування права іноземних держав при конституційній інтерпретації [6]. В своїх працях він неодноразово розглядав легітимність використання іноземного права в національних правових системах. Він узагальнює погляди науковців з цього питання до трьох груп: 1) ті науковці, що виступають «за» порівняльну конституційну інтерпретацію; 2) ті, хто не заперечує порівняльну конституційну інтерпретацію, але підтримують індивідуалізований підхід; 3) ті, хто вважають, що застосовувати порівняльну конституційну інтерпретацію недоцільно, оскільки

краще застосовувати історичний метод тлумачення [6, с. 1330–1333]. В своїх працях науковець за результатами аналізу практика різних країн, таких як Ізраїль, Угорщина, доходить висновку, що якими б захищеними не були б норми національного права, в силу міжнародних зв'язків держав утворюються транснаціональні норми, що унеможливлює заперечення доцільності використання порівняльної конституційної інтерпретації. Автор зауважує, що питання, чи це виллється у створення «транснаціонального конституціоналізму» або перетворення міжнародного суспільства на конституційне досі є відкритими, проте тенденція до цього спостерігається [6, с. 1346–1347]. Подібні висновки робить і Саундерс Ч., вона наголошує, що практика застосування іноземного конституційного досвіду набуває все більшого поширення. Вона пояснює це глобалізаційними процесами, більшим доступом до взаємодії між собою держав, та зростаючим сприйняттям переваг транспарентності [7, с. 590]. Водночас вчена вбачає і певні проблеми в цих процесах: 1) легітимність такого застосування, оскільки жодна держава не може офіційно на конституційному рівні визнати норми і рішення іноземної держави обов'язковими до застосування на своїй території; 2) наскільки суд адекватно і правильно сприймає результати зарубіжного досвіду, тобто наскільки суд об'єктивно їх сприймає з урахування геополітичних, економічних та соціальних чинників тієї чи іншої країни, адже такі висновки не повинні базуватись лише на подібності норм, що тлумачаться. Цікавим є висновок Саундерс Ч., щодо того, що держави з прецедентною правовою системою частіше звертаються до права зарубіжних країн, що звучить абсурдно, з огляду на принцип такої системи. Але автор достатньо логічно пояснює це тим, що в таких країнах є широкий простір для суддів щодо аргументації своєї позиції в судових рішень, тому судді крім посилання на аналогічні справи може також посилатись на досвід зарубіжних країн. Ще однією причиною є активна змагальність судового процесу, в якому сторони не обмежені в аргументації своєї позиції досвідом іноземних країн. На противагу, в країнах романо-германської правової системи судді стикаються з проблемою винесення рішень лише на підставі норм закону. Слушним є зауваження Сітараман Г., щодо того, що під час кожного використання норм іноземного права обов'язковими до застосування є наступні чинники: конституції обох держав виражають універсальні демократичні цінності, що є значні методологічні проблеми при використанні іноземного права та що іноземне право може бути корисним, коли це необхідно, для конституційної інтерпретації [8, с. 11].

На наше переконання відмінністю між раціональним використанням норм іноземного права та зловживання таким використанням є належна аргументація доцільності такого використання з посиланням на норми національного права. Наприклад одним із способів, описаних в працях Сітараман Г. є агрегація. Застосовуючи цей метод можна шляхом належного обґрунтованого застосування аргументувати позицію необхідності використання права іноземних країн, шляхом узагальнення практики декількох демократичних держав зі ідентичними конституційними нормами, тобто аргументувати своє рішення на користь широкого застосування таких норм. Особливо це стає актуальним, коли норми національного права мають слабку аргументацію і судді для компенсації такої слабкості може застосовуватись переконливий досвід іноземного права. Згадуючи рішення «Roper v. Simmons», при використанні іноземного права варто задати собі таке ж питання: «чи можна було дійти до такого висновку не знаючи практики іноземних держав?». Якщо відповівши на це питання рішення можна вважати легітимним та достатньо обґрунтованим, то така порівняльна інтерпретація не була зловживанням.

Протистояння прихильників та тих, хто заперечує можливість застосування порівняльної конституційної інтерпретації розгортається не лише в правовій доктрині, але і в судовій практиці. Так, наприклад, Верховний суд США в рішенні «Atkins v. Virginia» [9] аналізує лише попередню національну практику, в якій аргументовано неконституційність смертної кари для осіб з розумовою відсталістю, натомість в рішенні «Lawrence v. Texas» [10] про визнання неконституційним законів щодо заборони приватних гомосексуальних стосунків суд застосовує і історичний метод (аргументує розвитком права США за останні 50 років), посилається на законодавчі зміни в Великобританії, практику ЄСПЛ. Автор також наводить як приклад справу «Printz v. UnitedStated» [11], де суддя викладаючи окрему думку посилається на розподіл повноважень у ФРН та Європейському Союзі, і низку інших справ [12, с. 300–305].

Прихильником доцільності застосування порівняльної конституційної інтерпретації є і Фінкельман П., який аргументує, що немає нічого нелегітимного в тому, щоб використовувати вже напрацьований досвід інших країн, а не чекати поки сформується власний. Вважаємо таку думку доцільною, для новостворених та нових держав [13, с. 60]. Очевидним є те, що метод порівняльної конституційної інтерпретації набуває все більшого поширення в історії сучасного конституціоналізму та стає одним із головним питань для дискусій в конституційній доктрині. Ми вважаємо, що його застосування є доцільним та корисним з точки зору розвитку національного конституціоналізму. Це зумовлене тим, що запозичення досвіду відбувається від держав, що мають схожі цінності, засади охорони прав та свобод людини та громадянина, мають таку ж правову систему та ідентичні конституційні норми. Наприклад питання прав людини є найпоширенішим для вирішення органами конституційної юрисдикції, а тому доцільним є звернення до універсальної усталеної міжнародної практики. Опозиціонери такого погляду посилають на три основні проблеми застосування порівняльної конституційної інтерпретації. По-перше, це легітимність. Звісно, жодна держава не закріпить на конституційному рівні обов'язковість застосування норм іноземної держави, адже формально іноземне право на відміну від іноземного не має жодного відношення до національного права. Це пояснюється тим, що національне законодавство є результатом волевиявлення народу щодо обрання та підтримки законодавця у створенні та прийнятті таких актів. В той же час народ держави не надавав законодавцю право використовувати у нормотворчій та судовій системі норми іноземного права. Однак на цю позицію є контраргумент, який полягає в тому, що при використанні системи стримувань та противагорган конституційної юрисдикції для обмеження влади законодавчої гілки влади в своїх позиціях може посилатись на норми та практику іноземних держав. Таким, чином органи конституційної юрисдикції можуть швидше заповнювати прогалини законодавства, аніж це зробить законодавець. Другою проблемою, що називають опозиціонери є селективність такого методу. Тобто суддя при винесенні рішень, підкріплює свою аргументацію лише тією практикою та тими нормами іноземного права, що підтверджують його позицію, і звісно не наводить контраргументи у вигляді протилежних поглядів іноземної практики на це ж питання. Тобто таким чином суддя використовує лише вигідну для нього порівняльну інтерпретацію. Водночас, варто зазначити, що така проблема може виникати і при використанні лише національних норм права, тому важливо об'єктивно підходити до винесення рішення з дотриманням рівноцінного внутрішньосудового балансу.Третім аргументом є те, що у разі відсутності відповідної норми національного права судді підміняють цю відсутність нормою іноземного права. Водночас, варто зазначити, що тут немає жодних негативних аспектах, оскільки застосування норм іноземного права лише розвиває національні конституційні норми.

Таким чином, сучасна порівняльна конституційна інтерпретація ніби гуртує держави навколо універсальності основних засад конституційного права та підходів до їх розуміння. На прикладі роботи українських судів чудово простежується порівняльна конституційна інтерпретація, оскільки досить популярним є використанням при розгляді справ правових позиції Європейського суду з прав людини. Як відомо, ще 2006 р. був прийнятий Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», ст. 17 якого передбачає, що суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та практику ЄСПЛ як джерело права. Важливою є також Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ № 13 від 19.12.2014. Саме в цій постанові суд наголошує, що принцип верховенства права в кримінально провадженні застосовується з урахуванням вимог практики ЄСПЛ, а також, що таке використання є невід'ємною частиною застосування та імплементації Конвенції [14].

Цікавою є думка Шевчук С.В, щодо того, що саме Конституційному суду України має належати визначна роль в узгодженні практики ЄСПЛ та імплементації її в національну правову систему України, враховуючи різноманітні чинники в Україні, в тому числі і попередню судову практику [1, с. 130]. Як раніше нами і зазначалось, дослідних теж висловлює застереження щодо зловживання порівняльною інтерпретацією, зокрема шляхом підміни об'єктивного бачення при розгляді справа суб'єктивними думками, підсилюючи їх аргументацію досвідом іноземних правових систем. В такому випадку рішення ЄСПЛ можуть бути як нормами права та слугувати належним мотивуванням щодо застосування тих чи інших принципів, так і не відповідати нормам національного законодавства, що не означає, що таке рішення є обов'язковим до виконання в Україні. В аспекті застосування порівняльної інтерпретації слушною є думка Білак М. В. оскільки, автор розглядає цей принцип в контексті подання конституційної скарги. Науковець вбачає позитив в тому, що впроваджуючи принцип дружнього ставлення до міжнародного права КСУ слідує в своїй діяльності міжнародним стандартам, а тому основна мета діяльності судочинства в Україні – захист прав і свобод людини і громадянина, буде досягнуто швидше та більш якісно. В рамках цього принципу Білак М. В. ототожнює міжнародне та європейське право [15, с. 15]. В практиці КСУ вже неодноразово прослідковувалось застосування принципу дружнього ставлення до міжнародного права. Так, за пошуком «Європейський суд» серед всіх актів КСУ знаходить 137 актів, в яких вживалось це словосполучення. А тому можна зробити висновок щодо активного застосування норм міжнародного права в національному судочинстві України. По-перше, Конституційний Суд від початку своєї діяльності застосовує посилання на міжнародне право у своїх актах. Найчастіше це стосується Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., що зумовлено її підвищеною роллю в українській правовій системі, порівнюючиіншими актами міжнародного права та з огляду на роль прав людини в діяльності органу конституційної юстиції.

Застосування порівняльної конституційної інтерпретації є одним з зовнішніх виявів конституційного транснаціоналізму. В ході дослідження встановлено, що в доктрині конституційного права світу сформувалось три категорії науковців, що висловлюють своє ставлення до порівняльної інтерпретації. На нашу думку, порівняльна конституційна інтерпретація є позитивним явищем з урахуванням певних застережень, а саме індивідуалізованого підходу до такого застосування, унеможливлення зловживання такою інтерпретацією в аспекті підсилення своїх позицій та ігнорування опозиційних думок. В ході дослідження встановлено, що країни з принципом виняткового застосування національного права, такі як США впроваджують в своїй діяльності принцип порівняльної інтерпретації, що зумовлено прецедентною системою права, яка в свою чергу не обмежує в суддю в пошуках позицій, що аргументують його позицію. Попри це норми національного права мають вищу силу, що не повинно піддаватись сумнівам. Конституційний суд України продемонстрував активне застосування принципу дружнього ставлення до міжнародного права, але при цьому посилання на норми саме іноземного права зустрічаються лише в окремих думках суддів. Загалом використання порівняльної конституційної інтерпретації є однозначно позитивним явищем в сучасному транснаціональному конституціоналізмі і призводить до розширення рамок національного законодавства та його розвитку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ : Реферат, 2007. 640 с.
2. Гончаров В. В. Динамічне тлумачення юридичних норм. Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України. Львів : СПОЛОМ, 2013. 252 с.
3. Case Roper v. Simmons, 2005. URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/04pdf/03-633.pdf (дата звернення: 26.05.2022).
4. CaseWashington v. Glucksberg, 1997. URL: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/702/case.html#opinion-pdf (дата звернення: 26.05.2022).
5. Lollini A. The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns Based on Foreign Law. URL: https://www.utrechtlawreview.org/ (дата звернення: 30.05.2022).
6. Halmai G. The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation. *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. 2012. С. 1328–1348.
7. Sauders C. Judicial engagement with comparative law. *Research Handbooks in Comparative Constitutional Law*. 2011. С. 571–598.
8. Sitaraman G. The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation. *Harvard Law School Faculty Scholarship Series*. 2008. URL: https://lsr.nellco.org/harvard_faculty/23 (дата звернення: 30.05.2022).
9. Case Atkins v. Virginia, 2002. URL: http://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1503&context=wlucdj (дата звернення: 30.05.2022).
10. Case Lawrence v. Texas, 2003. URL: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/ (дата звернення: 30.05.2022).
11. Case Printz v. United States, 1997. URL: https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/898/ (дата звернення: 30.05.2022).
12. Tushnet M. Referring to Foreign Law in Constitutional Interpretation: An Episode in the Culture Wars.*Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*. 2006. URL: https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/249 (дата звернення: 30.05.2022).
13. Finkelman P. Foreign Law and American ConstitutionalInterpretation. *NYU Annual Survey of American Law*. 2007. URL: https://ssrn.com/abstract=1310733 (дата звернення: 30.05.2022).
14. Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя: Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 13 від 19.12.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-14 (дата звернення: 30.05.2022).
15. Білак М. В. Значення Угоди про асоціацію з ЄС: нові виклика дляконституційного порядку чи послаблення позиції Основного Закону. *Наукові записки НаУКМА: Юридичні науки*. 2017. № 193. С. 12–16.

УДК 342.7(477)(063)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/14

ВИДИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУБ'ЄКТІВ ПІДПРИЄМНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

TYPES OF CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF SUBJECTS ENTREPRENEURIAL ACTIVITY

Олійник А.Ю., к. ю. н., професор,
професор кафедри приватного та публічного права
Інститут права та сучасних технологій
Київського національного університету технологій та дизайну

Стаття присвячена дослідженню видів конституційно-правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності. Проведено аналіз праць таких авторів: С. Архипов, В. Босий, А. Кучеренко, М. Матузов, І. Окунєв, В. Погорілко, Н. Саніахметова, О. Скакун, О. Сурілов, В. Федоренко, І. Федотова. На основі загально-теоретичного, конституційного та іншого галузевого розуміння конституційно-правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності пропонуються висновки і рекомендації. До змісту конституційного правового статусу названих суб'єктів автор пропонує віднести: 1) правосуб'єктність суб'єктів підприємницької діяльності; 2) принципи суб'єктів підприємницької діяльності; 3) права, свободи, обов'язки та юридична відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності; 4) гарантії реалізації відносин між суб'єктами підприємницької діяльності. Серед різних критеріїв групування конституційно-правового статусу суб'єктів підприємництва автором виділяються: 1) форми власності і розглядають конституційно-правовий статус державних і недержавних суб'єктів підприємництва; 2) територіальність щодо існування міжнародного, центрального і місцевого статусу суб'єктів підприємництва; 3) індивідуальної чи колективної діяльності при якій виділяють конституційний правовий статус фізичних осіб-підприємців, юридичних осіб-підприємців та підприємців інших колективів; 4) отримання конкретного результату господарювання де виділяють конституційно-правовий статус підприємців, метою діяльності яких є отримання прибутку або суспільного (соціального) результату. Наголошується на тому, що існують і інші критерії для поділу конституційно-правового статусу суб'єктів підприємництва на види.

Пропонуються подальші напрями здійснення наукових розвідок щодо конституційного правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності.

Ключові слова: конституційно-правовий статус, види, суб'єкти підприємницької діяльності, критерії класифікації, фізичні і юридичні особи.

The article is devoted to the study of the types of constitutional and legal status of business entities. An analysis of the works of the following authors: S. Arkhipov, V. Bosiy, A. Kucherenko, M. Matuzov, I. Okunev, V. Pogorilko, N. Saniahmetova, O. Skakun, O. Surilov, V. Fedorenko, I. Fedotova. Conclusions and recommendations are offered on the basis of general theoretical, constitutional and other sectoral understanding of the constitutional and legal status of business entities. The author proposes to include in the content of the constitutional legal status of the named subjects: 1) legal personality of the subjects of entrepreneurial activity; 2) principles of business entities; 3) rights, freedoms, duties and legal responsibilities of business entities; 4) guarantees of realization of relations between subjects of entrepreneurial activity. Among the various criteria for grouping the constitutional and legal status of business entities, the author distinguishes: 1) forms of ownership and considers the constitutional and legal status of state and non-state business entities; 2) territoriality regarding the existence of international, central and local status of business entities; 3) individual or collective activity in which the constitutional legal status of natural persons-entrepreneurs, legal entities-entrepreneurs and entrepreneurs of other collectives is distinguished; 4) obtaining a specific result of management where the constitutional and legal status of entrepreneurs whose purpose is to obtain a profit or social (social) result. It is emphasized that there are other criteria for dividing the constitutional and legal status of business entities into types. Further directions of scientific research on the constitutional legal status of business entities are proposed.

Key words: constitutional and legal status, types, business entities, classification criteria, individuals and legal entities.

У загальному вигляді конституційно-правовий статус суб'єктів правовідносин характеризується не тільки його поняттям, але й видами. Проблема зв'язана із важливими науковими та практичними завданнями. Наукові питання видів конституційного правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності досліджені з позицій критеріїв для їх класифікації на види. Практичне значення проблеми полягає в реалізації правосуб'єктності, принципів, прав, свобод та обов'язків і гарантій правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності різних видів. Аналіз досліджень і публікацій таких авторів як: С. Архипов, В. Босий, А. Кучеренко, М. Матузов, І. Окунєв, В. Погорілко, Н. Саніахметова, О. Скакун, О. Сурілов, В. Федоренко, І. Федотова та інших свідчить про спробу розв'язання даної проблеми. В дослідженні виділяються невирішені раніше питання загальної проблеми, котрим і присвячується дана стаття.

Метою даної статті є види конституційно-правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності. Для реалізації названої мети слід вирішити такі задачі: а) проаналізувати праці авторів про правовий статус суб'єктів права; б) сформулювати види конституційного правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності; в) запропонувати висновки і рекомендації щодо конституційного правового статусу названих суб'єктів правовідносин.

Питання дослідження видів конституційного правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності потребує аналізу праць ряду авторів. На нашу думку, слід проаналізувати праці авторів щодо видів правового статусу та загальнотеоретичне і галузеве розуміння суб'єктів права та зупинитися на характеристиці видів правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності. Так, С. Архипов розглядає суб'єкт права як явище багатоаспектне і не тотожнє змісту праводієздатности куди він включає правоздатність і дієздатність. Аналіз праці С. Архіпова дає можливість зробити висновок про те, що суб'єкт права і суб'єкт правовідносин поняття не тотожні. До розуміння суб'єкт права він включає: а) правову особистість; б) правову волю; в) єдність багатьох правових зв'язків і відносин; г) цілісну систему правових уявлень, відчуттів, емоцій, переживань (індивідуальна правосвідомість); ґ) вищу соціально-правову цінність, яка визначає в праві всі інші цінності; д) правового діяча, його будь-яку правову активність, що є результатом правових актів, юридичних дій і тому подібне. Він вважає, що багатоаспектність суб'єкта права не виключає єдине його поняття, яке можна визначити як сукупність укладених у спеціальній юридичній формі (юридичної чи фізичної особи) правових якостей особистості [1].

М. Матузов характеризує правовий статус особистості і його зміст в правовій системі суспільства. Правовий ста-

тус особи (фізичної і організацій) характеризуються у взаємодії з демократією, законністю, правопорядком, свободою і відповідальністю особи, правами і обов'язками, соціальною активністю тощо. Він вважає, що правовий статус є частиною соціального статусу особи, урегульованого правовими нормами та виділяє загальний, спеціальний і індивідуальний правовий статус. Головним елементом правового статусу особи виступають її права і обов'язки, що визначають правове становище і роль в суспільстві, міру юридичної свободи і відповідальності, можливих і необхідних діянь особи [2, с. 40–71].

І. Окунєв досліджує загальнотеоретичні засади правового статусу суб'єкта права та визначає правовий статус суб'єкта права як складову частину соціального статусу, що визначає правове становище суб'єкта права щодо інших суб'єктів права, має офіційне визнання з боку держави, формальну визначеність, характеризується системністю, стабільністю та обумовлений існуючою системою суспільних відносин. Суб'єкт права, на його думку, є особа (індивідуальна або колективна), що відповідно до норм права здатна мати права і обов'язки, своїми діями набувати права і нести обов'язки. Поняття «суб'єкт права» та «суб'єкт правовідносин» не є тотожними: суб'єкт права є потенційним учасником правовідносин, що розглядається законодавцем у статичному стані, з погляду володіння ним правосуб'єктністю, а суб'єкт правовідносин є безпосередньо особа, визнана суб'єктом права, але виступаюча в якості вже не потенційного носія суб'єктивних прав та юридичних обов'язків, а дійсного учасника самого процесу дії норм, реалізації правосуб'єктності. Таким чином, поняття «суб'єкт права» не збігається з поняттям «суб'єкт правовідносин» (перше є загальним і первинним, друге – окремим і похідним) [3].

О. Скакун визначає суб'єктів правовідносин як індивідуальних або колективних учасників правовідносин, які на підставі правових норм використовують свою правосуб'єктність у конкретних правовідносинах, тобто реалізують суб'єктивні права і юридичні обов'язки, повноваження і юридичну відповідальність. До видів суб'єктів правовідносин вона відносить: а) індивідуальних, фізичних осіб; б) колективних організацій; в) державу та її територіальні структурні одиниці; г) соціальні спільноти [4, с. 401–402].

О. Сурілов суб'єкта права характеризує як учасника правовідносин і підкреслює необхідність їх мати спеціальну юридичну якість, як правосуб'єтність до змісту якої він включає здатність суб'єкта права бути носієм прав і обов'язків, здійснювати їх нести відповідальність за протиправну їх реалізацію [5, с. 378–379].

Слід також розглянути праці авторів щодо правового статусу галузевого розуміння суб'єктів права. Так, В. Босий розрізняє міжнародний (загальний), конституційний (базовий), галузевий, родовий (спеціальний), індивідуальний правовий статус. До галузевого правового статусу він відносить і адміністративно-правовий статус біженців та інших категорій осіб, що потребують притулку й захисту [6].

В. Погорілко, В. Федоренко конституційно-правові відносини визначають як нормативно закріплені суспільно-політичні відносини, що виникають, змінюються або припиняються внаслідок діяльності чи поведінки суб'єктів конституційно-правових відносин, або ж незалежно від їх волі, як результат певного стану чи статусу і породжують конституційні права і обов'язки учасників цих відносин. Конституційно-правові відносини мають свій юридичний склад, тобто внутрішню взаємоузгоджену структуру взаємопов'язаних основних складових елементів, а саме: суб'єктів, об'єктів, суб'єктивних права і юридичних обов'язки та юридичних фактів. Суб'єкти конституційно-правових відносин вони розглядають як учасників суспільних відносин, наділених конституційною правосуб'єктністю (правоздатністю та дієздатністю), що своєю поведінкою або діяльністю, чи ж перебуванням поза своєю волею в певному правовому статусі чи стані породжують, змінюють і припиняють конституційно-правові відносини. Виділяють такі структурні елементи конституційного правового статусу: 1) правосуб'єктність; 2) систему прав, обов'язків і законних інтересів; 3) систему гарантій прав і обов'язків суб'єктів права; 4) їх юридичну відповідальність [7, с. 74–83].

І. Федотова вважає, що загальна структура правового статусу суб'єктів митних правовідносин включає такі елементи: 1) правові норми (норми конституційного права, які визначають базовий статус та норми митного права як комплексної галузі права); 2) права, свободи, законні інтереси та обов'язки суб'єкта митних правовідносин; 3) правосуб'єктність як основа (передумова) правового статусу; 4) громадянство (для фізичних осіб), резидентство (для юридичних осіб); 5) принципи, гарантії прав і свобод; 6) юридична відповідальність; 7) правовідносини загального (статусного) типу [8].

Одним з видів правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності в цивільно-правових та господарсько-правових відносинах є фізичні і юридичні особи. Суб'єкт господарювання підлягає державній реєстрації як юридична особа чи фізична особа-підприємець у порядку, визначеному законом (ст. 58) [9].

Отже, загально-теоретичне і галузеве розуміння правового статусу суб'єктів права підприємницької діяльності можна охарактеризувати за таким змістом: 1) правосуб'єктність суб'єктів підприємницької діяльності; 2) принципи суб'єктів підприємницької діяльності; 3) права, свободи, обов'язки та юридична відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності; 4) гарантії реалізації відносин між суб'єктами підприємницької діяльності.

Правосуб'єктність суб'єктів права підприємницької діяльності включає в себе правоздатність, дієздатність, деліктоздатність. Правоздатність суб'єкта підприємницької діяльності є його здатність мати суб'єктивні права і юридичні обов'язки. Дієздатність суб'єкта підприємницької діяльності означає його здатність своїми діями здійснювати господарські права і обов'язки. Деліктоздатність суб'єкта підприємницької діяльності є здатністю фізичних і юридичних осіб нести юридичну відповідальність за свою господарську діяльність.

Принципами суб'єктів права підприємницької діяльності є: 1) вільного вибору підприємцем видів підприємницької діяльності; 2) самостійного формування підприємцем програми діяльності, вибору постачальників і споживачів продукції, що виробляється, залучення матеріально-технічних, фінансових та інших видів ресурсів, використання яких не обмежено законом, встановлення цін на продукцію та послуги відповідно до закону; 3) вільного найму підприємцем працівників; 4) комерційного розрахунку та власного комерційного ризику; 5) вільного розпорядження прибутком, що залишається у підприємця після сплати податків, зборів та інших платежів, передбачених законом; 6) самостійного здійснення підприємцем зовнішньоекономічної діяльності, використання підприємцем належної йому частки валютної виручки на свій розсуд (ст. 44) [9].

Суб'єкти господарювання є носіями господарських прав та обов'язків і наділені компетенцією щодо володіння відокремленим майном, ведуть підприємницьку та іншу господарську діяльність, зареєстровані в установленому порядку легітимними, здійснюють керівництво такою діяльністю, набувають суб'єктивних прав чи юридичних обов'язків від свого імені і несуть самостійну майнову і іншу юридичну відповідальність.

Гарантіями реалізації відносин між суб'єктами права підприємницької діяльності є загальні і спеціальні умови і засоби щодо здійснення прав, свобод, обов'язків

та юридичної відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності. Держава гарантує усім підприємцям, незалежно від обраних ними організаційних форм підприємницької діяльності, рівні права та рівні можливості для залучення і використання матеріально-технічних, фінансових, трудових, інформаційних, природних та інших ресурсів (ст. 47) [9].

Існують різні критерії для групування суб'єктів підприємницької діяльності і їх правового статусу. Так, при проведенні досліджень конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність виділяють такі критерії поділу їх на види: а) залежно від гарантій; б) напрямів реалізації; в) обмежень чи заборон; г) за суб'єктами і об'єктами правовідносин; ґ) залежно від території (в середині країни чи за її межами) тощо [10].

А. Кучеренко, характеризуючи конституційне право на підприємницьку діяльність, підкреслює той факт, що реалізація названого конституційного права багато в чому залежить від ефективної діяльності держави по його забезпеченню. На його думку, важливим питанням при дослідженні умов реалізації конституційного права людини і громадянина на підприємництво є легалізація цієї діяльності. Легалізацію діяльності підприємців відносять до адміністративних заходів, оскільки вона полягає у державній реєстрації, видачі ліцензій, отриманні патентів, сертифікації, стандартизації тощо, тобто у процедурах, які встановлені нормативно, є обов'язковими для підприємця та реалізуються через діяльність державних органів. З метою створення сприятливих умов для розвитку підприємництва держава здійснює підтримку підприємництва у таких формах: 1) сприяє організації матеріально-технічного забезпечення та інформаційного обслуговування підприємців, підготовці і перепідготовці кадрів; 2) стимулює інноваційну діяльність, освоєння нових видів продукції та послуг; 3) надає підприємцям цільові кредити; 4) надає підприємцям інші види допомоги [11, с. 39–41].

Н. Саніахметова визначає підприємницьку діяльність як націлену на отримання прибутку економічну діяльність з виробництва товарів, виконання робіт, надання послуг, що володіє самостійним і ініціативним, творчим і інноваційним, систематичним і ризиковим, правомірним і соціально відповідальним характером, здійснюється легітимним суб'єктом, що несе самостійну юридичну відповідальність. Вона характеризує підприємництво за такими критеріями класифікації: 1) предметом діяльності: виробниче і комерційне; 2) суб'єктами підприємництва: фізичними та юридичними особами [12].

Залежно від суб'єктів підприємницької діяльності можна сформулювати такі види галузевого статусу суб'єктів підприємництва: 1) конституційно-правовий статус фізичних осіб-підприємців; 2) конституційно-правовий статус підприємницьких організацій. До конституційно-правового статусу фізичних осіб-підприємців відносяться права і свободи, обов'язки і юридична відповідальність громадян України, іноземців, осіб без громадянства, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані відповідно до закону як підприємці. Конституційно-правовий статус підприємницьких організацій залежно від кількості працюючих та доходів від будь-якої діяльності за рік можуть належати до суб'єктів малого підприємництва (включаючи статус суб'єктів мікропідприємництва), середнього або великого підприємництва.

До конституційного правового статусу суб'єктів мікропідприємництва відносять статус фізичних осіб, зареєстровані в установленому законом порядку як фізичні особи-підприємці, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 10 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 2 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України. Конституційно-правовий статус юридичних осіб, як суб'єктів господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 10 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 2 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України (ст. 55).

Різновидом конституційного правового статусу суб'єктів малого підприємництва є: а) фізичні особи, зареєстровані в установленому законом порядку як фізичні особи-підприємці, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 50 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 10 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України; б) юридичні особи-суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 50 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 10 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України (ст. 55). Видами конституційного правового статусу є суб'єкти великого підприємництва. Це юридичні особи-суб'єкти господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) перевищує 250 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності перевищує суму, еквівалентну 50 мільйонам євро, визначену за середньорічним курсом Національного банку України (ст. 55) [9].

Залежно від права власності розрізняють конституційно-правовий статус державних і недержавних організацій. Видами державних організацій є державні органи, державні підприємства та установи, місцеві державні адміністрації тощо. До недержавних організацій відносять підприємницькі товариства, громадські організації, що займаються підприємницькою діяльністю, підприємницькі кооперативи, органи місцевого самоврядування тощо. Серед підприємницьких товариств виділяють командитні товариства, товариства з повною відповідальністю, товариства з обмеженою відповідальністю, акціонерні товариства та інші.

Отже, існують різні критерії для групування конституційно-правового статусу суб'єктів підприємницьких організацій на різні види залежно від їх форм власності, територіальності, індивідуальної чи колективної діяльності, мети отримання результату тощо. Запропоновані критерії можуть бути використані при групуванні конституційного правового статусу названих суб'єктів.

Підводячи підсумок по дослідженню можемо запропонувати висновки і рекомендації щодо конституційного правового статусу суб'єктів підприємницької діяльності. Так, залежно від: 1) форм власності розглядають конституційно-правовий статус державних і недержавних суб'єктів підприємництва; 2) територіальності існує міжнародний, центральний і місцевий статус суб'єктів підприємництва; 3) індивідуальної чи колективної діяльності виділяють конституційний правовий статус фізичних осіб-підприємців, юридичних осіб-підприємців та підприємців інших колективів; 4) отримання конкретного результату виділяють конституційно-правовий статус підприємців метою діяльності яких є отримання прибутку або суспільного (соціального) результату. Існують і інші критерії для поділу конституційно-правового статусу суб'єктів підприємництва на види. Запропоновані по тексту рекомендації сприятимуть подальшим науковим розвідкам у даному напрямку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Архіпов С. І. Суб'єкт права (теоретичне дослідження). Автореф. дис. доктора юридичних наук. Спеціальність 12.00.01. – теорія і історія держави і права: історія політичних вчень про державу і право. Єкатеринбург : Уральська державна юридична академія, 2005. 46 с.
2. Матузов М. І. Правова система і особистість. Саратов : Вид-во Саратовського університету, 1987. 295 с.
3. Окунєв І. С. Загально-теоретичні засади правового статусу суб'єктів права. Автор. дис. на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. К., 2009. 20 с.
4. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник. 3-те видання. К. : Алерта, 2012. 524 с.
5. Сурілов О. В. Теорія держави і права : навч. посібник. К. ; Одеса : Вища шк., 1989. 439 с.
6. Босий В. П. Адміністративно-правовий статус біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту: теоретичний та праксекологічний аспек : монографія. Київ : Наук. дослід. ін-т. публ. права, 2021. 316 с.
7. Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Конституційне право України : підручник / За заг. ред. В. Ф. Погорілка. К. : Наукова думка; Прецедент, 2007. 344 с.
8. Федотова І. О. Теоретичні аспекти визначення змісту та елементів правового статусу суб'єктів митних правовідносин. *Вісник Академії митної служби України. Сер.: Право.* 2012. № 1. С. 7–12. Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vamsup_2012_1%288%29__1
9. Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2003, № 18, № 19–20, № 21–22. Ст. 144. Поточна редакція від 12.01.2022 р.
10. Олійник А. Ю. Конституційна свобода особи на підприємницьку діяльність в Україні : монографія / А. Ю. Олійник. Київ : КНУТД; Дніпро : ДДУВС, 2021. 256 с.
11. Кучеренко А. В. Конституційне право людини на підприємництво. *Вісник Дніпропетровського університету імені Альфреда Нобеля. Серія «Юридичні науки».* 2013. № 2 (5). С. 39–44.
12. Предпринимательское право в вопросах и ответах : учебное пособие / под ред. Н. А. Саниахметовой. Х. : Одиссей, 2000. 416 с.

УДК 342.7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/15

КОНСТИТУЦІЙНІ ПРАВА ТА СВОБОДИ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА ТА ЇХ ВПЛИВ НА ФОРМУВАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ СИСТЕМИ УКРАЇНИ (ІСТОРИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

CONSTITUTIONAL RIGHTS AND FREEDOMS OF HUMAN AND CITIZEN AND THEIR INFLUENCE ON THE FORMATION OF THE CRIMINAL EXECUTIVE SYSTEM OF UKRAINE (HISTORICAL AND LEGAL ASPECT)

Осауленко А.О., д. ю. н., доцент,
доцент кафедри конституційного права та прав людини
Національна академія внутрішніх справ

Осауленко О.І., к. ю. н., професор,
професор кафедри суспільно-правових дисциплін
Міжнародний економіко-гуманітарний університет імені академіка Степана Дем'янчука

Стаття присвячена дослідженню історико-правових аспектів впливу конституційних прав та свобод людини і громадянина на формування кримінально-виконавчої системи України в контексті міжнародних і європейських правових принципів та норм.

Відправною точкою дослідження став 1996 рік, коли власне й була прийнята нова Конституція України. В статті звернуто увагу на низку важливих зобов'язань у сфері реформування законодавства на основі норм та стандартів Ради Європи, членом якої наша країна стала менш як за рік до прийняття Конституції України.

В статті підкреслюється, що комплекс прав і свобод громадян являє собою певну систему, складовими якої є особисті, громадянські, політичні, соціальні, економічні та культурні права. Саме виходячи із цієї класифікації, було виділено з кожного різновиду перерахованих прав і свобод саме ті із них, які, як вбачається, були найбільш проблемними в плані реалізації їх засудженими.

Звернуто увагу на те, що по відношенню до засуджених в системі особистих конституційних прав і свобод громадян найбільш проблемними для їх практичної реалізації були право на життя, право на повагу людської гідності, право на свободу світогляду і віросповідання.

Під час аналізу політичних прав і свобод зроблено висновок, що відповідно до чинного на той час законодавства засуджені не мали права брати участь у виборах народних депутатів, що зумовлювало питання про законність обмежень виборчого права стосовно цієї категорії громадян і що згодом стало предметом розгляду Конституційного Суду нашої держави.

Серед економічних і соціальних конституційних прав і свобод звернуто на: право на працю; право на належні, безпечні і здорові умови праці, на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом; право на відпочинок; право на соціальний захист; право на охорону здоров'я тощо.

В статті також звернуто увагу на право засуджених на освіту, яке у 1994 році було суттєво обмежене, а після прийняття Конституції України вимагало свого розширення та приведення у відповідність до міжнародних стандартів.

Ключові слова: конституційні права і свободи людини, права і свободи засуджених, Конституція України, національне законодавство, кримінально-виконавча система, засуджений.

The article is dedicated to the study of historical and legal aspects of the influence of constitutional rights and freedoms of a human and citizen on the formation of the criminal executive system of Ukraine in the context of international and European legal principles and norms.

The starting point of the study was 1996, when the new Constitution of Ukraine was actually adopted. The article draws attention to a number of important commitments in the field of legislative reform based on the norms and standards of the Council of Europe, member of which our country became less than a year before the adoption of the Constitution of Ukraine.

The article emphasizes that the complex of rights and freedoms of citizens is a certain system, the components of which are personal, civil, political, social, economic and cultural rights. It is based on this classification, the author determined out of various kinds of the listed rights and freedoms specifically those, which appear to have been the most problematic in terms of their implementation by convicts.

Attention is drawn to the fact that in relation to convicts in the system of personal constitutional rights and freedoms of citizens the most problematic for their practical implementation were the right to life, the right to respect for human dignity, the right to freedom of worldview and religion.

During the analysis of political rights and freedoms it was concluded that according to the legislation in force at that time, convicts were not allowed to participate in elections of people's deputies, which led to the question of the legality of restrictions on suffrage in relation to this category of citizens and which later became the subject of consideration of the Constitutional Court of our state.

Among the economic and social constitutional rights and freedoms the attention is drawn to: the right to work; the right to proper, safe and healthy working conditions, to a salary not lower than that prescribed by law; the right to rest; the right to social protection; the right to health care, etc.

The article also draws attention to the right of convicts to education, which in 1994 was significantly limited, and after the adoption of the Constitution of Ukraine required its expansion and harmonization with international standards.

Key words: constitutional rights and freedoms of human, rights and freedoms of convicts, Constitution of Ukraine, national legislation, criminal executive system, convict.

Постановка проблеми. Починаючи з моменту прийняття Декларації про державний суверенітет, протягом шести років в Україні відбувався процес створення та реформування національної правової системи, однією із складових частин якої стала кримінально-виконавча система, яка повинна була відповідати вимогам як світової, так і Європейської спільноти.

1996 рік став першим роком у відліку історії української державності, коли наша держава стала повноправним членом Ради Європи та взяла на себе низку важливих зобов'язань у сфері реформування законодавства на основі норм та стандартів цієї організації. Одними з основних зобов'язань при вступі до цієї організації були прийняття нової Конституції України, зміна ролі та функцій Генеральної прокуратури відповідно до стандартів Ради Європи, заснування професійної асоціації адвокатів, здійснення судової реформи, осучаснення та виведення кримінально-виконавчої системи із підпорядкування МВС та ряд інших важливих заходів організаційно-правового характеру. В сучасних же умовах відбувається розгляд

питання про вступ України до Європейського Союзу, що, як вбачається, зумовлює актуальність та доречність ретроспективного дослідження еволюції вітчизняної кримінально-виконавчої системи після прийняття в Україні Конституції та вступу до Ради Європи.

Аналіз наукових досліджень. Фундаментальний вплив Основного Закону України на систему законодавства загалом та кримінально-виконавче законодавство зокрема здійснювали В. Б. Авер'янов, С. В. Бобровник, І. Г. Богатирьов, О. І. Богатирьова, О. М. Джужа, А. М. Колодій, С. Л. Лисенков, В. А. Льовочкін, А. Ю. Олійник, В. Ф. Опришко, В. П. Пєтков, П. М. Рабінович, О. В. Скрипнюк, В. Л. Федоренко та інші. Водночас предметного дослідження конституційних прав та свобод людини і громадянина у руслі саме формування та розвитку вітчизняної кримінально-виконавчої системи здійснено не було.

Метою статті є розгляд конституційно-правових питань впливу прав і свобод людини і громадянина, закріплених у 1996 році в Конституції України, на формування вітчизняної кримінально-виконавчої системи в контексті міжнародних і європейських правових принципів та норм.

Виклад основного матеріалу. У прийнятій в 1996 році Конституції України не подається класифікація прав і свобод громадян. В науковій та навчальній літературі існують різні підходи до їх класифікації. З урахуванням власної точки зору ми підтримуємо думку тих учених [1, с. 211–212], які вважають, що комплекс прав і свобод громадян являє собою певну систему, складовими якої є особисті, громадянські, політичні, соціальні, економічні та культурні права. Система цих конституційних норм визначає правовий статус людини і громадянина в Україні. Саме виходячи із цієї класифікації, ми виділимо з кожного різновиду перерахованих прав і свобод саме ті із них, які, на нашу думку, були найбільш проблемними в плані реалізації їх засудженими [2].

Разом з тим, виходячи із загальних принципів права [3, с. 182–183], необхідно зазначити, що користування правами поєднане з відповідальністю людини, з можливими обмеженнями, які визначаються мірою свободи, що встановлена правом. Цей постулат сформульований в ч. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини, згідно з якою кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві [4].

По відношенню до засуджених в системі особистих конституційних прав і свобод громадян, на нашу думку, найбільш проблемними для їх практичної реалізації були наступні:

– право на життя (ч. 1 ст. 27);
– право на повагу людської гідності (ч. 1 ст. 28);
– право на свободу світогляду і віросповідання (ч. 1 ст. 35).

Вбачається, що зазначені права засуджених потребували не тільки більш повної правової регламентації, але вимагали від Державної кримінально-виконавчої служби України здійснення найбільш дієвих організаційно-правових заходів для їх реалізації.

Право на життя, що передбачене ч. 1 ст. 27 Конституції України, є першим з невід'ємних прав людини, що виникло із самої її природи. Без дотримання цього права всі інші права не мають цінності і корисності, тому воно має охоронятись законом [5, с. 80]. У 1995 р. Україна підписала протокол № 6 Європейської конвенції про захист прав і основних свобод людини, який встановлює повне скасування смертної кари. Це, в свою чергу, означає, що після ратифікації зазначеного протоколу смертна кара повинна бути скасованою. Відповідно перед кримінально-виконавчою системою України постало питання правової регламентації виконання нового виду кримінальних покарань – довічного позбавлення волі.

Згідно з ч. 1 ст. 28 Конституції України, кожен має право на повагу до його гідності. Як зазначають П. М. Рабінович та М. І. Хавронюк, гідність є моральною властивістю людини, яка відображає її унікальну неперевершену цінність [6, с. 107]. Своєрідність честі і гідності як об'єктів конституційної охорони полягає в тому, що ці цінні особисті блага захищаються не тільки за допомогою основного права на честь і гідність, але і всією системою особистих конституційних прав. Порушення будь-якого з них, як правило, розглядається і як посягання на честь і гідність громадянина [7, с. 34–36]. На перший погляд, стосовно засуджених – то це їх конституційне право було захищене статтею 1 чинного на той час Виправно-трудового кодексу (далі – ВТК) України, якою передбачалось, що виконання покарання не має на меті заподіяння фізичних страждань або приниження людської гідності засудженого. Разом з тим, як зазначалось в юридичній літературі, в установах виконання покарань створювались такі матеріально-побутові умови тримання, які не сприяли усвідомленню особою власної гідності та не орієнтували її на повагу до себе й до оточуючих: переповнення деяких установ, убогі і брудні приміщення та інтер'єри виправних колоній, недостатнє матеріальне, побутове та медичне обслуговування, форма одягу, – усе це – неповний перелік тих рис, які були притаманні умовам відбування покарання у виді позбавлення волі [8, с. 9].

Вбачається, що право на охорону гідності кожного засудженого повинно було стати обов'язком персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України поважати гідність засудженого, тобто:

– ніщо не може бути підставою для його приниження;
– будь-які заходи впливу на поведінку засудженого не повинні спрямовуватися на приниження його гідності;
– потрібно уважно, безкорисливо ставитися до задоволення прав і інтересів кожного засудженого;
– необхідно неухильно дотримуватися етичних норм у поводженні з засудженими.

Одночасно на законодавчому рівні необхідно було забезпечити у повному обсязі поширення на засуджених конституційних гарантій на заборону піддання їх катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує їх гідність, поводженню чи покаранню (ч. 2 ст. 28 Конституції України).

В комплексі основних особистих прав і свобод особливе місце займає право на свободу світогляду і віросповідання. Це право включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культи і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність (ч. 1 ст. 35 Конституції України).

Однією із найбільш важливих гарантій свободи совісті в Україні є відокремлення церкви і релігійних організацій від держави. Жодна релігія не може бути визнана державою як обов'язкова (ч. 3 ст. 35 Конституції України).

Для громадян України дія ст. 35 Конституції забезпечувалась Законом «Про свободу совісті та релігійні організації» від 23 квітня 1991 р. Позитивним у цьому законі було й те, що ст. 21 визначено, що богослужіння та релігійні обряди в місцях попереднього ув'язнення і відбування покарання проводяться на прохання громадян, які перебувають в них, або за ініціативою релігійних організацій. Адміністрація установ сприяє цьому, бере участь у визначенні часу та інших умов проведення богослужіння, обряду та церемонії.

Розглядаючи зміст зазначеної статті в якості законодавчої основи діяльності релігійних організацій в органах і установах кримінально-виконавчої системи, варто зазна-

чити, що зміст цього закону не здобув подальшого розвитку в кримінально-виконавчому законодавстві, зокрема у ВТК України. Таким чином, доходимо висновку, що з метою реалізації ст. 35 Конституції України право на свободу совісті засудженим мало бути чітко зафіксоване в майбутньому Кримінально-виконавчому кодексу (далі КВК) України, а потім конкретизовано у відповідних підзаконних актах.

В системі політичних прав і свобод варто виділити ч. 1 ст. 38 Конституції України, яка передбачає право громадян брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Це конституційне право громадян України на момент прийняття Конституції регламентувалось Законами України «Про вибори народних депутатів України» від 18 листопада 1993 року, «Про внесення змін і доповнень до Закону Української РСР «Про вибори Президента Української РСР» від 24 лютого 1994 року, «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» від 3 липня 1991 року, «Про вибори депутатів і голів в сільських, селищних, районних, міських, районних у містах, обласних Рад» від 24 лютого 1994 року.

В частині 4 статті 2 Закону України «Про вибори народних депутатів України» від 18 листопада 1993 р. було зазначено, що здійснення виборчого права зупиняється на відповідний період для осіб, які за вироком суду перебувають в місцях позбавлення волі. Тож робимо однозначний висновок, що брати участь у виборах народних депутатів засуджені не мали права. Однак з прийняттям нової Конституції України виникло питання про законність обмежень виборчого права стосовно засуджених, яке згодом стало предметом розгляду Конституційного Суду нашої держави.

Серед економічних і соціальних конституційних прав і свобод ми виділяємо ті із них, які були найбільш проблемними в контексті реалізації стосовно засуджених. Зокрема, до таких прав і свобод ми відносимо:

– право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку громадянин вільно обирає або на яку вільно погоджується (ч. 1 ст. 43);

– право на належні, безпечні і здорові умови праці, на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом (ч. 4 ст. 43);

– право для кожного, хто працює, на відпочинок (ч. 1 ст. 45);

– право на соціальний захист (ч. 1 ст. 46);

– право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування (ч. 1 ст. 49).

Коротко охарактеризуємо перераховані конституційні права громадян України та визначимо проблемні питання їх реалізації стосовно засуджених.

Чотири перших виділених нами конституційних прав громадян є взаємопов'язаними і тому їх зміст та проблеми реалізації стосовно засуджених ми розглядатимемо у комплексі.

Розглядаючи економічні права громадян, варто виділити право на працю, яке, на відміну від обов'язку засудженого працювати (ст. 49 ВТК України), прямо не було передбачено у законодавстві. Тому, керуючись ч. 1 ст. 43, це конституційне право засуджених мало бути зафіксованим у майбутньому КВК України.

Право на працю органічно взаємопов'язано з правом на відпочинок (ч. 1 ст. 45 Конституції України), так як, крім трудової діяльності, людина повинна використовувати певний час на задоволення потреб людського організму – сон, харчування тощо.

Конституційне право на відпочинок деталізується і розвивається у трудовому законодавстві України (ст.ст. 66–71, 73–77, 83, 84, 202, 208–211 КЗпП).

Аналізуючи систему економічних прав засуджених, ми дійшли висновку, що серед цих прав право на відпочинок зазнало найбільших обмежень, порівнюючи з правом законослухняного громадянина. Зокрема, обмеження, які були передбачені ст. 50 ВТК України, полягали в тому, що при восьмигодинному робочому дні засудженому надається для відпочинку тільки один день на тиждень, тобто у засуджених робочий тиждень дорівнював 48 годинам, а у законослухняних громадян – 40 годинам. Це перше обмеження. Другим суттєвим обмеженням права засуджених на відпочинок було передбачене ч. 5 ст. 50 ВТК позбавлення засуджених права на відпустку.

Перераховані обмеження, на нашу думку, також суперечили п. 75 Мінімальних стандартних правил поводження з в'язнями (далі МСП), де передбачено, що максимальна тривалість робочого дня або тижня встановлюється законом або на підставі адміністративних постанов з урахуванням місцевих правил та звичаїв у сфері умов праці вільних робітників. Тобто тривалість робочого тижня засуджених не повинна була перевищувати тривалості робочого тижня інших громадян. Саме такий шлях обрала більшість країн Західної Європи.

Важливою умовою всебічного розвитку громадян України є їх право на охорону здоров'я та медичну допомогу, передбачене ч. 1 ст. 49 Конституції України. Зазначене право поширюється і на засуджених до різних видів кримінальних покарань. Так, ст. 76 ВТК України безпосередньо передбачала, що лікувально-профілактична і протиепідемічна робота у місцях позбавлення волі організовується і проводиться відповідно до законодавства про охорону здоров'я. Порядок надання особам, позбавленим волі, медичної допомоги, використання лікувальних закладів органів охорони здоров'я і залучення до цієї справи їх медичного персоналу визначалось Міністерством внутрішніх справ і Міністерством охорони здоров'я України на підставі Основ законодавства України про охорону здоров'я, прийнятими Верховною Радою України 19 листопада 1992 р. та міжвідомчих нормативно-правових актів.

Протягом п'яти років незалежності нашої держави стан справ з медичним обслуговуванням засуджених до позбавлення волі суттєво не поліпшувався, а тому з метою більш ефективної реалізації ст. 49 Конституції України необхідно було здійснити цілий ряд організаційних, соціально-економічних, медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних заходів, спрямованих на суттєве поліпшення якості медичного обслуговування ув'язнених.

В системі прав і свобод громадян важливе місце займає їх право на житло, що передбачено ст. 47 Конституції України. Це право, на нашу думку, є одним із аспектів розширення правового статусу громадянина і елементом його цивільної правосуб'єктності. Оскільки засуджені в межах закону залишаються суб'єктами цивільного права, названа конституційна норма повинна була сприяти поліпшенню гарантій житлових прав осіб, які не проживають на своїй житловій площі внаслідок арешту та відбування покарання. Загальною підставою для позбавлення громадянина права користування житловим приміщенням державного фонду була його відсутність без поважних причин в приміщенні, яке він займає, більше шести місяців. Аналіз ст. 71 Житлового кодексу України показує, що законодавець не відносив до поважних причин перебування особи більше шести місяців під вартою чи в місцях позбавлення волі.

З метою реалізації ст. 47 Конституції України потрібно було внести зміни у житлове, цивільне та кримінально-виконавче законодавство, які передбачали б систему юридичних гарантій для засуджених по збереженню житла після їх звільнення. Відсутність таких гарантій значно ускладнювала адаптацію засуджених після звільнення, що в значній мірі негативно впливало на рецидивну злочинність.

В системі культурних конституційних прав і свобод особливе місце займає право на освіту, яке регламентоване ст. 53 Конституції України. Вбачається, що освіту можна вважати ядром культурних прав громадян. Ця думка базується на тому, що в сучасному світі освіта стає однією з найбільш важливих умов всебічного розвитку особи і передумовою здійснення багатьох конституційних прав та свобод.

Конституційне право засуджених на освіту до липня 1994 р. в Україні досить детально регламентувалось ст.ст. 59–64 ВТК України. Однак після зазначеного терміну Законом України від 27 липня 1994 р. «Про внесення змін і доповнень до законодавчих актів України щодо врегулювання деяких питань, пов'язаних з умовами відбування покарання засудженими», ст.ст. 63–64 ВТК України були скасовані, а ст.ст. 59–61 – викладені в значно скороченому вигляді, що суттєво обмежило конституційне право засуджених до позбавлення волі на освіту. Тому з метою реалізації ст. 53 Конституції України право засуджених на освіту повинно було бути відновлене у законодавстві в більш повному обсязі. Такий категоричний висновок випливає не тільки з вимог зазначеної статті Конституції, але і міжнародних стандартів прав і свобод громадян та стандартів поведінки з ув'язненими. Про це, зокрема, наголошено у статті 26 Загальної декларації прав людини та в п. 77 МСП, де зазначається, що навчання в'язнів необхідно по можливості погоджувати з діючою в країні системою освіти з таким розрахунком, щоб особи, які звільняються, могли навчатись і далі без ускладнень.

Незважаючи на високі конституційні стандарти прав і свобод людини і громадянина, демократичності державного управління, захисту громадян тощо, які були зафіксовані в Конституції 1996 року, далеко не всі з них реалізуються на практиці в сучасній Україні.

Вищезазначене в повній мірі відноситься і до проблеми ефективного правового регулювання та практичної реалізації норм Конституції України по відношенню до засуджених.

Висновки. На підставі викладеного можна дійти висновку, що з метою реалізації норм Конституції 1996 р. нашій державі протягом наступних років необхідно було здійснити низку правотворчих заходів у сфері функціонування кримінально-виконавчої системи з таких напрямків: 1) скасування смертної кари; 2) конкретизація права засуджених на свободу совісті; 3) забезпечення реалізації засудженими свого активного виборчого права; 4) приведення у відповідність з Конституцією та чинним трудовим законодавством забезпечення права засуджених на працю та відпочинок; 5) скасування в житловому законодавстві обмеження права засуджених та арештованих на житло; 6) забезпечення засудженим права на освіту в повному обсязі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Конституційне право України : підручник / за ред. В. Л. Федоренка. Київ : КНТ, Видавництво Ліра-К, 2011. 532 с.
2. Осауленко А. О. Конституційні засади формування кримінально-виконавчого права в Україні. *Конституція України: зміни чи нова редакція* : матеріали кругл. стол., м. Київ, 24 черв. 2011 р. Київ, 2011. С. 128–132.
3. Гіда Є. О., Білозьоров Є. В., Завальний А. М., Осауленко А. О. Теорія держави та права : підручник / за заг. ред. Є. О. Гіди. Київ : ФОП О. С. Ліпкан, 2011. 576 с.
4. Загальна декларація прав людини. *Права людини. Міжнародні договори України, декларації, документи* / упоряд. Ю. К. Качуренко. Київ, 1992. С. 18–24.
5. Коментар до Конституції України / за заг. ред. В. Ф. Опришка. Київ, 1996. 368 с.
6. Рабінович П. М., Хавронюк М. І. Права людини і громадянина : навч. посіб. Київ : Атіка, 2004. 464 с.
7. Назаров В. В. Конституційні права людини та їх обмеження у кримінальному процесі України : монографія. Харків : ТД «Золота Миля», 2009. 400 с.
8. Проблеми забезпечення прав засуджених у кримінально-виконавчій системі України / за заг. ред. Є. Ю. Захарова. Харків : Права людини, 2009. 368 с.

УДК 342.4
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/16

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ВЕРХОВНОГО ГОЛОВНОКОМАНДУВАЧА ЗБРОЙНИХ СИЛ

FOREIGN EXPERIENCE OF LEGISLATIVE ENSURING THE POWERS OF THE SUPREME COMMANDER-IN-CHIEF OF THE ARMED FORCES

Приполова Л.І., к. ю. н.,
провідний науковий співробітник
науково-дослідного відділу проблем військового законодавства
Центру воєнно-стратегічних досліджень
Національний університет оборони України імені Івана Черняховського

У статті розглянуто особливості законодавчого врегулювання повноважень Верховного Головнокомандувача Збройних Сил в зарубіжних країнах. Актуальність проблематики обумовлена вагомою роллю глави держави у світлі повномасштабної збройної агресії Російської Федерації проти України. Крім того, зазначено про розпорошеність норм законодавства, які встановлюють повноваження для Верховного Головнокомандувача Збройних Сил України в декількох законах України. Зазначено, що порівняльно-правове осягнення проблематики крізь огляд особливостей законодавчого врегулювання повноважень Президента як Верховного Головнокомандувача ЗС в зарубіжних країнах, зможе сформулювати позитивний й перспективний для законодавства України досвід.

В контексті дослідження проблематики, здійснено аналіз законодавчих норм ряду держав, зокрема наведено досвід: Франції (оборонного кодексу), США (Закону «Про національну безпеку»), Болгарії (Конституції, Закону «Про оборону та Збройні Сили республіки Болгарія»), Узбекистану (Закону «Про оборону»), Киргизстану (Закону «Про оборону та Збройні Сили Киргизької Республіки»), Литви (Конституції, Законів «Про стан війни», «Про основи національної безпеки», «Про збройну оборону і спротив агресії»), Латвії (Конституції, Закону «Про національну безпеку»), Хорватії (Конституції, Закону «Про оборону»).

Підсумовано, що досвід Болгарії, Латвії, Литви, Хорватії, Узбекистану, Киргизстану та інших держав є позитивним з точки зору способу закріплення статусу й визначення повноважень Президента як Верховного Головнокомандувача. Тому, одним із перспективних напрямків для розвитку законодавства України у сфері оборони, вбачається деталізація й уніфікація в одному із законів України повноважень Верховного Головнокомандувача Збройних Сил України для оптимізації й упорядкування змісту, обсягу його повноважень.

Ключові слова: Президент, Верховний Головнокомандувач, Збройні Сили, повноваження, законодавча регламентація.

The article considers the peculiarities of the legislative regulation of the powers of the Supreme Commander-in-Chief of the Armed Forces in foreign countries. The urgency of the issue is due to the important role of the head of state in light of the full-scale armed aggression of the Russian Federation against Ukraine. In addition, it is noted that the norms of legislation that establish powers for the Supreme Commander-in-Chief of the Armed Forces of Ukraine are scattered in several laws of Ukraine. It is noted that the comparative legal understanding of the issue through the review of the peculiarities of the legislative regulation of the powers of the President as the Supreme Commander of the Armed Forces in foreign countries, will be able to formulate a positive and promising experience for Ukrainian legislation.

In the context of the study, the analysis of legislation of a number of countries, including the experience of: France (Defense Code), USA (Law «On National Security»), Bulgaria (Constitution, Law "On Defense and Armed Forces of the Republic of Bulgaria"), Uzbekistan (Law "On Defense"), Kyrgyzstan (Law "On Defense and the Armed Forces of the Kyrgyz Republic"), Lithuania (Constitution, Laws "On the State of War", "On Fundamentals of National Security", "On Armed Defense and Resistance to Aggression"), Latvia (Constitution, Law on National Security), Croatia (Constitution, Law on Defense).

It is concluded that the experience of Bulgaria, Latvia, Lithuania, Croatia, Uzbekistan, Kyrgyzstan and other countries is positive in terms of the way of consolidating the status and defining the powers of the President as Supreme Commander. Therefore, one of the promising areas for the development of Ukrainian legislation in the field of defense is the detailing and unification in one of the laws of Ukraine of the powers of the Supreme Commander-in-Chief of the Armed Forces of Ukraine to optimize and streamline the content and scope of his powers.

Key words: President, Supreme Commander-in-Chief, Armed Forces, powers, legislation.

Актуальність теми. Основні світові геополітичні процеси сьогодні переповнені кризовими ситуаціями та ескалацією військової напруженості. Україна безпосередньо опинилася в ситуації повномасштабної збройної агресії, яка безсумнівно вимагає максимальної готовності держави до спротиву та відсічі. Важлива роль та місце у протистоянні такій агресії належить Президенту України, адже відповідно до Конституції України, Президент України акумулює в собі статус глави держави, гаранта державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина, Верховного Головнокомандувача (далі – ВГ) Збройних Сил України і Голови Ради національної безпеки та оборони України. Водночас, вагомі повноваження Президента України як ВГ Збройних Сил України (далі – ЗС України) не зосередженні в одному законі, а знайшли своє закріплення у ряді Законів України (серед яких «Про національну безпеку України», «Про оборону України», «Про основи національного спротиву», «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення окремих питань виконання військового обов'язку та ведення військового обліку»).

Перехід російсько-української війни із повільного перебігу в активну фазу (повномасштабну збройну агресію) з 24 лютого 2022 року активізував законодавчий процес, особливо у сфері оборони. В той же час, реалізація сьогодні повноважень ВГ ЗС України також певною мірою потребує створення не двозначного правового механізму із чіткою правовою регламентацією. Зазначене в першу чергу вимагає взаємосумісності положень законодавчих актів у сфері оборони України.

Слід відмітини, що дискусії щодо повноважень суб'єктів у сфері безпеки й оборони та Президента зокрема, в науковому колі вели такі науковців як: Ю. Барабаш, В. Горбулін, І. Доронін, В. Зьолка, О. Котляренко, А. Кудряченко, В. Ліпкан, Ю. Марчук, С. Мельник, Є. Нікіпєлова, В. Пашинський, С. Поляков, П. Рудик, Г. Ситник, В. Скрипнюк, В. Сухонос, Ю. Тодика та інші. В той же час, для наукового пошуку актуальною є проблематики регламентації й реалізації повноважень ВГ ЗС України, що вкрай необхідно сьогодні. Одним із елементів побудови пропозицій до вирішення проблематики є такий цінний метод як компаративний аналіз. Саме порівняльно-правове осягнення проблематики крізь огляд особливостей законодавчого врегулювання повноважень

Президента як ВГ ЗС в зарубіжних країнах, зможе сформулювати позитивний й перспективний для законодавства України досвід, що і є **метою даної статті**.

Забезпечення національної безпеки Франції в сучасних умовах має свої особливості. Саме Франція відрізняється від інших країн наявністю оборонного кодексу, який представляє собою кодекс з метою об'єднання законодавчих та нормативних положень про національну оборону, був частиною програми кодифікації 1996 року і створений Постановою 2004–1374 від 20 грудня 2004 року, ратифікованою Законом № 2005-1550 від 12 грудня 2005 року. Зокрема, в статті L1121-1 Титулу II (Президент Республіки, Командуючий ЗС) зазначено, що Раду оборони та національної безпеки а також її окремі чи спеціалізовані формування, зокрема Національна рада по розвідці, очолює Президент республіки, якого може заміщати Прем'єр-міністр [1].

Досліджуючи досвід США щодо публічного адміністрування в сфері національної безпеки, Мосейко А. Г. та Негодченко В. О. зазначали наступне: Закон «Про національну безпеку» містить значну кількість положень стосовно національної розвідки; всі рішення в галузі національної безпеки приймає Президент США, повноваження якого визначені в Конституції США, він є головнокомандувачем збройними силами; головою виконавчої влади; основним дипломатом, який відповідає за стан відносин США з іншими країнами. Цікаво, що Головною структурою в Раді національної безпеки США є Національне розвідувальне співтовариство США, основною функцією якого є забезпечення керівництва країни достовірною інформацією для вирішення завдань зовнішньої політики, використання ЗС, прийняття рішень в кризових ситуаціях, керівництва ЗС. До того ж остаточне рішення щодо вибору з багатьох альтернатив із визначення національних інтересів і національних цілей США при розробці військової стратегії, належить Президенту [2, с. 325–327]. Загалом, огляд самого змісту Закону США «Про національну безпеку» дозволяє охарактеризувати його як такий, в якому переважають норми щодо організації розвідувальної діяльності та забезпечення антитерористичних заходів. В положенні розділу 101 (50 U. S. C. § 402, (a), зазначено, що «…Президент Сполучених Штатів головує на засіданнях Ради... Функція Ради полягає в тому, щоб консультувати Президента щодо інтеграції внутрішньої, зовнішньої та військової політики, що стосується національної безпеки, щоб дати можливість військовим службам та іншим відомствам та агентствам уряду більш ефективно співпрацювати в питання, що стосуються національної безпеки…» [3].

Конституція Республіки Болгарія встановлює, що Президент як ВГК – призначає та звільняє вищий командний склад ЗС; очолює Консультативну раду національної безпеки; оголошує загальну або часткову мобілізацію за пропозицією Ради Міністрів; оголошує стан війни при збройному нападі на країну або при необхідності невідкладного виконання міжнародних зобов'язань, а також при військовому або іншому надзвичайному стані, коли Народні Збори не засідають (стаття 9) [4]. Законом Республіки Болгарія «Про оборону та Збройні Сили республіки Болгарія» [5] (стаття 2) більш конкретизовано визначено ті завдання, що покладені на Президента саме у разі воєнного конфлікту чи війни, серед яких: «…1. оголошувати воєнний стан у разі збройного нападу на країну або у разі необхідності термінового виконання міжнародних зобов'язань, у випадку військових чи інших надзвичайний стан, коли Національні збори не засідають; 3. керувати Верховним командуванням, видавати акти щодо підготовки країни та ЗС до війни та проведення військових дій; 4. реалізовувати плани воєнного часу за поданням Ради Міністрів; …».

Натомість Закон Республіки Узбекистан «Про оборону» [6] у ст. 7 визначає, що керівництво обороною та ЗС здійснює Президент як Верховний головнокомандувач ЗС. Цікаво що у воєнний час міністр оборони Узбекистану одночасно є заступником Верховного Головнокомандувача ЗС. Варто позитивно відмітити виділення в окрему статтю повноважень Президента у сфері оборони, які визначені у ст. 8. У згаданій статті встановлено, що Президент Республіки Узбекистан – Верховний Головнокомандувач ЗС виконує ряд повноважень, серед яких: «керує діяльністю органів державної влади в області оборони; приймає необхідні міри по забезпеченню обороноздатності республіки, охороні її суверенітету, безпеки та територіальної цілісності; затверджує плати будівництва, застосування і розвитку ЗС, а також інші державні плани і програми по організації оборони; затверджує структуру, склад та дислокацію ЗС та інших військових формувань Республіки на мирний та воєнний час; оголошує у порядку, встановленому Конституцією Республіки Узбекистан, стан війни у разі нападу на республіку або у разі необхідності виконання договірних зобов'язань щодо взаємної оборони від агресії, загальну чи часткову мобілізацію та запроваджує надзвичайний стан на всій території або в окремих місцевостях республіки…» та інші.

Згідно Закону Киргизької Республіки «Про оборону та Збройні Сили Киргизької Республіки» від 24.07.2009 року [7] їхні ЗС є державною воєнною організацією, що призначена для надійного захисту державного суверенітету, територіальної цілісності, конституційного ладу, суспільства і громадян… (ст. 4). Президент як Головнокомандувач ЗС Киргизької Республіки здійснює вище керівництво обороною та ЗС (ст. 7). І саме для забезпечення надійного виконання ЗС своїх обов'язків, цим законом передбачена окрема стаття 11, яка регламентує повноваження Головнокомандувача ВС – Президента Киргизької Республіки. Слід окремо відмітити п. 4 ст. 11, який поміж 19 таких повноважень встановлює, що з введенням воєнного стану Головнокомандувач ЗС – Президент Республіки керує обороною Киргизької Республіки.

Згідно Конституції Республіки Литви, найважливіші питання оборони держави розглядаються та координуються Державною радою оборони, до складу якої входить Президент Республіки. Президент Республіки є Головнокомандувачем ЗС держави (ст. 140). У випадку збройного нападу при виникненні загрози суверенності чи територіальній цілісності держави Президент Республіки негайно приймає рішення про захист від збройної агресії, вводить воєнний стан у всій державі або її частині, голошує мобілізацію і вносить ці рішення для затвердження на найближче засідання Сейму, а в період між сесіями Сейму – негайно скликає позачергову сесію. Сейм затверджує або скасовує рішення Президента Республіки (ст. 142) [8].

Закон Республіки Литви «Про стан війни» в ст. 4 (введення стану війни) встановлює, що у разі збройного нападу, коли суверенітет держави або цілісність території перебувають під загрозою, Президент Республіки негайно приймає рішення про оборону від збройної агресії, оголошує війну та подає ці рішення на затвердження Сейму на наступному засіданні [9]. Під назвою «вирішення питань національної оборони» міститься ст. 8, де п. 1 встановлює, що оборону держави очолює Президент республіки – Головнокомандуючий ЗС. Згідно п. 2 Командуючий ЗС є підпорядкованим Президенту та керує ЗС й забезпечує виконання планів оборони. Пункт 3 встановлює окремо ряд повноважень для Президента, серед яких: у випадках та порядку, встановлених пунктом 2 статті 4 цього Закону, приймає рішення про запровадження воєнного стану; приймає обов'язкові для виконання всіма державними та муніципальними органами та установами рішення з найважливіших питань державної оборони; у разі збройного нападу негайно приймає рішення про дозвіл на в'їзд до Литовської Республіки та використання там військових частин інших держав з метою колективної оборони або іншої опе-

рації та подає це рішення на затвердження Сейму; з урахуванням пропозицій Командувача Збройних Сил приймає рішення про межі територій операцій збройної оборони держави за необхідності перетину державного кордону Литовської Республіки для виконання завдання збройної оборони; затверджує потреби та пріоритети розвідувальної інформації; виконує інші функції, передбачені Конституцією, цим Законом та іншими правовими актами [9]. Схожі положення містяться в Законі «Про основи національної безпеки» Республіки Литви в Главі 13 (управління Президента Республіки з національної оборони), де встановлено ряд повноважнь для Президента у разі збройного нападу на державу, що створює загрозу суверенітету або територіальній цілісності держави: приймає рішення про захист від збройної агресії, оголошує війну всій державі або її частині, оголошує мобілізацію та подає їх на затвердження Сейму. У невідкладних випадках Президент Республіки також приймає рішення про участь Литви в колективній обороні та інших міжнародних військових операціях та подає ці рішення на затвердження Сейму. Згадано про те, що згідно Конституції, Президент Республіки є Головнокомандувачем ЗС і після схвалення Сейму, призначає командувача ЗС [10].

Литовський закон «Про збройну оборону і спротив агресії» в ст. 9 встановлює, що у разі збройного нападу, що загрожує суверенітету або територіальній цілісності держави, Президент Республіки або заступник Голови Сейму відповідно до Конституції та законів негайно приймає рішення про захист від збройної агресії. За відсутності рішення про оборону від збройної агресії невідкладно цивільне та військове керівництво оборони держави у встановленому законодавством порядку дає вказівку ЗС для проведення оборонних операцій та інших дій. Командувачі армією та іншими частинами ЗС негайно діють за заздалегідь підготовленими планами відбиття агресії.

Конституція Латвійської Республіки питання оборони визначає лише в статті 44 Розділу III «Президент Республіки», яка надає Президенту право прийняти необхідні міри військової оборони, якщо будь-яка держава оголосила війну Латвії або якщо ворог нападає на латвійські кордони. Також передбачено обов'язок Президента щодо скликання Сейму із подальшим встановленням та оголошенням ним про початок війни [11].

В законі «Про національну безпеку» Латвійської Республіки ст. 8 має назву «компетенція Президента» і нею передбачено наступні повноваження: виконує обов'язки Головнокомандувача Національних ЗС; головує у Раді національної безпеки; призначає головнокомандувача на воєнний час; утворює Військову раду за Президента; рекомендує Сейму на затвердження Командувача Національних ЗС; вносить на рішення Сейму питання про оголошення та початок війни; у разі військового нападу негайно запросити підтримку Організації Північноатлантичного договору для колективної оборони та уповноважити Організацію Північноатлантичного договору вжити таких заходів, які вона визнає необхідними, включаючи застосування збройної сили для збереження та відновлення суверенітету та територіальної цілісності; приймає рішення щодо позиції Латвійської Республіки, якщо інша держава-член Організації Північноатлантичного договору вимагає розгляду питання про підтримку колективної оборони Організації Північноатлантичного договору (у рамках статті 5 Північноатлантичного Договір від 4 квітня 1949 р.). Для Президента як Головнокомандувача Національних ЗС встановлені такі окремі повноваження в ст. 12: він або уповноважена ним особа бере участь у засіданнях Кабінету Міністрів з правами радника; керує обороною держави, щоб запобігти загрозі незалежності держави, її конституційному ладу та територіальній цілісності, якщо Кабінет Міністрів не може виконувати завдання воєнного часу [12].

Конституція Хорватії в ст. 100 [13] встановлює, що Президент Республіки є Верховним Головнокомандувачем ЗС Республіки Хорватія. Конституція також визначила ряд таких повноважень: призначення та звільнення з посади командного складу ЗС; за наявності Постанови Палати представників Хорватського собору Президент Республіки оголошує війну і укладає мир; у разі безпосередньої загрози незалежності, єдності та існуванню держави Президент Республіки може, за наявності контрасигнатури голови Уряду, віддати наказ про застосування ЗС без оголошення воєнного стану.

В Республіці Хорватія Закон «Про оборону» [14] в п. 1 ст. 45 підрозділу 2 який іменується «Президент республіки Хорватія та Верховний головнокомандувач ЗС» визначено повноваження серед яких є такі як: оголошує війну та заключає мир на основі рішення хорватського парламенту; приймає План застосування ЗС за пропозицією начальника Генерального штаба ЗС і за згодою Міністра оборони; приймає Рішення про чисельність, склад та мобілізаційний розвиток ЗС за пропозицією Керівництва Республіки Хорватія; приймає Рішення про мобілізацію ЗС за пропозицією Міністра оборони; дає попередню згоду щодо пропозицій актів в області оборони, прийнятих Керівництвом республіки; приймати інші акти у відповідності до положень цього закону. Для виконання задач, вказаних в пункті 1 цієї статті, Президент видає накази, директиви, інструкції, рішення, правила та інші акти.

Висновки. Отже, огляд нормативного врегулювання повноважень ВГ ЗС у деяких зарубіжних країнах дозволяє виокремити такі особливості: повноваження Президента зосереджені у своїй більшості в одному законі, який безпосередньо пов'язаний із сферою безпеки та оборони; повноваження Президента як ВГ як правило містяться в окремій статті; передбачена можливість стримувати агресію та давати відсіч вторгненню не чекаючи офіційного введення воєнного стану; як правило, в умовах воєнного стану або збройної агресії, ВГ уповноважений на здійснення керівництва ЗС та (або) обороною держави. Таким чином, досвід Болгарії, Латвії, Литви, Хорватії, Узбекистану, Киргизстану та інших держав є позитивним з точки зору способу закріплення статусу й визначення повноважень Президента як ВГ. Тому, одним із перспективних напрямків для розвитку законодавства України у сфері оборони, вбачається деталізація й уніфікація в одному із законів України повноважень ВГ ЗС України для оптимізації й упорядкування змісту та обсягу його повноважень.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про Кодекс оборони Франції. 24.05.2022. URL: https://fr.wikipedia.org/wiki/Code_de_la_Défense
2. Мосейко А. Г., Негодченко В. О. Досвід Сполучених Штатів Америки щодо публічного адміністрування в сфері національної безпеки. *Право і суспільство.* 2019. № 4. С. 323–329.
3. National Security Act: Law of USA. 235 of July 26, 1947; 61 STAT. 496. URL: https://www.dni.gov/index.php/ic-legal-reference-book/national-security-act-of-1947
4. Конституція Болгарії від 12 липня 1991 року. URL: https://legalns.com/download/books/cons/bulgaria.pdf
5. За отбраната и въоръжените сили на Република България : Закон від 12 травня 2009 року. URL: http://factmil.com/Doc_Zakon/Zak_o_oborone_2014_Bulgar.pdf
6. Про оборону : Закон Республики Узбекистан от 3 июля 1992 года. URL: HTTPS://WWW.LEX.UZ/ACTS/107702
7. Про оборону та Збройні Сили Киргизької Республіки : Закон Киргизької Республіки від 24 липня 2009 року. URL: http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/202668

8. Конституція Литовської Республіки. Прийнята громадянами Литовської Республіки на референдумі 25 жовтня 1992 року. URL: http://lib.rada.gov.ua/static/LIBRARY/catalog/law/lit_konst1.htm
9. О состоянии войны : Закон Литовской Республики от 08.06.2000 года. URL: https://eseimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/6ba742c0c0ec11eaae0db016672cba9c
10. Об основах национальной безопасности : Закон Литовской Республики от 19 декабря 1996 года. VIII-49. URL: https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.34169/asr
11. Конституция Латвийской Республики. Принята на общем заседании Учредительного Собрания 15 февраля 1922 года. URL: https://legalns.com/download/books/cons/latvia.pdf
12. О национальной безопасности : Закон Латвийской Республики от 29 декабря 2000 года. Рига. URL: https://likumi.lv/ta/id/14011-nacionalas-drosibas-likums
13. Конституція Хорватської Республіки. 22 грудня 1990 року. URL: legalns.com/компетентные-юристы/правовая-библиотека/конституции-стран-мира/конституция-хорватии
14. Об обороне : Закон Республики Хорватия от 17 июля 2013 года. URL: https://www.zakon.hr/z/334/Zakon-o-obrani

УДК 342
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/17

ПРАВОВИЙ СТАТУС І ОРГАНІЗАЦІЙНИЙ АСПЕКТ ДІЯЛЬНОСТІ ПОМІЧНИКА НАРОДНОГО ДЕПУТАТА УКРАЇНИ

LEGAL STATUS AND ORGANIZATIONAL ASPECT OF THE ASSISTANCE OF THE ASSISTANT PEOPLE'S DEPUTY OF UKRAINE

Припутень Д.С., д. ю. н., професор,
професор кафедри загальноправових дисциплін
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Ковіненко О.О., здобувач вищої освіти ІІ курсу
Навчально-науковий інститут права та інноваційної освіти
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

Стаття присвячена дослідженню теоретико-правових засад здійснення своїх повноважень помічником-консультантом народного депутата в Україні, правовому регулюванню його діяльності. Розглянуто актуальні зміни, чинного законодавства, що визначає адміністративно-правовий статус помічника-консультанта народного депутата України. Розглянуто актуальні питання вдосконалення функціонування органів державного апарату, кадрового добору осіб, які здійснюють діяльність щодо управління державними справами та допоміжного персоналу таких осіб. Акцентуємо, що форма представницької демократії відіграє суттєве значення у створенні механізму взаємодії між законодавчою, виконавчою та судовою владою. Тому, питання вдосконалення та чіткого визначення статусу помічника народного депутата потребує детального дослідження. На сьогодні в Україні здійснюється масштабне реформування усіх сфер життя суспільства. Природньо, що активними учасниками цього процесу є, насамперед, народні депутати України – повноважні представники народу України у Верховній Раді України, що покликані виражати і захищати суспільні інтереси та інтереси своїх виборців, брати активну участь у здійсненні законодавчої та контрольної функцій українського парламенту. Зважаючи на це, наукове осмислення системи комунікації парламенту та суспільства, зокрема й проблем реалізації права народних депутатів України на представництво та захист інтересів своїх виборців, набуває особливої актуальності. У статті розглянуто проблемні питання реалізації народними депутатами України права на захист інтересів своїх виборців. Обґрунтовано, що звернення до органів державної влади (у тому числі й судових органів та установ) з приводу захисту законних прав та інтересів виборців є не лише правом народних депутатів, але і їх обов'язком.

Ключові слова: діяльність помічника депутата, правовий статус, помічник депутата на громадських засадах, штатний помічник депутата.

The article is devoted to the study of the theoretical and legal basis for the exercise of his powers as an assistant-consultant of the People's Deputy in Ukraine, the legal regulation of his activities. Current changes in the current legislation, which determines the administrative and legal status of the assistant-consultant of the People's Deputy of Ukraine, are considered. Topical issues of improving the functioning of the state apparatus, staffing of persons engaged in the management of public affairs and support staff of such persons are considered. We emphasize that the form of representative democracy plays an essential role in creating a mechanism of interaction between the legislature, the executive and the judiciary. Therefore, the issue of improving and clearly defining the status of the People's Deputy's assistant needs detailed research. Today, large-scale reform of all spheres of social life is being carried out in Ukraine. It is natural that active participants in this process are, first of all, people's deputies of Ukraine – authorized representatives of the people of Ukraine in the Verkhovna Rada of Ukraine, who are called to express and protect public interests and the interests of their voters, to take an active part in the implementation of legislative and control functions of the Ukrainian parliament. Taking this into account, the scientific understanding of the communication system of the parliament and society, in particular, the problems of implementing the right of people's deputies of Ukraine to represent and protect the interests of their constituents, becomes especially relevant. The article examines the problematic issues of people's deputies of Ukraine exercising the right to protect the interests of their constituents. It is substantiated that addressing the state authorities (including judicial bodies and institutions) regarding the protection of the legal rights and interests of voters is not only the right of people's deputies, but also their duty.

Key words: activity of the deputy's assistant, legal status, deputy's assistant on a voluntary basis, staff deputy's assistant.

Постановка проблеми. Нині Україна гідно йде за напрямком ефективного розвитку простору для ефективної реалізації амбіційних ініціатив своїх молодих людей. У багатьох регіонах України сьогодні запроваджена діяльність д різних форм органів молодіжного самоврядування: молодіжних рад при обласних адміністраціях, міському голові чи при міській раді, молодіжних центрів, медіацентрів, шкільного парламенту та рад старшокласників, студентських рад вищих навчальних закладів, де беруть участь і вчаться нести відповідальність за обіцянки та вчинки, після чого звітуватися за виконану роботу, всі бажаючі здобувачі фахової вищої та спеціальної передвищої освіти, а також громадських, благодійних та волонтерських організацій. За участю подібних молодіжних структурах найчастіше йде вироблення чіткої громадянської позиції, знання своїх прав, свобод і обов'язків перед державою як людини та громадянина, покращення навичків лідера та вміння злагоджено працювати в команді. Ці якості конче необхідні для вдалого працевлаштування в майбутньому.

Метою даної статті є розкриття уявлення про місце посади помічника-консультанта народного депутата в системі Апарату Верховної Ради України, аналіз правового статусу особи, яка її може обіймати.

Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій. В сучасній українській доктрині знаходять своє відображення наукові праці, які стосуються або переважно правового режиму державної служби, або правового статусу народного депутата України. Окремим аспектам досліджуваної теми приділялась увага у працях Ю. І. Лебедіна, І. П. Лаврінчук, Р. Сергєєва. Окрім вищезазначених вчених, питання правового статусу помічника-консультанта народного депутата України досліджували й інші вчені-правники: В. Авер'янов, О. Александров, С. Алфьоров, Н. Армаш, М. Баймуратов, К. Баранцева, В. Басс, В. Бевзенко, Ю. Битяк, Т. Білозерська, Н. Богданова, А. Бородін, М. Бояринцева, С. Ващенко, В. Волик, В. Галунько, Ю. Гаруст, Є. Гетьман, М. Горбач, В. Гошовський, А. Григоренко, Н. Григорук, Ю. Гридасов, І. Грицяк, Н. Грушанська, М. Гурковський, Д. Данилюк, І. Діткевич, О. Джафарова, М. Долгополов, О. Дробот, О. Дрозд, О. Єщук, Д. Журавльов, Т. Журенок, Н. Ільєва, В. Кириченко, О. Кібенко, В. Коваленко, В. Ковальська, А. Ковальчук, А. Кожевников, Т. Коломоєць, В. Колпаков, А. Комзюк,

В. Корельський, М. Костів, Т. Кравцова, О. Кулешов. Проте комплексний підхід до наукових доробок стосовно посади помічникаконсультанта народного депутата та його правового статусу наразі відсутній. Недостатнє теоретичне розроблення предмету дослідження, внесення змін до чинного законодавства, що визначає адміністративно-правовий статус помічника-консультанта, зумовили необхідність і доцільність проведення даного дослідження.

Виклад основного матеріалу. Громадська та волонтерська діяльності мотивують молодь у надзвичайний світ активістів і значно мотивують продовжувати шлях саморозвитку та вдосконалення через швидке будування політичної кар'єри.

Першим цільовим кроком на омріяному шляху до державного діяча може стати влаштування на роботу помічником депутата. Більше того, обіймати цю посаду, окрім перспективних представників юнацтва, можуть і люди дорослiше, за власним бажанням, мотивами та переконаннями.

Інститут молоді та спорту, разом з інститутом відкритої політики громадськості, закликає молодих спеціалістів, задля впевненого крокування шляхом до державного діяча, для початку випробувати себе в діяльності помічників депутатів чи то селищних, сільських, чи то міських, обласних рад, а, за можливості – Верховної Ради України. Таким дієвим способом особі надається найкраща змога розібратися в побудові механізму роботи владних установ парламентського типу, основних принципів впливу на владу, нюансах оформлення установчих документів, розподілі субсидії з бюджету, і ще тому подібне. При цьому, депутату, який оголошує про набір помічників, однаково добре зіграє на руку як здатність видавати новітні креативні ідеї та швидко їх втілювати від енергійного, вмотивованого, «новоспеченого», але не досить досвідченого працівника, так і унікальне стратегічне мислення, виважений серйозний підхід до планування, освіченість, підхід розмірковування і більший досвід за плечима людини старшого віку.

Щодо вимог до кандидатів, то помічником-консультантом народного депутата України, згідно з Положенням Верховної Ради України «Про внесення змін до Положення про помічника-консультанта народного депутата України та Постанови Верховної Ради України «Про фінансове забезпечення діяльності народних депутатів України» може бути лише громадянин України, який повинен мати середню спеціальну або вищу освіту та, за обов'язковою умовою, вільно володіти державною мовою [1] [2]. Також варто відділяти хто працює на постійній основі чи за сумісництвом з отриманням заробітної плати – так може працювати лише особа, яка має вищу освіту ступеня не нижче молодшого бакалавра або бакалавра.

Положеннями Закону України «Про статус народного депутата України» встановлюється порядок оплати праці помічника депутата: «Виключно за рахунок та в межах загального фонду, встановленого народному депутату на відповідний рік для оплати праці його помічників-консультантів, народний депутат здійснює розподіл коштів для виплати помічникам-консультантам: заробітної плати, матеріальної допомоги для вирішення соціально-побутових питань, заробітної плати за час відпустки, матеріальної допомоги для оздоровлення під час надання щорічної основної відпустки, грошової компенсації, передбаченої статтею 24 Закону України «Про відпустки», за всі невикористані помічником-консультантом дні щорічної основної відпустки та додаткової відпустки [3] [4]. Зазначені виплати здійснюються Апаратом Верховної Ради України за поданнями народного депутата».

Згідно з Положенням про помічника-консультанта народного депутата України, затвердженого Постановою Верховної Ради України № 379/95-ВР від 13 жовтня 1995 року, народному депутату України дозволяється мати до тридцяти одного помічника-консультанта, які, у свою чергу, можуть працювати за строковим трудовим договором (на постійній основі чи за сумісництвом) або на громадських засадах [5].

Як правило, помічникам делегуються задачі по вузьких профілях за дорученнями: написання текстів для публічних виступів депутата, ведення сторінок у соціальних мережах депутата (більше того, для цієї справи найчастіше знадобляється декілька помічників, принаймні двоє, один з яких опубліковує дописи, а другий відповідає на коментарі та повідомлення підписаних читачів), прийом листів-звернень від громадян і направлення їх до відповідальних з питань, які задаються, органам для отримання відповіді, допомога у проведенні зустрічей з виборцями, особистого прийому виборців, підготовка щорічного чи щомісячного звіту для депутата, і так далі.

Отож, працевлаштовуючись помічником до депутата, чи не найперше, що треба зробити для того, щоб очікування від роботи співпали з реальністю, – детально дізнатися для виконання яких завдань відкрита вакансія [6].

Ще одним аспектом, що може вплинути на специфіку роботи помічника – комітет, до якого належить сам депутат. Звертаємося до Постанови Верховної Ради України «Про перелік, кількісний склад і предмети відання комітетів Верховної Ради України дев'ятого скликання» від 29 серпня 2019 року. Там зазначено те, що Верховна Рада України дев'ятого скликання складається всього з 23 діючих комітетів і надається перелік їх назв, одними з таких є комітет з питань правоохоронної діяльності, комітет з питань свободи слова, комітет з питань транспорту та інфраструктури [7].

Тож, друге, що слід зробити майбутньому помічнику – визначитися депутату з якого комітету надати більшу перевагу, маючи вибір з двох чи більше.

Якщо ж ви не збираєтеся зупинятися на позиції бути «за кимось», фізично та інтелектуально виснажуватися з метою висвітлити чуже обличчя з гарного ракурсу, маєте бажання стати незалежною публічною особистістю, тоді потрібно завжди ретельно оброблювати інформацію про людей, з якими комунікуєте та, тим паче, співпрацюєте. Тому третій критерій, за яким обирати «свого» депутата – перегляд його біографії, аж до походження та членів сім'ї, перегляд рішень впродовж політичної кар'єри та загалом питань, за які проголосував «за» на сесійних засіданнях.

З першого погляду взагалі робота особистим помічником у будь-яких сферах може здатися не надто привабливою через залишання в тіні іншої людини, як було згадано вище, сприяння чужому успіху та в прямому сенсі «не належність собі». Проте все не так сіро. Як зазначає Андрій Пехотін, помічник народного депутата Віктора М'ялика, депутат Рівненської обласної ради з приводу особистого досвіду роботи позаштатним помічником нардепа: «Найбільша перевага професії для мене – можливість допомагати людям і бачити позитивний зворотний зв'язок. Це те, що загалом спонукало йти в громадську діяльність» [8].

Стосовно перевірки репутації нардепа, безпрограшним варіантом, у своїй більшості, виступає звернення уваги на те, як до народного обранця ставиться народ після виборів, чи впав, або залишився стабільним, чи навпаки піднявся відсоток довіри до нього.

В Україні працює Школа помічника народного депутата (далі ШПНД) – освітній проєкт з підготовки політичних кадрів, який заснований 2014 року. До навчання в Школі допускаються учні з вищою чи середньою спеціальною освітою, у яких є плани ставати політиками. Навчання в ШПНД платне, до нього входить тривале корисне консультування з HR-менеджером (прим. «human resources manager» [9]), поетапна допомога у складанні успішного резюме, і передбачається влаштування студентів, які більш успішно пройшли курси та вміло себе показали, на стажування до органів влади, зокрема до: Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Офісу

Президента України, Київської міської ради та міських рад в Україні [10].

Судячи з регламенту Верховної Ради України, до помічників-консультантів народних обранців немає багато офіційних вимог, разом з тим варто розуміти, які особисті якості шукають депутати, аби співпраця стала дійсно ефективною та перспективною [11].

Першочергово помічник має бути стресостійким, адже стресостійкість прирівнюється до здатності витримати всі навантаження та спонтанності, якщо ваш робочий день ненормований і до вас цілком можуть поступати телефонні дзвінки навіть вночі. З головних якостей іще виокремлюємо професійність у певній ніші, проактивність, знання діалового діалекту, супервайзинг («supervisor» з англ. «доглядання», «здійснення контролю» [12]).

На думку практичного психолога зі спеціалізації будування відносин Людмили Царьової, важливими якостями людини, котра йде прямо політичними сходинками, є цілеспрямованість, рішучість, креативність і надмірна працьовитість [13].

В інших європейських країнах, переважно на Заході Європи, ґрунтовно розроблене законодавство, регулююче діяльність помічників депутатів.

У Франції, за законодавством, депутат національної Асамблеї (тобто нижньої палати парламенту) може наймати не більше 8 помічників, укладаючи з ними відповідні контракти. При цьому помічник може працювати одразу на кількох парламентарів, хоча такою можливістю користуються зовсім одиниці. На сайті Національної асамблеї на особистих сторінках депутатів додатково публікуються імена їхніх помічників. На цьому ж сайті можна знайти декларації, де крім імен помічників, зберігається характеристика та функції кожного («юрист», «асистент», «контент-менеджер» і т. ін.) [14].

У країнах Балтії, які мають чимало спільного з Україною, так як раніше входили в склад Радянського Союзу. Схожості помічаються і в законодавстві з регулювання помічників депутатів.

Литовське законодавство чи не найкраще деталізує зобов'язання помічника-консультанта депутата та визначає точний набір вимог для отримання такої посади. Це визначається статусом помічників-консультантів як державних службовців [15].

На сайті Сейму Литви надається інформація про секретарів-помічників кожного депутата. Діяльність помічників депутатів регулюється Статутом Сейму, зокрема статтею 16. Помічники мають асистувати у здійсненні парламентських процедур. При цьому законодавство дещо обмежує кількість помічників, які можуть отримувати перепустки на прохід до Сейму країни. На кожного депутата таких може бути не більше ніж три особи, або не більше 15 на одну фракцію [16].

В Польщі форма найму парламентарями помічників регулюється Законом «Про виконання мандату депутата і сенатора» 1996 року. Цей закон дає змогу депутатам ті сенаторам Сейму наймати помічників [17]. На сайті польського Сейму завантажені типові форми, які має заповнити кожен депутат або сенатор на працівників офісу депутата чи сенатора та особистих працівників. До форм вносять інформацію про місце роботи, доходи, зацікавлені сфери зайнятості протягом останніх трьох років [18]. Таким є досвід прозорого виконання обов'язків апарату помічників депутатів в зарубіжних країнах.

Висновки. Під час дослідження даної теми проведено аналіз етапів становлення законодавчих норм, які визначають компетенцію помічника консультанта народного депутата, зміст його повноважень, функцій тощо. Актуальним залишається питання розширення тлумачення змісту норм законодавства з метою їх конкретизації. Норми, якими визначається правовий статус помічника-консультанта народного депутата, зазнали певних змін з набуттям чинності нової редакції Закону України «Про державну службу», що зумовлено реформуванням органів державного управління в Україні. Наявність певних невідповідностей у нормативно-правовому регулюванні правового статусу помічника-консультанта народного депутата України ускладнює реалізацію ним своїх прав та обов'язків. А зміни, яких зазнало чинне законодавство, сприяють виникненню нових колізій у юридичній регламентації діяльності помічника-консультанта народного депутата України. Тому, на нашу думку, існує об'єктивна необхідність доопрацювання окремих положень чинного законодавства задля об'єктивного відображення реалій сьогодення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Постанова Верховної Ради України : Про фінансове забезпечення діяльності народних депутатів України від 01.01.2022. URL: Про фінансове забезпечення... | від 07.12.2017 № 2240-VIII (rada.gov.ua).
2. Положенням Верховної Ради України : Про внесення змін до Положення про помічника-консультанта народного депутата України від 03.12.2020. URL: Про внесення змін до Положен... | від 03.12.2020 № 1062-IX (rada.gov.ua).
3. Про статус народного депутата України : Закон України від 17.11.1992. *Відомості Верховної Ради України (ВВР*). 2020, № 10, ст. 50. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2790-12#Text
4. Про відпустку : Закон України від 15.11.1996. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2019, № 26, ст. 106.
5. Про затвердження Положення про помічника-консультанта народного депутата України : Постанова Верховної Ради України від 13.10.1995. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 1995, № 37, ст. 283). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/379/95-вр#Text
6. Тетяна Стеблак. Робота помічника народного депутата України: на що варто звернути увагу, щоб очікування від роботи стали реальністю? / Школа помічника народного депутата / URL: https://assistant-school.org.ua/blog_tetiana
7. Про перелік, кількісний склад і предмети відання комітетів : Постанова Верховної Ради *Відомості Верховної Ради (ВВР)*, 2019, № 35, ст. 147) / URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/19-IX#Text
8. Інтернет-ресурс «Happy Monday». Історії людей, які працюють особистими помічниками і кайфують від цього. 20.05.21 / URL: https://happymonday.ua/lyudy-yaki-pratsyuyut-osobystymy-pomichnykamy
9. Інтернет-ресурс «Investopedia». What Is Human Resources (HR)? / URL: https://www.investopedia.com/terms/h/humanresources.asp
10. Інна Бугай. Яким повинен бути помічник народного депутата? / URL: https://assistant-school.org.ua/blog_assistant
11. Про Регламент Верховної Ради України : Закон України від 10.02.2010 (зі змінами і допов.). *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*, 2020, № 17, ст. 102.
12. Хто такий супервайзер? / 18.01.2021 / Роби Бізнес, Укр. URL: https://xn--90aamhd6acpq0s.xn--j1amh/teoriya/khto-takyy-supervayzer/
13. Як стати стресостійким? / 15.10.2020 / Київський молодіжний центр. URL: https://www.youtube.com/watch?v=ONESWsFDOd4&t=146s
14. Assemblée nationale. Les collaborateurs. Collaborateurs des députés / URL: https://www2.assemblee-nationale.fr/qui/les-collaborateurs
15. Nalyvaiko L., Chanysheva G., Kozin S. Remuneration Of Public Servants In The Federal Republic Of Germany. Baltic *Journal of Economic Studies*. 2018. № 4 (5). P. 228–232.
16. Nalyvaiko L., Marchenko O., Ilkov V. Conceptualisation of the Phenomenon of Corruption: International Practices and Ukrainian Experience. *Economic Annals – XXI*. 2018. № 172 (7–8). P. 32–37.
17. Kondratiuk O., Fedchak I., Lepekha O., Senyk S., Marets B. War on crime: From passive behaviour of an undercover agent to active forms of covert influence on accomplices of criminal activities. *Philosophy, economics and law review*. 2021. Volume 1. № 2. P. 150–172.

УДК 34;340.13
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/18

ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ У НАЦІОНАЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ

IMPLEMENTATION OF NORMATIVE LEGAL ACTS OF THE EUROPEAN UNION INTO THE NATIONAL LEGISLATION OF UKRAINE

Сьох К.Я., доцент кафедри конституційного права та прав людини
Національна академія внутрішніх справ, кандидат юридичних наук

Гультай М.М., д. ю. н., доцент,
професор кафедри конституційного права та прав людини
Національна академія внутрішніх справ

Стаття присвячена процесу імплементації нормативно-правових актів Європейського Союзу у національне законодавство України.

Євроінтеграційні процеси України призводять до змін національного законодавства у відповідність до європейських стандартів. Адже членство у Європейському Союзі (далі – ЄС) не можливе без імплементації приписів європейського права. Дана вимога закріплена Європейською Радою у Копенгагенских і Мадридских критеріях, щодо членства у ЄС. При цьому слід відміти що правопорядок кожної держави-члена ЄС є по своєму унікальним та супроводжується індивідуальним підходом в процесі імплементації норм ЄС. Країни не повинні порушувати власні принципи розвитку та конституційного ладу імплементуючи міжнародні норми у національне законодавство, разом з тим, членство в ЄС вимагає щоб національне законодавство відповідало європейському праву. За таких умов постає необхідність вивчення і наукового розтлумачення імплементації, встановлення її сутності та складових елементів. Процес імплементації повинен бути законодавчо врегульований від цього залежить якість нормативно-правових актів.

Не менш важливим є питання щодо розмежування понять «імплементація», «адаптація», «гармонізація» які вживаються у наукових дослідженнях та нормативно-правових актах як синоніми.

У статті розглядається поняття та способи імплементації міжнародної норми у національне законодавство. Наголошується на проблемах які виникають при здійсненні цього процесу. Проаналізовано національне законодавство України яке утворилося на основі співпраці з ЄС. Зроблено акцент на важливість імплементації при виконанні міжнародних зобов'язань державою. Розмежовано поняття «імплементація», «адаптація» та «гармонізація» на основі попередніх наукових досліджень, та зроблено власний висновок. Дані поняття є різними у своїй сутності і їх не слід ототожнювати.

Проаналізовані способи імплементації на основі досліджень науковців та акцентовано увагу на ефективність їх застосування. Запропоновані шляхи вдосконалено процесу імплементації в Україні.

Ключові слова: імплементація, гармонізація, адаптація, Європейський Союз, європейські стандарти, європейське право.

The article is devoted to the process of implementation of normative legal acts of the European Union into the national legislation of Ukraine.

The European integration processes of Ukraine lead to changes in national legislation in accordance with European standards. After all, membership in the European Union (hereinafter – the EU) is not possible without the implementation of the prescriptions of European law. This requirement is enshrined by the European Council in the Copenhagen and Madrid criteria for EU membership. At the same time, it should be noted that the legal order of each EU member state is unique in its own way and is accompanied by an individual approach in the process of implementing EU norms. Countries should not violate their own principles of development and constitutional order by implementing international norms into national legislation, at the same time, membership in the EU requires that national legislation conform to European law. Under such conditions, there is a need to study and scientifically interpret the implementation, establish its essence and constituent elements. The implementation process must be regulated by law, the quality of regulatory acts depends on it. These concepts are essentially different and should not be equated.

Equally important is the question of distinguishing between the terms «implementation», «adaptation», «harmonization», which are used as synonyms in scientific research and legal acts.

The article examines the concept and methods of implementing an international norm into national legislation. Emphasis is placed on the problems that arise during the implementation of this process. The national legislation of Ukraine, which was formed on the basis of cooperation with the EU, was analyzed. Emphasis is placed on the importance of implementation in the fulfillment of international obligations by the state. The concepts of «implementation», «adaptation» and «harmonization» are distinguished on the basis of previous scientific studies, and a personal conclusion is drawn. The proposed ways of improving the implementation process in Ukraine.

Implementation methods are analyzed based on the research of scientists, and attention is focused on the effectiveness of their application. The proposed ways of improving the implementation process in Ukraine.

Key words: implementation, harmonization, adaptation, European Union, European standards, European law.

Метою дослідження є аналіз та визначення поняття «імплементація», його співвідношення з іншими термінами, які використовуються для позначення суміжних процесів у національному законодавстві та у наукових дослідженнях, а також визначення практичної реалізації імплементації на сучасному етапі державотворення в Україні в умовах євроінтеграції.

Постановка проблеми. Одним з пріоритетних напрямків розвитку України є євроінтеграція, яка передбачає плідну співпрацю та як результат вступ до ЄС. Ключовим елементом успішної євроінтеграції України є досягнення певного рівня узгодженості українського законодавства з правовими нормами ЄС через правову реформу. Відповідно до вимог ЄС Україна повинна реформувати національне законодавство, створити відповідні органи державної влади, які б повністю відповідали європейським стандартам. Тільки на таких умовах можливий вступ України до ЄС.

Підписання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом у травні 2014 року стало новий етап у взаємовідносинах двох сторін та поставило їх на якісно новий рівень розвитку. Як результат Україна змінила низку національних законів та створила органи державної влади враховуючи вимоги європейських стандартів. Цей процес продовжується і до сьогодні та має низку проблемних питань, одним з яких є процес втілення норм ЄС у національне законодавство, тобто процес імплементації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вітчизняні науковці присвятили достатньо наукових робіт щодо

дослідження процесу імплементації, зокрема, С. Алексєєв, В. Г. Буткевич, М. В. Буроменський, В. Н. Денисов, А. Дмитрієв, В. В. Копійка, В. І. Муравйов, Ю. Медвєдєв, В. Ф. Опришко, Ю. С. Хоббі, В. В. Філатов, С. В. Шевчук, Ю. С. Шемшученко, Т. Шинкаренко, І. В. Яковюка, К. В. Ященка та інші. Проте, вони досліджували імплементацію в загальному, застосовуючи різні концептуальні та метрологічні підходи, тому дане питання й досі залишається предметом гострих наукових досліджень.

Виклад основного матеріалу. Відносини держави з іншими суб'єктами міжнародного права здійснюються виключно через міжнародні договори, які у разі ратифікації державою є обов'язковими для виконання. Відповідно до Віденської конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р., кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватися (принцип Pacta sunt servanda) (ст. 26) [1]. Для виконання умов договору держава зобов'язана втілити його норми в національне законодавство, тобто здійснити процес імплементації.

Аналізуючи наукові дослідження, слід зазначити, що імплементація – це цілеспрямована організаційно-правовою діяльністю держави, яка проводиться індивідуально, колективно або в рамках міжнародних організацій з метою своєчасної, всебічної та повної реалізації прийнятих ними, відповідно до міжнародного права, зобов'язань [3, с. 62]. В. В. Філатов зазначає, що імплементація – це діяльність органів державної влади, яка має і міжнародний, і внутрішньодержавний характер та спрямована на вдосконалення законодавства через виконання країною своїх міжнародних зобов'язань [2, с. 7], процес наближення національного законодавства до міжнародного законодавства за допомогою методів правотворчості, планування, координації та контролю [2, с. 11]. Н. М. Пархоменко зазначає, що імплементація (англ. implementation – «здійснення», «виконання») – процес транспонування актів законодавства, включаючи створення порядку та процедур їхнього впровадження (імплементація у вузькому розумінні); цей процес також включає тлумачення, практику застосування, забезпечення дотримання та виконання норм права органами державної влади (імплементація в широкому сенсі) [7, с. 339].

Виходячи з цього можна зробити висновок, що імплементація має чітко визначену національно-правову спрямованість, адже саме правотворча, правозастосовна діяльність національних органів влади держави забезпечує реальне впровадження міжнародних стандартів у національну правову систему.

Отже, імплементація нормативно-правових актів ЄС у національне законодавство України реалізується через перенесення відповідних правових норм із європейського законодавства до національного за допомогою правових механізмів та засобів, притаманних саме цій системі законодавства, а при їх відсутності або несумісності з об'єктом апроксимації – із застосуванням запозичених або новоутворених правових механізмів імплементації в національне право уніфікованих європейських правових стандартів.

Поряд з «імплементацією» науковці та законодавець вживає такі поняття як «гармонізація», «уніфікація», «систематизація» та «адаптація». Про що свідчать нормативно-правові акти України, такі як Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2004 No. 1629-IV; Постанова Кабінету Міністрів України «Деякі питання адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 15 жовтня 2004 р. No. 1365; Постанова Кабінету Міністрів України «Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 16 серпня 1999 р. N 1496; Указ Президента України «Про Концепцію адаптації інституту державної служби в Україні до стандартів Європейського Союзу» від 05.03.2004 No 278/2004; Указ Президента України «Про Програму інтеграції України до Європейського Союзу» від 14.09.2000 No. 1072/2000; Указ Президента України від 11 червня 1998 р. «Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу», «Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» від 27.06.2014 та Закон України «Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони» від 16.09.2014 No. 1678-VII та інші.

Відповідно до Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», адаптація законодавства України до законодавства ЄС – це процес приведення законів України та інших нормативно-правових актів у відповідність з *acquis communautaire*. Проте адаптація законодавства це не тільки вдосконалення існуючого законодавства, а й розробка проектів нормативно-правових актів з урахуванням *acquis communautaire* [4]. *Acquis communautaire* – це правова система Європейського Союзу, яка включає акти законодавства, прийняті в рамках трьох стовпів ЄС, але не обмежується ними.

В. І. Ямковий вважає, що адаптація є складовою інтеграційних процесів, передумовою гармонізації національного законодавства із законодавством міжнародних організацій, що являє собою планомірний процес, який включає декілька послідовних етапів, на кожному з яких має досягатися певний ступінь відповідності національного законодавства міжнародно-правовим нормам і стандартам [8, с. 35].

Стратегія інтеграції України до Європейського Союзу зазначено: «Адаптація законодавства України до законодавства ЄС полягає у зближенні із сучасною європейською системою права...» [6].

Слід виділити наукове розтлумачення процесу адаптації Н. М. Пархоменко, яка зазначає що адаптація (лат. adapto – пристосовую) – процес пристосування до умов, які змінюються; у міжнародному праві адаптація є процесом приведення національного законодавства до норм і стандартів міжнародного права шляхом удосконалення національного законодавства (внесення змін і доповнень, прийняття нових нормативно-правових актів), укладання або приєднання до міжнародних договорів [7, с. 338]. Хоча авторка більш схильна до поняття «гармонізація», та зазначає, що гармонізація національного законодавства з європейським та міжнародним правом передбачає узгоджену діяльність всіх суб'єктів, що здійснюється в межах їх компетенції, послідовно та поетапно [7, с. 338]. В. Муравйов вважає, що гармонізація застосовується для позначення усіх процесів створення гомогенної правової системи в рамках даної інтеграційної організації, яка відбувається в переважній більшості через прийняття директив [12, с. 338]. На нашу думку, гармонізація є більш широким значенням щодо застосування міжнародної норми у національному законодавстві, по відношенню до імплементації та адаптації.

Виходячи з вищезазначеного, слід зауважити що проаналізовані поняття є достатньо схожі у своїй сутності, але не слід їх ототожнювати. На нашу думку, імплементація є процесом перенесення норм ЄС та втілення її у національне законодавство, а адаптація – процесом приведення законів України у відповідність з *acquis communautaire*, яке встановлене ЄС. Отже, імплементація є сам процес зміни нормативно – правових актів України у відповідності до нормативно-правих актів ЄС, на які України дала згоду та ратифікувала їх.

Для більш детального розуміння сутності процесу імплементації, слід розглянути способи її здійснення. Під

способами імплементації слід розуміти заходи органами державної влади, які здійснюється з метою виконання міжнародних норм шляхом їх втілення у національне законодавство. У кожному конкретному випадку застосовується окремий спосіб.

З попередніх досліджень можемо виокремити такі способи імплементації, як:

– інкорпорація – міжнародно-правові норми без змін відтворюються у нормативно-правових актах держави, що імплементує міжнародні норми). Сутність інкорпорації полягає у чіткому перенесенні норми міжнародної у національну, без змін та доповнень;

– трансформація – це перероблення тесту міжнародно-правового акту, або його окремих частин на основі загальної норми національного права. Сутність трансформації полягає в тому, що необхідно переформування міжнародної норми так, щоб вона зберігла свій предмет регулювання і зміст, але відповідала внутрішньодержавному праву та з урахуванням національних особливостей;

– відсилка – це вказівка у внутрішньодержавному нормативно-правовому акті на міжнародне право як на джерело, що регулює ці відсильні відносини. Відсилання санкціонує пряме застосування суб'єктами внутрішнього права норм міжнародного права у внутрішньодержавних правовідносинах [9, с. 224]. Тобто міжнародно-правові норми не входять в текст закону, в якому міститься інформація про нього;

– рецепція – це текстуальне повторення нормотворчим органом держави змісту міжнародно-правової норми в статті нормативно-правового акту [10, с. 23]. Сутність рецепції полягає в тому, що норми міжнародного права стають нормами національного права відображаючись у національному законодавстві. Після застосування рецепції у національному законодавстві починають діяти норми схожі на міжнародно правові, хоча є норми внутрішнього права. Факт рецепції має безумовне значення для тлумачення відповідної норми внутрішньодержавного нормативно правового акту.

Науковці не дійшли єдиного рішення щодо виокремлення найвдалішого способу імплементації. На нашу думку, всі способи мають вагоме значення, оскільки в залежності від міжнародно-правового акту та міжнародних зобов'язань, держава сама визначає яким чином втілить міжнародну норму у національне законодавство. При втіленні міжнародної норми уповноважені органи державної влади не повинні забувати про суверенність, незалежність України та загальнообов'язковість норм Конституції України. Відповідно до ч. 2 ст. 9 Конституції України, укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України [КУ]. Розтлумачуючи дану конституційну норму Конституційний Суд України у своїх рішеннях наголошує на тому, що за ієрархічним розположенням конституційна норма є вищою ніж міжнародна. Відповідно до Рішення КСУ № 9 від 01.11.1996 «суд не може застосовувати закон, який регулює правовідносини, інакше як міжнародний договір. У той же час міжнародні договори застосовуються, якщо вони не суперечать Конституції України».

В. Євінтов виокремив такі критерії щодо втілення міжнародної норми: 1) норми міжнародних договорів, які введено в право України ратифікаційним законом, набувають статусу норм національного права і підлягають відповідному застосуванню. Пряме застосування норм договорів, про які йдеться, не виключається, якщо законодавець не здійснив спеціальну трансформацію цих норм у внутрішнє законодавство; 2) у разі колізії норм ратифікованого договору й норм національного права перші мають вищу силу над другими й підлягають пріоритетному застосуванню; 3) забороняється вводити в право України і, відповідно, застосовувати договори, які суперечать її Конституції [11, с. 27].

Виходячи з вищезазначеного, уповноважений орган державної влади при застосуванні способів імплементації повинен враховувати відповідність міжнародної норми до Конституції України, а також проаналізувати чинні закони України які мають однаковий предмет регулювання з міжнародним актом, для запобігання колізій. Після детального аналізу можливо визначити який спосіб імплементації слід застосувати.

Висновки: Імплементація нормативно-правових актів ЄС у національне законодавство України – це процес перенесення та втілення відповідних правових норм із європейського законодавства до національного за допомогою правових механізмів та способів. В Україні не існує чіткого регулювання на законодавчому рівні процесу імплементації, оскільки найбільш використовуваним терміном є адаптація. На нашу думку, це кардинально різна термінологія за своєю сутністю. Процес імплементації використовується напряму у роботі з нормою, а адаптація – це робота з аналізом законодавства України та приведення його до європейських стандартів. Тому, нормативне регулювання процесу імплементації вкрай необхідне в Україні з урахуванням юридичної техніки та загальних засад щодо створення національного законодавства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про право міжнародних договорів : Віденська конвенція від 23.05.1969 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text (Дата звернення: 13.06.2022).
2. Філатов В. В. Імплементація міжнародних норм до митного законодавства України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Львів, 2012. 16 с.
3. Гавердовский А. С. Имплементация норм международного права. Київ : Вища школа, 1980. 318 с.
4. Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1629. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15#Text (Дата звернення: 13.06.2022).
5. Вступ до права Європейського Союзу : навч. посібник / В. Кернз; В. С. Ісакович та ін. Київ : Товариство «Знання», 2002. 381 с.
6. Про затвердження Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу : Указ Президента України від 11 червня 1998 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/615/98#Text (Дата звернення: 13.06.2022).
7. Пархоменко Н. М. Гармонізація законодавства України з європейським та міжнародним правом: методи, етапи, види. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 1. С. 338–342.
8. Ямковий В. І. Гармонізація законодавства України з правом європейського союзу як один з етапів його адаптації до європейських правових стандартів. *Правовий часопис Донбасу.* 2018. № 2 (63). С. 33–39.
9. Лукащ И. И. Международное право. Общая часть : учеб. для студентов юрид. фак. и вузов. Москва : Волтерс Клувер, 2005. 432 с. URL: http://www.cawater-info.net/bk/water_law/pdf/lukashuk_1.pdf (Дата звернення: 13.06.2022).
10. Шпакович О. Особливості способів імплементації міжнародно-правових норм. *Наукова бібліотека. Право.* С. 23–25. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/viche_2010_17_11.pdf (Дата звернення: 13.06.2022).
11. Євінтов В. Пряме застосування міжнародних стандартів прав людини: Коментар до ст. 9 Конституції України. *Український часопис прав людини*. 1998. № 1. С. 24–30.
12. Муравйов В. Гармонізація законодавства як феномен європейської інтеграції. *Український правовий часопис.* 2003. № 2 (7). С. 3–10.

РОЗДІЛ 3
ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 340.142
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/19

ПРАВОВА ПРИРОДА ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО СПОРУ ТА ЇЇ ВПЛИВ НА СУДОВУ ПРАВОТВОРЧІСТЬ

LEGAL NATURE OF CIVIL LAW DISPUTE AND ITS IMPACT ON JUDICIAL LAWMAKING

Арістова І.В., д. ю. н., професор,
завідувачка кафедри адміністративного та інформаційного права
Сумський національний аграрний університет

Кравченко І.О., д. ю. н.,
доцент кафедри адміністративного та інформаційного права
Сумський національний аграрний університет

В даній статті розкрито природні підстави виникнення цивільно-правових спорів між його сторонами. До таких підстав автори віднесли конкретні дії сторін, їх слова та вчинки, які на думку однієї чи іншої сторони вважаються незаконними, а відтак – і неприйнятними, і з цих підстав вони не дали (не дають) тій чи іншій стороні досягти того блага, на яке сподівалася кожна із сторін спору.

В роботі звертається увага на те, що суд повинен приймати всі міри для урегулювання спірних відносин між сторонами у справі і розглядати по суті лише ті справи, в яких досягти компромісу не вдалося. При цьому, ініціатива в урегулюванні спору повинна належати суду, а не сторонам, як це має місце сьогодні. Саме дане питання є проблемним, оскільки саме воно гальмує процес урегулювання спорів за участі судді, роблячи процесуальне законодавство з цього питання недієздатним.

Безумовно, що слідуючим кроком в питанні практичного втілення принципу верховенства права в правозастосовчу практику сучасного правосуддя в нашій державі є вчення про судову правотворчість. Саме судова правотворчість є реальним кроком на шляху до подолання законодавчих прогалин, застарілості матеріального законодавства, розвитку права та формування єдиної правозастосовчої судової практики. Все це, у свою чергу, прокладає шлях до прецедентної моделі у сфері як цивільного, так і адміністративного та господарського судочинства. За такої моделі судовий прецедент визнавався б джерелом права. При цьому, прецедентне право мало б свій вплив лише у справах, де має місце спір про право. Такий напрямок розвитку цивільного процесуального права узгоджувався б із загальносвітовою тенденцією щодо поступового зближення континентального та загального права.

Автори приходять до висновку, що загальна частина Цивільного процесуального кодексу України, якою регламентовані права і обов'язки суду щодо судової правотворчості, не узгоджується з особливою частиною даного процесуального закону як на рівні судів першої, так і апеляційної інстанції. Право на судову правотворчість за своїм змістом – це право на справедливість правосуддя, оскільки суд не може урегулювати цивільно-правові спори нормами права, які не ґрунтуються на принципах справедливості, регулярності моральності, не виходячи при цьому за межі норм Конституції України.

Ключові слова: судова правотворчість, правозастосовча практика, законодавчі прогалини, верховенство права, цивільне судочинство.

This article reveals the natural causes of civil disputes between its parties. To such grounds the authors attributed specific actions of the parties, their words and actions, which in the opinion of one or another party are considered illegal and therefore unacceptable, and on these grounds they did not allow (do not allow) one or another party to achieve the good which was hoped for by each of the parties to the dispute.

The paper draws attention to the fact that the court must take all measures to resolve the disputed relationship between the parties in the case and consider in essence only those cases in which no compromise has been reached. At the same time, the initiative in resolving the dispute should belong to the court, not the parties, as is the case today. This issue is problematic, because it slows down the process of dispute resolution with the participation of a judge, making procedural legislation on this issue incapable.

Of course, the next step in the practical implementation of the rule of law in the law enforcement practice of modern justice in our country is the doctrine of judicial lawmaking. Judicial law-making is a real step towards overcoming legislative gaps, obsolescence of substantive legislation, development of law and the formation of a unified law enforcement judicial practice. All this, in turn, paves the way for a precedent model in the field of both civil and administrative and commercial litigation. Under such a model, judicial precedent would be recognized as a source of law. At the same time, case law would have its effect only in cases where there is a dispute over the law. This direction of development of civil procedural law would be in line with the global trend of gradual convergence of continental and common law.

The authors conclude that the general part of the Civil Procedure Code of Ukraine, which regulates the rights and obligations of the court in judicial lawmaking, is not consistent with a special part of this procedural law at the level of courts of first and appellate instance. The right to judicial lawmaking in its essence is the right to justice, because the court can not resolve civil disputes by rules of law that are not based on the principles of justice, regularity of morality, without going beyond the Constitution of Ukraine.

Key words: judicial lawmaking, law enforcement practice, legislative gaps, rule of law, civil proceedings.

Постановка проблеми. Питання щодо виникнення та розвитку цивільно-правових спорів в умовах повсякденного життя завжди цікавило науковців, оскільки в площині судових засідань судді завжди звертають увагу на причини виникнення того чи іншого цивільно-правового спору. Саме алгоритм такого дослідження дає розуміння природи тих чи інших дій чи бездіяльності кожної із сторін, що дозволяє їх ідентифікувати як з точки зору розумності та справедливості, а відтак і їх законності чи незаконності. Отже, такі дослідження дають можливість зрозуміти не лише логіку виникнення та розвитку таких спорів, але і зрозуміти суть тих наслідків, які настали, порівнюючи їх із тим, на що сподівалася кожна із сторін і які тепер кожна із сторін намагається захистити в суді.

Процедура розгляду кожної такої справи урегульована нормами Цивільного процесуального кодексу України. Разом з тим, процесуальний зміст таких норм дає лише зовнішнє уявлення про судовий процес, оскільки

дані норми регулюють лише можливості сторін по розкриттю змісту засобів доказування в судовому засіданні, а відтак вони не наповнені матеріальним змістом. Таким чином, дана ситуація створює оманливе відчуття простоти судових процесів. При цьому, процесуальні норми права не можуть передавати ту психологічну напругу, яку привносять сторони в судове засідання, де поняття справедливості та законності лунає як в поясненнях однієї, так і іншої сторони, при цьому компроміс відкидається як неможливий. І лише суддя спокійно і урівноважено, неупереджено і професійно, наполегливо і з повагою вислуховує кожну із сторін, досліджуючи зміст кожного доказу, уважно аналізуючи слова і ті факти та обставини, на які посилається кожна із сторін.

Безумовно, архіскладна робота суду полягає в аналітично-оціночній царині досліджених в судовому засіданні доказів, оскільки на їх основі відбувається точне юридичне урегулювання спірних відносин. Таким чином, кожна невдала фраза, кожне невдале правове урегулювання спірних відносин, яке закріплюється в судовому рішенні, дає підстави як одній, так і іншій стороні для оспорювати законність та обґрунтованість судових рішень в апеляційному, а то і касаційному порядку.

Звісно, що одним із найважливіших питань правосуддя є правильне нормативно-правове урегулювання спірних відносин. Даним питанням визначається не лише галузь матеріального права, закон чи його розділ або глава, а і та норма права, на підставі якої суд безпосередньо урегульовує спірні відносини. Разом з тим, практика показує, що суди все частіше зіштовхуються з тим, що зміст норм права через абстрактність їх змісту, мають певну змістовну неповноту, нечіткість або суперечливість, а іноді такі норми взагалі відсутні. В таких випадках судді змушені вдаватись не лише до розширеного правотлумачення окремих норм матеріального права та їх правових положень, а і застосовувати правові аналогії, а в окремих випадках і спрямовувати свої погляди у сферу судової правотворчості. Безумовно, що кожен із таких процесів в тій чи іншій мірі привносить в питання правового урегулювання цивільно-правових спорів певну долю новизни і саме в таких випадках суд розвиває право. Але суд не є законодавцем, тому судова правотворчість завжди носить локально-індивідуалізований характер і з цих підстав завжди обмежується конкретною справою. Таким чином, судова правотворчість має місце лише там, де має місце спір про право. Правовою базою судової правотворчості є не лише природне право та його принципи, звичаї, суспільні та моральні цінності, а і норми Конституції України. Саме норми Конституції часто дають можливість для розвитку права, спрямовуючи судову правотворчість в теоретичні її глибини. Ось чому застосування «не розвернутих» норм Конституції в площину розвернутості їх правового змісту по відношенню до конкретного спірного випадку потребує від суддів як креативного мислення, так і професійних знань.

Сьогодні модератором судової правотворчості у вигляді правових позицій є Велика Палата Верховного Суду, яка за своїм процесуально-правовим положенням має можливість спрямовувати не лише всю судову практику в Україні, а і розвивати право та поглиблювати окремі його правові положення. Саме ці питання і досліджуються в даній науковій роботі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Безумовним фактом є те, що поведінка кожної із сторін на різних етапах спірних відносин, від причин виникнення такого спору до його розвитку та нормативно-правового урегулювання, завжди носили, носять і будуть носити дискусійний характер.

Практика показує, що особлива дискусія сторін доволі часто спрямована у сферу нормативно-правового урегулювання спірних відносин. Така ситуація обумовлюється тим, що світ сьогодні розвивається настільки динамічно, що поточне законодавство, яке носить статичний характер, об'єктивно не встигає за таким розвитком. З урахуванням даних обставин, судова практика правозастосування потребує свого розширення, а відтак і виходу на новий рівень, який можливо забезпечити за рахунок судової правотворчості.

Цим питанням та іншим окремим його складовим науковці почали приділяти увагу лише в останні десять-п'ятнадцять років. Серед таких наукових робіт потрібно виділити роботи Я. Романюка (2016) [1], Н. Стецика [2], Д. Ясинка [3], І. Кравченка [4], Ю. Рябченка [5], С. Запари (2021) [6], П. Комар [7], Г. Тимченко, Ю. Котвяковського [8], М. Курила [9], М. Ясинка (2022) [10]. Сьогодні науковці доволі впевнено розвивають вчення про судову правотворчість, яке у свою чергу закладає правові основи щодо сучасної моделі прецедентного права в нашій державі.

Метою статті є теоретичне дослідження правової природи цивільно-правових спорів та пов'язаних з ними процесуально-правових особливостей судової правотворчості в цивільному процесуальному праві України.

Основні результати дослідження. Як би це не було дивним, але жодна людина не може уникнути стресових ситуацій. Найчастіше підставами до таких стресів є невдоволення поведінкою інших людей наслідок їх дій чи бездіяльності, сказаних слів чи мовчання, недотримання тих чи інших домовленостей, на результат яких ми сподівалися. В таких випадках кожне наше невдоволення супроводжується певними словесними претензіями, на які ми хочемо отримати відповідь, і не факт, що ми будемо задоволені такою відповіддю. Так формується механізм спірних ситуацій, які в подальшому стають основою цивільно-правових спорів. Безумовним фактом є те, що кінцева мета кожної спору, незалежно від того, став він предметом судового розгляду чи ні, полягає у намаганні досягти «своєї справедливості». Оскільки змістовна суть поняття «справедливість» для кожної із сторін спору часто носить індивідуальний характер. В той же час, на рівні суспільства поняття справедливості втілюється в норми права, які за рахунок своєї статичності здатні регулювати суспільні відносини в довготривалій перспективі. Ось чому кожен предмет спору у сфері цивільних сімейних, земельних, трудових чи житлових відносин кожна із сторін співвідносить до змісту тих чи інших норм права, доказуючи, що саме такий «стандарт справедливості» законодавець і закріпив в тій чи іншій нормі права і що суть такого «стандарту» підтверджується засобами доказування, які досліджені безпосередньо в судовому засіданні. Таким чином здається, що процес досягнення справедливості у цивільно-правовому спорі є заняттям простим і легким. Безумовно, що це виглядає так, якщо розглядати даний процес з точки зору його зовнішньо-правової суті. Якщо ж розглядати цивільно-правовий спір з точки зору внутрішніх відносин сторін, які часто є складними і неоднозначними як на стадії виникнення конфлікту, так і його розвитку та тими наслідками, які переросли у відкрите протистояння, де кожна із сторін відкидає всякі умовності «кидаючи» на вівтар «перемоги» всі без виключення аргументи і факти, і в цьому конфліктному хаосі відразу зрозуміти, яка із сторін є добросовісною у своїй поведінці доволі складно, оскільки кожна із них, аналізуючи спірну ситуацію, бере до уваги лише ті чи інші факти «неправомірної» поведінки іншої сторони. Свої ж дії розглядаються лише як відповідь на «неправомірну» поведінку свого процесуального супротивника. Це є об'єктивним процесом, в якому практично відсутня самокритика та неупереджена оцінка щодо своїх дій. Така ситуація створює ефект безумовної правоти, і з цих підстав особа починає вірити лише у «справедливість» своєї поведінки по відношенню до іншої сторони спору. Такий алгоритм «справедливості» особа починає проектувати на своїх близьких, друзів, зна-

йомих, товаришів, які починають сприймати спір з точки зору справедливості його оратора. Саме з цих підстав такі особи стають на «захист справедливості» стаючи свідками у справі як по відношенню до позивачів, так і відповідачів. Така комунікативна підтримка остаточно переконує кожну із сторін в тому, що саме їх права та інтереси потребують судового захисту.

Це і є тією першою частиною цивільно-правового спору, в основі якої лежить внутрішньо-психологічної переконаність у виключності своєї правоти, що безумовно впливає на волю особи, і з цих підстав остання спрямовує свої процесуально-правові дії на досягнення того блага, яке на її думку вона втратила (чи може втратити) через «неправомірну» поведінку іншої сторони.

На цьому етапі важливу роль відіграють адвокати. Вислуховуючи претензії, потенційного позивача, адвокат повинен об'єктивно і чітко дати юридично-правову оцінку всім фактам і обставинам. Визначити як «сильні» так і «слабкі» сторони в позиції свого клієнта, співвідносячи всю доказову інформацію не лише по відношенню до тих чи інших норм права, але і судової практики Верховного Суду. Нажаль науковці мало приділяють уваги даній стадії приватної підготовки справ до судового розгляду, оскільки вона лежить за межами судового процесу. Разом з тим, вона є надзвичайно важливою, бо саме на цій стадії внутрішнє переконання позивача часто набуває особистої, внутрішньої монументальної «справедливості», і індульгенцію такій справедливості часто їм надають адвокати. Ось чому ця частина позасудового внутрішнього переконання особи у правоті своєї поведінки часто залежить від професійного, життєвого та практичного досвіду адвоката, оскільки саме адвокат формує у сторін юридично-психологічну впевненість у свої правоті, закріпляючи в подальшому їхню переконаність в процесуальних документах: позовній заяві, відзиві, відповіді на відзив, запереченнях тощо. При цьому потрібно розуміти, що така матеріально-правова переконаність «своєї правоти», яку сформували адвокати, часом є настільки потужною, що в подальшому ні суд, ні навіть самі адвокати, не можуть схилити ту чи іншу сторону до компромісу.

Безумовним фактом є те, що конструкція кожного цивільно-правового спору в повній мірі залежить від предмету спору та тих чи інших фактів і обставин, які мали місце в минулому. Адвокати, які часто слідують у фарватері побажань своїх клієнтів, доволі часто не схиляють їх на віднайдення компромісу у сфері цивільно-правового спору. Така ситуація обумовлюється тим, що під час підготовки справи до судового розгляду, вони переконують своїх клієнтів у виключній їх правоті, що часто обумовлювалося не стільки правотою в юридичному спорі, скільки бажанням заробити. З цих підстав адвокати психологічно не можуть перебудовувати свою позицію і схиляти свого клієнта до компромісу.

Такі ситуації виникають тому, що адвокати часто тлумачать зміст норм права, як і зміст засобів доказування однобоко, часто – в угоду своїх клієнтів, не передбачаючи при цьому жодних інших варіантів. І це при тому, що ситуація під час дослідження судом доказів часто змінюється, а від так змінюється і правове регулювання спору. Але навіть при таких обставинах, коли адвокати вже самі розуміють, що сторона не має перспективи позитивного для неї рішення, все одно сподіваються на «удачу».

На стадії підготовчого провадження спонукати сторони до компромісу міг би суд, оскільки природа суду ґрунтується не на безумовному ухвалені судових рішень, а на судовому розсуді, тобто на «віднайденні» компромісу. Логічно, що суд не є медіатором, але суд все ж зобов'язаний прийняти всі міри до примирення сторін, бо в іншому випадку навіть саме справедливе рішення, з точки зору суду і законодавця, часто не сприймається як справедливе, а це у свою чергу тягне за собою продовження справи на апеляційному, а в окремих випадках і касаційному рівнях. Безумовно є частина справ де компроміс практично не можливий. В таких випадках урегулювання спору потребує безумовно судового рішення. Законодавець намагався урегулювати процесуально-правову процедуру щодо урегулювання спору за участі судді процесуальними нормами права, закріпивши такий процес статтями 201–205 ЦПК України. Ідея безумовно є вчасною і цікавою, але її практичне втілення в життя є не зовсім вдалим, оскільки ініціатива віднайдення компромісу до таких дій належить не суду, а сторонам, які в більшості не розуміють про що йде мова, не знають процедури і правового значення такого урегулювання. Адвокати ж не зацікавлені ще у «додатковій роботі» і саме цим користуються суди. Таким чином, такі процедури майже ніколи не застосовують в судовій практиці. В той же час, законодавець забороняє судам відмовляти особі у розгляді її справи з підстав відсутності законодавства, його неповноти, нечіткості чи суперечливості (ч. 10 ст. 10 ЦПК України). Такі форс-мажорні правові випадки, які більшість вчених називає законодавчими прогалинами, все частіше мають місце в поточному законодавстві. Це обумовлено тим, що законопроекти, які розглядаються і приймаються законодавцем в «турбо-режимі», а відтак такий процес супроводжується законодавчими неточностями, певною неповнотою, чи суперечливістю. Саме з цих підстав на суд лягає безумовний обов'язок по старуванню законодавця відповідно до якого суд за рахунок судової правотворчості зобов'язаний долати законодавчі прогалини з тим, щоб за рахунок оновлених правових понять і положень урегулювати цивільно-правовий спір.

Такий підхід законодавця має місце і на рівні апеляційного провадження, хоча ч. 1 ст. 375 ЦПК України вимагає від суду апеляційної інстанції дотримуватись лише норм матеріального та процесуального права. В той же час, ч. 10 ст. 10 ЦПК України носить загальний характер, а тому її вимоги мають місце і на рівні апеляційного провадження. Таким чином, як в першому, так і другому випадку мова йде не лише про правильне застосування норм матеріального та процесуального права, а і про право на судову правотворчість, яка завжди має місце там, де мова іде про неможливість урегулювання спірних відносин як з підстав застарілості норм права, так і їх неповноті, нечіткості, суперечливості чи взагалі відсутності. В той же час «якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, то суд зобов'язаний застосувати норми Конституції України, які є нормами прямої дії (ч. 6 ст. 10 ЦПК України, ст. 8 Конституції України). Разом з тим, потрібно розуміти, що норми Конституції України – це загально-універсальні, нормативно-декларативні категорії, які змістовно знаходяться у «нерозвернутому» стані. Це означає, що суд, посилаючись на статтю Конституції, супроводжує таке посилання розширеним тлумаченням даної норми, поглиблюючи її змістовно-правову суть по відношенню до конкретного цивільно-правового спору на основі конституційно-правових принципів, окремих правових положень та понять, суспільних та моральних цінностей. Такі процеси щодо правового урегулювання спірних відносин у сфері нових життєвих реальностей дають можливість до формування різнонаправленої правової новизни та вирішенню на її основі певної правової проблеми, що у свою чергу закладає основи до розвитку права за рахунок судової правотворчості. Дане питання особливо стане гостро після перемоги над російським фашизмом, оскільки Україна за цей час зробила надпотужний крок у своєму суспільному розвитку, який змінив всю суспільно-політичну, виробничо-економічну, військово-технологічну ситуацію в країні і все це потребує як свого осмислення, так і нового правового урегулювання. Основною проблемою в цьому плані буде проблема по подоланню вже занадто

застарілого законодавчого баласту, якого Україна повинна якнайшвидше позбутися, оскільки він уже сьогодні не сприяє, а навпаки – гальмує загальносуспільний розвиток держави. Не дивлячись на це, законодавець об'єктивно не зможе швидко змінити все застаріле законодавство, чого буде вимагати нова реальність. Пришвидшений же законотворчий процес безумовно привнесе в різнонаправлене цивільне, сімейне, житлове, трудове, земельне законодавство не лише нові підходи, а і численні законодавчі прогалини. Таким чином, об'єктивний розвиток суспільних відносин безумовно буде потребувати нових підходів до правозастосовчої практики у сфері цивільного судочинства, де принцип верховенства права, не зможе залишатись виключно у сфері позитивістської теорії права, оскільки залишки жорсткого радянського нормативізму будуть гальмувати не лише розвиток права і цивільного процесуального права зокрема, а і суспільний розвиток держави взагалі. Судова ж правотворчість, як прикладна процесуально-правова модель втілення принципу верховенства права в практичне правосуддя дає можливість сформувати обриси прецедентного права в Україні, що у свою чергу дає можливість не лише боротися з корупцію в судовій системі, але і розвивати право та формувати єдність судової практики.

Висновки. Цивільно-правові спори не виникають самі по собі. Вони є наслідком неправомірної поведінки як привило обох сторін, оскільки кожна із них переслідуючи своє уявлення щодо поняття справедливості, починає діяти в супереч діям іншої сторони, що часто придає цивільно-правовому спору певної агресивності і як наслідок унеможливлює процес самопримирення. Ось чому віднайдення компромісу між сторонами за рахунок урегулювання спору за участі судді на стадії підготовчого провадження є питанням архіважливим, оскільки саме цей шлях дасть можливість як щодо зменшення кількості справ, по яких ухвалюється судове рішення і з цих підстав економії процесуального часу, так і зменшення звернень до апеляційної, а в подальшому і касаційної інстанції. Разом з тим, ідея по урегулюванню спорів за участю судді є безумовно цікавою, але її втілення в життя потребує свого уточнення, де б ініціатива на проведення таких дій належала б не сторонам, а суду відповідно до його природи розсуду.

Вчення про судову правотворчість по суті є новим напрямком розвитку цивільного, адміністративного та господарського процесуального права в нашій державі. Це по суті є прологом до формування в українському правосудді прецедентної моделі судочинства, де судовий прецедент визнається джерелом права. Такий об'єктивний розвиток нашого правосуддя, з урахуванням європейського статусу України, безумовно буде потребувати поєднання нормативістського і прецедентного підходу в правозастосовчій практиці з тим, щоб поняття верховенства права набуло реальних, практичних обрисів. Такий підхід до правозастосовчої практики мав би декілька практичних результатів. По-перше, суворе дотримання судових прецедентів як джерел права було б вкладом у боротьбу з корупційною складовою в судовій системі. По-друге, такий напрямок давав би можливість розвивати право, усуваючи із правозастосовчої практики застарілі, ще радянські підходи щодо тих чи інших понять, положень та принципів, які не відповідають надстрімкому розвитку суспільних відносин в нашій державі. По-третє, Україні вкрай необхідно створити єдині стандарти судової практики, які за рахунок судової правотворчості мали б еластичний характер і з цих підстав мали б можливість до постійного осучаснення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Романюк Я. М. Судова правотворчість в умовах реформування правосуддя: роль Верховного Суду України (доповідь) 24–25 листопада 2016 р. *Вісник* Верховного Суду України.2016. – № 12. – С. 4.
2. Стецик Н. В. Судова правотворчість: загальнотеоретична характеристика. *Часопис* Академії адвокатури України. 2010. – № 8. – С. 1–6.
3. Ясинок Д. М. Сучасні тенденції «судової правотворчості» в правосудді України. Матер. міжн. наук.-практ конф. Львів. 14–15 травня 2021 р. Західноукраїнська організація «Центр правничих ініціатив», ч. 1, с. 111–113.
4. Кравченко О. І. Судова правотворчість в адміністративному судочинстві та її особливості. *Приватне та публічне право*. 2021. № 2. С. 50–55.
5. Рябченко Ю. Ю., Кравцова Т. М. Судова правотворчість в цивільному процесі та її правова природа. *Приватне та публічне право*. 2022. № 1. С. 15–19.
6. Запара С. І. Особливості формування процесуально-правового механізму судової правотворчості та її межі. *Приватне та публічне право*. 2021. № 4. С. 35–40.
7. Комар П. А. Роль судової правотворчості в утвердженні принципу верховенства права : дис. … док. філос. Вінниця, 2021. 242 с.
8. Тимченко Г. П., Котвяковський Ю. О. Місце правотворчого процесу в понятті «законодавчі прогалини» цивільного процесуального права України. *Приватне та публічне право*. 2022. № 1. С. 26–30.
9. Курило М. П., Ясинок Д. М. Судова правотворчість в цивільному судочинстві та її межі при подоланні законодавчих прогалин. *Приватне та публічне право*. 2022. № 1. С. 9–14.
10. Ясинок М. М. Судове тлумачення та судова правотворчість: поняття та взаємодія. Мат. міжн. наук.-практ. конф. Дніпро, 14–15 січня 2022. С. 37–40.

УДК 347.91
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/20

ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ ВЕРХОВНОГО СУДУ У КОНТЕКСТІ ДОТРИМАННЯ МІЖНАРОДНИХ СТАНДАРТІВ

LEGAL POSITIONS OF THE SUPREME COURT IN THE CONTEXT OF COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL STANDARDS

Ахмач Г.М., к. ю. н., доцент,
асистент кафедри цивільного процесу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті розглядаються проблемні питання діяльності Верховного Суду, Великою Палати Верховного Суду у контексті дотримання міжнародних стандартів судочинства, євроінтеграції української судової системи, дотримання загальновизнаних принципів і норм міжнародного права при здійсненні судочинства, зокрема правової визначеності, res judicata. Досліджується поетапна інтеграція найкращих європейських стандартів судочинства до національного – в аспектах оптимізації цивільного процесуального законодавства та ефективності діяльності Верховного Суду, Великою Палати Верховного Суду.

Автором аналізуються як чинне законодавство, так й статистичні відомості стану здійснення правосуддя Великою Палатою Верховного Суду у І півріччі 2021 року, судова практика, правове становище Верховного Суду, його значущість у системі судочинства України, спрямованість до досягнення міжнародних стандартів правосуддя. Справедливий, безсторонній та неупереджений суд є важливою гарантією ефективної боротьби з корупцією, надходження в Україну інвестицій, забезпечення прав і свобод кожного та побудови держави, керованої верховенством права. Судова реформа розглядається як підстава забезпечення функціонування судової влади, що відповідає суспільним очікуванням щодо незалежного та справедливого суду, а також європейській системі цінностей та стандартів захисту прав людини. Автор привертає увагу щодо збільшення вдвічі заяв до Верховного Суду про перегляд судових рішень за виключними обставинами, пов'язаних із встановленням міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом. Зазначена тенденція розглядається як негативна й тому, на думку автора, виникає проблема активізації узагальнення судової практики Верховним Судом у контексті дотримання міжнародних стандартів судочинством України. Дослідження функціонування системи судоустрою в умовах його нормативної новелізації, практики Верховного Суду, Великої Палати Верховного Суду та аналіз судової статистики віддзеркалює покрокову імплементацію найкращих стандартів європейського судочинства до національного, інтеграцію у європейську систему правових гарантій судового захисту. Діяльність Верховного Суду, Великої Палати Верховного Суду розглядається як гарантія європеїзації українського судочинства, імплементації міжнародних стандартів.

Ключові слова: Верховний Суд, Велика Палата Верховного Суду, міжнародні стандарти судочинства, судова система, євроінтеграція.

The article examines problematic issues of the activity of the Supreme Court, the Grand Chamber of the Supreme Court in the context of compliance with international judicial standards, European integration of the Ukrainian judicial system, compliance with generally recognized principles and norms of international law in the implementation of judicial proceedings, in particular legal certainty, res judicata. The step-by-step integration of the best European judicial standards into the national one is being studied – in the aspects of optimization of civil procedural legislation and the effectiveness of the activities of the Supreme Court, the Grand Chamber of the Supreme Court.

The author analyzes both the current legislation and statistical information on the state of administration of justice by the Grand Chamber of the Supreme Court in the first half of 2021, judicial practice, the legal position of the Supreme Court, its significance in the judicial system of Ukraine, and the orientation towards achieving international standards of justice. A fair, impartial and impartial court is an important guarantee of an effective fight against corruption, the flow of investments into Ukraine, ensuring the rights and freedoms of everyone and building a state governed by the rule of law. Judicial reform is considered as a basis for ensuring the functioning of the judiciary, which meets public expectations regarding an independent and fair court, as well as the European system of values and standards for the protection of human rights. The author draws attention to the doubling of applications to the Supreme Court for review of court decisions under exceptional circumstances related to the establishment by an international judicial institution, the jurisdiction of which is recognized by Ukraine, of Ukraine's violation of international obligations when deciding this case by the court. This trend is considered negative and therefore, in the opinion of the author, there is a problem of intensifying the generalization of judicial practice by the Supreme Court in the context of compliance with international standards by the judiciary of Ukraine. The study of the functioning of the judicial system in the conditions of its normative amendment, the practice of the Supreme Court, the Grand Chamber of the Supreme Court and the analysis of judicial statistics reflect the step-by-step implementation of the best standards of the European judiciary to the national one, integration into the European system of legal guarantees of judicial protection. The activities of the Supreme Court and the Grand Chamber of the Supreme Court are considered as a guarantee of the Europeanization of the Ukrainian judiciary and the implementation of international standards.

Key words: the Supreme Court, the Grand Chamber of the Supreme Court, international judicial standards, the judicial system, European integration.

Постановка проблеми. Право на судовий захист забезпечується конституційними гарантіями здійснення правосуддя судами, утвореними на підставі Конституції України, та у визначеному законом порядку. Статтею 125 Основного Закону України врегульована система національного судоустрою, який будується за принципами територіальності та спеціалізації. Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України. Суд утворюється, реорганізовується і ліквідовується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя. Правове становище Верховного Суду у системі судочинства визначає його значущість, важливу роль у досягненні правовуддям України міжнародних стандартів.

Стан опрацювання. Проблемні питання правових позицій Верховного Суду у контексті дотримання міжнародних стандартів привертають увагу богатьох юристів – як науковців, так й практиків: Гусарова К. В., Комарова В. В., Луспеника Д. Д., Попова О. І, Сакари Н. Ю., Ткачука О. С. та ін. Нормативна оптимізація діяльності Верховного Суду, процес євроінтеграції України викликає певні дискусії, потребує детального аналітичного огляду.

Метою статті є дослідження діяльності та структури Верховного Суду, зокрема Великої Палати Верховного Суду, на підставі аналізу останніх змін у цивільному процесуальному законодавстві, судової практики та її статистичного огляду у контексті спрямованості діяльності Верховного Суду, Великої Палати Верховного Суду до імплементації у судочинство України міжнародних стандартів.

Викладення основного матеріалу. Верховний Суд – найвищий суд у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. (далі – Закон) визначені повноваження Верховного Суду: здійснення правосуддя як суд касаційної інстанції, а у випадках, визначених процесуальним законом, – як суд першої або апеляційної інстанції, в порядку, встановленому процесуальним законом; аналіз судової статистики, узагальнення судової практики; надання висновків щодо проектів законодавчих актів, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням системи судоустрою; звернення до Конституційного Суду України щодо конституційності законів, інших правових актів, щодо офіційного тлумачення Конституції України і т. д.

Право на судовий захист та справедливий суд гарантується статтею 7 Закону, доступність правосуддя для кожної особи забезпечується відповідно до Конституції України та в порядку, встановленому законодавством України. Законом внесені зміни в систему судоустрою України, що має безпосередній вплив на реалізацію права на судовий захист та подальший розвиток цивільного процесуального законодавства.

Як зазначено у пояснювальній записці до проекту Закону, судова реформа є однією з найочікуваніших у суспільстві, оскільки справедливий, безсторонній та неупереджений суд є важливою гарантією ефективної боротьби з корупцією, надходження в Україну інвестицій, забезпечення прав і свобод кожного та побудови держави, керованої верховенством права. Судова реформа має забезпечити функціонування судової влади, що відповідає суспільним очікуванням щодо незалежного та справедливого суду, а також європейській системі цінностей та стандартів захисту прав людини.

Секретар Пленуму Верховного Суду Луспеник Д. Д. підкреслює, що у розробці стратегії роботи нового Верховного Суду братимуть участь і судді, і адвокати, і учені. Усі постаралися почути один одного. Таке різноманіття юридичних професій піде Верховному Суду тільки на користь. Учені, що глибоко знають ряд проблем, допоможуть краще розбиратися в нюансах тієї або іншого спору, судді – чітко організувати процес розгляду справ, виходячи зі свого досвіду визначаючи предмет, підставу позову і предмет доказування, і застосують свої знання і досвід в тій або іншій проблематиці, а адвокати – поглянути на проблему під дещо іншим, більше розширеним кутом, ніж на неї дивиться професійний судя [1].

Як цілком слушно зауважує І. В. Бобрик, ускладнення системи судоустрою ускладнює й судочинство, що негативно впливає на його ефективність та реалізації права на судовий захист. Тому чотирьохінстанційна система судочинства однозначно є більш складною і менш ефективною, ніж триланкова. Спеціалізація ж судової діяльності забезпечує якість правосуддя, є невід'ємною ознакою сучасної судової влади [2, с. 10].

Європейська комісія «За демократія через право» (Венеціанська комісія) також висловила сумніви щодо доцільності існування в Україні чотириланкової судової системи (пункти 45 та 63 Висновку від 15 червня 2013 року № 722/2013). Рада Європи зазначила, що створення трьох різних юрисдикцій, очолюваних трьома касаційними судами, незалежними один від одного, може призвести до чисельних та часто складних колізій юрисдикції (пункт 28 спільного Висновку Венеціанської комісії та Дирекції зі співпраці генеральної дирекції з прав людини та правових питань Ради Європи від 11 жовтня 2010 року № 588/2010) [3].

Як зазначає Н. Ю. Сакара, доступність правосуддя пов'язана не лише з фізичним доступом до суду й судових процедур, а також з захистом порушених прав і свобод за допомогою належних, тобто справедливих процедур [4, с. 48].

З прийняттям Закону України № 192-VIII від 12.02.2015 р. «Про забезпечення права на справедливий суд» відбулися позитивні зміни у діяльності ВСУ – розширено коло підстав для подання заяви про перегляд судових рішень; змінений порядок подання заяви про перегляд судових рішень – заява подається безпосередньо до Верховного Суду; допуск справи до провадження вирішується суддею-доповідачем Верховного Суду тощо.

Цивільний процесуальний кодекс України (далі – ЦПК) у статті 417 передбачає обов'язковість вказівок, що містяться в постанові суду касаційної інстанції (Верховного Суду) для суду першої та апеляційної інстанцій під час нового розгляду справи. Однак законодавець надає можливість суддям нижчих інстанцій більшої самостійності при ухваленні рішень, – постанова суду касаційної інстанції не може містити вказівок для суду першої або апеляційної інстанції про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яка норма матеріального права повинна бути застосована і яке рішення має бути прийнято за результатами нового розгляду справи [5].

Постійно діючим колегіальним органом Верховного Суду, який здійснює повноваження, визначені законом, є Велика Палата Верховного Суду. Законом зазначені наступні повноваження Великої Палати Верховного Суду: перегляд у визначених законом випадках судових рішень у касаційному порядку з метою забезпечення однакового застосування судами норм права; виконання функцій суду суд апеляційної інстанції у справах, розглянутих Верховним Судом як судом першої інстанції; аналіз судової статистики та вивчання судової практики, узагальнення судової практики, а також здійснення інших повноваження, визначених законом (частина 2 статті 45).

До складу Велика Палата Верховного Суду входить двадцять один суддя Верховного Суду, які обираються з числа суддів касаційних судів зборами суддів відповідних касаційних судів.

ЦПК передбачені підстави для передачі справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду. Зокрема, справа передається на розгляд Великої Палати судом, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії суддів, палати або об'єднаної палати, якщо суд вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, який був викладений в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів (палати, об'єднаної палати) іншого касаційного суду або в раніше ухваленому рішенні Великої Палати. Справа передається на розгляд Великої Палати Верховного Суду судом, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії або палати, якщо такий суд дійде висновку про наявність у справі виключно правової проблеми і передача справи пов'язана з необхідністю забезпечення розвитку права, єдності правозастосовчої практики.

Крім того, при перегляді судових рішень за виключними обставинами, якщо міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, встановлено порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом, заява про перегляд судового рішення подається до Верховного Суду і розглядається у складі Великої Палати (пункт 2 частини 3 статті 423, частина 3 статті 425 ЦПК).

Суддя-доповідач у разі необхідності після передачі справи на розгляд Великої Палати звертається до фахівців Науково-консультативної ради при Верховному Суді з метою підготовки наукового висновку щодо застосування норми права, питання щодо якого стало підставою для передачі справи на розгляд Великої Палати (за виклю-

ченням випадків, коли висновок відносно застосування такої норми у подібних правовідносинах був раніше отриманий Верховним Судом).

Доцільно розглянути аналіз Верховного Суду стану здійснення правосуддя Великою Палатою Верховного Суду у І півріччі 2021 року, зокрема за заявами про перегляд судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами.

Так, у І півріччі 2021 року до Великої Палати Верховного Суду надійшло 102 заяви про перегляд судових рішень за виключними обставинами, – приблизно вдвічі більше, ніж у І півріччі 2020 року (46). У провадженні Великої Палати Верховного Суду на початок 2021 року перебувало 110 таких заяв: 86 – з кримінальних справ, 11 – з адміністративних, 8 з цивільних, 2 – з господарських, 3 – справ про адміністративні правопорушення. Привертає увагу, що підставою більшості таких заяв (102) є встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом (за рішеннями ЄСПЛ). У І півріччі 2021 року Великою Палатою Верховного Суду було розглянуто розглянуто 99 заяв про перегляд судового рішення за виключними обставинами (приблизно, як і у І півріччі 2020 року). У цих справах оскаржувані судові рішення скасовано або змінено відповідно до таких рішень ЄСПЛ: «Філозофенко проти України» в адміністративній справі, «Чернов проти України» та «Скоморохов проти України» у 2 кримінальних справах; «Сатановська та Роджерс проти України» у цивільній справі. У І півріччі 2021 року на розгляд до Великої Палати Верховного Суду надійшло 4 заяви про перегляд судових рішень за нововиявленими обставинами, у І півріччі 2020 року – 10 [6].

Привертає увагу збільшення вдвічі заяв до Верховного Суду про перегляд судових рішень за виключними обставинами, при цьому більшість таких заяв пов'язана із встановленням міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом (за рішеннями ЄСПЛ). Зазначена тенденція розглядається як негативна у діяльності судів першої та другої інстанції. Верховний Суд та Велика Палата Верховного Суду виправляє такі судові недоліки, однак, на нашу думку, виникає проблема активізації узагальнення судової практики Верховним Судом у контексті дотримання міжнародних стандартів судочинством України.

Показником спрямованості Верховного Суду до застосування міжнародних стандартів у судочинстві України виступає ухвала про передачу справи на розгляд Великою Палати Верховного Суду від 02.02.2020 року (справа № 808/1628/18) – підстави передачі справи базуються на практиці Європейського суду з прав людини. Зокрема, Велика Палата Верховного Суду посилається на застосування принципу правової визначеності, розробленого у практиці ЄСПЛ, спрямованого насамперед на запобігання перегляду судових рішень, що набрали законної сили, з ініціативи держави. При цьому підкреслюється відсутність релевантної практики, яка встановлює обмеження права людини ініціювання перегляду судових рішень, ухвалених внаслідок суттєвих помилок з боку держави (наприклад, неконституційність закону). В ухвалі аналізуються міркування ЄСПЛ щодо застосування принципу правової визначеності та принципу res judicata (справи «Христов проти України» – Khristov v. Ukraine, заява № 24465/04, рішення від 19 лютого 2009 року; «Рябих проти Росії» – Ryabykh v. Russia, N 52854/39, п. 52, ECHR 2003-IX). В ухвалі також зазначено, що колегія суддів Верховного Суду, враховуючи європейську правову традицію, посилається на доповідь Венеційської Комісії на 86-му пленарному засіданні 25–26 березня 2011 року, у якій комісія зазначила, що остаточні рішення судів національної системи не повинні бути предметом оскарження. Зазначаються несумісність з принципом правової визначеності існування систем, у яких можливе скасовування остаточних рішень без наявності безспірних підставах публічного інтересу, та які допускають невизначеність у часі [7].

Висновки. Діяльність Верховного Суду, Великої Палати Верховного Суду розглядається як гарантія європеїзації українського судочинства, імплементації міжнародних стандартів. Дослідження функціонування системи судоустрою в умовах його нормативної новелізації, практики Верховного Суду, Великої Палати Верховного Суду та аналіз судової статистики віддзеркалює покрокову імплементацію найкращих стандартів європейського судочинства до національного, інтеграцію України у європейську систему правових гарантій судового захисту. Однак тенденція збільшення заяв, пов'язаних із встановленням міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом (за рішеннями ЄСПЛ) розглядається як негативна у діяльності судів першої та другої інстанції, й тому Верховному Суду, на нашу думку, доцільно активізувати діяльність щодо узагальнення та забезпечення єдності судової практики у контексті дотримання міжнародних стандартів судочинством України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Луспеник Д. Д. У рішеннях Верховного Суду повинно бути право, а не тільки законність. URL: http://sc.gov.ua/ua/golovna_storinka
2. Бобрик В. І. Спеціалізація судів та диференціація процесуального законодавства: проблеми оптимізації цивілістичного правосуддя. Юрид наука: Наук. юрид. журн. – 2015. – № 3. – С. 7–13.
3. Пропозиції Верховного Суду України Тимчасовій спеціальній комісії Верховної Ради України з питань підготовки законопроекту про внесенні змін до Конституції України : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 11.04.2014 р. № 1. URL: http://www.scjurt.gov.ua/clients/vsu.nsf/
4. Сакара Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах : монографія. – Харків : Право, 2010. – 256 с.
5. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства та інших законодавчих актів : Закон України від 03.10.17 р. URL: http://wl.c1.gov.ua/pls/sveb2/
6. Аналіз стану здійснення правосуддя Великою палатою Верховного Суду у 1 півріччі 2021 року. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/nev_folder_uploads/supreme/Analis_VP_VS
7. Ухвала про передачу справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду від 20.02.2020 року (справа № 808/1628/18). URL: https://zakononline.com.ua/court_decisions/show/87758201

УДК 340.13+347.97/99(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/21

ІНСТИТУТ МЕДІАЦІЇ У СУЧАСНОМУ СУСПІЛЬНО-ПРАВОВОМУ ПРОСТОРІ: ТЕОРЕТИКО-КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ АСПЕКТ

INSTITUTE OF MEDIATION IN THE MODERN SOCIO-LEGAL AREA: THEORETICAL AND CONCEPTUAL ASPECT

Басенко Р.О., к.п.н., доцент,
завідувач кафедри правознавства та фінансів,
заступник директора з науково-педагогічної роботи,
міжнародної та грантової діяльності
Полтавський інститут економіки і права
ЗВО «Відкритий міжнародний університет розвитку людини «Україна»

Шаравара Р.І., к.е.н., доцент,
професор кафедри правознавства та фінансів, перший заступник директора
Полтавський інститут економіки і права
ЗВО «Відкритий міжнародний університет розвитку людини «Україна»

Аванесян Г.М., доцент кафедри правознавства та фінансів
Полтавський інститут економіки і права
ЗВО «Відкритий міжнародний університет розвитку людини «Україна»

У дослідженні проаналізовано окремі теоретико-концептуальні та практичні аспекти інституту медіації як інноваційного інструмента вирішення спорів та врегулювання конфліктів у сучасному суспільно-правовому просторі. Зокрема проаналізовано сучасні теоретичні підходи до аналізу феномену медіації як альтернативного способу вирішення правових конфліктів, окреслено думки вчених і практиків щодо основних переваг, а також перспективних напрямів розвитку медіаційних практик, досліджено сучасні моделі та форми медіації, а також особливості їх трансформацій відповідно до вимог часу.

Констатовано, що філософія альтернативного способу вирішення конфліктів полягає у відмові від антагоністичного та конфронтаційного способу мислення сторін, зосередженні не на протистоянні, а на вирішенні конфлікту чи непорозуміння. Наголошено, що сучасні дослідники розглядають медіацію не лише як правовий, але насамперед як комунікативний, соціально-психологічний, емоційний процес взаємодії між суб'єктами конфлікту та медіатором.

Представлено авторську модель медіаційного процесу за такими теоретико-концептуальними кластерами: 1) цільово-стратегічний, який передбачає мету медіації як вирішення конфлікту, суперечки, які виникли між учасниками суспільних відносин або правовідносин; 2) розвідувально-аналітичний, який передбачає роботу медіатора зі змістом конфлікту, його учасниками, визначення медіабельності проблеми; 3) організаційно-комунікативний, який передбачає проведення медіаційного процесу між сторонами конфлікту та третьою стороною – медіатором за допомогою правових, емоційно-психологічних, комунікативних та інших засобів ведення перемовин; 4) консенсусно-легітимаційний, який передбачає знаходження компромісу, укладання угоди та визнання (легітимацію) її положень усіма сторонами конфлікту.

Названо та проаналізовано ознаки медіабельності проблеми: відсутність заборони на проведення медіаційного процесу; відповідність предмету спору принципам моралі та правового регулювання; готовність сторін до перемовин та потенційного примирення; відсутність заборони зі сторони закону щодо врегулювання конфлікту шляхом укладання угоди; до критеріїв медіабельності також віднесено: легітимність, законність, спеціальну правосуб'єктність, наявність дискреційних повноважень, добровільність, компетенційні межі, перспективи дієвості медіаційної угоди. Виявлено, що у зарубіжній правовій традиції процес медіації базується на принципах добровільності, конфіденційності, непримусовому характері тощо.

Зроблено висновок про те, що упровадження медіації як альтернативного способу вирішення конфліктів, без сумніву, є яскравою ознакою демократії, гуманізації суспільних відносин, а також свідчить про високий рівень цивілізаційного розвитку суспільства.

Ключові слова: медіація, медіаційні практики, альтернативне вирішення конфліктів, медіатор, принципи медіації, євроінтеграція.

The study analyzed separate theoretical-conceptual and practical aspects of the institution of mediation as an innovative tool for dispute resolution and conflict resolution in the modern social and legal space. In particular, modern theoretical approaches to the analysis of the phenomenon of mediation as an alternative way of resolving legal conflicts were analyzed, the opinions of scientists and practitioners were outlined regarding the main advantages, as well as prospective directions of the development of mediation practices, modern models and forms of mediation were investigated, as well as the peculiarities of their transformations in accordance with the requirements of the time.

It was established that the philosophy of an alternative method of conflict resolution consists in abandoning the antagonistic and confrontational way of thinking of the parties, focusing not on confrontation, but on resolving the conflict or misunderstanding. It is emphasized that modern researchers consider mediation not only as a legal, but primarily as a communicative, socio-psychological, emotional process of interaction between the conflict subjects and the mediator.

The author's model of the mediation process is presented according to the following theoretical and conceptual clusters: 1) target-strategic, which foresees the goal of mediation as a resolution of conflict, disputes that have arisen between participants in social relations or legal relations; 2) investigative and analytical, which involves the mediator's work with the content of the conflict, its participants, determining the mediability of the problem; 3) organizational and communicative, which involves conducting a mediation process between the parties to the conflict and a third party – a mediator using legal, emotional-psychological, communicative and other means of negotiation; 4) consensus-legitimating, which involves finding a compromise, concluding an agreement and recognizing (legitimating) its provisions by all parties to the conflict.

The signs of the mediability of the problem are named and analyzed: the absence of a ban on conducting the mediation process; compliance of the subject of the dispute with the principles of morality and legal regulation; readiness of the parties for negotiations and potential reconciliation; the absence of a prohibition by the law regarding the settlement of the conflict by concluding an agreement; the criteria of mediability include: legitimacy, legality, special legal personality, availability of discretionary powers, voluntariness, competence limits, prospects for the effectiveness of the mediation agreement. It was revealed that in the foreign legal tradition, the mediation process is based on the principles of voluntariness, confidentiality, non-coercive nature.

It was concluded that the introduction of mediation as an alternative way of resolving conflicts is, without a doubt, a bright sign of democracy, humanization of social relations, and also indicates a high level of civilizational development of society.

Key words: mediation, mediation practices, alternative conflict resolution, mediator, principles of mediation, European integration.

Сьогодні не потребує додаткової аргументації думка про необхідність радикального реформування судової системи. Нарікання викликають не лише етико-моральні (деонтологічні) аспекти діяльності окремих представників суддівської мантії, але й загалом значні недоліки у функціонуванні судового апарату, громадяни зазнають чималих незручностей під час проходження всієї процедури судового розгляду справ. Така ситуація, без сумніву, актуалізує перспективи інституту медіації як інноваційного та мобільного інструменту вирішення конфліктів без звернення до суду. В Україні, попри те, що концепція медіації вже набула значного суспільного резонансу, все ж недостатньо розроблені її як теоретичні засади, так й недостатньо зроблено практичних кроків щодо упровадження медіації в суспільно-правовий простір. Відтак аналіз теоретико-методологічних засад розвитку медіації становить вагомий інноваційний потенціал для розвитку сучасних суспільних відносин.

Цілком закономірно, що в сучасному суспільстві проблематика розвитку та функціонування інституту медіації привертає все більше уваги науковців, юристів, фахівців сфери модернізації законодавства. З-поміж дослідників окремо виділимо А. Анцупова, В. Баранова, О. Бєлікова, О. Боброву, Н. Бондаренко-Зелінську, Є. Борисову, Г. Брука, С. Васильчака, А. Горову, В. Жмудь, В. Землянську, Г. Зера, Г. Єрьоменко, С. Калашникову, Р. Коваля, Н. Леннуара, К. Михайлову, Ю. Михальського, Н. Осіпову, І. Панову, Т. Подковенко, Ю. Притику, О. Спектра, А. Шипилова та інших. У той же час, стрімке поширення медіаційних практик та їхня актуальність у вирішенні як приватних, так і суспільних конфліктів, вимагає розширення теоретичних напрацювань.

Мета дослідження полягає в аналізі теоретико-концептуальних і практичних аспектів впровадження інституту медіації як інноваційного інструмента вирішення спорів та врегулювання конфліктів у сучасному суспільно-правовому просторі. Насамперед необхідно проаналізувати сучасні теоретичні підходи до аналізу феномену медіації як альтернативного способу вирішення правових конфліктів. Також важливо навести думки вчених і практиків щодо основних переваг, а також перспективних напрямів розвитку медіаційних практик. Нарешті цінним буде аналіз сучасних моделей і форм медіації, а також особливостей їх трансформацій відповідно до вимог часу.

Аналізуючи правову природу, суспільні умови, концептуальні принципи та особливості упровадження інституту медіації в сучасний суспільно-правовий простір слід звернути увагу на те, що медіація виступає одним і основних засобів альтернативного вирішення спорів та конфліктів у різних сферах життя: правовій, сімейній, економічній, соціальній тощо. Важливо підкреслити, що розвиток медіаційних практик насамперед обумовлений кризовим станом судової системи, з-поміж ознак якої можна назвати надмірну формалізованість та бюрократизацію судової процедури; ризики корупційної діяльності; значні витрати на судовий збір, а також довгу тривалість судової процедури. Слід відзначити, що медіація як альтернативний спосіб вирішення суперечок та конфліктів виборює лідерські позиції за рахунок значних переваг, як-от нейтральність та неупередженість медіатора; добровільність участі в медіаційному процесі; конфіденційність та рівноправність усіх учасників медіації, зокрема конфліктуючих сторін, а також третьої сторони – медіатора, який є спрямовуючою силою в досягненні порозуміння [1, с. 11].

Цінною перевагою медіаційного інструменту є те, що такий альтернативний спосіб вирішення спорів може бути успішно імплементований у будь-яку правову систему, адже потенційна можливість розв'язання суперечок звісно не залежить від специфічних особливостей певної правової системи. Більше того, філософія медіації відповідає природному стану речей, є універсальною та іманентною прагненням суб'єктів суспільних відносин досягати вирішення будь-якого конфлікту [2, с. 159].

Уважається, що першовідкривачем ідеї медіації є Сполучені Штати Америки (Паундська конференція, 1979 рік), в яких на сьогодні найактивніше впроваджується система альтернативного вирішення конфліктів. Більше того, медіація вже є істотним складником загалом американської правової системи, а можливості її використання для вирішення суперечок у різних сферах суспільного буття лише розширюються та теоретично збагачуються. Цілком закономірним стало поширення медіації у європейському правовому полі, де медіатори вже активно набувають певних спеціалізацій (сімейна медіація, бізнес-медіатори тощо) [3, с. 36].

Загалом медіаційні практики можуть бути застосовані у низці сфер суспільної діяльності. Особливого поширення сьогодні набуває медіація у сімейній сфері, де вона виступає не лише альтернативним судовому способом вирішення конфлікту, але й певним інструментом збереження рівня відносин між подружжям. Не меншого значення має медіація й у фінансово-економічній сфері. Мова йде про вирішення конфліктів як між бізнес-партнерами, так й у комерційній сфері (приміром між кредитором і позичальником) [7, с. 56].

Загалом, як зазначалося вище, практики альтернативного вирішення конфліктів та суперечок почали активно використовуватися у США під терміном «Alternative Disput Resolution» (ADR). Тамтешні правники позначали ним гнучкі, ефективні та неформалізовані методики і технології розв'язання конфліктів та трудових спорів. Поява таких технологій у США теж була обумовлена складністю та бюрократизованістю судових процедур. Американські фахівці виокремлювали кілька підходів до розуміння альтернативного способу, насамперед за критерієм суб'єктів, до яких власне й була альтернативною відповідна методика: по-перше, мова йшла про будь-які інші форми, методи та технології вирішення конфліктів, крім судової системи та офіційного правосуддя; по-друге, під альтернативністю розуміли й діяльність власне суддів, які мають можливість сприяти завершенню конфлікту між сторонами; по-третє, до інноваційних альтернативних форм відносили й арбітраж [4, с. 150].

Цікаво відзначити, зо сучасна дослідниця Н. Бондаренко-Зелінська розглядає альтернативні способи вирішення конфліктів як інструменти, які сприяють розв'язанню спорів поза системою формального судочинства. Традиційно такі практики здійснюються приватними установами, приватними медіаторами та ґрунтуються на системі взаємопов'язаних принципів як-от конфіденційність, рівноправність, неупередженість, добровільність, диспозитивність, нейтральність тощо [5, с. 183].

Важливо відзначити, що філософія альтернативного способу вирішення конфліктів полягає у відмові від антагоністичного та конфронтаційного способу мислення сторін, зосередженні не на протистоянні, а на вирішенні конфлікту чи непорозуміння, що виникли. У розподіленні ролей цінним є те, що медіатор як третя сторона, позбавлений права вирішити конфлікт, але має чималі можливості у налагодженні комунікативної та смислової взаємодії між усіма учасниками медіаційного процесу [6, с. 50].

Сучасні дослідники розглядають медіацію не лише як правовий, але насамперед як комунікативний, соціально-психологічний, емоційний процес взаємодії між суб'єктами конфлікту та медіатором. Важливо підкреслити, що медіація є соціально-смисловим процесом пошуку компромісів, а відтак вимагає залучення міждисциплінарного інструментарію та знань психології, соціології, риторики, філософії тощо. Звісно, медіація не повинна розглядатися як однозначна та абсолютна панацея від невирішуваних конфліктів. У той же час, вона є ефектив-

ним та інноваційним способом розв'язання спорів альтернативним судовому шляхом.

Аналізуючи природу медіації, її методику, технології та внутрішні механізми важливо звернути увагу на принципи, що визначають її практичну спрямованість. Так, принцип добровільності передбачає можливість кожної зі сторін вийти з процедури медіації, брати участь у ній добровільно. Крім того, дослідники, аналізуючи принцип добровільності, акцентують увагу на тому, що сторони в такій ситуації мають не лише власну зацікавленість, але й вкладають кошти для здобуття кінцевого результату [8, с. 56].

Важливо підкреслити, що застосування медіації забезпечує низку переваг для сторін конфлікту. Мова насамперед йде про можливість успішно та без зайвих витрат (часових, фінансових, емоційно-психологічних) вирішити конфлікт. Крім того, принципи медіації дають можливість брати участь у переговорному процесі на засадах добровільності, конфіденційності, взаємної згоди. Нарешті, медіація дозволяє виробити не просто формально справедливе з точки зору закону рішення, але досягти справжнього консенсусу. Такі домовленості будуть більш міцними, довготривалішими та легітимованими усіма сторонами процесу перемовин [9, с. 139].

Аналізуючи сучасний масив наукових досліджень з проблем медіації можна сформувати загальну модель медіаційного процесу за такими теоретико-концептуальними кластерами:

1) цільово-стратегічний, який виявляє мету медіації як вирішення конфлікту, суперечки, які виникли між учасниками суспільних відносин або правовідносин до початку, під час або до завершення судового розгляду;

2) розвідувально-аналітичний, який передбачає роботу медіатора зі змістом конфлікту, його учасниками, визначення медіабельності проблеми – перспектив врегулювання конфлікту шляхом перемовин у майбутньому; до ознак медіабельності проблеми відносять: відсутність заборони на проведення медіаційного процесу; відповідність предмету спору принципам моралі та правового регулювання; готовність сторін до перемовин та потенційного примирення; відсутність заборони зі сторони закону щодо врегулювання конфлікту шляхом укладання угоди; до критеріїв медіабельності відносять: легітимність, законність, спеціальну правосуб'єктність, наявність дискреційних повноважень, добровільність, компетенційні межі, перспективи дієвості медіаційної угоди [10, с. 259];

3) організаційно-комунікативний, який передбачає проведення медіаційного процесу між сторонами конфлікту та третьою стороною – медіатором за допомогою правових, емоційно-психологічних, комунікативних та інших засобів ведення перемовин;

4) консенсусно-легітимаційний, який передбачає знаходження компромісу, укладання угоди та визнання (легітимацію) її положень усіма сторонами конфлікту.

Слід відзначити, що правовими імперативами медіації виступає низка принципів, зокрема: принципи свободи та рівності сторін у медіаційному процесі; принципи незмагального характеру та динамічності процедури; принципи неформальності та обмеженості права втручання медіатора; принципи конфіденційності та професійної таємниці; принципи недопущення шкоди та особливої уваги до дітей, людей з інвалідністю; принципи міждисциплінарності у компетентності медіатора; принципи сумлінності, неупередженості та нейтральності медіатора; принципи взаємодії та етики поведінки тощо [4, с. 232].

Загалом можемо констатувати, що теоретико-методологічні засади як упровадження медіації в суспільно-правовий простір, так й проведення медіаційної процедури мають належне забезпечення. Дослідниками ретельно виписані принципи медіації, її концепція, модель, методика і технології проведення. Упровадження медіації як альтернативного способу вирішення конфліктів, без сумніву, є яскравою ознакою демократії, гуманізації суспільних відносин, а також свідчить про високий рівень цивілізаційного розвитку суспільства. Звісно, медіація не є цілком універсальним методом вирішення конфліктів, але водна забезпечує альтернативу, а відтак вибір, що дає відкриває ширші можливості вирішення конфліктів загалом. Перспективи аналізу порушеної нами проблеми убачаємо в розгляді здобутків упровадження медіації в практику правового життя, аналізі проблем і перспектив медіаційних практик.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бондарчук Н., Мошківська Н. Сучасні тенденції впровадження медіації в Україні. *Підприємництво, господарство і права*. 2000. № 6. С. 11–15.
2. Белінська О. В. Медіація – альтернативне вирішення спорів. *Вісник Вищоїтради юстиції.* 2011. № 1 (5). С. 158–172.
3. Галай В. Медіація як один з альтернативних способів захисту прав пацієнтів. *Право України.* 2007. № 10. С. 35–37.
4. Європейські та міжнародні стандарти у сфері судочинства. Київ, 2015. 708 с.
5. Бондаренко-Зелінська Н. Л. Впровадження медіації у судовий процес як складова наближення законодавства України до європейських стандартів. *Приватне право і підприємництво*. 2011. Вип. 10. С. 181–185.
6. Мотиль В. Стан та перспективи правового регулювання медіації в Україні. *Юридична Україна.* 2014. № 11. С. 46–52.
7. Gmurzyńska E., Morek R. Mediacje. Teoria i praktyka. Warszawa : Oficyna a Wolters Klumer business. 2014. 492 s.
8. Шинкар Т. І. Зарубіжний досвід правового забезпечення медіації та можливість його використання в Україні. *Наше право.* 2016. № 2. С. 54–58.
9. Коваль О. Альтернативні способи врегулювання кримінально-правових відносин. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 10. С. 139–143.
10. Мазаракі Н. Щодо поняття медіабельності спору. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. 12 С. 258–262.

УДК 347.191.45
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/22

НОВЕЛИ ЗАКОНОДАВСТВА, ЩОДО ОПРИЛЮДНЕННЯ ВІДОМОСТЕЙ ПРО КІНЦЕВИХ БЕНЕФІЦІАРНИХ ВЛАСНИКІВ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

AMENDMENTS TO THE LEGISLATION ON DISCLOSURE OF INFORMATION ON THE ULTIMATE BENEFICIAL OWNERS OF LEGAL ENTITIES

Білан П.В., аспірант кафедри інтелектуальної власності, інформаційного та корпоративного права
Львівський національний університет імені Івана Франка

У статті охарактеризовано актуальні процедурні проблеми оновлення та внесення даних окремими юридичними особами приватного права, щодо внесення відомостей про осіб, які здійснюють кінцевий вирішальний вплив на відповідну юридичну особу.

Відповідні новели були покликані інтеграційними процесами національного законодавства по відношенню до права європейського союзу, оскільки реєстри юридичних осіб більшості країн Європейського союзу містять ширше коло відомостей про бенефіціарних власників юридичної особи, аніж національні реєстри України. При цьому відомості про кінцевих бенефіціарних власників слід вважати інформацією, яка істотно впливає на можливість держави належним чином здійснювати регулятивну політику та водночас є превентивною мірою виявлення та попередження порушень фінансової сфери діяльності держави.

Важливим фактором законодавчих змін було те, що відомості про кінцевих бенефіціарних власників необхідно оновлювати, як суб'єктам господарської діяльності, так і юридичним особам, що не мають на меті отримання прибутку до яких віднесено громадські організації, благодійні організації та ряд інших некомерційних утворень. Метою законодавця, перш за все, було створення прозорого механізму для моніторингу даних про ту чи іншу юридичну особу, задля виявлення порушень фінансового та антикорупційного законодавства.

Варто зауважити, що відповідні зміни до законодавства були запропоновані ще за рік до моменту набрання законної сили нормативно-правового акту, однак незважаючи на це, законодавчий орган не спромігся належним чином врегулювати процедурні моменту виконання відповідальними суб'єктами імперативних вимог нормативних актів. Окрім того, система державних реєстрів не була спроможна, з технічної точки зору, обробити відповідну кількість даних, які потребували первинному внесенню або ж оновленню. Саме тому, варто розглядати законодавчі зміни у розрізі їх об'єктивного вираження на конкретному прикладі.

Ключові слова: юридична особа, бенефіціарний власник, відомості про кінцевих бенефіціарних власників, фінансовий моніторинг, фінансовий моніторинг.

The article describes the current procedural problems of updating or entering data by individual legal entities of private law, on the introduction of information about persons who have the final decisive influence on the legal entity.

Relevant novelties were called for integration processes of national legislation in relation to the law of the European Union, as the registers of legal entities of most European Union countries contain a wider range of information about the beneficial owners of a legal entity than the national registers of Ukraine. At the same time, information on the ultimate beneficial owners should be considered information that significantly affects the ability of the state to properly implement regulatory policy and at the same time is a preventive measure to detect and prevent violations of the financial sphere of the state.

An important factor in the legislative changes was that the information on the ultimate beneficial owners should be updated, both for business entities and non-profit legal entities, which include public organizations, charities and a number of other non-profit organizations. The purpose of the legislator, first of all, was to create a transparent mechanism for monitoring data on a particular legal entity, in order to identify violations of financial and anti-corruption legislation.

It should be noted that the relevant amendments to the legislation were proposed a year before the entry into force of the normative legal act, but despite this, the legislature failed to properly regulate the procedural moment of compliance by the responsible subjects of the mandatory requirements of normative acts. In addition, the system of state registers was not able, from a technical point of view, to process the appropriate amount of data that needed to be initially entered or updated. That is why it is worth considering legislative changes in terms of their objective expression on a specific example.

Key words: legal entity, beneficial owner, information on final beneficial owners, financial monitoring, financial monitoring.

У процесі приведення законодавства України до стандартів права Європейського союзу, набуває актуальності питання висвітлення інформації про осіб, що мають прямий та непрямий вплив на суб'єктів господарської діяльності з метою регуляторної політики сектору економічної діяльності. Такий стан речей зумовлений наявністю численних порушень законодавства у процесі здійснення господарських операцій між пов'язаними юридичної особи, що має наслідком трансфертне ціноутворення, оскільки супроводжується умисним заниженням цін на групу товарів чи послуг.

З метою зменшення рівня корупції в країні відносно недавно було прийнято Закони України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо визначення кінцевих вигодоодержувачів юридичних осіб та публічних діячів» та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України та Національного агентства з питань запобігання корупції», якими вносяться зміни до низки нормативних правових актів, спрямованих на ідентифікацію кінцевих бенефіціарних власників юридичних осіб [5].

Державна регуляторна політика, на даному етапі, спрямована на створення прозорої системи у вигляді єдиного державного реєстру, який відображатиме структуру побудови юридичної особи у контексті кінцевих бенефіціарних власників.

Міністерство фінансів України було видано Наказ № 163 від 19 березня 2021 року «Про затвердження Положення про форму та зміст структури власності» [1], що на даний момент докорінно змінив перелік обов'язкових документів, які подаються органам державної реєстрації у процесі створення та внесення змін до відомостей про юридичну особу до єдиного державного реєстру фізичних осіб-підприємців та громадських формувань.

Вказаний підзаконний нормативно-правовий акт було видано на виконання Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення». Такі законодавчі нововведеня були покликані створити систему протидії відмиванню коштів / фінансуванню тероризму України до міжнародних стандартів, а саме з метою імплементації норм Директиви ЄС 2015/849 [2].

Таким чином, законодавчі зміни про внесення даних про кінцевих бенефіціарних власників повинні забезпечити систему фінансового моніторингу, зокрема щодо:

1) застосування ризик-орієнтованого підходу суб'єктами первинного фінансового моніторингу при проведенні належної перевірки своїх клієнтів;

2) удосконалення процедури розкриття суб'єктами господарювання своїх кінцевих бенефіціарних власників (контролерів) і посилення вимог до виявлення суб'єктами первинного фінансового моніторингу бенефіціарних власників своїх клієнтів.

Відповідно до Перехідних положень Закону «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»: юридичні особи, зареєстровані до набрання чинності цим Законом, мають подати державному реєстратору інформацію про кінцевого бенефіціарного власника в обсязі, визначеному цим Законом, та структуру власності протягом трьох місяців з дня набрання чинності нормативно-правовим актом, яким буде затверджена форма та зміст структури власності. Нормативно-правовий акт розробить Міністерство фінансів України. Ним буде затверджена форма та зміст структури власності» [3].

Основне завдання даного документу полягає у деталізації механізму впливу фізичних осіб на діяльність та функціонування господарських товариств та інших юридичних осіб. У п. 3 наказу № 163 вказано, що: «структура власності за формою є офіційним документом, що являє собою схематичне зображення структури власності юридичної особи, яка відображає всіх осіб, які прямо або опосередковано володіють цією особою самостійно чи спільно з іншими особами або незалежно від формального володіння мають можливість значного впливу на керівництво чи діяльність юридичної особи» [1].

На наш погляд, у такий спосіб держава має на меті полегшити процес одержання суб'єктами первинного фінансового моніторингу інформації про юридичну особу. Наказом Міністерства фінансів України від 02 серпня 2021 року № 440 [4] було затверджено нові принципи опрацювання одержаної від суб'єктів первинного фінансового моніторингу інформації про фінансові операції, що підлягають фінансовому моніторингу, та критерії проведення аналізу таких операцій. У вказаному підзаконному нормативно-парвовому акті прямо зазначено, що: «під час проведення операційного аналізу працівники Держфінмоніторингу проводять аналіз інформації за такими критеріями, зокрема місцезнаходження, місце проживання або місце перебування учасників фінансових операцій, що проводять фінансову операцію (діяльність), або кінцевих бенефіціарних власників, їх сфера та період діяльності» [4].

Окрім цього, Міністерством фінансів України було розширено перелік додаткових даних для опрацювання одержаної від суб'єктів первинного фінансового моніторингу інформації. Якщо раніше їх було тільки три, то за новим Порядком – вісім. Зокрема, працівники Держфінмоніторингу тепер будуть зобов'язані аналізувати інформацію, яка стосується: «наявність даних про застосування спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій) відповідно до статті 5 Закону України «Про санкції» відносно учасників фінансової операції (діяльності) (кінцевих бенефіціарних власників); наявність даних про застосування міжнародних санкцій відносно учасників фінансової операції (діяльності) або їх активів; відомості, отримані від СПФМ, про розбіжності між відомостями про кінцевих бенефіціарних власників клієнта, які містяться в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, та інформацію про кінцевих бенефіціарних власників, отриману СПФМ у результаті здійснення належної перевірки клієнта» [2].

Варто пам'ятати, що органи, що здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг, мають право вимагати від відповідальних суб'єктів, які звертаються із зверненням про внесення до державних реєстрів фінансових установ та/або видачу дозвільних документів для здійснення діяльності з надання фінансових послуг, а особи, що ініціюють подання заяви повинні забезпечити в обсязі, визначеному відповідними органами державної влади, що здійснюють державне регулювання ринків фінансових послуг: оприлюднення у визначеному законом обсязі інформації про кінцевих бенефіціарних власників (контролерів) заявників та про голову і членів наглядового та виконавчого органу заявників.

З наведеного вбачається, що державою вживається ряд превентивних заходів з метою забезпечення безпеки сектору економіки та створення прозорої системи управління та моніторингу за суб'єктами господарської діяльності, перш за все задля національної безпеки для унеможливлення випадків легалізації відмивання доходів одержаних злочинним шляхом.

Проте, зазначені нововведення містять ряд недоліків, які покликані неможливістю забезпечити дотримання вимог законодавства протягом визначеного законодавством терміну. Зважаючи на те, що Міністерством фінансів України було надано двох місячний термін для приведення відомостей про кінцевих бенефіціарних власників, у тому числі подання структури власності, у відповідність до норм закону, більшість юридичних осіб приватного права об'єктивно не матимуть можливості забезпечити належне виконання вказаних нормативних актів.

Такий стан речей зумовлений, перш за все, відсутністю суб'єктів державної реєстрації у тій кількості, яка б дозволила оновити дані про кінцевих бенефіціарних у співвідношенні кількості зареєстрованих, на території України, юридичних осіб приватного права. Іншим недоліком є вкрай малий термін для подачі документів, оскільки зважаючи на карантинні обмеження та обов'язковість попереднього запису до суб'єктів державної реєстрації, громадяни не мають фізичної можливості стати у електронну чергу з метою оновлення даних про себе, як осіб, що здійснюють прямий вирішальний вплив або ж непрямий вплив на суб'єкта господарської діяльності чи організації некомерційного типу.

З врахуванням наведених аргументів та правових позицій, можна зробити висновок, що законодавчі нововведення мають ряд позитивних моментів спрямованих на спрощення процедури первинного фінансового моніторингу та унеможливлення випадків неправомірного рейду суб'єктів господарювання зі сторони конкурентів, що є додатковим рубежем захисту від недобросовісної конкуренції. Однак, процедурні аспекти об'єктивного втілення законодавчих вимог у реальність є абсурдними, оскільки органи влади не спроможні виконати поставлені цілі та завдання у визначений законом термін, що прямо висвітлює неузгодженість між виконавчою та законодавчою гілкою державної влади.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про затвердження Положення про форму та зміст структури власності: Наказ № 163 від 19 березня 2021 року, Міністерство фінансів України, URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0768-21#Text

2. Про запобігання використання фінансової системи для відмивання грошей та фінансування тероризму : Директива 2015/849/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 20.05.2015. URL: https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/55-GOEEI/es-2015849.pdf

3. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон Українивід 06.12.2019 № 361-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text

4. Про затвердження Принципів опрацювання одержаної від суб'єктів первинного фінансового моніторингу інформації про фінансові операції, що підлягають фінансовому моніторингу, та критерії проведення аналізу таких операцій: Наказ № 440 від 02 серпня 2021 року, Міністерство фінансів України, URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1087-21#Text

5. Махінчук В. М. Поняття кінцевого бенефіціарного власника в законодавстві України. Збірник наукових статей. 2019. URL: http://lib.pnu.edu.ua:8080/bitstream/123456789/8290/1/1034-Текст%20статті-2122-1-10-20191031.pdf

УДК 347.91/.95
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/23

ВИЗНАЧЕННЯ СПОСОБІВ ЗЛОВЖИВАННЯ ЦИВІЛЬНИМИ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ ТА ЗАСОБІВ ЇХ ПРОТИДІЇ У ЗВ'ЯЗКУ З ВВЕДЕННЯМ НА ТЕРИТОРІЇ КРАЇНИ ВОЄННОГО СТАНУ

DETERMINATION OF WAYS OF ABUSE OF CIVIL PROCEDURAL RIGHTS AND MEANS OF THEIR COUNTERFEIT IN CONNECTION WITH THE INTRODUCTION TO THE TERRITORY OF THE COUNTRY

Данилець Л.В., аспірант кафедри цивільного процесу
Національний університет «Одеська юридична академія»

У статті досліджено питання визначення основних способів зловживання цивільними процесуальними правами з боку учасників судових процесів у зв'язку з введенням на території всієї України правового режиму воєнного стану та розробленням практичного механізму боротьби з такими явищами.

Визначено, що досягнуті успіхи з закріпленням законодавчих положень стосовно недопущення зловживання цивільними процесуальними правами стануть надійною основою в продовженні вивчення явища зловживання правами в нових умовах та реаліях, адже випадки зловживання процесуальними правами вочевидь не будуть відповідати переліку, визначеному Цивільним процесуальним кодексом України, а будуть проявлятися відповідно до нових реалій та умов, в яких знаходиться на теперішній час українське суспільство.

У дослідженні оглядово зазначено про труднощі, яким в умовах воєнного стану вимушені протистояти представники судової гілки влади та з урахуванням цих факторів визначено, що основними способами зловживання процесуальними правами будуть: 1) затягування судових процесів, шляхом уникнення отримання судових повісток та інших судових документів, які надсилаються судом; 2) подання безпідставних та не підтверджених доказами заяв про відкладення розгляду справи під прикриттям дії в Україні правового режиму воєнного стану; 3) навмисне неотримання ухвал та рішень судів, з метою створення штучних умов для виправдання пропущених строків оскарження.

Дослідивши можливі способи зловживання цивільними процесуальними правами під час правового режиму воєнного стану визначено, що ключову роль у боротьбі з такими явищами буде відігравати активна роль працівників апарату суду та суддів у питанні комунікації між ними та учасниками судових процесів з метою підвищення ефективності здійснення правосуддя навіть у такий складний для України період.

Запропоновано звернути увагу на можливість внесення змін до процесуального законодавства щодо вручення судових повісток та інших документів через портал Дія, а також розглянути можливість надання повного доступу працівникам апарату суду та суддям до державного реєстру внутрішньо переміщених осіб з метою встановлення необхідної комунікації для проведення судового розгляду та вирішення спорів з метою захисту законних прав та інтересів громадян та осіб, які перебувають в Україні на законних підставах.

Ключові слова: зловживання цивільними процесуальними правами, воєнний стан, суд, учасники справи.

The article examines the issue of determining the main ways of abuse of civil procedural rights by participants in court proceedings in connection with the introduction of the legal regime of martial law throughout Ukraine and the development of a practical mechanism to combat such phenomena.

It is determined that the achieved achievements in consolidating the legal provisions on prevention of abuse of civil procedural rights will be a reliable basis for further study of the phenomenon of abuse of rights in the new conditions and realities, as cases of abuse of procedural rights in accordance with the new realities and conditions in which Ukrainian society currently finds itself.

The study provides an overview of the difficulties faced by the judiciary in martial law, and taking into account these factors, it is determined that the main ways of abusing procedural rights will be: 1) sent by the court; 2) submission of unfounded and unsubstantiated applications for adjournment of the case under the guise of the legal regime of martial law in Ukraine; 3) intentional non-receipt of court rulings and decisions, in order to create artificial conditions to justify the missed deadlines for appeal.

Having studied the possible ways of abusing civil procedural rights during the martial law regime, it was determined that the key role in combating such phenomena will be played by the active role of court staff and judges in communication between them and participants in court proceedings to improve justice. difficult period for Ukraine.

It is suggested to pay attention to amendments to the procedural legislation on service of court summons and other documents through the Action portal, as well as to consider full access to court staff and judges to the state register of internally displaced persons in order to establish the necessary communication for litigation and dispute resolution. in order to protect the legitimate rights and interests of citizens and persons staying in Ukraine on legal grounds.

Key words: abuse of civil procedural rights, martial law, court, participants in the case.

Актуальність теми та постановка проблеми. Відповідно до частини 1 статті 2 Цивільного процесуального кодексу України завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави [1].

Необхідно зауважити, що завдання цивільного судочинства залишаються незмінними та повинні виконуватися у повному обсязі незалежно від правового стану, в якому перебуває країна та її громадяни, а також у будь-якій кризовій ситуації, які на жаль, відбуваються у нас в країні.

Відповідно до Указу Президента України Зеленського В. О. «Про введення воєнного стану в Україні» № 64/2022 від 24 лютого 2022 року, затвердженого Законом України від 24.02.2022 року № 2102-IX на території всієї країни з 5:30 24 лютого 2022 року було запроваджено воєнний стан у зв'язку з військовою агресією рф проти України та на підставі пропозиції Ради національної безпеки і оборони й відповідно до діючого законодавства. Воєнний стан було введено строком на 30 діб, проте у подальшому строки його дії продовжувалися та на даний час воєнний стан діятиме до 23 серпня 2022 року [2].

На превеликий жаль, після пандемії та введення загальнонаціонального карантину з 2020 року, кризові події на території України продовжилися та фактично розпочата війна призвела до значного ускладнення становища всієї країни та її громадян.

Не існує жодної галузі та сфери життя, яку б не зачепила війна, зокрема й здійснення правосуддя зазнало відповідного впливу обставин, які склалися на території

України. Відтепер, судові процеси в Україні відбувають в умовах постійної потенційної загрози життю, здоров'ю та безпеці учасників судових процесів, працівників суду та суддів.

Працівники апарату судів та судді героїчно виконують покладені на них державою функції, адже навіть в умовах воєнного стану конституційне право людини на судовий захист не може бути обмеженим. Про це свідчить статистика, наведена Верховним Судом, відповідно до якої за період дії воєнного стану суди України ухвалили приблизно 770 000 (сімсот сімдесят тисяч) рішень, а лише Касаційним цивільним судом Верховного Суду ухвалено 3 461 (три тисячі чотириста шістдесят одне) судове рішення.

Розглядаючи питання зловживання цивільними процесуальними правами, слід вважати, що будь-які негативні явища, які дестабілізують здійснення правосуддя в країні, можуть позитивно впливати на поширення такого явища, як зловживання процесуальними правами.

Відповідно до частини 1 статті 44 Цивільного процесуального кодексу України учасники судового процесу та їхні представники повинні добросовісно користуватися процесуальними правами; зловживання процесуальними правами не допускається.

Однак, на практиці, інколи відбувається порушення принципу недопущення зловживання цивільними процесуальними правами та особливо гостро таке питання постає під час введення в країні воєнного стану, а отже завданням науковців у такий час є дослідження засобів зловживання процесуальними правами, тобто у який спосіб будуть відбуватися такі зловживання та внесення пропозицій щодо запобігання таким явищам.

Стан дослідження. Протягом останніх років досягнення значного успіху в боротьбі з таким явищем, як зловживання цивільними процесуальними правами відбулося завдяки спільній праці науковців та представників законодавчої влади України.

На сьогоднішній день закріплені у Цивільному процесуальному кодексі України положення стосовно зловживання процесуальними правами потребують подальшого вивчення з урахуванням нових обставин та реалій, в яких перебуває на даному етапі Україна, а отже і вітчизняне правосуддя.

Мета дослідження відповідає постановленій проблемі та полягає у визначенні основних способів зловживання процесуальними правами під час здійснення правосуддя в умовах воєнного стану та розробці практичних механізмів протидії таким явищам. Окрім того, аналізу підлягають можливі внесення до Цивільного процесуального кодексу України, які стосуватимуться протидії зловживанням процесуальними правами з боку учасників судових справ та досягнення максимальної ефективності здійснення правосуддя навіть в такий складний для всіх час.

Виклад основного матеріалу. Конституцією України, а саме статтями 124, 125 визначено, що правосуддя в Україні здійснюється виключено судами. Створення надзвичайних та особливих судів не допускається [3].

Відповідно до статті 26 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» правосуддя на території, на якій уведено воєнний стан, здійснюється лише судами. Скорочення чи прискорення будь-яких форм судочинства забороняється [4].

У зв'язку із повномасштабним вторгненням рф на територію України, веденням активних бойових дій та тимчасову окупацію окремих територій, низка судів взагалі припинила свою діяльність, територіальну підсудність судових справ, що розглядались в цих судах було змінено, а працюючі суди здійснюють свою діяльність зі значними обмеженнями, які регулюються головами судів окремо відповідними наказами та розпорядженнями, наприклад:

1. Справи можуть розглядатися у порядку письмового провадження за наявності відповідної згоди сторін.
2. У разі загрози життю, здоров'ю та безпеці відвідувачів суду, працівників апарату суду, суддів оперативно приймаються рішення про тимчасове зупинення здійснення судочинства певним судом.
3. Якщо суд не припинив здійснювати судочинство, учасники судових процесів мають можливість подати заяву про відкладення розгляду справ у зв'язку з воєнними діями та/або про розгляд справ у режимі відеоконференції за допомогою будь-яких технічних засобів, зокрема власних.
4. З метою забезпечення безпеки учасників судових процесів і відвідувачів судів припиняється проведення особистого прийому громадян керівництвом суду й обмежується допуск у судові засідання осіб, які не є учасниками судових засідань.
5. Якщо можливо, відкладати розгляд справ (за винятком невідкладних судових розглядів) та знімати їх з розгляду, зважати на те, що велика кількість учасників судових процесів не завжди можуть подати заяву про відкладення розгляду справи через те, що вони залучені до функціонування критичної інфраструктури, через вступ до лав ЗСУ, територіальної оборони, добровольчих воєнних формувань та інших форм протидії збройної агресії проти України, або не можуть прибути в суд у зв'язку з небезпекою для життя.

Нестабільна ситуація зі здійсненням правосуддя через війну в країні створює передумови для зловживання процесуальними правами. Особливістю зловживання процесуальними правами під час воєнного стану є те, що випадки таких зловживань не будуть класичними та будуть співвідноситися з умовами, в яких перебуває зараз суспільство.

Перелік зловживань не вичерпується визначеними Цивільним процесуальним кодексом України випадками, зокрема, найбільш поширеними під час воєнного стану, на нашу думку, будуть наступні способи зловживання процесуальними правами:

1) затягування судових процесів, шляхом уникнення отримання судових повісток та інших судових документів, які надсилаються судом;

2) подання безпідставних та не підтверджених доказами заяв про відкладення розгляду справи під прикриттям дії в Україні правового режиму воєнного стану;

3) навмисне неотримання ухвал та рішень судів, з метою створення штучних умов для виправдання пропущених строків оскарження.

Особливою в таких умовах видається активна роль суду у забезпеченні права на справедливий судовий розгляд та протидії зловживанню процесуальними правами з боку учасників судового процесу.

Статтею 44 Цивільного процесуального кодексу України визначено, що Суд зобов'язаний вживати заходів для запобігання зловживанню процесуальними правами. У випадку зловживання процесуальними правами учасником судового процесу суд застосовує до нього заходи, визначені цим Кодексом.

Суд, зберігаючи об'єктивність і неупередженість: 1) керує ходом судового процесу; 2) сприяє врегулюванню спору шляхом досягнення угоди між сторонами; 3) роз'яснює у випадку необхідності учасникам судового процесу їх процесуальні права та обов'язки, наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій; 4) сприяє учасникам судового процесу в реалізації ними прав, передбачених цим Кодексом; 5) запобігає зловживанню учасниками судового процесу їх правами та вживає заходів для виконання ними їх обов'язків (ч. 5 ст. 12 ЦПК).

В умовах воєнного стану через військові дії багато осіб були вимушені покинути свої домівки, думаючи перш за все про власну безпеку та безпеку своїх близьких, зрозуміло, що всі ці фактори призводять до того, що учасники

судових справ тимчасово проживаючі в іншій місцевості не мають змоги отримувати судові документи.

Дуже доречним з огляду на такі обставини є зареєстрований 27 квітня 2022 року законопроєкт № 7315, яким в тому числі запропоновано внести зміни до Закону України «Про судоустрій і статус суддів», а саме положення про гласність та відкритість судового процесу доповнити частиною другою, яка передбачає можливість надсилати сторонам у справі інформацію про суд, місце, дату і час судового засідання, а також електронну версію судового рішення по справі і виконавчі документи через Єдиний державний веб-портал електронних послуг або через мобільний додаток Порталу Дія [5].

Відповідні доповнення необхідно закріпити і стосовно порядку вручення судових повісток, який передбачається Цивільним процесуальним кодексом України.

На нашу думку, в умовах воєнного стану успішність проведення судових засідань та здійснення ефективного правосуддя в цілому напряму залежить від здійснення прямої комунікації між працівниками судів та учасниками судових справ.

Судам необхідно діяти відповідно до принципу процесуальної економії, адже дія принципу процесуальної економії у цивільному судочинстві дозволяє усунути все зайве, що не є суттєво необхідним й що значно обтяжує процес та може бути замінене іншими, більш економними процесуальними засобами, які достатньо гарантують належне відправлення правосуддя.

Принцип процесуальної економії реалізується у нормах про своєчасний, швидкий і правильний розгляд справи через раціональне використання учасниками процесу наданих законом процесуальних прав, не зловживаючи ними та дотримуючись основних засад цивільного судочинства (пункти 71, 82 постанови ВП ВС від 26.01.2021 у справі № 522/1528/15-ц; п. 94 від 06 квітня 2021 року у справі № 910/10011/19).

Додатково слід зазначити, що на даний час функціонує реєстр внутрішньо переміщених осіб, відповідно до якого особи, які вимушено змінили місце проживання реєструються у такому реєстрі з відповідними адресами, за якими на даний час проживають та контактними номерами телефонів, за якими з ними можна підтримувати зв'язок.

Для осіб, які бажають здійснити комунікацію з судом, завжди існують альтернативні варіанти, такі як комунікація за актуальними номерами телефонів або ж поштовими адресами судів.

Проте, існують випадки, коли особи навіть в такій складній ситуації знаходять можливість вести недобросовісну діяльність та ухилення від судових процесів, учасниками яких вони є.

Для того, щоб суд мав змогу встановити контакт з такими особами, на нашу думку, слід надати працівникам апарату суду доступ до реєстру внутрішньо переміщених осіб, за яким би стало можливим з'ясування адрес та актуальних контактних даних учасників судових процесів, справи за участю яких не можуть продовжуватися через абсолютну невідомість про місцезнаходження та стан справ у учасників судового розгляду.

Адже навіть за умови таких складних часів для України, правосуддя в країні має здійснюватися та мають бути захищені в першу чергу права наших громадян та осіб, які перебувають в країні. Задля такої мети, працівники судових установ мають докласти всіх зусиль, задля того, щоб судовий розгляд справ здійснювався у відповідності до Цивільного процесуального кодексу України, а права громадян були захищені, в тому числі від зловживань такими правами іншими учасниками судових процесів.

Висновки та перспективи подальших досліджень у даному напрямку. Дослідивши питання зловживання цивільними процесуальними правами під час воєнного стану, приходимо до висновку, що будь-які негативні явища, які дестабілізують здійснення правосуддя в країні надають учасникам судових справ додаткових можливостей щодо зловживання своїми процесуальними правами.

Однак, представники наукових установ та законодавчої влади спільно працюють над внесенням відповідних змін до законодавства та розробки практичних рекомендацій з метою підвищення ефективності здійснення правосуддя навіть в умовах воєнного стану, що і буде основною метою проведення подальших досліджень за відповідним напрямком.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний процесуальний кодекс України в редакції від 06.04.2022 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text
2. Указ Президента України № 64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні» від 24 лютого 2022 року. URL: https://www.president.gov.ua/documents/642022-41397
3. Конституція України в редакції від 01.01.2020 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text
4. Закон України «Про правовий режим воєнного стану» в редакції від 24.05.2022 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text
5. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо здійснення судочинства в умовах воєнного чи надзвичайного стану. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39495

УДК 347.787
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/24

ТВІР АРХІТЕКТУРИ ЯК ОБ'ЄКТ АВТОРСЬКОГО ПРАВА

A WORK OF ARCHITECTURE AS AN OBJECT OF COPYRIGHT

Кметик-Подубінська Х.І., к. ю. н.,
асистент кафедри інтелектуальної власності,
інформаційного та корпоративного права
Львівський національний університет імені Івана Франка

Стаття присвячена висвітленню актуальних питань, пов'язаних з створенням твору архітектури як об'єкту авторського права. Проаналізовано поняття твору архітектури, досліджено його правову природу, визначено види архітектурних творів, визначено співвідношення твору архітектури і об'єкту архітектурної діяльності.

Встановлено, що правове регулювання авторських прав на твори архітектури є неналежним, оскільки поодинокі норми Закону України «Про авторське право і суміжні права» та Закону України «Про архітектурну діяльність» не вирішують комплексно проблеми правового регулювання досліджуваних відносин. Доведено, що закон розрізняє твори архітектури, твори містобудування, твори садово-паркового мистецтва, які об'єднано в одну групу, і твори, які стосуються архітектури (ілюстрації, карти, плани, креслення тощо). Доведено, що твір архітектури як об'єкт авторського права повинен бути наділений ознаками об'єкту авторського права: творчий характер (оригінальність, яка презюмується) і об'єктивна форма вираження. Встановлено, що законодавство у сфері архітектури і будівництва розрізняє проект (проектну документацію) і об'єкт архітектури. Обґрунтовано, що правовий режим таких об'єктів авторського права як карти, плани, креслення, ескізи, що стосуються архітектури, є невизначеним, оскільки закон не наводить критеріїв для розмежування твору архітектури і планів, креслень тощо, пов'язаних з архітектурою. Обґрунтовано, що у випадку складення планів, креслень не архітектором (інженером), а іншою особою, або у випадку незатвердження (непогодження) проекту будівництва уповноваженими органами влади, такі плани, креслення слід трактувати як твори, що стосуються архітектури, а не як архітектурні твори. Доведено, що при створенні твору архітектури автор реалізує свій авторський задум, який є виявом свободи творчості, яка обмежується чинними державними будівельними нормами, «червоними лініями», індивідуальними містобудівними умовами та обмеженнями. Обґрунтовано, що не кожен об'єкт архітектури є твором архітектури, зокрема, лише будинки (споруди), твори ландшафтного дизайну можуть трактуватися як такі. Натомість інші об'єкти архітектури (об'єкти благоустрою, садово-паркової архітектури, об'єкти монументального мистецтва тощо) є об'єктами, пов'язаними з архітектурною діяльністю, та можуть належати до інших видів об'єктів авторського права, зокрема, творів образотворчого мистецтва, або творів садово-паркового мистецтва тощо. Обґрунтовано, що будинок (споруда) може бути комплексним об'єктом авторського права, основу якого становить саме твір архітектури, водночас об'єкти благоустрою, садово-паркової архітектури, ландшафтного дизайну, об'єкти монументального мистецтва часто є складовими садиби як об'єкту цивільних прав, або розташовані на прибудинковій території будинку, формуючи з ним одне ціле мистецьке рішення, або можуть бути частиною самого будинку (скульптури, пам'ятники, які розміщені на стінах будинку або як складова екстер'єру чи інтер'єру будинку, або дерева, кущі, які ростуть на даху, або виступах у будинку тощо).

Ключові слова: інтелектуальна власність, будівництво, архітектура, твір архітектури, авторське право, будинок, мистецтво, творчість.

The article is devoted to current issues related to the creation of a work of architecture as an object of copyright. The concept of a work of architecture is analyzed, its legal nature is studied, the types of architectural works are determined, the ratio of a work of architecture and an object of architectural activity is determined.

It is established that the legal regulation of copyright in architectural works is inappropriate, as certain provisions of the Law of Ukraine «On Copyright and Related Rights» and the Law of Ukraine «On Architectural Activities» do not comprehensively solve the problem of legal regulation of the relationship. It is proved that the law distinguishes between works of architecture, works of urban planning, works of garden and park art, which are combined into one group, and works related to architecture (illustrations, maps, plans, drawings, etc.). It is proved that a work of architecture as an object of copyright must be endowed with the features of the object of copyright: creative nature (originality, which is presumed) and an objective form of expression. It is established that the legislation in the field of architecture and construction distinguishes between the project (project documentation) and the object of architecture. It is substantiated that the legal regime of such copyright objects as maps, plans, drawings, sketches related to architecture is uncertain, as the law does not provide criteria for distinguishing between architectural work and plans, drawings, etc. related to architecture. It is substantiated that in case of drawing up plans, drawings not by an architect (engineer) but by another person, or in case of non-approval (disapproval) of the construction project by authorized authorities, such plans, drawings should be interpreted as works related to architecture and not as architectural works. It is proved that when creating a work of architecture, the author realizes his author's idea, which is a manifestation of creative freedom, which is limited by current state building codes, «red lines», individual urban conditions and restrictions. It is substantiated that not every object of architecture is a work of architecture, in particular, only houses (buildings), works of landscape design can be interpreted as such. Instead, other objects of architecture (objects of landscaping, landscape architecture, monuments of monumental art, etc.) are objects related to architectural activities, and may belong to other types of objects of copyright, in particular, works of fine art, or works of landscape art, etc. It is substantiated that a house (building) can be a complex object of copyright, the basis of which is a work of architecture, at the same time objects of landscaping, garden architecture, landscape design, monumental art are often part of the estate as an object civil rights, or located on the adjacent territory of the house, forming with it one whole artistic solution, or may be part of the house itself (sculptures, monuments that are placed on the walls of the house or as part of the exterior or interior of the house or wood, shrubs that grow on the roof, or ledges in the house, etc.).

Key words: intellectual property, construction, architecture, work of architecture, copyright, house, art, creativity.

Вступ. Сфера будівництва та архітектури характеризується різноманітністю. Правове регулювання цих відносин натомість похизуватися цим не може. Сфера будівництва має складне та комплексне правове регулювання, яке складається з норм різних галузей права – адміністративне, цивільне, господарське, корпоративне тощо.

Право інтелектуальної власності, насамперед авторське право, також посідає важливе місце у регулюванні окремих видів будівельних відносин, пов'язаних із створенням об'єктів архітектури. Будь-яке будівництво починається з проектування. Безумовно, передує проектуванню проведення пошукових робіт, які мають на меті визначити придатність певної земельної ділянки для будівництва, визначення потенційної поверховості будинку, який може «витримати» певна земельна ділянка. У подальшому розробляється проект будівництва, який після проходження всіх, передбачених законом, процедур затверджень і погоджень уповноваженими органами влади, стає твором архітектури, впровадження якого дає змогу створити відповідний архітектурний об'єкт.

Правове регулювання авторських прав на твори архітектури є неналежним та подекуди суперечливим. Кілька норм з Закону України «Про авторське право і суміжні права» та з Закону України «Про архітектурну діяльність», які стосуються авторських прав саме на твори архітектури, не вирішують комплексно проблеми правового регулювання досліджуваних відносин.

Стан дослідження в науковій літературі. Твори архітектури як об'єкти авторського права були предметом наукового дослідження таких науковців як Вербіцька А. О. [1], Греков Є. А. [2], Мироненко Н. В. [3], Тарасенко Х. Ю. [4], Федоров А. А. [5] та інших. Водночас багато питань щодо твору архітектури і надалі залишають дискусійними (щодо співвідношення твору архітектури і об'єкту архітектури, щодо видів архітектурних творів тощо). Відтак дане наукове дослідження є актуальним.

Метою цієї статті є правовий аналіз твору архітектури як об'єкту авторського права, дослідження його правової природи, видів, визначення співвідношення твору архітектури і об'єкту архітектурної діяльності.

Виклад основного матеріалу. Одним з об'єктів авторського права є твір архітектури. Твір архітектури визначається законодавцем як твір у галузі мистецтва спорудження будівель і ландшафтних утворень (креслення, ескізи, моделі, збудовані будівлі та споруди, парки, плани населених пунктів тощо). Фактично твір архітектури – твір мистецтва, але не класичного, а мистецтва спорудження будівель та споруд. Окрім того, об'єкти ландшафтного мистецтва також належать до творів архітектури.

Законодавство України про авторське право поширюється лише на твори архітектури і скульптури, які об'єктивно знаходяться на території України. Про це вказано у п. г ч. 1 ст. 3 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

З точки зору законодавчої техніки дещо суперечливим видається підхід законодавця щодо віднесення до об'єктів авторського права кілька видів творів, пов'язаних з архітектурною діяльністю. Зокрема, відповідно до ст. 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» об'єктами авторського права є твори у галузі науки, літератури і мистецтва, а саме: твори архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва (п. 9) і ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються географії, геології, топографії, техніки, архітектури та інших сфер діяльності (п. 12).

Тобто законодавець розрізняє твори архітектури, твори містобудування, твори садово-паркового мистецтва, які об'єднує в одну групу, і твори, які стосуються архітектури (ілюстрації, карти, плани, креслення тощо). Такий поділ творів слід сприйняти критично, оскільки доволі часто складно чітко розрізнити певні плани і креслення, які стосуються архітектури, від планів і креслень, які самі по собі є твором архітектури.

Твір архітектури як об'єкт авторського права повинен бути наділений ознаками об'єкту авторського права: творчий характер (оригінальність) і об'єктивна форма вираження. Творчий характер для будь-якого об'єкту авторського права презюмується, оскільки законом встановлено презумпцію створення творчого характеру, на що неодноразово наголошують і в науковій літературі [6, с. 80]. Зазвичай саме творчий характер є визначальним критерієм, який перетворює, для прикладу, певну проектну документацію з просто документації саме в об'єкт авторського права (твір архітектури). Відтак складений (розроблений) автором проект будівництва (за наявності творчого характеру), який не пройшов відповідні, передбачені законом, погодження уповноважених органів влади, не вважатиметься твором архітектури. Окрім того, якщо така проектна документація складена не архітектором (інженером), вона також не може трактуватися як твір архітектури. У цих випадках доцільно вести мову власне про плани, креслення, тощо, які стосуються архітектури, але які не визнані законом саме як архітектурні твори.

Законодавство у сфері архітектури і будівництва розрізняє проект (проектну документацію) і об'єкт архітектури.

Проект – це письмові матеріали, на підставі яких власне здійснюється будівництво об'єкту архітектури. Відтак об'єкт архітектури – це певна річ матеріального світу, переважно нерухоме майно.

Зокрема, під проектом законодавець розуміє документацію для будівництва об'єктів архітектури, що складається з креслень, графічних і текстових матеріалів, інженерних і кошторисних розрахунків, які визначають містобудівні, об'ємно-планувальні, архітектурні, конструктивні, технічні та технологічні рішення, вартісні показники конкретного об'єкта архітектури, та відповідає будівельним нормам і правилам. Про це вказано у аб. 6 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність».

Натомість під об'єктом архітектури слід розуміти будинки, споруди житлово-цивільного, комунального, промислового або іншого призначення, їх комплекси, об'єкти благоустрою, садово-паркової та ландшафтної архітектури, монументального і монументально-декоративного мистецтва, території (частини територій) адміністративно-територіальних одиниць і населених пунктів (аб. 6 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність»).

Тому розробка (складення проекту будівництва) є одним з перших етапів будівництва будь-якого об'єкту. Безумовно, закон передбачає випадки, коли будівництво може здійснюватися і без складення проекту, але це поодинокі випадки.

Проект є потрібним, бо він вносить ясність, як будувати, де слід прокласти комунікації тощо. В основі проектування лежить свобода творчості, тобто право створювати щось нове за змістом, формою, способом, стилем викладу, і оскільки кожна людина – індивідуальна, то й результат її творчості – такий же унікальний, неповторний [7, с. 30]. Водночас у даному випадку свобода творчості, яка лежить в основі виникнення (створення) будь-якого об'єкту права інтелектуальної власності, обмежена законом. Для того, щоб проект став твором архітектури, закон встановлює вимоги щодо суб'єктного складу його авторів (архітектори, або інженери, які мають кваліфікаційні сертифікати). Також свободу творчості обмежують державні будівельні норми, які встановлюють вимоги до планування та будівництва різного виду будинків і споруд. Окрім того, при проектуванні слід зважати на «червоні лінії», які вказують на прокладені комунікації та заплановані об'єкти будівництва та інфраструктури. Також кожному індивідуальному забудовнику (замовнику будівництва) органи місцевого самоврядування видають містобудівні умови і обмеження забудови земельної ділянки, які також спрямовують творчість у русло дотримання таких містобудівних умов та обмежень. Це ще один чинник, який обмежує свободу творчості при складенні проекту.

Проектна документація, як вже було сказано, може бути, а може і не бути об'єктом авторського права (твором архітектури) залежно від того, чи вона є оригінальною (творчою), чи ні. Але це не впливає на виникнення саме документації як об'єкту, яка використовуватиметься у будівництві певного об'єкту.

При складенні проекту (проектної документації) відбувається реалізація авторського задуму особи, яка її складає, та/або особи, яка замовляє її виготовлення. Такий авторський задум трактується законодавцем як архітектурне рішення щодо просторової, планувальної, функціональної організації, зовнішнього вигляду й інтер'єру об'єкта архітектури, а також інженерного та іншого забезпечення його реалізації, викладений в архітектурній час-

тині проекту на всіх стадіях проектування і зафіксований у будь-якій формі, про що вказано у аб. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про архітектурну діяльність».

Як бачимо з цього законодавчого визначення, архітектурне рішення щодо певного об'єкту будівництва повинно включати різносторонні задуми автора щодо просторово-планувальної організації приміщень, щодо їх функціонального призначення (житлові, нежитлові приміщення, санвузол тощо), щодо зовнішнього вигляду та інтер'єру об'єкта архітектури. Авторський задум обов'язково повинен передбачати і інженерні рішення, які забезпечують функціонування об'єкта архітектури. Тому лише фахівець у відповідній галузі може складати відповідний проект будівництва.

Законодавець визначає лише архітектора або інженера як автора проекту. При цьому йдеться не просто про архітектора (інженера), а про архітектора чи інженера, які мають відповідний кваліфікаційний сертифікат, отриманий за результатами атестації, який надає йому право ведення професійної діяльності у сфері архітектурної діяльності.

Тому документація, яка трактується законом, як проектна, може складатися лише архітекторами або інженерами. Безумовно, складати (розробляти) документацію можуть допомогти і інші особи, наприклад, особи, що працюють помічниками архітектора. Однак ці особи, хоча і можуть внести особистий творчий внесок у складення цього твору архітектури, не визнаються авторами проекту і відповідні авторські права у них не виникають. Це підтверджується і визначенням архітектора (інженера), з якого вбачається, що лише ці особи несуть відповідальність за результати свої роботи.

Проектна документація є основою для будівництва. Саме її втілення дозволяє спорудити, збудувати об'єкт будівництва (архітектури).

Однак дискусійним на рівні закону залишається питання про те, чи кожен об'єкт архітектури є об'єктом авторського права. Вважаємо, що це не тотожні поняття, оскільки об'єктом авторського права є насамперед твір. Відтак, слід з'ясувати, чи кожен об'єкт архітектури є твором, зокрема, твором архітектури.

З визначення об'єкту архітектури, яке наведено у Законі України «Про архітектурну діяльність», вбачається, що них слід віднести:

– будинки та споруди різного призначення та їх комплекси,
– об'єкти благоустрою,
– об'єкти садово-паркової та ландшафтної архітектури,
– об'єкти монументального і монументально-декоративного мистецтва,
– території (частини територій) адміністративно-територіальних одиниць і населених пунктів.

Натомість об'єктами авторського права в галузі архітектури є *твори* архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва, а також плани, креслення, пластичні твори, ілюстрації, карти та ескізи, що стосуються архітектури, про що вказано у ч. 2 ст. 29 Закону України «Про архітектурну діяльність».

Будинки, споруди та їх комплекси є твором архітектури. Такий висновок вбачається із законодавчого визначення твору архітектури, яке включає в себе також збудовані будинки та споруди. Можна дискувати з цього приводу, оскільки дискусійним є питання про будинок (споруду) як твір архітектури. Існує думка, що будинок (споруда) є не твором архітектури, а лише формою відтворення твору архітектури (проектної документації). Зокрема, ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» визначає складові поняття «використання» об'єкта авторського права, серед яких є і відтворення. Відтак окремі науковці дотримуються позиції, що будинок є формою втілення проектної документації (проекту), і саме цей проект є твором архітектури [3, с. 15]. Вважаємо, що така позиція заслуговує на увагу, однак, на нашу думку, більш вдалою є позиція, що будинок (споруда) також є самостійним твором архітектури і водночас, безумовно, є втіленням проекту, на основі якого він збудований.

Об'єкти благоустрою мають власний правовий режим як об'єкти правової охорони. Вказані відносини врегульовує Закон України «Про благоустрій населених пунктів».

Відповідно до ст. 13 цього закону до об'єктів благоустрою належать: території загального користування (парки (гідропарки, лугопарки, лісопарки, парки культури та відпочинку, парки – пам'ятки садово-паркового мистецтва, спортивні, дитячі, історичні, національні, меморіальні та інші), рекреаційні зони, сади, сквери та майданчики тощо), прибудинкові території, території будівель та споруд інженерного захисту територій, території підприємств, установ, організацій та інші території.

Відтак об'єкт благоустрою – це територія певного виду, яка має визначений правовий режим як об'єкт цивільних прав та як об'єкт архітектури. Водночас вважаємо, що об'єкти благоустрою не є творами архітектури.

Об'єкти садово-паркової та ландшафтної архітектури можуть бути водночас і об'єктами архітектури, і твором садово-паркового мистецтва. Ці твори мають самостійне правове значення, однак їх правове регулювання практично відсутнє та є неналежним. До кінця незрозуміло, що таке твір садово-паркового мистецтва, які його ознаки, види, специфіка здійснення прав. Визначення твору архітектури включає в себе і твір у галузі ландшафтних утворень. Водночас і в Законі України «Про авторське право і суміжні права», і в Законі України «Про архітектурну діяльність» неодноразово протиставляються (розрізняються) твори архітектури і твори садово-паркового мистецтва. Тому до кінця не зрозумілою є правова природа творів садово-паркового мистецтва: чи це складова твору архітектури, чи це самостійний вид твору, чи включається в це поняття твори ландшафтного дизайну, чи вони також є творами архітектури. Закон України «Про охорону культурної спадщини» у ст. 1 визначає об'єкти садово-паркового мистецтва – як поєднання паркового будівництва з природними або створеними людиною ландшафтами. Водночас законодавство про авторське право не визначає цього поняття. Тому відповідь на питання про правову природу об'єктів садово-паркового мистецтва може дати внесення змін до чинного законодавства про авторське право щодо надання правової визначеності цьому поняттю.

Вважаємо, що твори садово-паркового мистецтва є окремим видом творів як об'єктів авторського права, хоча є і досить тісно пов'язаними з творами архітектури (оскільки нерідко маємо поєднання будинків, споруд та різних творів садово-паркового мистецтва).

Об'єкти монументального і монументально-декоративного мистецтва також мають окремий правовий режим. Об'єкти монументального мистецтва – це вид творів образотворчого мистецтва. При цьому у Законі України «Про охорону культурної спадщини» (ст. 1) вказано, що ці об'єкти можуть бути як самостійні (окремі) твори образотворчого мистецтва, або можуть бути пов'язаними з архітектурними, археологічними чи іншими пам'ятками та/або з утворюваними ними комплексами (ансамблями).

Такий об'єкт архітектури як території (частини територій) адміністративно-територіальних одиниць і населених пунктів не є твором архітектури взагалі.

Тому підсумовуючи співвідношення об'єктів архітектури і твору архітектури, слід відзначити, що лише деякі об'єкти архітектурної діяльності можуть бути твором архітектури за певних умов, зокрема, йдеться про будинки та споруди. Інші об'єкти архітектури є пов'язаними з архітектурною діяльністю, з творами архітектури.

Вважаємо, що саме будинок (споруда) може бути комплексним об'єктом авторського права, основу якого становить саме твір архітектури (оскільки відповідно до визначення твору архітектури будинок є твором архітектури). Водночас об'єкти благоустрою, садово-паркової архітектури, ландшафтного дизайну, об'єкти монументального і монументально-декоративного мистецтва дуже часто є складовими або садиби як об'єкту цивільних прав, або розташовані на прибудинковій території будинку, формуючи з ним одне ціле мистецьке рішення, або можуть бути частиною самого будинку (скульптури, пам'ятники, які розміщені на стінах, виступах будинку або як складова екстер'єру чи інтер'єру будинку, або дерева, кущі, які ростуть на даху, або виступах у будинку тощо).

Будинок (споруда) може мати певне відношення і до патентного права, і до засобів індивідуалізації. Так, при будівництві будинку можуть використовуватися певні технології, які охороняються патентами на винаходи та/або корисні моделі, окремі будівельні матеріали можуть бути винаходами/корисними моделями. Також будинок в процесі експлуатації може містити певні технології, які є об'єктами патентного права, наприклад, розумний будинок включає в себе численні інноваційні рішення, які зазвичай охороняються патентами. Використання таких технологій буде законним, якщо забудовник (підрядник) або ж замовник будівництва (власник будинку) законно використав дані технології при будівництві чи експлуатації будинку (наприклад, на підставі невиключної ліцензії). Слід зважати на суттєву реформу патентного законодавства, яка відбулася у 2020 р. в Україні, яка значною мірою наблизила вітчизняне патентне законодавство до стандартів ЄС, на що неодноразово звертають увагу і в науковій літературі [8–11].

Будинок (споруда) може також бути відтворенням торговельної марки. Зокрема, Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», як і зарубіжне законодавство, допускає реєстрацію об'ємних торговельних марок. У світовій практиці є приклади реєстрації торговельних марок у формі будинків чи споруд, наприклад, хмарочос Бурдж-Халіфа.

Твори архітектури можуть створюватися в порядку індивідуального замовлення, або за результатами проведення архітектурних та містобудівних конкурсів. Індивідуальний замовник укладає з виконавцем договір на розробку (складення) проектної документації. Вид та зміст проектної документації, яка буде складена, залежить від проектованого об'єкту. При складенні проектної документації слід керуватися державними будівельними нормами, зокрема ДБН А.2.2-3:2014 «Склад та зміст проектної документації на будівництво», та Порядком розроблення проектної документації на будівництво об'єктів, затв. Наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України 16.05.2011 № 45 (у редакції наказу від 23 березня 2012 року № 122).

У п. 15.1. цього Порядку наголошується на тому, що розроблення робочих креслень здійснюється з дотриманням авторських рішень та авторських прав, а у разі використання в проектних рішеннях винаходів і патентів у відповідних розділах проекту надається посилання на них. Вважаємо, що у даному випадку слід не лише робити посилання на відповідні патенти, але необхідно також отримати і згоду власника патенту на винахід (корисну модель) або іншої особи, яка володіє майновими правами інтелектуальної власності на винахід (корисну модель), оскільки використання чужого об'єкту патентного права при будівництві будинку без згоди правовласника трактується як порушення патентних прав, і правовласник може вимагати припинення порушення права, в тому числі і демонтаж (знесення) будинку.

Наголошуємо вкотре, що проектна документація складається не будь-ким, а спеціальним суб'єктом (архітектором, інженером, які мають відповідні кваліфікаційні сертифікати). Водночас інколи у розробників проектної документації авторські права на неї можуть і не виникнути. Йдеться про випадки, коли відсутня творча праця у розробників певного проекту будівництва. Зокрема, замовник проекту може досить детально викласти всі технічні і творчі рішення, які архітектор просто переносить у проектну документацію без власного творчого внеску. Безумовно, такі ситуації трапляються не завжди, і доволі часто саме архітектор (інженер) вносить найбільшу творчу лепту у проект будівництва. У такому разі у нього виникають авторські права на твір архітектури, передання яких замовнику буде залежати від договірного регулювання відносин між замовником та виконавцем (архітектором, інженером).

Твори архітектури (а саме проектна документація) можуть розроблятися під час архітектурних та містобудівних конкурсів. Їх проведення унормовано статтею 6 Закону України «Про архітектурну діяльність» та Порядком проведення архітектурних та містобудівних конкурсів, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 25 листопада 1999 р. № 2137. Метою проведення таких конкурсів є виявлення кращих архітектурно-планувальних, інженерно-технічних та економічних проектних пропозицій щодо об'єктів містобудування та архітектури, у тому числі для забудови конкретних земельних ділянок, і відповідно визначення виконавців майбутньої проектної документації.

Автор того проекту, який переміг у конкурсі, наділяється переважним правом на подальше розроблення відповідної проектної документації, але інше може бути передбачено умовами конкурсу. Водночас, як вказано у п. 56 Порядку проведення архітектурних та містобудівних конкурсів, якщо переможець конкурсу з будь-яких причин не може безпосередньо здійснювати подальше розроблення проектно-кошторисної або містобудівної документації, за ним зберігається право на авторську участь у цій роботі або, за його згодою, на отримання відповідної авторської винагороди за використання його конкурсного проекту в порядку, встановленому законодавством.

Висновки. Твір архітектури є об'єктом авторського права. Творами архітектури можуть бути проекти будівництва (за умови наявності ознак об'єкту авторського права, зокрема, творчого характеру), збудовані об'єкти (будівлі, споруди тощо). Певною мірою не до кінця зрозумілим є правовий режим таких об'єктів авторського права як карти, плани, креслення, ескізи, що стосуються архітектури, оскільки закон не наводить критеріїв для розмежування твору архітектури і різних планів, креслень тощо, пов'язаних з архітектурою. Вважаємо, що у випадку складення таких планів, креслень тощо не архітектором (інженером), а іншою особою, або у випадку незатвердження (непогодження) проекту будівництва уповноваженими органами, такі плани, креслення тощо слід трактувати як твори, що стосуються архітектури, а не як архітектурні твори. При створенні твору архітектури автор реалізує свій авторський задум, який є виявом свободи творчості, водночас ця свобода обмежується чинними державними будівельними нормами, «червоними лініями», індивідуальними містобудівними умовами та обмеженнями. Не кожен об'єкт архітектури є твором архітектури, зокрема, лише будинки (споруди), твори ландшафтного дизайну можуть трактуватися як такі. Натомість інші об'єкти архітектури (об'єкти благоустрою, садово-паркової архітектури, об'єкти монументального мистецтва тощо) є об'єктами, пов'язаними з архітектурною діяльністю, та можуть належати до інших видів об'єктів авторського права, зокрема, творів образотворчого мистецтва, або ж творів садово-паркового мистецтва тощо.

ЛІТЕРАТУРА

1. Вербицька А. О. Твір архітектури як об'єкт авторського права. Дис. к. ю. н. Київ. нац. ун-тет ім. Т. Шевченка. К., 2018. 228 с.
2. Греков Є. А. Авторське право на твори архітектури. Автореф. дис. к. ю. н. НДІ приватного права і підприємництва Академії правових наук України. К., 2007. 22 с.
3. Мироненко Н. В., Ряботягова Л. П. Твір архітектури як об'єкт договірних відносин. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2013. № 6. С. 10–18.
4. Тарасенко Х. Ю. Особливості правової охорони проектної документації. *Науковий* вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2019. № 55. Т. 2. С. 71–74.
5. Федоров А. А. Правова охорона дизайнерських рішень в Україні. Дис. к. ю. н. Одес. нац. ун-тет ім. І. Мечнікова. Одеса. 2015. 220 с.
6. Яворська О. С. Презумпція творчого характеру праці, результатом якої є об'єкт інтелектуального права: теорія та практика застосування. *Часопис* цивілістики. 2017. № 23. С. 78–82.
7. Інтелектуальне право України. Підручник. За заг. ред. проф. О. С. Яворської. Тернопіль : Підручники і посібники, 2016 р. 609 с.
8. Капіца Ю. М. Охорона прав на корисні моделі: тенденції у Європейському Союзі та виклики для України. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2020. № 3. С. 27–40.
9. Дорошенко О., Работягова Л. Новий інститут права інтелектуальної власності в Україні – незареєстрований промисловий зразок. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2020. № 4. С. 42–51.
10. Тарасенко Л. Л. Реформа патентного законодавства (2020): основні новації щодо винаходів (корисних моделей). *Вісник* Львівського університету. Серія Юридична. 2021. № 73. С. 67–76.
11. Тарасенко Л. Л. Новації щодо правової охорони промислових зразків. *Науковий* вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2022. № 70. С. 196–202.

УДК 342.951+343.222]:364.63
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/25

ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ВЧИНЕННЯ БУЛІНГУ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

LEGAL LIABILITY FOR BULLYING: THEORETICAL AND LEGAL ANALYSIS

Ковбас І.В., д. ю. н.,
доцент кафедри публічного права, юридичний факультет
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

Торончук І.Ж., к. ю. н.,
доцент кафедри Європейського права і порівняльного правознавства
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

Крайній П.І., асистент кафедри публічного права
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

У сучасному світі, де посилюється роль та вплив різноманітних соціальних мереж, відбуваються зміни у структурі як суспільства в цілому, так і взаємодій кожного його учасника. Вищевикладене зумовлює необхідність перегляду ставлення до явищ, які раніше не викликали занепокоєння. Безумовно, явище булінгу для українського суспільства є надзвичайно важливим та актуальним. Законодавство нашої країни взяло за основу розуміння булінгу, сформулювалося і постулювалося в західних країнах. Внесено важливі зміни до нормативно-правових актів, що стосуються адміністративної відповідальності за булінг, надано визначення поняття булінгу, виведено його ознаки. Але, як показує практика правозастосування положень про притягнення до відповідальності за булінг, законодавець, навмисне чи випадково, обмежився можливістю залучення за дії, що кваліфікуються як булінг, лише у рамках Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП). І таке явище закріплюється щодо лише навчального процесу. Визначається перелік таких спеціальних суб'єктів, як вчителі, учні та інші особи. Існує також судова практика щодо застосування КУпАП за булінг. Однак у зв'язку з тим, що дуже часто неповнолітні піддаються різноманітному психологічному тиску та діям, які призводять до тяжких психологічних наслідків (травм, захворювань), адміністративної відповідальності за такі дії буде недостатньо. Мета нашої статті – обґрунтування внесення змін до Кримінального кодексу України; визначення нового складу кримінального правопорушення за вчинення булінгу, посилення відповідальності та покарання.
Ключові слова: булінг, насильство, адміністративно-правові засоби протидії булінгу як різновиду насильства, юридична відповідальність, правопорушення.

In the modern world, where the role and influence of various social networks is constantly increasing, there are numerous changes in the structure of society in general and, in particular, in the interaction of each of its participants. As a result, there is an urgent need to reconsider the attitude towards previously unimportant phenomena. Undoubtedly, the problem of bullying is extremely important and relevant for Ukrainian society. The legislation of our country, formulated and adopted in Western countries, has always been based on the concept of tyranny. Recently, however, important changes have been made to the legal acts establishing administrative responsibility for bullying. In addition, a definition of the concept of bullying is given, taking into account the main signs and symptoms. On the other hand (as evidenced by the practice of comparing anti-bullying norms), the legislator voluntarily or involuntarily limited himself to prosecution only for events that qualify as bullying in accordance with the Law on Administrative Offenses. Ukrainian Crimes (hereinafter – KAU). Also, this phenomenon is solved only in relation to the educational process, with an emphasis on specific topics, such as teachers and students. There is also legal practice of applying CAOU to bullying. However, administrative responsibility for such violations will not be enough, since very often minors are subjected to various psychological influences and actions that lead to severe psychological consequences (injury, illness). The purpose of this article is to motivate changes to the Criminal Code of Ukraine, identify the essence of the new corpus delicti for bullying, increase responsibility and punishment for it.
Key words: bullying, violence, administrative and legal means of combating bullying as a form of violence, legal liability, delict.

Значні зміни в економічній, соціальній сферах життєдіяльності сучасного суспільства, активна інформатизація та комп'ютеризація суспільних відносин призводять в той же час і до підвищення рівня конфліктності, прояву агресії у міжособистісних відносинах. Новим, але вже звичним є збільшення випадків систематичного та тривалого негативного впливу учнів один на одного, у тому числі із залученням великої кількості учасників, або сторонніх користувачів, які долучаються до проведення занять на різноманітних платформах Google Meet, Zoom тощо, і чинять громадський тиск однієї чи групу учнів. Проблеми тривалих агресивних дій активно виявляються у навчальній та поза навчальні періоди і стають дедалі помітнішими. Цьому зокрема сприяють соціальні мережі.

У науковій літературі таке явище отримало назву «булінг». Його дефініція сьогодні визначається як «систематичнеагресивне переслідування і цькування, залякування із застосуванням фізичної сили з метою примусу або домінування., дана дефініція стала визнаним міжнародним терміном» [1]. Поняття «булінг» раніше не було відомо вітчизняній правовій науці. В англійській мові він має кілька граматичних означень, які на українській мові розуміються як забіяка, грубіян, гвалтівник тощо. Відповідно дія яка вчиняється булером називають «bullying» яке в перекладі означає залякування, травлення, цькування тощо. Норвезький дослідник Д. Ольвеус визначив це явище яке відбувається у освітньому (шкільному) колективі як ситуацію коли саме учень «неодноразово тривалий час стає об'єктом негативних дій та нападів з боку одного учня або кількох учнів» [2, с. 57–76]. Тобто, як бачимо з даного визначення таке явище може мати місце у відносинах, які складаються між особами що перебувають у певному соціальному та професійному зв'язку. До таких суб'єктів ми можемо віднести вчителів та учнів. Однак, на сьогоднішній день відсутнє актуальне визначення такого поняття. Через це в різних наукових колах обговорюється дане явище. В той же час є нормативне закріплення даного явища яке з-поміж іншого розкриває його як соціальну так і правову природу.

Метою статті є здійснення дослідження нормативно-правових актів вітчизняного законодавства, яким регулюється питання юридичної відповідальності за вчинення булінгу та відповідної судової практики, яка склалась після внесення даної категорії до переліку адміністративних правопорушень які передбачені у Кодексі України про

адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) та аргументування необхідності запровадження кримінальної відповідальності за булінг. В нашій державі поняття «булінг» отримало нормативно-правове закріплення на рівні законів, серед яких слід виділити: Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії булінгу (травленню)» № 2657-VIII від 18 грудня 2018 року [3], КУпАПу [4] та Закону України «Про освіту» № 2145-VIII від 5 вересня 2017 року [5]. Всі вищеперераховані нормативно-правові акти містять визначення булінгу.

У наведених нормативно-правових актах булінг (травлення) визначається як «дії учасників освітнього процесу, які полягають у психологічному, фізичному, економічному, сексуальному насильстві, у тому числі із застосуванням засобів електронних комунікацій, що здійснюються щодо малолітньої чи неповнолітньої особи або такою особою по відношенню до інших учасників освітнього процесу, внаслідок чого міг бути або була заподіяна шкода психічному чи фізичному здоров'ю потерпілого» [3]. Доповнення КУпАП таким складом адміністративного правопорушенням свідчить про бажання законотворця підкреслити соціальну значущість негативних проявів такого явища.

З метою запобігання випадкам зловживання та встановлення чітких меж (кордонів), яке саме діяння слід вважати булінгом, законодавець надає перелік його ознак у Законі України «Про освіту». Законодавчо регламентовані такі типові ознаки булінгу як:

1) систематичність дії (повторюваність) – одноразове знущання не може вважатися булінгом;

2) обов'язковість участі у даному процесі таких сторін: кривдник (булер), потерпілий (жертва булінгу), спостерігачі;

3) вчинення певних дій принизливого характеру що мають бути чітко спрямовані певній особі чи певному колу осіб, які виступатимуть у ролі жертви;

4) дії або бездіяльність кривдника, що спричиняють психічну та/або фізичну шкоду, страх, тривогу, приниження, підпорядкування потерпілого інтересам кривдника, та/або заподіяння соціальної ізоляції потерпілого (в цьому випадку важливий аспект внутрішнього (суб'єктивного) сприйняття жертвою) [5].

Як зазначає Р. Семпсон, булінг можна рахувати в якості першого кроку до злочинної поведінки. Із 60 % з тих, хто був визначений кривдником у 6–9 класах, мали хоча б одну судимість до 24 років, а 35–40 % скоїли три чи більше тяжкі злочини до досягнення 25-річного віку [6]. Проаналізувавши такі статистичні відомості, які стосуються аналізу американського підліткового суспільства можна сказати що правове регулювання булінгу є надзвичайно актуальним завданням. Це обумовлюється тим, що у таких осіб під час вчинення подібних дій посилюються прояви жорстокості. Ми вважаємо що булінг може стати першим кроком на шляху до тяжких діянь, а тому необхідно посилити юридичну відповідальність шляхом внесення конкретних змін Кримінального кодексу України (далі – КК України). Але перш ніж запропонувати такі зміни необхідно проаналізувати особливості юридичної відповідальності за булінг у нашій державі.

Відповідно до статті 173-4 КУпАП: «булінг (травлення), тобто діяння учасників освітнього процесу, що полягають у психологічному, фізичному, економічному, сексуальному насильстві, у тому числі із застосуванням засобів електронних комунікацій, що здійснюються щодо малолітньої або неповнолітньої особи або такою особою щодо інших учасників освітнього процесу, внаслідок чого могла бути або була заподіяна шкода психічному або фізичному здоров'ю потерпілого, тягне за собою накладення штрафу від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадські роботи на строк від двадцяти до сорока годин» [4]. Крім того, закріплено кваліфіковані склади адміністративного правопорушення.

Також, передбачено адміністративну відповідальність за вчинення таких діянь групою осіб або повторно протягом року після накладання адміністративного стягнення. Також, в якості спеціального суб'єкта можуть виступати малолітні або неповнолітні особи у віці від чотирнадцяти до шістнадцяти років. Крім того, передбачено адміністративну відповідальність за неповідомлення керівником навчального закладу (установи) до органів поліції про випадки булінгу (травлення) учасника освітнього процесу [4].

Адміністративні стягнення, що закріплені у вказаних вище нормах КУпАП встановлюють три види адміністративних стягнень: штраф (від 50 до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян); громадські роботи (від 20 до 60 години); виправні роботи (терміном до 1 місяця з відрахуванням до двадцяти відсотків заробітку) [4]. Що стосується суб'єкта відповідальності за булінг, можна сказати, що він спеціальний. Це малолітня, неповнолітня особа, а також ця службова особа – керівник навчального закладу [4].

Варто зазначити, що особа може бути притягнута до адміністративної відповідальності за вчинення булінгу лише за рішенням суду. Доказами у справах про факти цькування можуть бути пояснення особи, яка притягується до відповідальності, пояснення потерпілого та свідків, висновок експерта (якщо внаслідок вчинення правопорушення було завдано фізичної чи психологічної шкоди), речові докази у вигляді зіпсованих особистих речей потерпілого, письмові документи, матеріали листування, у тому числі – листування у соціальних мережах, відеоматеріали, на яких зафіксовано процес цькування.

Однак, такі дії можуть перетинатись під час процесу встановлення правової кваліфікації такого діяння.

Окремі прояви булінгу можуть підпадати під ст. 127 КК України та кваліфікуватися як катування [8]. У деяких випадках вони ідентичні тим, що відбуваються під час катувань. Слід погодитись з думкою К. В. Катеринчука, який до таких дій можна віднести: завдання ударів, що призводить до фізичного болю; загрозу застосування або застосування засобів (поліетиленових чи інших пакетів) для позбавлення можливості дихати; обливання водою тощо. Такі дії супроводжуються сильним стресом, почуттям беззахисності, нестримного страху. Це може принизити людину, зламати її морально. Наслідком таких дій може бути сильний фізичний біль, а також сильне моральне страждання. Слід погодиться з думкою К. В. Катеринчука «досить часто булінг фактично переростає на тортури з наявністю всіх ознак складу цього злочину, за винятком суб'єкта. Справа в тому: «діти-булери до 16 років, які вчинили дії, що утворюють склад тортур не несуть кримінальної відповідальності за ст. 127 КК України, оскільки ч. 2 ст. 22 КК України цей злочин не передбачено у переліку тих, кримінальна відповідальність за які настає з чотирнадцяти років» [8, с. 233].

Як свідчить судова практика, дії булерів в нашій країні найчастіше кваліфікуються як хуліганство (ст. 296 КК України) що зумовлено відповідною практикою застосування кримінального закону. Як приклади, можна навести кримінальні провадження що розглядались судами. Дії обвинувачених кваліфікувались за: за ч. 2, п. 4 ст. 296 «Хуліганство вчинене групою осіб, із застосуванням предметів заздалегідь заготовлених для завдання тілесних ушкоджень» та ч. 2 ст. 146 КК України «Незаконне позбавлення волі малолітнього» [7]. Так, група осіб у складі 5-ти осіб (3 з яких неповнолітні та одна малолітня які перебували в громадському місці зловили малолітню особу і одягнувши хлопцю на голову 2 поліетиленові пакети на голову та обмотали його скотчем. Потім, обвинувачені помістили особу проти її волі у багажне відді-

лення автомобіля та відвезли його на покинуту територію тракторної бригади. Там обвинувачені побили потерпілого. В подальшому, під погрозою реального застосування фізичної розправи обвинувачені направили в сторону потерпілого предмет, який за своїм зовнішнім виглядом був схожим на вогнепальну зброю. Вони декілька разів натискали на спусковий гачок. На цьому активні дії обвинувачених завершились. Всю подію вони фіксували за допомогою відеокамери мобільного телефону [9, с. 340].

Крім цього, якщо мова йде про настання юридичної відповідальності за дії неповнолітніх дітей-булерів, законодавством визначено окремий склад адміністративного правопорушення. Він знайшов своє вираження у ч. 4 ст. 184 КУпАП яка має назву «Невиконання батьками або особами, які їх замінюють, обов'язків з виховання дітей», відповідно до якої «вчинення неповнолітніми діянь, що містять ознаки кримінального правопорушення, відповідальність за які передбачена Кримінальним кодексом України, якщо вони не досягли віку, з якого настає кримінальна відповідальність, тягне за собою накладення штрафу на батьків або осіб, які їх замінюють від ста до трьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян» [4]. Хоча і тут є прогалини.

Відповідно до ч. 3 ст. 184 КУпАП: «вчинення неповнолітніми віком від чотирнадцяти до шістнадцяти років правопорушення, відповідальність за яке передбачено КУпАП, крім порушень, передбачених частинами третьою або четвертою статті 173-4 цього Кодексу, тягне за собою накладення штрафу на батьків або осіб, які їх замінюють від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян» [4]. Так, у справі № 569/20155/14-п суд визнав, що «ч. 1 ст. 184 КУпАП не можна застосовувати у ситуації, коли затверджується невиконання батьківських обов'язків щодо дитини віком до 14 років» [9]. Водночас у справі № 3/415/1141/13 від 27.08.2013 р. встановлено що «…мати не додивилася за своїм малолітнім сином 2007 року народження, який внаслідок недогляду завдав пошкодження іншій дитині... У зв'язку з цим апеляційний суд залишив у силі ухвалу місцевого суду про застосування до жінки відповідальності за ухилення від виконання батьківських обов'язків щодо неповнолітнього» [10]. А в ухвалі у справі № 127/7825/14-п від 16.06.2014 року Апеляційний суд Вінницької області зазначив, що суд першої інстанції притягнув до відповідальності мати неповнолітньої, але в тексті постанови наголошувалося, що йдеться саме про малолітню, а не про неповнолітню дитину [11].

На наш погляд слід розглянути можливість зниження віку кримінальної відповідальності суб'єкта злочину за ст. 127 КК України. Особи у віці 11–14 років цілком здатні усвідомлювати як фактичний характер своєї поведінки, так і його наслідки і можуть відповідати за свої дії. Вони здатні також усвідомлювати, розуміти суспільну небезпеку та протиправність наслідків деяких злочинів.

На підставі вищевикладеного, ми пропонуємо запровадження окремої статті, яка передбачає відповідальність з 16 років за скоєння суспільно небезпечних діянь, що кваліфікуються як булінг. Для того щоб дана кваліфікація дії особи не зачіпала інші склади злочину, ми пропонуємо залишити лише психологічне насильство, що може призвести до психологічних розладів, хвороб. Якщо діяння призведе до фізичних страждань або фізичних збитків, відповідні склади кримінальних правопорушень вже передбачені. Пропонуємо розділ II «Злочини проти життя та здоров'я людини» доповнити статтею КК України «Булінг щодо учасників освітнього процесу» та викласти в редакції: булінг – умисне, систематичне вчинення психологічного чи економічного насильства щодо учасників освітнього процесу та за межами навчального процесу заклади, у тому числі із застосуванням засобів електронних комунікацій, що призводить до психологічних страждань, розладу психічного здоров'я, емоційної залежності і внаслідок чого могла бути або була заподіяна шкода психічному або фізичному здоров'ю потерпілого».

ЛІТЕРАТУРА

1. Словник іншомовних слів. URL: https://www.jnsm.com.ua/cgi-bin/m/s2.pl?Article=3386&action=show (дата звернення: 29.06.2022).
2. Olweus D. Aggressors and Their Victims: Bullying at School. In: Frude N., Gault H. (Eds) Disruptive Behavior in Schools. New York, Willey & Sons, 1984. P. 57–76.
3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо протидії буллінгу (цькування) : Закон України від 18.12.2018 р. № 2657-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-19#Text (дата звернення: 29.06.2022).
4. Кодекс України про адміністративні правопорушення (статті 213–330): кодекс України від 07.12.1984 р. № 8073-X: станом на 21 лют. 2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80732-10 (дата звернення: 29.06.2022).
5. Про освіту : Закон України від 05.09.2017 р. № 2145-VIII: станом на 1 січня. 2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19 (дата звернення: 29.06.2022).
6. Семпсон Р. Залякування в школах : посібник. США, 2008. С. 49. URL: https://rescentre.org.ua/images/Uploads/Files/poperedzhenya_dl/buling_article.pdf
7. Кримінальний кодекс України: Кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III: станом на 28 берез. 2021 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 (дата звернення: 29.06.2022).
8. Катеринчук К. В. Кримінально-правова характеристика тортур. Теоретичні та прикладні проблеми сучасного кримінального права : матеріали II міжнар. науково-практичної. конф., м. Луганськ, 19–20 квіт. 2012 / Упоряд.: Є. А. Письменський, Ю. Г. Старовойтова; МВС України, Луган. держ. ун-т внутр. справ ім. Дідоренко. Луганськ : РІО ЛГУВС ім. Дідоренко 2012. С. 221–224.
9. Кваша Г. С. Поширення насильства та булінг серед неповнолітніх: роль електронних засобів комунікації. Держава право. Серія: *Юридичні науки*. 2019. Вип. 83. С. 331–342.
10. Ухвала Апеляційного суду Рівненської області від 30.01.2015. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/48422788 (дата звернення: 04.04.2021).
11. Ухвала Апеляційного суду Луганської області від 27.08.2013. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/33139445 (дата звернення: 04.04.2021).

УДК 347.961
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/26

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ СКЛАДОВОЇ ПРИНЦИПУ ЗАКОННОСТІ ПРИ ВЧИНЕННІ ВИКОНАВЧОГО НАПИСУ НОТАРІУСОМ

THE PROCEDURAL COMPONENT OF THE LEGALITY PRINCIPLE IMPLEMENTATION WHILE DOING THE ENFORCEMENT INSCRIPTION BY A NOTARY

Коломієць Я.Л., к. ю. н.,
асистент кафедри цивільного процесу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню одного із видів позасудової форми захисту майнових прав та інтересів кредитора – виконавчому напису. У роботі проаналізовані порядок вчинення й умови, за яких нотаріус може вчинити цю нотаріальну дію.

Встановлено, що нотаріус при вчиненні виконавчого напису за іпотечними договорами, крім загальних умов, повинен дослідити й перевірити ще додаткову умову – надсилання стягувачем вимоги про усунення порушення зобов'язання перед боржником й попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги не менш ніж за тридцятиденний строк до вчинення виконавчого напису. Акцентовано, на тому, що така вимога кредитора до боржника, як сплата боргу і виконання договірних та інших зобов'язань в юридичному словнику визначено як претензія і є окремим самостійним способом захисту порушених прав. Встановлено, що надсилання кредитором письмової вимоги-претензії про усунення порушень є самозахистом. Цивільний кодекс закріплює право особи на самозахист, а не обов'язок із самозахисту, передбачений Законом України «Про іпотеку».

Проаналізовано судову практику у справах про визнання виконавчих написів такими, що не підлягають виконанню. Виявлено, що мають місце рішення суду, в яких виконавчий напис, вчинений нотаріусом відповідно до вимог нотаріального законодавства, визнається таким, що не підлягає виконанню через відсутність вимоги стягувача до боржника в тих правовідносинах, для яких вона не передбачена.

Доведено хибність позиції суду, який вважає, що шляхом надіслання іпотекодержателем повідомлень – письмової вимоги про усунення порушень іпотекодавцю та боржнику нотаріус захищає права боржника. Захист прав боржника нотаріус здійснює шляхом перевірки законності вимог кредитора (стягувача): дослідження правовідносин між кредитором та боржником, дослідження документів, які надаються стягувачем, встановленням строків, за який проводиться стягнення заборгованості.

Висловлено думку, що надіслання письмової вимоги про усунення порушень іпотекодавцю й боржнику за тридцять днів до вчинення виконавчого напису не повинно взагалі застосовуватися ні до виконавчих написів за іпотечними договорами, ні до інших виконавчих написів. Запропоновано змінити закріплений обов'язок стягувача надсилати письмову вимогу боржнику на право стягувача і внести відповідні зміни до ст. 35 Закону України «Про іпотеку».

Ключові слова: виконавчий напис, нотаріус, оскарження виконавчого напису, претензія, самозахист.

The article is devoted to the study of one of the types of extrajudicial form of protection of property rights and interests of the creditor – the executive inscription. The paper analyzes the procedure for performing and the conditions under which a notary can perform this notarial act.

It has been established that a notary, when making a writ of execution under mortgage agreements, in addition to the general conditions, must examine and verify an additional condition: the claimant sends a demand to eliminate the violation to the debtor and a warning about foreclosure on the subject of mortgage in case of failure to comply with this requirement for at least three writ of execution. The requirement of the creditor to the debtor to pay the debt and fulfill contractual and other obligations in the legal dictionary is defined as a claim and is a separate independent way to protect violated rights. It has been established that the provision by the creditor of a written demand for the elimination of violations to the debtor – a claim is self-defence. The Civil Code enshrines the right of the individual to self-defense, and not the obligation to self-defense, provided for in the Law of Ukraine «On Mortgage».

The jurisprudence in cases on the recognition of executive inscriptions as unenforceable has been analyzed. It was revealed that there are court decisions in which the executive inscription made by a notary in accordance with the requirements of notarial legislation is recognized as unenforceable due to the absence of the debtor's claim by the recoverer in those legal relations for which it is not provided.It is indicated that the position of the court is erroneous, which considers that by sending notifications by the mortgagee – a written demand to eliminate violations of the mortgager and the debtor, the notary protects the rights of the debtor. The notary shall protect the rights of the debtor by checking the legitimacy of the claims of the creditor (collector): study of legal relations between the creditor and the debtor; study of documents provided by the collector, setting the time limits for which debt collection is carried out.

It has been suggested that the sending of a written demand to eliminate violations to the mortgager and the debtor thirty days before the execution of the writ of execution should not be generally applied either to writ of execution under mortgage agreements or to other writ of execution. It is proposed to change the fixed obligation of the recoverer to send a written demand to the debtor to the right of the claimant and to make appropriate changes to Art. 35 of the Law of Ukraine «On mortgage».

Key words: enforcement inscription, notary, recourse to court to invalidate enforcement inscription, claim, self-defense.

Вступ. Для належного розвитку договірних відносин правова держава повинна забезпечити суспільство належними способами захисту суб'єктивних прав їх учасників у випадку порушення третіми особами або ж учасником (учасниками) цих прав. Найпоширенішим і найпопулярнішим способом захисту порушеного права на сьогодні є звернення особи до суду, що закріплено у ст. 55 Конституції України. Судовий спосіб захисту порушеного права передбачає рівноправну участь у процесі сторін договірних відносин, а також те, що до суду має право звертатися будь-яка із сторін відповідних правовідносин.

В процесі розвитку цивільного й цивільно-процесуального права, крім примусового судового порядку, з'явився альтернативний (другий) примусовий спосіб захисту порушеного права – виконавчий напис нотаріуса, яким можна скористатися шляхом звернення до нотаріуса. Зауважимо, що цей спосіб на відміну від судового має свої переваги (швидкість розгляду справи, зручність, простота) й може бути значно ефективнішим у застосуванні. Наявність цих двох способів примусового захисту цивільних прав вважається великим досягненням правової думки, що втілена в національне законодавство, бо вони є необхідними й доцільними правовими механізмами реального захисту цивільних прав учасників договірних відносин. З огляду на сказане завданням науки цивільно-процесуального права слід назвати удосконалення й розвиток цих альтернативних одне до одного способів захисту цивільних прав, виокремлення специфічних правових рис кожного з них.

Метою даної статті є поглиблене дослідження порядку вчинення виконавчого напису нотаріуса як самостійного примусового способу захисту цивільних прав, суб'єктного складу цієї нотаріальної дії, оцінка стану розвитку україн-

ського законодавства в цій сфері та практики його застосування судами.

Передусім варто вказати, що інститут виконавчих написів нараховує тривалу історію і належить до несудових форм захисту інтересів кредиторів за безспірними зобов'язаннями, підтвердженими документами, що не викликають жодних сумнівів з боку їх достовірності [1, с. 248]. Правову природу виконавчого напису вивчали вітчизняні вчені: К. С. Юдельсон, І. Воложанін, В. В. Комаров, В. В. Баранкова, С. Я. Фурса, І. С. Мельник, І. І. Строкач, А. Г. Серветник та ін. Предметом пошуків науковців були суть поняття «виконавчий напис», форма, загальні умови його вчинення нотаріусом, правовий статус виконавчого напису в цивілістичному процесі.

Постановка завдання. Виконавчий напис нотаріуса як альтернативний позасудовий спосіб захисту прав кредитора (стягувача) є дійсно ефективним лише у тому випадку, коли кредитор у зручний час і швидко може отримати належні йому майно або кошти без будь-яких перешкод. Правовими «перешкодами» в сучасному законодавстві й практиці його застосування можна назвати ті випадки, коли боржник, скориставшись своїми правами, закріпленими у ст. 4 Цивільного процесуального кодексу, ст. 4 Господарсько процесуального кодексу і ст. 50 Закону України «Про нотаріат», у судовому порядку визнає виконавчий напис, вчинений нотаріусом відповідно до всіх вимог законодавства, таким, що не підлягає виконанню, і далі на підставі цього зупиняє виконавче провадження. Як наслідок, кредитор втрачає можливість у обраний ним спосіб отримати своє майно або кошти чи взагалі втрачає це майно або кошти.

Вчені неодноразово досліджували питання оскарження виконавчого напису в судовому порядку. Наприклад, І. І. Стокач виокремлює найпоширеніші підстави визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню, а саме: порушення порядку вчинення виконавчого напису; не надсилання вимоги стягувача; сплив строків давності; неповнота й невідповідність законодавству документів, наданих нотаріусу; відсутність у змісті виконавчого напису відомостей, передбачених законодавством [2, с. 13].

Нами була вивчена судова практика у справах про визнання виконавчих написів такими, що не підлягають виконанню через не надсилання вимоги стягувача боржнику.

Передусім вкажемо, що надсилання письмової вимоги про усунення порушень і повідомлення про звернення стягнення на предмет іпотеки боржнику встановлене чинним законодавством лише при вчиненні виконавчого напису за іпотечними договорами, що передбачають право звернення стягнення на предмет іпотеки у разі прострочення платежів за основним зобов'язанням до закінчення строку виконання основного зобов'язання. У законодавстві відсутні положення щодо потреби висунення такої вимоги для виконавчих написів з інших правовідносин. При аналізі судової практики була виявлена значна кількість судових рішень, в яких виконавчий напис визнається таким, що не підлягає виконанню саме з підстав не надсилання вимоги стягувача боржнику в тих випадках, коли така умова для вчинення виконавчого напису не закріплена законом. Кількість прикладів судової практики, в яких вчинений відповідно до вимог закону виконавчий напис визнається таким, що не підлягає виконанню, зростає, що створює небезпеку, бо такий стан справ, по суті, руйнує інститут виконавчого напису нотаріуса як примусовий позасудовий спосіб захисту цивільних прав. Як вказано вище, однією з цілей даної статті є доведення, що умова щодо надіслання стягувачем боржнику письмової вимоги про усунення порушень є лише правом стягувача і не може бути обов'язковою при вчиненні виконавчого напису нотаріусом (крім виконавчих написів за іпотечними договорами), отже, спробуємо її досягти, як, до речі, й інших.

Основний зміст. Вчинення виконавчих написів допускається лише у випадках, визначених чинним законодавством. Наведене правило не підлягає розширеному тлумаченню. Виходячи з цього, виконавчий напис, як і будь-яка нотаріальна дія, повинен здійснюватися з дотриманням принципу законності, проявом чого в діяльності нотаріальних органів є постанова законного нотаріального акта, законність якого завжди пов'язується з дотриманням матеріальних і процесуальних норм.

Із матеріально-правового боку дія принципу законності при вчиненні виконавчого напису полягає в тому, що нотаріус вчиняє нотаріальні дії, керуючись правовими нормами, якими регулюються певні правовідносини. Процесуально-правовий бік дії принципу, що розглядається, знаходе свій прояв у тому, що порядок вчинення виконавчого напису суворо врегульований законодавством [1, с. 121]. Таким чином, будь-яке відхилення від такого порядку вчинення виконавчого напису або застосування матеріальних норм, які не регулюють вказані правовідносини, матиме наслідком постановлення незаконного нотаріального акта.

Враховуючи сказане, додамо, що вчинення виконавчого напису нотаріусом характеризується певною послідовністю, що відображає процесуальну природу нотаріального провадження [3, с. 155]. Законодавцем встановлені єдиний порядок й умови вчинення виконавчих написів, незалежно від тих правовідносин, які стали підставою звернення до нотаріуса, винятком є виконавчий напис за іпотечним договором, для якого передбачений спеціальний порядок і додаткові умови. Процесуальний порядок цієї нотаріальної дії регулюється статтями 87–91 Закону України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. № 3426-XII, главою 16 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» (далі – Порядок), затвердженого наказом МЮУ від 22.02.2012 р. № 296/5, і Переліком документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів (далі – Перелік), затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 29.06.1999 року № 1172.

Вивчивши приписи, можемо констатувати, що відповідно до нотаріального процесуального законодавства нотаріус при вчиненні виконавчого напису має дотриматися наступної процедури: встановити особу, яка звернулася до нотаріуса, обсяг її цивільної дієздатності, встановити правовідносини, які існують між стягувачем і боржником, і перевірити, що в Переліку дійсно передбачено стягнення заборгованості за даними правовідносинами шляхом вчинення виконавчого напису, відібрати заяву стягувача про вчинення виконавчого напису. Також у законодавчих положеннях наведені умови вчинення виконавчого напису, які згідно з процесуальним порядком нотаріус повинен встановити і перевірити. Першою з них вказана безспірність заборгованості боржника. При дослідженні цієї умови нотаріус має перевірити, що подані стягувачем документи визначені в Переліку, оскільки безспірність заборгованості пов'язана тільки й виключно з документами, передбаченими цим Переліком. Законодавець не пов'язує безспірність заборгованості з якимись суб'єктивними фактами (відсутністю заперечень із боку боржника, письмовим визнанням суми боржником, його ставленням до процесу вчинення нотаріальної дії тощо), а з наявністю пакету певних вказаних документів, які (виключно які) безпосередньо підтверджують факт безспірності заборгованості [4, с. 75].

Другою умовою вчинення виконавчого напису вважається з'ясування, чи дотримано строк пред'явлення вимоги. Відповідно до цього нотаріус визначає, з якого часу (моменту) у кредитора з'явилося право вимоги, і перевіряє, який строк пред'явлення даної вимоги вста-

новлений законодавством. На сьогодні виконавчий напис може бути вчинено, якщо з дня виникнення права вимоги минуло не більше трьох років за загальним правилом або якщо для вимоги, за якою видається виконавчий напис, законом встановлено інший строк давності, виконавчий напис видається у межах цього строку [5]. За загальним правилом, право вимоги у стягувача виникає з моменту невиконання та/або порушення зобов'язання. Для деяких правовідносин такі строки мають конкретну регламентацію. Так, у правовідносинах, які виникають із договору фінансового лізингу (як зафіксовано в п. 1 ч. 4 ст. 17 Закону України «Про фінансовий лізинг»), право примусового стягнення боргу з'являється на 61 календарний день із моменту прострочення часткового або в повному обсязі лізингового платіжу [6], а у правовідносинах, зобов'язання яких підтверджується аграрними розписками, – у разі невиконання боржником зобов'язань у строк, вказаний в аграрній розписці [7].

Зупинимося й на тому, що нотаріус за умови витребування майна повинен також перевірити, що на майно, яке є предметом стягнення, відсутня заборона звернення стягнення за законодавством України або в ньому не передбачено, що звернення стягнення на таке майно відбувається виключно на підставі рішення суду, а в разі вчинення виконавчого напису за договором іпотеки – наявність чи відсутність заставної, інших іпотекодержателів на це майно [5].

Законодавець встановив, що нотаріус вирішує питання про вчинення виконавчого напису на підставі документів, наданих лише однією стороною – стягувачем, і не має запитувати й одержувати пояснення боржника з приводу заборгованості для підтвердження чи спростування її безспірності, тобто залежно від кількості суб'єктів, які беруть участь у нотаріальному провадженні, це односуб'єктна нотаріальна дія. Особливістю нотаріального провадження з вчинення виконавчого напису є те, що в ньому поряд із нотаріусом бере участь лише один суб'єкт нотаріальних правовідносин – стягувач [3, с. 217]. Тому такі додаткові умови, як, наприклад, згода чи пояснення боржника, попередження боржника про вчинення виконавчого напису не потрібні, а присутність боржника взагалі не допускається відповідно до нотаріального законодавства.

Вищеперераховані умови й порядок були обов'язковими й однаковими для вчинення виконавчого напису, незалежно від виду правовідносин, які передбачають дану нотаріальну дію, починаючи з 1944 року і до 2004 року. Це знайшло відображення в законодавчих актах України, якими врегульовувалися порядок вчинення виконавчого напису, як-от: «Положення про державний нотаріат» і «Перелік документів, на підставі яких вчиняються нотаріальні виконавчі написи на стягнення грошей і майна», затверджені Постановою Ради Народних Комісарів УРСР від 09.08.1944 р. № 1016; «Положення про державний нотаріат», затверджене Постановою Ради Міністрів Української РСР від 26.12.1956 р. № 1536; «Положення про державний нотаріат Української РСР» і «Перелік документів, на підставі яких вчиняються нотаріальні виконавчі написи на стягнення грошей і майна», затверджені Постановою Ради Міністрів Української РСР від 31.08.1964 р. № 941, Інструкція про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріальними конторами Української РСР, затверджена наказом Міністерства юстиції Української РСР від 31.10.1975 р. № 45; «Перелік документів, по яким стягнення заборгованості провадиться в безспірному порядку на підставі виконавчих написів державних нотаріальних контор», затверджений Постановою Ради Міністрів Української РСР від 12.10.1976 р. № 483. Будь-яких інших додаткових умов вчинення виконавчого напису не передбачалося.

У 2004 році до процедури вчинення виконавчих написів за іпотечними договорами вносяться зміни, які були закріплені в Законі України «Про іпотеку» від 05.06.2003 р. № 898-IV й «Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами», затвердженій наказом Міністерства юстиції України від 14.06.2004 р. № 18/5 (чинній на той час). На сьогодні ці вимоги зафіксовані у ст. 35 Закону України «Про іпотеку» й підпункті 2.3 глави 16 чинного на сьогодні «Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України», затвердженого наказом МЮУ від 22.02.2012 р. № 296/5. Відповідно до норм вказаних актів вчиненню виконавчого напису за іпотечними договорами передує необхідність дотримання додаткових умов стягувачем і вчинення додаткових процесуальних дій нотаріусом. Так, згідно зі ст. 35 Закону України «Про іпотеку» (далі – Закон) у разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель надсилає іпотекодавцю та боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення. У цьому документі викладається стисло зміст порушених зобов'язань, вимога про виконання порушеного зобов'язання у не менш ніж тридцятиденний строк і попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у випадку невиконання цієї вимоги. Якщо протягом встановленого строку вимога іпотекодержателя залишається без задоволення, він має право прийняти рішення про звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом позасудового врегулювання на підставі договору [8]. У такий спосіб кредитор попереджає боржника про вжиття в майбутньому заходів позасудового захисту свого права. Зауважимо, що в юридичному словнику письмова вимога кредитора до боржника про сплату боргу і виконання договірних та інших зобов'язань означена як претензія [9, с. 337], що, крім того, визнається окремим самостійним способом захисту порушених прав, тобто перед зверненням до нотаріуса за захистом свого права стягувач повинен застосувати претензійний спосіб захисту.

До сказаного додамо, що кредитор (стягувач) із моменту порушення основного зобов'язання та (або) умов іпотечного договору до спливу тридцятиденного строку надіслання претензії боржнику обмежений у захисті свого права шляхом звернення до нотаріуса за вчиненням виконавчого напису. Тоді як до судової форми захисту права кредитор може вдатися незалежно від надсилання або не надсилання претензії боржнику, що передбачено частиною другою ст. 35 Закону. Незважаючи на те, що ч. 3 ст. 35 згаданого Закону закріплює, що вимога надіслання письмової вимоги про усунення порушення боржнику не перешкоджає реалізації іпотекодержателем своїх прав, визначених законом та/або іпотечним договором, без попереднього повідомлення іпотекодавця, якщо викликана таким повідомленням затримка може спричинити знищення, пошкодження чи втрату предмета іпотеки [8], на сьогодні не встановлено процедури перевірки нотаріусом випадків, коли така затримка може спричинити знищення, пошкодження чи втрату предмета іпотеки. Підсумовуючи, вкажемо, що кредитору за іпотечним договором для звернення до нотаріуса за захистом свого порушеного права потрібно виконати додаткову умову, а саме надіслати боржнику претензію не менше ніж за тридцять днів.

Нотаріус, у свою чергу, при вчиненні виконавчого напису додатково повинен переконатися, що повідомлення, претензія були надіслані боржнику і що з моменту надіслання минуло тридцять днів. Відповідно до п. 2.3 Порядку повідомлення вважається надісланим, якщо є відмітка іпотекодавця на письмовому повідомленні про його отримання або відмітка поштового відділення зв'язку про відправлення повідомлення на вказану в іпотечному договорі адресу і з дня надіслання повідомлення минуло тридцять днів [5].

Серед науковців існують різні точки зору щодо правової природи і мети письмової вимоги боржнику (претензії). Зокрема, В. В. Комаров і В. В. Баранкова вважа-

ють, що надсилання боржнику претензії від кредитора за тридцять днів має на меті спонукати боржників до добровільної сплати заборгованості, запобігти примусовому стягненню за відсутності наміру боржника ухилитися від виконання зобов'язань [1, с. 255]. Натомість А. Г. Серветник вважає, що законодавець забезпечує право боржника на захист його інтересів шляхом направлення йому повідомлення про заборгованість і необхідність її погашення [10, с. 103]. На нашу думку, наявність такої додаткової вимоги саме для іпотечних договорів можна пов'язати зі встановленим в Україні спеціальним режимом правового регулювання відносин, пов'язаних з обігом нерухомого майна. І дійсно, така вимога може спонукати боржника до виконання зобов'язань, оскільки він розуміє, що може бути позбавлений свого майна. Проте, як свідчить проаналізована судова практика, боржник намагається використати ці тридцять днів не на виконання зобов'язання, а навпаки, вчиняє дії, які унеможливлюють у майбутньому виконання виконавчого напису. Наприклад, звертається до суду з безпідставним оскарженням договору іпотеки або розмірів платежів та ін.

Відповідно до принципу свободи договору й рівності учасників цивільних відносин сторони вільно вступають у договірні відносини, самостійно обирають контрагента, визначають умови договору й погоджуються з наслідками порушення його умов. Оскільки особа добровільно і свідомо вступає в правовідносини, вона повинна виконувати свої зобов'язання добровільно без будь-яких додаткових спонукань, нагадувань з іншої сторони чи з боку третіх осіб. Виникнення ж заборгованості є наслідком свідомих дій боржника (у даному випадку несплати коштів), тому нагадування про виникнення заборгованості або вимога про виконання зобов'язань можуть бути лише правом кредитора, але не мають бути додатковою умовою чи перешкодою при захисті свого порушеного матеріального права.

З огляду на сказане зауважимо, що частина перша ст. 19 Цивільного кодексу України закріплює право особи на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань. Самозахист – це застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. Отже, надсилання кредитором письмової вимоги про усунення порушень, а саме претензії боржнику, можна вважати самозахистом. Звернемо увагу на те, що ст. 19 Цивільного кодексу закріплює саме право особи на самозахист, а не обов'язок до самозахисту. Виходячи з цього, кредитор має самостійно вирішувати, користуватися таким своїм правом чи ні. Так, частиною 2 ст. 222 Господарського кодексу України визначено, що претензія є правом сторони, а не обов'язком: у разі необхідності відшкодування збитків або застосування інших санкцій суб'єкт господарювання чи інша юридична особа – учасник господарських відносин, чиї права або законні інтереси порушено, із метою безпосереднього врегулювання спору з порушником цих прав або інтересів **має право** звернутися до нього з письмовою претензією, якщо інше не встановлено законом [11].

Аналіз наведеної конструкції вчинення виконавчого напису за іпотечними договорами дає змогу зрозумілим, що такий спосіб захисту цивільних прав, як виконавчий напис нотаріуса ускладнюється шляхом впровадження у цей процес елементів інших процесуальних інститутів цивільного права, а саме претензії. Таким чином, перевага виконавчого напису нотаріуса перед судовим способом захисту прав кредитора (простота, швидкість, зручність тощо) у даному випадку втрачається, а сам позасудовий механізм захисту порушеного права кредитора за іпотечними договорами стає громіздким і тривалішим. Крім додаткової втрати часу, грошей тощо, звернення за вчиненням виконавчого напису кредитору нічого не приносить.

Варто звернути увагу на ще один момент, а саме на те, така умова, як надсилання стягувачем письмової вимоги про усунення порушень (претензії) за тридцять днів наявна лише у випадку вчинення виконавчих написів за іпотечними договорами. Для виконавчих написів з інших правовідносин вона законодавством не передбачена і нотаріуси не мають права вимагати виконання цієї дії від стягувача. Дійсно, згідно з Порядком нотаріус має можливість витребувати від стягувача додаткові документи й інформацію при вчиненні виконавчого напису, але вони повинні мати відношення саме до нотаріальної дії. У той же час письмова вимога стягувача до боржника, по суті, є самозахистом і не стосується нотаріальних правовідносин. І якщо нотаріус вимагатиме від стягувача надіслання претензії боржнику, незважаючи на мету такої вимоги (спонукання боржника до добровільної сплати заборгованості, запобігання зверненню боржника до суду, забезпечення виконання виконавчого напису в майбутньому), це буде порушенням принципу законності нотаріусом, а саме його процесуальної складової, оскільки нотаріальним процесуальним законодавством процесуальна дія нотаріуса з перевірки надсилання вимоги за тридцять днів стягувачем при вчиненні виконавчого напису, крім іпотечних правовідносин, не передбачена. Таким чином, виконавчий напис, вчинений не за іпотечними договорами без надіслання стягувачем письмової вимоги (претензії) боржнику, є вчиненим з дотриманням вимог законодавства і не може бути визнаний в суді таким, що не підлягає виконанню з підстави не надіслання претензії боржнику.

Натомість, аналіз судової практики щодо визнання виконавчих написів такими, що не підлягають виконанню, показує, що мають місце рішення суду і навіть постанови Верховного Суду, в яких виконавчий напис, вчинений відповідно до вимог Закону України «Про нотаріат», глави 16 розділу II «Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України», «Переліку документів, за якими стягнення заборгованості провадиться у безспірному порядку на підставі виконавчих написів нотаріусів», без надіслання попередньої вимоги боржнику не за іпотечними договорами визнається таким, що не підлягає виконанню, а це, на наше переконання, незаконно. Така судова практика, по суті, нівелює інститут виконавчого напису.

Одним із таких прикладів є постанова Верховного Суду від 30 вересня 2019 року у справі за № 357/12818/17 провадження N 61-44380св18. У постанові Верховний Суд підтримав рішення судів першої та апеляційної інстанцій, визнав виконавчий напис таким, що не підлягає виконанню з тих підстав, що боржник не отримав вимоги про усунення порушень за кредитними договором, незважаючи на те, що в законодавстві такої вимоги для вчинення виконавчих написів за кредитними договорами не передбачено.

Судом зазначено, що аналіз підпункту 2.3 пункту 2 глави 16 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій, дає підстави зробити висновок про те, що вчинення виконавчого напису в разі порушення основного зобов'язання здійснюється нотаріусом після спливу тридцяти днів із моменту надісланих кредитором повідомлень – письмової вимоги про усунення порушень боржнику.

Постанова суду мотивована тим, що не отримання позивачкою (боржником) вимоги про усунення порушень за кредитним договором об'єктивно позбавило її можливості бути вчасно проінформованою про наявність заборгованості й можливості надати свої заперечення щодо неї або оспорити вимоги стягувача. Позивачка не мала змоги подати нотаріусу заперечення щодо вчинення виконавчого напису або висловити свою незгоду з письмовою вимогою про сплату боргу чи повідомити про наявність спору між нею й відповідачем щодо суми заборгованості, що об'єктивно виключає можливість вчинення виконавчого напису [12].

Проаналізувавши доводи позивачки, вважаємо за необхідне вказати, що відповідно до законодавства при кредитних правовідносинах нотаріус може відмовити у вчиненні виконавчого напису лише з наступних підстав: 1) правовідносини не передбачають стягнення заборгованості за виконавчим написом; 2) стягувачем не надані усі документи, визначені Переліком; 3) предметом стягнення є майно, звернення стягнення на яке забороняється законодавством України або здійснюється виключно на підставі рішення суду; 4) сплинув строк із дня виникнення права вимоги. Будь-яких інших підстав для відмови у вчиненні виконавчого напису (як-от заперечення боржника, незгода боржника) в Законі України «Про нотаріат», главі 16 розділу II «Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» не передбачено. Тому аргументи позивачки, що вона, не отримавши вимогу про усунення порушень за кредитним договором, була позбавлена права вплинути на вчинення виконавчого напису, є безпідставними, оскільки вплив боржника на запобігання вчиненню виконавчого напису можливий лише шляхом добровільного погашення заборгованості, іншого законодавець не передбачив. Також із доводів позивачки можна побачити, що тридцять днів їй потрібні не для погашення боргу, а для вчинення будь-яких дій з метою запобігти вчиненню виконавчого напису.

У постанові Верховного Суду України від 5 липня 2017 року у справі № 6-887цс17 зроблено висновок, що захист прав боржника у процесі вчинення нотаріусом виконавчого напису відбувається у спосіб, передбачений підпунктом 2.3 пункту 2 глави 16 розділу II Порядку, а саме шляхом надсилання іпотекодержателем повідомлень – письмової вимоги про усунення порушень іпотекодавцю й боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця [13]. На наш погляд, це хибний шлях, оскільки захист прав боржника нотаріус здійснює через перевірку законності вимог кредитора (стягувача), дослідження документів, які надаються стягувачем, встановлення строків, за який проводиться стягнення заборгованості, а письмова вимога до боржника по суті – це претензія з попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки.

Ще одним яскравим прикладом помилкового розуміння порядку вчинення виконавчого напису є постанова Верховного Суду від 13 жовтня 2021 року у справі № 554/6777/17 провадження N 61-17750св20. Верховний Суд залишив без змін рішення суду апеляційної інстанції по цій справі. Суд апеляційної інстанції, вирішуючи позовні вимоги про визнання виконавчого напису таким, що не підлягає виконанню (із правовідносин позики), встановивши відсутність доказів направлення позичальником листа-вимоги про повернення боргу й отримання боржником такого листа, зробив висновок про те, що встановлена законом процедура стягнення боргу за нотаріально посвідченим договором позики на підставі виконавчого напису нотаріуса не була дотримана (виконана), а саме боржник не був повідомлений про вимогу повернути заборгованість, що є самостійною і достатньою підставою для визнання виконавчого напису нотаріуса таким, що не підлягає виконанню [14]. Проте слід додати, що така процедура вчинення виконавчого напису за договором позики не передбачена законодавством. У цій же постанові Верховний Суд наголосив, що чинне на сьогодні законодавство України дійсно не зобов'язує нотаріуса викликати позичальника і з'ясовувати наявність чи відсутність його заперечень проти вимог позикодавця. Проте право позичальника на захист його інтересів забезпечується шляхом направлення йому повідомлення про заборгованість і необхідність її погашення. У той же час, враховуючи те, що нотаріальне провадження є безспірним, для забезпечення такої безспірності нотаріусові бажано з'ясувати в позичальника наявність заперечень щодо вчинення виконавчого напису або сплати ним боргу [14]. У цьому випадку варто акцентувати на тому, що, по-перше, позичальник не є суб'єктом цієї нотаріальної дії, тому не може вплинути на її вчинення, по-друге, беручи до уваги суб'єктний склад цього нотаріального провадження, спілкування нотаріуса з позичальником, по суті. є розголошенням нотаріальної таємниці, що є підставою для відповідальності нотаріуса.

На прикладі цих справ можна переконатися, що суди змушені хибно сприймати суб'єктний склад вчинення виконавчого напису, бо чинне законодавство дає для цього підстави фактично включаючи боржника до складу суб'єктів цієї нотаріальної дії, шляхом внесення вимоги про необхідність надіслання претензії боржнику за тридцять днів. Як наслідок, вказана судова практика, невірно розуміючи як правову природу письмової вимоги до боржника (претензії), так і обов'язковість наявності цієї претензії при вчиненні виконавчого напису, руйнує інститут виконавчого напису.

На нашу думку, існування таких постанов Верховного Суду може взагалі знищити в майбутньому інститут виконавчого напису, оскільки при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах ВС [15]. Так, враховуючи наведені висновки Верховного Суду, суди першої та апеляційної інстанцій повинні визнавати виконавчий напис із будь-яких правовідносин таким, що не підлягає виконанню, у випадку відсутності попередньо надісланої претензії боржнику, що насправді суперечить нормам матеріального і процесуального нотаріального законодавства, тобто процес вчинення виконавчого напису нотаріусом стає декларативним, а нотаріальний захист, передбачений законом, суд визнає незаконним. Таким чином, інститут виконавчого напису втратить реальну можливість захищати права кредитора.

На наш погляд, умова надсилання боржнику письмової вимоги усунути порушення за тридцять днів до вчинення виконавчого напису нівелює принцип рівноправності учасників цивільних правовідносин, оскільки в даному порушуються права кредитора, і він повинен чекати спливу певного строку для отримання можливості звернення до нотаріального органу за захистом свого права. Як свідчить судова практика, боржник намагається використати час до вчинення виконавчого напису не на добровільну сплату заборгованості, а на вжиття заходів, які перешкоджатимуть вчиненню виконавчого напису або його виконанню.

Виходячи з цього, вважаємо, що така умова, як надсилання письмової вимоги про усунення порушень іпотекодавцю й боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, за тридцять днів до вчинення виконавчого напису не повинна взагалі застосовуватися ні до виконавчих написів за іпотечними договорами, ні до інших виконавчих написів, а отже, відповідна законодавча практика має бути змінена.

У зв'язку з цим пропонуємо ст. 35 Закону України «Про іпотеку» викласти у новій редакції: «У разі порушення основного зобов'язання та/або умов іпотечного договору іпотекодержатель із метою врегулювання спору **має право** надіслати іпотекодавцю й боржнику, якщо він є відмінним від іпотекодавця, письмову вимогу про усунення порушення. У цьому документі викладаються стисло зміст порушених зобов'язань, вимога про виконання порушеного зобов'язання в не менш ніж тридцятиденний строк і попередження про звернення стягнення на предмет іпотеки у разі невиконання цієї вимоги."

З огляду на це положення підпункту 2.3 глави 16 «Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України» виключити.

ЛІТЕРАТУРА

1. Комаров В. В., Баранкова В. В. Нотаріат : підручник. Харків : Право, 2019. 416 с.
2. Строкач І. І. Виконавчий напис нотаріуса в цивілістичному процесі : автореф. дис. … канд. юр. наук: 12.00.03. Київ, 2018. 24 с.
3. Серветник А. Г. Виконавчий напис нотаріуса як спосіб реалізації нотаріальної форми захисту цивільних прав : монографія. Харків : ТОВ «Оберіг», 2020. 252 с.
4. Коломієць Я. Л. Поняття «безспірність заборгованості» при вчиненні виконавчого напису нотаріусом у судовій практиці. *Науковий вісник публічного і приватного права.* Зб. наук. праць. Вип. 5. Київ : Наук.-дослід. Ін-т публіч. Права, 2020. С. 71–77.
5. Порядок вчинення нотаріальних дій: затв. наказом Міністерства Юстиції України від 22.02.2012 № 295/5 / Міністерство юстиції України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text (дата звернення: 29.06.2022).
6. Про фінансовий лізинг : Закон України від 04.02.2021 р. № 1201-IX / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1201-20#Text (дата звернення: 29.06.2022).
7. Про аграрні розписки : Закон України від 06.11.2012 р. № 5479-VI / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5479-17#Text (дата звернення: 29.06.2022).
8. Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15#Text (дата звернення: 29.06.2022).
9. Багатомовний юридичний словник-довідник / І. О. Голубовська, В. М. Шовковий, О. М. Лефтерова та ін. Київ : Видавничо-поліграф. центр «Київський університет», 2012. 543 с.
10. Серветник А. Г. Виконавчий напис нотаріуса як спосіб реалізації нотаріальної форми захисту цивільних прав : дис. … д-ра філософії: спеціальність 081. Київ, 2020. 232 с.
11. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. № 436-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text (дата звернення: 29.06.2022).
12. Постанова Верховного Суду від 30.09.2019 у справі № 357/12818/17 (провадження N 61-44380св18). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/84746740 (дата звернення: 29.06.2022).
13. Постанова Верховного Суду України від 05.07.2017 у справі № 6-887цс17. URL: https://oda.court.gov.ua/sud1590/pravovipoziciivsu/6-887cs17 (дата звернення: 29.06.2022).
14. Постанова Верховного Суду від 13.10.2021 у справі № 554/6777/17 (провадження N 61-17750св20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100428462 (дата звернення: 29.06.2022).
15. Цивільний процесуальний кодекс : Закон України від 18.03.2004 № 1618-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text дата звернення 29.06.2022).

УДК 341.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/27

ПРАВО ГРОМАДЯН УКРАЇНИ НА МЕДИЧНУ ДОПОМОГУ ЗА КОРДОНОМ В РОЗРІЗІ МІЖНАРОДНОГО ПРИВАТНОГО ПРАВА: СУЧАСНИЙ СТАН

RIGHT OF CITIZENS OF UKRAINE TO MEDICAL AID ABROAD UNDER PRIVATE INTERNATIONAL LAW: CURRENT STATE

Корнєва П.М., к. ю. н.,
старший викладач кафедри міжнародного приватного права та порівняльного правознавства
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню сучасних особливостей реалізації прав громадян України на медичну допомогу за кордоном в контексті масової еміграції українців через військову агресію Російської Федерації в розрізі міжнародного приватного права. Автор зауважує, що після 24 лютого 2022 року більше 12 млн українців були змушені покинути свої домівки та шукати притулку в інших країнах, переважно в країнах Європейського Союзу. Через безпрецедентну військову агресію Російської Федерації Європейський Союз запровадив в дію Директиву Ради про мінімальні стандарти для надання тимчасового захисту у разі масового напливу переміщених осіб та про заходи, що сприяють збалансованості зусиль між державами-членами щодо прийому таких осіб та відповідальності за наслідки такого прийому, що була прийнята ще 20 липня 2001 року. Надання тимчасового захисту для громадян України в країнах Європейського Союзу досить часто гарантує їм медичне обслуговування на рівні із громадянами таких держав, але в будь-якому випадку гарантує невідкладну медичну допомогу та необхідне лікування у разі захворювання. Крім того країни Європейського Союзу надають доступ громадянам України до безоплатної вакцинації від COVID-19 та від інших інфекційних хвороб відповідно до календарю вакцинації.

Важливою перевагою отримання тимчасового захисту громадянами України є те, що українці в такому випадку стають учасниками системи медичного страхування, страхові внески сплачуються державами-учасниками. Автором наводиться в якості прикладу досвід Німеччини, Австрії, Бельгії, Італії, Польщі та Португалії. Всі ці країни надають можливість українцям у разі отримання тимчасового захисту пройти відповідні реєстраційні процедури та стати повноправними учасниками системи медичного страхування, навіть на свій розсуд обирати страхову компанію. Такий статус дозволяє отримувати як екстрену медичну допомогу, так і планову, у тому числі й право на відвідування профільних спеціалістів.

Ключові слова: тимчасовий захист, право на охорону здоров'я, право на медичну допомогу, медичне страхування, екстрена медична допомога.

The article is devoted to the study of modern features of the implementation of the rights of Ukrainian citizens to medical assistance abroad in the context of the mass emigration of Ukrainians due to the military aggression of the Russian Federation in the context of private international law. The author notes that after February 24, 2022, more than 12 million Ukrainians were forced to leave their homes and seek refuge in other countries, mainly in the countries of the European Union. Due to the unprecedented military aggression of the Russian Federation, the European Union implemented the Council Directive on minimum standards for the provision of temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures to promote a balance of efforts between Member States to receive such persons and responsibility for the consequences of such reception, which was adopted by July 20, 2001. Provision of temporary protection to citizens of Ukraine in the European Union quite often guarantees them medical care at the same level as citizens of such a state, but in any case guarantees emergency medical care and necessary treatment in case of illness. In addition, the countries of the European Union provide access to citizens of Ukraine to free vaccination against COVID-19 and other infectious diseases in accordance with the vaccination calendar.

An important advantage of receiving temporary protection by citizens of Ukraine is that in this case Ukrainians become participants in the health insurance system, insurance premiums are paid by participating states. The author cites the experience of Germany, Austria, Belgium, Italy, Poland and Portugal as an example. All these countries provide the opportunity for Ukrainians, in the case of receiving temporary protection, to go through the relevant registration procedures and become full members of the health insurance system, even to choose an insurance company at their own discretion. This status allows you to receive both emergency and scheduled medical care, including the right to visit specialized specialists.

Key words: temporary protection, right to health care, right to medical assistance, medical insurance, emergency medical assistance.

Починаючи із 24 лютого 2022 року Україна стикнулась із одним з найскладніших викликів в своїй історії, адже вперше за майже 100 років відбулось посягання на її суверенітет, незалежність та територіальну цілісність. Військова агресія Російської Федерації змусила мільйони українців покинути свою батьківщину, кінцевим пунктом свого перебування більшість із них обрало країни Європи, відносно незначна кількість прибули до США та Канади. За інформацією ООН щонайменше 12 млн українців покинули свої помешкання через російську агресію, станом на 21 червня тимчасовий притулок в Польщі отримали 1 180 677 осіб, в Німеччині – 780 000, в Чехії – 380 000, а в Італії – 137 000 осіб [1].

Знаходячись в чужих країнах, наші співгромадяни щодня стикаються із великою кількістю побутових проблем, намагаються налагодити своє повсякденне життя в інших правових та культурних реаліях. Важливою складовою життя кожної особи є охорона та захист її здоров'я, а в умовах, за яких були змушені прибувати в інші держави громадяни України, ця сфера є актуальною, як ніколи. Так, люди були змушені покинути свої домівки спонтанно, хтось чекав на появу дитини, хтось на операційне втручання або планове лікування. Крім того, значний стрес, який пережили люди, вплинув на їх психічне здоров'я.

У зв'язку із вищевикладеним дослідження особливостей отримання громадянами України медичної допомоги за кордоном на сьогодні є напрочуд актуальною та потребує детального вивчення.

Необхідно відзначити, що питання міжнародно-правового захисту права особи на охорону здоров'я, а також питання захисту прав пацієнтів як в Україні, так і за кордоном неодноразово ставали предметом дослідження спеціалістами у сфері права та медицини. Серед останніх монографічних робіт та публікацій можна виділити роботи К. Р. Бахтіної, В. С. Віткової, В. О. Галая, Є. С. Гнедика, О. М. Коржа, І. В. Міщука, І. М. Паращича, І. Я. Сенюти, В. І. Цимбалюка, М. Ю. Щирбої та інших. Проте у всіх цих роботах вказані теми не розглядалися в розрізі міжнародного приватного права, а також в розрізі триваючих в Україні воєнних дій, що обумовлює актуальність досліджуваного питання.

Метою цієї статті є вивчення сучасних особливостей реалізації прав громадян України на медичну допомогу за кордоном в контексті міжнародного приватного права.

У першу чергу, необхідно відзначити, що право особи на охорону здоров'я та на гідне медичне забезпечення закріплено в багатьох міжнародно-правових документах. Серед ратифікованих Україною важливо виділити Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права, прийнятий 16 грудня 1966 року Генеральною Асамблеєю ООН [2], Конвенцію ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок [3], Міжнародну конвенцію про ліквідацію всіх форм расової дискримінації [4], Конвенцію про права дитини [5], Конвенцію про права осіб з інвалідністю [6]. Вказані документи лише декларують відповідні права осіб, проголошують цінність і важливість таких прав та виступають основою для прийняття правового регулювання, спрямованого на фактичну реалізацію прав осіб на рівні як національного, так і наднаціонального законодавства (наприклад, права Європейського Союзу).

У зв'язку із чим в контексті досліджуваної теми необхідно відзначити, що правовий статус українців в Європейському Союзі як осіб, що потребують тимчасового захисту, визначений Директивою Ради про мінімальні стандарти для надання тимчасового захисту у разі масового напливу переміщених осіб та про заходи, що сприяють збалансованості зусиль між державами-членами щодо прийому таких осіб та відповідальності за наслідки такого прийому № 2001/55/ЄС від 20 липня 2001 року [7]. В статті 13 цього документу передбачається, що держави-члени забезпечують надання особам, які користуються тимчасовим захистом, необхідної допомоги в частині соціального забезпечення та засобів до існування, якщо вони не мають достатніх ресурсів, а також медичного забезпечення. Не обмежуючи умови пункту 4, допомога, необхідна для медичного забезпечення, включає, принаймні, невідкладну медичну допомогу та необхідне лікування у разі захворювання. Держави-члени надають необхідну медичну або іншу допомогу особам, які користуються тимчасовим захистом і мають особливі потреби, таким як неповнолітні особи без супроводу, або особи, які зазнали катувань, зґвалтування чи інших серйозних форм психологічного, фізичного чи сексуального насильства [7].

Отже, із змісту Директиви можна зробити висновок, що держави-члени зобов'язані забезпечувати надання українцям, які отримали тимчасовий захист, медичною допомогою залежно від своїх економічних можливостей, проте принаймні невідкладну медичну допомогу.

Європейська Комісія на своєму офіційному інтернет-сайті також інформую, що для забезпечення спеціалізованого лікування та догляду за тими, хто потребує термінової допомоги, Єврокомісія створила механізм солідарності для медичних перевезень всередині ЄС для біженців і переміщених осіб з держав-членів, що межують з Україною. Для них уже підготовлено 10 000 лікарняних ліжок, а також підтримує доступ до планових щеплень для дітей (що є пріоритетним), а також до заходів, спрямованих на охорону психічного здоров'я і посттравматичну підтримку для тих, хто тікає від війни [8]. Крім того, зауважується, що 24 Європейські довідкові мережі (ERN) з рідкісних і складних захворювань об'єднані для підтримки всіх українських пацієнтів. ERN спеціалізуються на діагностиці та лікуванні рідкісних/дуже рідкісних захворювань майже в усіх галузях медицини, включно з рідкісним раком. 1600 експертних центрів ERN облаштовані у понад 300 лікарнях ЄС, розташованих у більшості або всіх країнах ЄС (включно з державами-сусідами України) та Норвегії. ERN зобов'язується створити центр для пацієнтів з рідкісними захворюваннями в Україні та за її межами [8].

Проте важливо констатувати, що доступ українців до медичних послуг в країнах ЄС безпосередньо пов'язаний із «включенням» до національної системи медичного страхування в кожній країні. З цього приводу необхідно зазначити досвід окремих країн.

Наприклад, в Австрії біженці з України ретроспективно з 24 лютого 2022 року згідно з постановою федерального уряду включені в систему медичного страхування країни. Вони мають право на отримувати медичну допомогу за рахунок системи Австрійського медичного страхування (*Österreichische Gesundheitskasse*). Австрійське законодавство надає українцям такі ж права у сфері охорони здоров'я, як й іншим застрахованим особам. Українці мають право на медичне лікування та допомогу при фізичних недугах, а також на інституційний догляд та медичний догляд на дому [9].

За законодавством Бельгії всі українці, які отримали тимчасовий притулок через органи імміграційної служби, можуть зареєструватися в, так званій, лікарняній касі, та набути можливість отримання безоплатної медичної допомоги як будь-яка інша застрахована особа, як то звернутися за медичною допомогою до лікаря загальної практики, стоматолога або іншого медичного закладу, а також пройти вакцинацію від COVID-19, а також від інших інфекційних хвороб, вакцинація від яких є безоплатною й для інших осіб [10].

У Німеччині право на отримання медичної допомоги українськими переселенцями також залежить від факту набуття ними статусу особи, що потребує тимчасового притулку. Так, особи, які такий статус ще не отримали, але мають на це право, мають право й на медичну допомогу в рамках Закону про допомогу шукачам притулку. Це право також мають люди, які звертаються з проханням про надання притулку. Такі особи не є учасникамм медичного страхування, але отримують базове медичне обслуговування. Вирішення цього питання здійснюється органами соціального захисту, в яких можна отримати допомогу при гострій хворобі або болю. У той саме час, особи, які вже мають статус особи, що отримала тимчасовий притулок, мають доступ до обов'язкового медичного страхування. При цьому страхові внески за таких осіб сплачує центр зайнятості, і такі особи наділені правом обирати страхову компанію, в якій оформити медичну страховку. Важливо звернути увагу на той факт, що навіть за відсутності медичної страховки українці мають право на отримання медичної допомоги в екстреному випадку, зокрема, шляхом виклику швидкої допомоги. Крім того значна кількість благодійних організацій та лікарів надають безоплатну медичну допомогу українцям, тільки у Берліні налічується понад 500 таких медичних практик [11].

Аналогічна система доступу до медичного обслуговування для українців має місце й в Італії. Так, для отримання доступу до медичного обслуговування в установах Державної служби охорони здоров'я Італії після прибуття в Італію необхідно отримати код STP (Straniero temporaneamente presente – іноземець, який тимчасово перебуває на території Італії). Наявність коду STP дає право на термінове та базове медичне обслуговування (доступ до відділень невідкладної допомоги, вакцинації, направлення на клінічні обстеження, відвідування фахівців і отримання медикаментів). Код STP видається установами охорони здоров'я після надання персональних даних. Запит на посвідку на проживання для забезпечення тимчасового захисту гарантує медичне обслуговування на території країни, ідентичне тому, що надається громадянам Італії. Для доступу до медичного обслуговування необхідна реєстрація в установі ASL (Azienda Sanitaria Locale – Місцеві органи охорони здоров'я) за місцем проживання. Запит на посвідку на проживання передбачає закріплення за особою лікаря загальної практики та/або педіатра за власним вибором. Будь-який лікар загальної практики та педіатр веде амбулаторний прийом і зобов'язаний гарантувати безкоштовне проведення

загального медичного огляду відповідно до встановленого графіку. З метою отримання направлення на прийом до профільних спеціалістів, а також отримання рецептів на медичні препарати потрібно звертатися до лікаря загальної практики або педіатра [12].

У Польщі громадяни України, які прибули до Польщі після 24 лютого 2022 року через військову агресію Російської Федерації мають право на безкоштовне державне медичне обслуговування у Польщі на тих самих умовах, що й громадяни Польщі [13].

Аналогічна ситуація має місце й в Португалії: тимчасовий захист надає автоматичне присвоєння номера Національної служби охорони здоров'я (NSNS) та доступ до всіх основних медичних послуг, як це передбачено статтею 7 Постанови Ради Міністрів № 29-А/2022 від 2 березня 2022 року в поточній редакції, яка визначає, що: «Декларація, що підтверджує запит на тимчасовий захист, надсилається SEF до органів соціального захисту, податкової та митної служби та спільних служб Міністерства охорони здоров'я, EPE, з метою автоматичного присвоєння ідентифікаційного номера соціального страхування, ідентифікаційного номер податку та національного номер користувача відповідно» [14].

Висновки. В якості короткого висновку можна зазначити, що українці, які були змушені покинути державу через військову агресію Російської Федерації, мають право легалізуватися в країнах Європейського Союзу шляхом отримання тимчасового захисту, що передбачає в переважній більшості країн право на отримання медичної допомоги на рівні із громадянами таких держав. Наприклад, в таких країнах, як Німеччина, Австрія, Бельгія та інших українці набувають статус застрахованої особи в системі медичного страхування, страхові виплати в які здійснює держава.

ЛІТЕРАТУРА

1. How many Ukrainian refugees are there and where have they gone? BBC News. URL: https://www.bbc.com/news/world-60555472 (дата звернення: 03.07.2022).
2. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права: прийнятий 16 грудня 1966 року Генеральною Асамблеєю ООН та ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19 жовтня 1973 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042#Text (дата звернення: 03.07.2022).
3. Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок від 18 грудня 1979 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_207#Text (дата звернення: 03.07.2022).
4. Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації від 21 грудня 1965 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_105#Text (дата звернення: 03.07.2022).
5. Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text (дата звернення: 03.07.2022).
6. Конвенція про права осіб з інвалідністю від 13 грудня 2006 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_g71#Text (дата звернення: 03.07.2022).
7. Директива Ради про мінімальні стандарти для надання тимчасового захисту у разі масового напливу переміщених осіб та про заходи, що сприяють збалансованості зусиль між державами-членами щодо прийому таких осіб та відповідальності за наслідки такого прийому № 2001/55/ЄС від 20 липня 2001 року. URL: https://zakon.help/files/article/11903/Директива_Ради_ЄС_2001_55_ЄС.pdf (дата звернення: 03.07.2022).
8. Доступ до охорони здоров'я у ЄС. URL: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/stronger-europe-world/eu-solidarity-ukraine/eu-assistance-ukraine/information-people-fleeing-war-ukraine/fleeing-ukraine-healthcare_uk (дата звернення: 03.07.2022).
9. Ukrainische Flüchtlinge – Krankenversicherung. Österreichische Gesundheitskasse. URL: https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.884366&portal=oegkportal (дата звернення: 03.07.2022).
10. Medical Care Ukrainian Refugees. URL: https://info-ukraine.be/en/assistance-belgium/medical-care-ukrainian-refugees (дата звернення: 03.07.2022).
11. Wichtige Informationen zur Einreise und zum Aufenthalt für Menschen aus der Ukraine. URL: https://handbookgermany.de/de/ukraine-info?themen=medizinische-versorgung#lc-start (дата звернення: 03.07.2022).
12. Assistenza sanitaria Paesi extra UE. URL: https://www.salute.gov.it/portale/assistenzaSanitaria/dettaglioContenutiAssistenzaSanitaria.jsp?lingua=italiano&id=5849&area=Assistenza%20sanitaria&menu=vuoto (дата звернення: 03.07.2022).
13. Сайт Республіки Польща. URL: https://www.gov.pl/web/ua/derzhavna-medychna-dopomoha (дата звернення: 03.07.2022).
14. Portugal for Ukraine. URL: https://portugalforukraine.gov.pt/uk/поширені-запитання%EF%BF%BC/#a6 (дата звернення: 03.07.2022).

УДК 347.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/28

ЗМІСТ ТА ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ І РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В КОНТЕКСТІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

CONTENT AND FEATURES OF LEGAL REGULATION AND IMPLEMENTATION OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW IN THE CONTEXT OF CIVIL LEGAL RELATIONS

Косяченко К.Е., к. ю. н.,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

У статті на основі аналізу чинного законодавства, наявних наукових, публіцистичних та методичних джерел здійснено теоретичне та практичне усвідомлення правової природи інтелектуальної власності та юридичних засобів, що використовуються для її захисту.

В нинішніх умовах розвитку ринкових відносин та формування України як незалежної, правової та демократичної держави суттєву роль відіграє інститут захисту авторських, виняткових прав на результати інтелектуальної діяльності. Він сприяє створенню сприятливих умов для заняття творчою працею, дозволяючи авторам творів вільно та безперешкодно користуватися, розпоряджатися та отримувати доходи від створених ними результатів творчої діяльності.

Розглядаються сучасні концепції прав інтелектуальної власності українському та зарубіжному законодавстві, аналізуються концептуальні підходи до правового режиму охорони та захисту прав інтелектуальної власності, проблеми стимулювання розвитку сучасного законодавства у сфері інтелектуальної власності з погляду теорії суспільного надбання. Реалії сьогодення вимагають оновлення концептуальних підходів до правового режиму охорони та захисту прав інтелектуальної власності, і це значною мірою має відбитися у національному законодавстві та міжнародно-правових актах у сфері інтелектуальної власності.

Охарактеризовано процес формування інституту права інтелектуальної власності в Україні та вказано на низку проблем, що гальмують розвиток науково-технологічного потенціалу та стримують становлення нової інноваційної моделі національної економіки. Запропоновано шляхи розв'язання проблем, що гальмують розвиток інституту права інтелектуальної власності в Україні. З'ясовано особливості правового регулювання та реалізації права інтелектуальної власності через призму цивільно-правових відносин.

Право інтелектуальної власності запропоновано розглядати як особливу підгалузь українського цивільного права, зокрема – систему правових норм щодо особистих і майнових прав на всі ті результати інтелектуальної діяльності та прирівняні до них об'єкти, що визнаються та охороняються законом.

Ключові слова: інтелектуальна власність, правове регулювання, право інтелектуальної власності, цивільно-правові відносини, авторське право, інтелектуальна діяльність, патентне право.

The article, based on the analysis of current legislation, available scientific, journalistic and methodological sources, provides theoretical and practical understanding of the legal nature of intellectual property and legal remedies used to protect it.

In the current conditions of development of market relations and formation of Ukraine as an independent, legal and democratic state, the institute of protection of copyright, exclusive rights to the results of intellectual activity plays a significant role. It helps to create favorable conditions for creative work, allowing authors to freely and freely use, dispose of and receive income from the results of their creative activities.

Modern concepts of intellectual property rights to Ukrainian and foreign legislation are considered, conceptual approaches to the legal regime of protection and protection of intellectual property rights, problems of stimulating the development of modern legislation in the field of intellectual property in terms of public property theory are analyzed. The realities of today call for a renewal of conceptual approaches to the legal regime of protection and enforcement of intellectual property rights, and this should be largely reflected in national legislation and international legal acts in the field of intellectual property.

The process of formation of the institute of intellectual property law in Ukraine is described and a number of problems are hindered, which hinder the development of scientific and technological potential and hinder the formation of a new innovative model of the national economy. Ways to solve problems that hinder the development of the institution of intellectual property law in Ukraine are proposed.

The peculiarities of legal regulation and realization of intellectual property rights through the prism of civil law relations are clarified.

It is proposed to consider the right of intellectual property as a special branch of Ukrainian civil law, in particular – the system of legal norms on personal and property rights to all those results of intellectual activity and equivalent objects recognized and protected by law.

Key words: intellectual property, legal regulation, intellectual property law, civil law relations, copyright, intellectual activity, patent law.

Сучасні потреби світу, глобальні політичні та соціальні процеси справляють визначальний вплив на формування тенденцій розвитку правових систем та окремих правових інститутів. Сфера інтелектуальної власності, захисту інтелектуальних прав на результати інтелектуальної діяльності та засобів індивідуалізації товарів, робіт і послуг не залишилася осторонь глобальних процесів. Основна тенденція правової охорони інтелектуальної власності спрямована на її посилення, максимальне залучення юридичного інструментарію, що використовується для захисту майнових прав на нематеріальні об'єкти.

На сьогоднішній день інститут права інтелектуальної власності набув широкого поширення, отримавши своє закріплення як на рівні міжнародного, так і внутрішньодержавного права. Попри законодавче визнання цього інституту та закріплення його в Конституції України, й досі проблеми інтелектуальної власності залишаються дискусійними, насамперед питання захисту права інтелектуальної власності у зв'язку із специфікою відносин, що виникають у цій сфері. Незважаючи на те, що держава і вживає усіх необхідних заходів щодо захисту інтелектуальної власності, рівень порушень, що мають місце у цій сфері, залишається доволі високим, та більшою мірою носить латентний характер. За цих обставин необхідним здається теоретичне та практичне усвідомлення правової природи інтелектуальної власності та юридичних засобів, що використовуються для її захисту.

Авторське право за своєю суттю нерозривно пов'язане з поняттям власності та, відповідно, із захистом цієї власності. Існує думка, що перші уявлення про авторське право з'явилися в Стародавній Греції та Римі. Так, тексти трагедій, що виконуються на сцені, підлягали збереженню для того, щоб була можливість простежити збереження авторського задуму у творі. Вже на той час плагіат розглядався як провина.

Вперше поняття «інтелектуальна власність» було використано в Конвенції про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності, прийнятої 14 липня 1967 р. у Стокгольмі [1]. У затвердженій раніше Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів

(9 вересня 1886 р.) вживався також термін «результати інтелектуальної діяльності» у виробничій, науковій, літературній і художній сферах [2].

На думку переважної більшості дослідників, інститут інтелектуальної власності глибоко пов'язаний із концепцією права власності, яка робить можливим використання економіко-правового підходу в сучасній теорії інтелектуальної власності. У межах цього підходу права інтелектуальної власності трактуються як норми, які регулюють і закріплюють (у визначених законом випадках) за фізичними та юридичними особами майнові й особисті немайнові права на результати інтелектуальної діяльності. Водночас стверджується, що саме через правову форму інтелектуальні продукти залучаються у процес економічного кругообігу і трансформуються в економічні блага (ресурси, джерела доходів, капітал).

На думку відомого українського вченого А. А. Чухна, «інтелектуальна власність – це особлива форма власності, бо вона створюється не звичайною, а творчою, інтелектуальною працею…, це ідеальні творіння, які базуються на матеріальних носіях» [3, с. 311]. «Особливість відносин інтелектуальної власності, – зазначає дослідник, – полягає в тому, що вони складаються з результатів інтелектуальної праці, тобто є наслідком творчої діяльності людини. Саме елементи творчості як складові інтелектуальної праці визначають індивідуальний характер її продуктів і становлять якісний критерій відмінності інтелектуальної праці. Адже інтелектуальна праця за своїм характером є суто індивідуальною працею, втіленням індивідуальних особливостей людини, її здібностей і таланту» [3, с. 316].

Термін «інтелектуальна власність» змінив дефініцію «духовна власність» і був запроваджений для задоволення, насамперед, економічних потреб. Вживання цього поняття правомірне, якщо поставитися до нього як до умовної категорії, що має економічний зміст, предметом правового регулювання якого є дії щодо створення та використання нематеріальних об'єктів – нових знань, які одержують юридичну оболонку охороно здатності.

У ширшому розумінні інтелектуальна власність означає: «закріплені законом права, які є результатом інтелектуальної діяльності людини в промисловій, науковій, літературній і художній сферах» [4]. Обсяг зазначених прав (виключних або невиключних) визначає сферу і час використання об'єкта творчості, що отримав від держави охоронний документ (патент, свідоцтво). Для контролю господарського обігу результатів творчості застосовують територіальні юридичні норми, що закріплюються національним і міжнародним законодавством за видами правового регулювання.

Наразі виокремлюються два основні види правового регулювання відносин, пов'язаних з об'єктами інтелектуальної власності: авторське право та право промислової власності (або патентне право). Обидва види ґрунтуються на результатах розумової праці, вони регулюють різні правовідносини. Коло об'єктів їхньої охорони близьке, але не тотожне. Авторське право регулює відносини, що виникають у зв'язку з використанням творів літератури, мистецтва та науки, зокрема, комп'ютерних програм і баз даних. Охорона (видання свідоцтва) поширюється на певні види й форми інформації. Правове регулювання авторських прав передбачає наявність механізму підтримки особистих немайнових прав автора – права на ім'я, не перекручування тексту та механізму підтримки його майнових прав, тобто права на виключне використання об'єкта інтелектуальної власності, що дозволяє юридично вводити в господарський обіг результат творчості.

Варто зазначити, що наявність автора, творця інтелектуального продукту істотно ускладнює трактування відносин власності. Останні набувають подвійної природи, виступаючи:

1) як майнові права (права творця на результат інтелектуальної творчої діяльності), які забезпечують їхньому власнику виняткову можливість розпоряджатися інтелектуальним продуктом на свій розсуд, здійснювати економічне привласнення результатів розумової творчої праці;

2) як особисті немайнові (моральні, духовні) права (права авторства), які не можуть відчужуватися від власника за своєю природою, забезпечуючи духовне привласнення результатів інтелектуальної творчості.

Таким чином, майнові права визначають права власника на економічну складову об'єкта інтелектуальної власності, а особисті немайнові права – на творчу складову інтелектуальної власності.

Крім вищесказаного, необхідну увагу слід приділити захисту прав інтелектуальної власності. Захист авторських і суміжних прав і охоронюваних законом інтересів здійснюється у передбаченому законом порядку, тобто за допомогою застосування належної форми, засобів та способів захисту. Базою захисту виняткових прав як громадянських прав є методи приватного права. Використання методів публічного права – кримінального чи адміністративного – є додатковим. Спроба їхнього конструювання як самостійних обумовлена особливими інтересами. Захист методами цивільного права спрямовано, перш за все, на відновлення порушеного права або на компенсацію, що дозволяє зробити таке відновлення, тоді як боротьба з порушеннями методами публічного права здебільшого спрямована на профілактику та запобігання порушенням у майбутньому.

Право на захист порушених прав втрачається, якщо власники авторських прав придбали їх з порушенням встановленого законом порядку або здійснюють їх виключно з наміром заподіяти шкоду іншій особі або допускають зловживання ними в іншій формі. Так, наприклад, суд може відмовити у захисті авторських прав тим із співавторів чи спадкоємців, які не дають своєї згоди на перевидання твору, керуючись при цьому виключно бажанням заподіяти шкоду іншим співавторам чи спадкоємцям.

На сьогодні розрізняють дві основні форми захисту – юрисдикційну та неюрисдикційну. Юрисдикційною формою захисту є діяльність уповноважених державою органів із захисту порушених чи оспорюваних суб'єктивних авторських та суміжних прав. Суть її виявляється у тому, що особа, права та законні інтереси якої порушені неправомірними діями, звертається за захистом до державних чи інших компетентних органів, наприклад, до суду, до третейського суду, до вищого органу тощо, які уповноважені прийняти необхідні заходи для відновлення порушеного права та припинення правопорушення.

Неюрисдикційна форма захисту охоплює собою дії громадян та організацій із захисту авторських та суміжних прав та охоронюваних законом інтересів, що здійснюються ними самостійно, без звернення за допомогою до державних чи інших компетентних органів. У даній області спектр неюрисдикційних заходів захисту досить вузький і, по суті, зводиться до можливості відмови вчиняти певні дії на користь несправного контрагента: наприклад, автор має право відмовитися від внесення до твору змін та доповнень, не передбачених авторським договором, або від виконання договору в цілому у разі його недійсності.

На нашу думку, найбільшу практичну значущість та ефективність серед названих форм захисту має цивільно-правовий захист авторських прав, що реалізується в рамках юрисдикційної форми. Вона забезпечується застосуванням передбачених законом засобів захисту. Велика роль у регулюванні питань захисту авторських прав має приділятися правоохоронним органам. У багатьох країнах світу, в органах поліції та прокуратури існують спеціальні відділи, які займаються лише питаннями охорони інтелектуальної власності, що дозволяє більш ефективно захищати порушені права громадян у сфері.

Нині Україна залишається серед світових лідерів за такими напрямами фундаментальної науки, як: фізика, математика, інформатика, хімія, фізіологія, медицина; має піонерні напрацювання та прикладні розробки у сфері лазерної, кріогенної, аерокосмічної техніки, засобів зв'язку і телекомунікацій, програмних продуктів; входить у вісімку держав, які мають необхідний науково-технічний потенціал для створення авіакосмічної техніки, та у десятку найбільших суднобудівних країн світу. Проте, на відміну від розвинених країн, в яких 85–90 % зростання ВВП забезпечуються за рахунок виробництва та експорту наукомісткої продукції, частка України на ринку високотехнологічної продукції, ємність якого оцінюється в обсязі 2,5–3 трлн дол. США, становить приблизно 0,05–0,1 % [5].

Слід відзначити, що в результаті панування ідеї «всесвітнього наукового простору без кордонів», несприйняття нацією об'єктів інтелектуальної власності як товару, який має вартість і повинен бути зарахований на баланс як нематеріальні активи, відсутність належних знань та інформації про порядок захисту інтелектуальної власності за межами України, відсутність у держави коштів на патентування та здійснення реєстраційних процедур за кордоном, а також законодавча неврегульованість питань передачі вітчизняних технологій, на які витрачені бюджетні кошти (зокрема, у випадку виїзду українських науковців на роботу за кордон), створюються передумови для передачі за безцінь цінних об'єктів інтелектуальної власності, що має бути захищеною законом, у противагу цивілізованим економічно вигідним умовам укладання договорів про надання прав на користування об'єктами інтелектуальної власності за кордоном, а також ефективному впровадженню результатів наукової діяльності на внутрішньому ринку. За рівнем інтенсивності експорту високотехнологічної продукції Україна майже вдесятеро відстає від середньосвітового показника.

Потрібно зазначити, що в Україні вже зроблено важливі кроки на шляху формування та розвитку інституту інтелектуальної власності, створення відповідного законодавчого поля, гармонізованого з міжнародними вимогами. У ст. 41 Конституції України проголошується право кожного громадянина «володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності» [6]. Фіксація права інтелектуальної власності в Конституції України означає, що держава бере на себе зобов'язання забезпечити своїм громадянам ефективний захист цього права, підтримку та охорону будь-яких видів творчої інтелектуальної діяльності. В Україні створено відповідне законодавче середовище, достатньою мірою гармонізоване з міжнародними вимогами. Чинне законодавство України включає значний перелік нормативних актів у сфері інтелектуальної власності (Господарський кодекс України, Цивільний кодекс України, Закони України «Про інноваційну діяльність», «Про авторське право і суміжні права», «Про доступ до публічної інформації», «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні», «Про видавничу справу» та ін.).

Водночас, процес формування інституту інтелектуальної власності в Україні пов'язаний з низкою проблем, що позначається на розвитку науково-технологічного потенціалу та стримує становлення нової інноваційної моделі національної економіки, серед яких: проблеми регулювання відносин, що виникають між суб'єктами інноваційної діяльності при створенні об'єктів інтелектуальної власності в частині специфікації прав власності на результати науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт, що фінансуються за рахунок державного бюджету або через державні заклади; забезпечення патентної чистоти продуктів інноваційної діяльності; колективного управління авторським і суміжними правами; придбання й оплати майнових прав на використання об'єктів інтелектуальної власності, комерційного використання інтелектуальної власності як нематеріальних активів; нерозвиненості інститутів, що забезпечують комерціалізацію об'єктів інтелектуальної власності; передачі на комерційних засадах прав на об'єкти інтелектуальної власності; розвитку франчайзингу, трансферу технологій за кордон, налагодження системи інноваційного аудиту; формування життєздатного та ефективного інноваційного ринку, венчурного капіталу, сучасних форм кооперації інноваційного бізнесу (технополісів, технопарків); удосконалення механізму оцінки і передачі прав на об'єкти інтелектуальної власності тощо.

Розв'язання означених проблем вбачається за рахунок:

– подальшої трансформації вітчизняного законодавства у сфері інтелектуальної власності з урахуванням кращого світового досвіду, його гармонізації з міжнародними нормами та стандартами;

– удосконалення національної системи охорони та захисту прав інтелектуальної власності з урахуванням міжнародно-визнаних норм і принципів упровадження дієвого механізму реалізації цих норм та запобігання несанкціонованому використанню об'єктів інтелектуальної власності;

– створення необхідних передумов для функціонування цивілізованого ринку об'єктів права інтелектуальної власності, впровадження ефективного механізму комерціалізації інтелектуальної власності та новітніх форм її використання (франчайзингу, передачі під заставу, опціонних угод, лізингових і рейтингових договорів), нормативного забезпечення оцінки вартості нематеріальних активів;

– стимулювання створення та швидкого введення до господарського обігу нових об'єктів права інтелектуальної власності, комерціалізація запатентованих науково-технічних досягнень; державна підтримка винахідництва, новаторства та творчої інтелектуальної праці;

– інформаційного забезпечення діяльності у сфері інтелектуальної власності, розвитку патентно-інформаційної бази, комплектування фондів національної патентної документації в регіонах, підключення до глобальної інформаційної мережі WIPOnet згідно з довгостроковою програмою ВОІВ, створення національної системи підготовки та перепідготовки фахівців у сфері інтелектуальної власності;

– активізації процесів створення недержавних організацій з питань охорони прав інтелектуальної власності, сприяння громадським ініціативам правовласників, зацікавлених в охороні та захисті своїх прав, формування у населення правової культури, поваги до прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Таким чином, поняття «право інтелектуальної власності» та складові його правомочності щодо володіння, користування та розпорядження в сукупності з усією нормативною базою, що забезпечує їх застосування в економічній діяльності, являють собою інститути, якими власність як цивільно-правова категорія реалізується у реальній господарській практиці, створюючи стимули та правила господарської поведінки.

Право інтелектуальної власності слід розглядати як окрему підгалузь українського цивільного права, зокрема – систему правових норм щодо особистих і майнових прав на всі ті результати інтелектуальної діяльності та прирівняні до них об'єкти, що визнаються та охороняються законом. Об'єктивізація результатів творчої діяльності та залучення їх до цивільного обігу не свідчить про повне ототожнення результатів творчої діяльності та речей, оскільки це було б штучним і не мало наукової цінності. В силу особливих, якісних властивостей результатів творчої діяльності правові норми, що регулюють ці відносини, утворюють інститути, формуючи підгалузь

цивільного права. Проте сутнісна близькість інтелектуальної власності та речової власності є безперечною. Тому родова єдність суспільних відносин у сфері інтелектуальної власності є системоутворюючим фактором, що дозволяє визнати право інтелектуальної власності як підгалузь цивільного права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про заснування Всесвітньої організації інтелектуальної власності. Підписана у Стокгольмі 14 липня 1967 року та змінена 2 жовтня 1979 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_169#Text
2. Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів. Паризький Акт від 24 липня 1971 року змінений 2 жовтня 1979 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051#Text
3. Чухно А. А. Постіндустріальна економіка: теорія, практика та їх значення для України. Київ : «Логос», 2003. 632 с.
4. Основи інтелектуальної власності. Київ : Вид. Дім «Ін Юре». 1999. 578 с.
5. Базилевич В. Д. Інтелектуальна власність: креативи метафізичного пошуку : монографія В. Д. Базилевич, В. В. Ільїн; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ : Знання. 2008. 687 с.
6. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР, зі змінами та доповненнями. URL: http://zakon.rada.gov.ua

УДК 347.19
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/29

ВИЗНАННЯ НЕЗАКОННИМИ РІШЕННЯ, ДІЙ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНУ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ, ОРГАНУ ВЛАДИ АВТОНОМНОЇ РЕСПУБЛІКИ КРИМ АБО ОРГАНУ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЯК СПОСІБ ЗАХИСТУ ПРАВ УЧАСНИКА ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

RECOGNITION OF DECISIONS, ACTIONS OR INACTIONS OF THE STATE AUTHORITY, AUTHORITY OF THE AUTONOMOUS REPUBLIC OF CRIMEA OR LOCAL GOVERNMENT AUTHORITY AS ILLEGAL AS A METHOD OF PROTECTING THE RIGHTS OF THE PARTICIPANT IN CONTRACTUAL OBLIGATIONS

Мартинюк Ю.В., аспірант кафедри цивільного права і процесу
Західноукраїнський національний університет

Статтю присвячено недостатньо дослідженому, однак застосовуваному на практиці, закріпленому у п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України способу захисту прав. Встановлено, що шляхом застосування цього способу захисту визнанню незаконними підлягають і правовий акт індивідуальної дії, і нормативно-правовий акт як результати нормотворчої діяльності суб'єктів владних повноважень, прийнятих у межах їх компетенції або поза такими межами. Правовими підставами для застосування учасниками договірних правовідносин цього способу захисту є сукупність двох обставин – невідповідності змісту правових актів суб'єктів владних повноважень положенням актів цивільного законодавства та порушення цивільних прав або інтересів. Запропоновано з метою забезпечення термінологічної уніфікації чинного цивільного законодавства та з урахуванням необхідності формування однакової судової практики у цій категорії справ зміну формулювання п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України шляхом закріплення розуміння протиправності акту суб'єкта владних повноважень як невідповідності його і закону, і правовому акту вищої юридичної сили.

У статті здійснено вибірковий аналіз матеріалів судової практики у справах про застосування визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб для захисту прав у договірних зобов'язаннях. Зроблено висновок, що у переважній більшості видання суб'єктами владних повноважень протиправних адміністративних актів має своїм результатом не лише безпосередньо порушення прав та інтересів учасників договірних правовідносин, а й спричинення негативних наслідків такого порушення. Саме тому абсолютна більшість позовних вимог у цій категорії справ характеризується застосуванням не лише способу захисту, передбаченого п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України, а інших способів захисту, зокрема, відновлювального характеру, спрямованих на ліквідацію заподіяної шкоди та відновлення становища, яке існувало до порушення договірних прав.

Ключові слова: спосіб захисту, договір, правові наслідки, визнання незаконними, скасування індивідуального акта, суб'єкт владних повноважень, адміністративний акт.

The article is devoted to the method of protection of rights enshrined in Clause 10, Part 2 of Art. 16 of the Civil Code of Ukraine, which is insufficiently researched, but applied in practice. It has been established that by applying this method of protection, both a legal act of individual action and a normative-legal act as the results of the rule-making activity of subjects of power, adopted within the limits of their competence or outside such limits, are subject to recognition as illegal. The legal grounds for the use of this method of protection by participants in contractual legal relations are a combination of two circumstances – inconsistency of the content of legal acts of subjects of authority with the provisions of acts of civil legislation and violation of civil rights or interests. With the aim of ensuring the terminological unification of the current civil legislation and taking into account the need for the formation of uniform judicial practice in this category of cases, it is proposed to change the wording of Clause 10, Part 2 of Art. 16 of the Civil Code of Ukraine by establishing the understanding of the illegality of the act of the subject of authority as its non-compliance with the law and the legal act of a higher legal force.

The article provides a selective analysis of judicial practice materials in cases regarding the application of illegal decisions, actions or inactions of the state authority, the authority of the Autonomous Republic of Crimea or the local self-government body, their officials and employees for the protection of rights in contractual obligations. It was concluded that in the vast majority of cases, the issuance of illegal administrative acts by the subjects of power has as a result not only a direct violation of the rights and interests of the participants in the contractual relationship, but also the negative consequences of such a violation. That is why the absolute majority of claims in this category of cases are characterized by the use of not only the method of protection provided for in Clause 10 Part 2 of Article 16 of the Civil Code of Ukraine, and other methods of protection, in particular, of a restorative nature, aimed at eliminating the damage caused and restoring the situation that existed before the violation of contractual rights.

Key words: method of protection, contract, legal consequences, recognition as illegal, cancellation of an individual act, subject of authority, administrative act.

Недостатньо дослідженим, однак поширеним на практиці способом захисту прав, що виникають з договірних зобов'язань, є визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, закріплений у п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України. Його правова природа отримує деталізацію у ст. 21 ЦК України, згідно з якою суд визнає незаконним та скасовує правовий акт індивідуальної дії, виданий органом державної влади, органом влади Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування, якщо він суперечить актам цивільного законодавства і порушує цивільні права або інтереси. Частина 2 вказаної статті визначає, що суд визнає незаконним та скасовує нормативно-правовий акт органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, якщо він суперечить актам цивільного законодавства і порушує цивільні права або інтереси.

З аналізу положень ст. 21 ЦК України вбачається, що, по-перше, шляхом застосування досліджуваного способу захисту визнанню незаконними підлягають і правовий акт індивідуальної дії, і нормативно-правовий акт як результати нормотворчої діяльності суб'єктів владних повноважень, прийнятих у межах їх компетенції або поза такими межами; по-друге, правовими підставами для можливості застосування учасниками договірних правовідносин цього способу захисту є сукупність двох обставин – невідповідності змісту правових актів суб'єктів владних повноважень положенням актів цивільного законодавства

та порушення цивільних прав або інтересів. Разом із тим зі змісту ст. 21 ЦК України не цілком зрозумілою є специфіка правових наслідків визнання актів державної влади незаконними.

Як зазначається в матеріалах узагальнень судової практики, зокрема, в листі Верховного Суду України «Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України», такий спосіб захисту цивільних прав характеризується чітко визначеним суб'єктом – заподіювачем шкоди, якими є відповідні державні органи чи їхні посадові і службові особи. Підставою для подання такого позову є прийняття незаконних рішень, незаконні дії чи бездіяльність зазначених органів, що призвели до заподіяння шкоди особі. Також відповідно до ст. 1173–1175 ЦК така шкода відшкодовується незалежно від вини цих органів (осіб). У таких справах суд, по-перше, встановлює невідповідність рішення, дії чи бездіяльності органу державної влади, органу влади АРК або органу місцевого самоврядування вимогам закону чи іншим правовим актам, наприклад, рішення прийняте органом, який не мав на це законних повноважень; по-друге, суд встановлює, чи порушуються суб'єктивні цивільні права й охоронювані законом інтереси фізичної або юридичної особи цим рішенням, дією чи бездіяльністю [1]. Як вбачається, і тут не знаходимо відповіді щодо правових наслідків застосування способу захисту прав, передбаченого п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України.

А. М. Мірошниченко, досліджуючи специфіку правових наслідків незаконних адміністративних актів, також актуалізує проблему відсутності чіткої позиції вітчизняного законодавця щодо наслідків визнання актів суб'єктів владних повноважень недійсними. Так, на думку вченого, проблема визначення правових наслідків незаконних адміністративних актів істотно поглиблюється невдалою побудовою в законодавстві України механізмів, спрямованих на позбавлення незаконних актів юридичної сили. Зокрема, в більшості випадків незрозуміло, втрачає акт юридичну силу з моменту прийняття або ж на майбутнє, чи то, взагалі, йдеться про просту констатацію незаконності (і нечинності) акта [2]. Крім того, необхідно зазначити й про відсутність термінологічної узгодженості у питанні застосування способу захисту, передбаченого п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України. Так, у вказаній статті законодавець уживає термін «визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності», при чому аналогічний підхід збережений і в ст. 21 ЦК України. Водночас у ч. 2 ст. 1173 ЦК України, яка присвячена відшкодуванню шкоди, завданої органом державної влади, органом влади Автономної Республіки Крим або органом місцевого самоврядування, застосовується термін «протиправні (незаконні) індивідуальні акти Національного банку України, Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, Міністерства фінансів України…». Про протиправність актів суб'єктів владних повноважень йдеться у положеннях Кодексу адміністративного судочинства України, ст. 5 якого зазначає, що кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до адміністративного суду, якщо вважає, що рішенням, дією чи бездіяльністю суб'єкта владних повноважень порушені її права, свободи або законні інтереси, і просити про їх захист шляхом: 1) визнання протиправним та нечинним нормативно-правового акта чи окремих його положень; 2) визнання протиправним та скасування індивідуального акта чи окремих його положень; 3) визнання дій суб'єкта владних повноважень протиправними та зобов'язання утриматися від вчинення певних дій; 4) визнання бездіяльності суб'єкта владних повноважень протиправною та зобов'язання вчинити певні дії [3]. Поряд із цим вживається також термін «визнання незаконним», зокрема, у ч. 1 ст. 72, ч. 3 ст. 77, ч. 5 ст. 246 КАС України та ін. Такий стан справ, безумовно, не сприяє термінологічній уніфікації вітчизняного законодавства, а також призводить до використання судовими органами у їх рішеннях за результатами розгляду справ цілої плеяди термінів, серед яких визнання актів незаконними, неправомірними, протиправними тощо.

Крім того, ні ЦК України, ні жоден інший вітчизняний кодифікований акт не пропонує визначення поняття «протиправний акт суб'єкта владних повноважень», проте зі змісту ч. 9 ст. 264 КАС України, відповідно до якої суд може визнати нормативно-правовий акт протиправним (незаконним чи таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили) та нечинним повністю або в окремій його частині, робимо висновок, що протиправним є нормативно-правовий акт, який суперечить як вимогам закону, так і вимогам підзаконних нормативно-правових актів. На жаль, щодо деталізації протиправності індивідуального правового акту норми відсутні, однак, на нашу думку, зазначене вище за аналогією може бути застосоване до цього різновиду адміністративних актів. З цього цілком очевидним є більш широкий характер поняття протиправності акту у порівнянні із його незаконністю, яка своєю чергою є лише різновидом протиправності. Отже, учасник договірних правовідносин, чиї права порушено протиправними діяннями суб'єктів владних повноважень, може звернутися до суду із вимогою про визнання їх незаконними, тобто такими, що суперечать нормам законів, або такими, що не відповідають правовому акту вищої юридичної сили, у тому числі й положенням підзаконних нормативно-правових актів.

Натомість п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України надає можливість носію порушеного договірного права звернутися до суду виключно з мотивів незаконності акту суб'єкта владних повноважень, з чого робимо висновок про те, що, керуючись буквальним тлумаченням словосполучення «визнання незаконним» на основі змісту ч. 9 ст. 264 КАС України, теоретично учасник договірного правовідношення може звернутися до суду з вимогою про захист свого договірного права з мотивів невідповідності акту суб'єкта владних повноважень виключно положенням закону, а не нормативно-правового акту. У практичній же площині в процесі звернення до суду з вимогами про застосування досліджуваного способу захисту позивачі просять суд визнати акт суб'єкта владних повноважень незаконним з мотивів його невідповідності положенням підзаконних нормативно-правових актів, що в цілому суперечить змісту слова «незаконний». Прикладом цього є справа № 926/161/21, що розглядалася Господарським судом Чернівецької області, в якій позивач – Дочірнє підприємство «Молодий буковинець Преса» – звернувся до суду з позовом до Чернівецької міської ради, в якому просив визнати незаконним та скасувати пункт 13.13 рішення 66 сесії VII скликання Чернівецької міської ради від 22.12.2018 р. № 1588 з мотивів його невідповідності розпорядженню Кабінету Міністрів України від 23.09.2009 р. № 1140-р «Про нормативи мінімального забезпечення сіл, селищ та міст кіосками з продажу друкованих засобів масової інформації (преси)» [4]. З цього очевидною є хибність формулювання вимоги про визнання рішення незаконним та необхідність її вираження як визнання рішення таким, що не відповідає правовому акту вищої юридичної сили, проте з огляду на поточну конструкцію п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України це не видається дивним. Тому з метою забезпечення термінологічної уніфікації чинного цивільного законодавства та з урахуванням необхідності формування однакової судової практики у цій категорії справ вважаємо за доцільне запропонувати зміну формулювання п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України шляхом заміни слова «незаконним» словом «протиправним» і викласти її в такій редакції:

«Стаття 16. Захист цивільних прав та інтересів судом

...

2. Способами захисту цивільних прав та інтересів можуть бути:

...

10) визнання ***протиправними*** *рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб».*

На нашу думку, таке формулювання, по-перше, буде гармоніювати із законодавчо закріпленим розумінням протиправності акту суб'єкта владних повноважень як невідповідності його і закону, і правовому акту вищої юридичної сили; по-друге, забезпечить юридично правильне застосування способу захисту, передбаченого п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України у процесі оскарження носіями цивільних, у тому числі договірних, прав адміністративних актів як з мотивів їх незаконності, так і з мотивів їх невідповідності нормам підзаконних нормативно-правових актів.

Вбачається, що основною метою застосування визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб у процесі захисту прав, що випливають із договірних зобов'язань, є встановлення судом сукупності двох ключових фактів: факту невідповідності змісту адміністративного акту, що впорядковує договірні правовідносини, положенням чинного законодавства, і факту порушення цим суб'єктивних прав їх учасників. З теоретичної точки зору зазначений спосіб захисту може застосовуватися самостійно, однак видається, що це буде доцільно та ефективно тільки у випадку, якщо учасник договірних правовідносин зацікавлений виключно у констатації факту незаконності адміністративного акту. Однак, як слушно зауважує А. С. Волков, «звичайна констатація факту протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень не може вважатися способом захисту права особи, адже з констатацією такого факту не пов'язуються жодні правові наслідки оспорюваного рішення» [5].

Щодо правових наслідків застосування визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, то вони не визначені у межах цивільного законодавства, однак знаходять своє закріплення у положеннях КАС України, зокрема, у ч. 1–2 ст. 265, згідно з якими резолютивна частина рішення суду про визнання нормативно-правового акта протиправним та нечинним невідкладно публікується відповідачем у виданні, в якому його було офіційно оприлюднено, після набрання рішенням законної сили. Нормативно-правовий акт втрачає чинність повністю або в окремій його частині з моменту набрання законної сили відповідним рішенням суду.

Щодо правових наслідків визнання незаконним правового акту індивідуального характеру зазначимо, що спеціальної норми, яка б передбачала їх правову природу, у законодавстві не передбачено, проте знаходимо положення п. 2 ч. 2 ст. 245 КАС України, де йдеться про те, що у разі задоволення позову суд може прийняти рішення про визнання протиправним та скасування індивідуального акту чи окремих його положень.

Отже, при визнанні протиправним закону у процесі захисту суб'єктивних договірних прав правовими наслідками буде втрата ним чинності, у той час, як при визнанні протиправним індивідуального правового акту наслідком буде його скасування. На нашу думку, і в першому, і в другому випадках визнання адміністративного акту протиправним вказуватиме на неможливість породження ними жодних правових наслідків, проте з огляду на загальний характер нормативно-правового акту визнання його нечинним означатиме неможливість його застосування для впорядкування усіх договірних правовідносин, що існують на момент визнання його протиправним, і виникнуть у майбутньому, а визнання правового акту індивідуальної дії у свою чергу неминуче призведе до його скасування і неможливості його застосування для регулювання договірних правовідносин, що власне і стало підставою для його видання.

Разом із тим вибірковий аналіз матеріалів судової практики у справах про застосування визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб для захисту прав у договірних зобов'язаннях свідчить про те, що у переважній більшості видання суб'єктами владних повноважень протиправних адміністративних актів має своїм результатом не лише безпосередньо порушення прав та інтересів учасників договірних правовідносин, а й спричинення негативних наслідків такого порушення. Саме тому абсолютна більшість позовних вимог у цій категорії справ характеризується застосуванням не лише способу захисту, передбаченого п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України, а інших способів захисту, зокрема, відновлювального характеру, спрямованих на ліквідацію заподіяної шкоди та відновлення становища, яке існувало до порушення договірних прав. Прикладом цього може стати справа № 755/10344/18, що розглядалася Дніпровським районним судом м. Києва. ОСОБА_1 звернувся до суду з позовом у якому просив визнати незаконною вимогу заступника начальника ВПВР УДВС ГТУЮ у Київській області ОСОБА_4 щодо зняття майна з реалізації, визнати незаконними дії ДП «СЕТАМ» по припиненню торгів з реалізації транспортного засобу та зобов'язати ДП «СЕТАМ» відновити становище, що існувало до порушення, шляхом зобов'язання ДП «СЕТАМ» виконати вимоги, передбачені розділом VIII Порядку реалізації арештованого майна, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 29.09.2016 р. № 2831/5, щодо оформлення результатів електронних торгів, які відбулися 13.06.2018 року, відповідно протоколу проведення електронних торгів № 338577. У результаті розгляду справи судом встановлено, що 13.06.2018 року ОСОБА_1 приймав участь у електронних торгах з реалізації транспортного засобу. Переможцем торгів визнано учасника за № 62 ОСОБА_1, який запропонував ціну за майно у розмірі 50 640,00 грн. Відповідно п. 1 розділу X Порядку реалізації арештованого майна, на підставі копії протоколу переможець електронних торгів протягом десяти банківських днів з дня визначення його переможцем здійснює розрахунки за придбане на електронних торгах майно. 15 червня 2018 року на електронну адресу ОСОБА_1 надійшов електронний лист зі змісту якого убачається, що торги з реалізації автомобіля було припинено. На запити позивача ДП «СЕТАМ» надавало відповіді у яких зазначено, що електронні торги з реалізації транспортного засобу 15.06.2018 року було припинено у зв'язку із надходженням вимоги державного виконавця від 14.06.2018 року. Разом із тим судом встановлено, що спірне майно було зняте з реалізації згідно вимоги виконавця та з підстав, які не включені у законодавчо встановлений перелік. На основі вивчення доказів суд дійшов висновку, що позовні вимоги знайшли своє підтвердження в судовому засіданні, у зв'язку з чим підлягають задоволенню [6].

Ще одним прикладом одночасного застосування способу захисту, передбаченого п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України, та інших способів захисту є справа № 161/18823/14-ц, що розглядалася Касаційним цивільним судом у складі Верховного Суду. У листопаді 2014 року ОСОБА_1 звернувся до суду із позовом до приватного нотаріуса Луць-

кого міського нотаріального округу ОСОБА_7, Приватного акціонерного товариства «Страхова компанія «ПЗУ Україна» про визнання дій незаконними, відшкодування майнової шкоди, стягнення страхового відшкодування. Позов обґрунтований тим, що 12 жовтня 2010 року приватний нотаріус ОСОБА_7, усупереч статті 43 Закону України «Про нотаріат» та пунктам 13, 15 Інструкції про порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 03 березня 2004 року № 20/5, посвідчила заяву про згоду подружжя на укладення договорів купівлі-продажу житлового будинку та земельної ділянки, розташованих на АДРЕСА_1. На підставі цієї згоди між ОСОБА_3 та ОСОБА_4 12 жовтня 2010 року укладено договір купівлі-продажу житлового будинку, посвідчений приватним нотаріусом Луцького міського нотаріального округу Волинської області ОСОБА_7, відповідно до умов якого ОСОБА_4 придбала у ОСОБА_3 житловий будинок АДРЕСА_1. 17 червня 2011 року на підставі договору купівлі-продажу, посвідченого приватним нотаріусом Луцького міського нотаріального округу Волинської області Веремчуком С. В., ОСОБА_1 придбав зазначений житловий будинок у ОСОБА_4. У зв'язку з незаконним посвідченням нотаріусом заяви про згоду подружжя рішенням Луцького міськрайонного суду Волинської області від 06 травня 2014 року визнано недійсним договір купівлі-продажу житлового будинку, укладений між ОСОБА_3 та ОСОБА_4, та витребувано з його володіння житловий будинок із надвірними спорудами на АДРЕСА_1. Рішеннями Верховного Суду стали задоволення касаційної скарги приватного нотаріуса Луцького міського нотаріального округу ОСОБА_7, скасування рішення Луцького міськрайонного суду Волинської області від 22 січня 2018 року та постанову Апеляційного суду Волинської області від 04 червня 2018 року в частині вимог до приватного нотаріуса Луцького міського нотаріального округу ОСОБА_7, відмова у позові ОСОБА_1 до приватного нотаріуса Луцького міського нотаріального округу ОСОБА_7 про визнання дій незаконними та відшкодування майнової шкоди [7]. Незважаючи на скасування касаційним судом рішень нижчих судових інстанцій у частині задоволення ними позовних вимог щодо застосування таких способів захисту, як відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди, визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, з мотивів їх необґрунтованості, зазначена справа є демонстрацією можливості одночасного застосування цих способів захисту у випадку заподіяння незаконним адміністративним актом негативних наслідків учаснику договірних правовідносин.

Підсумовуючи, зазначимо, що правовим наслідком застосування визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб як способу захисту цивільних прав у договірних правовідносинах стане виключно юридична констатація протиправності адміністративного акту, що призведе до втрати нормативно-правовим актом чинності або скасування індивідуального правового акту. У випадку ж, якщо виданням протиправного адміністративного акту учасникові договірних правовідносин завдано шкоди або зумовлено інші негативні наслідки порушення суб'єктивних договірних прав, слід застосовувати одночасно і спосіб захисту, передбачений п. 10 ч. 2 ст. 16 ЦК України, і спосіб захисту, спрямований на відновлення порушеного права та ліквідацію цих наслідків.

ЛІТЕРАТУРА

1. Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України. Лист Верховного Суду України від 01.04.2014. URL: https://ips.ligazakon.net/document/VSS00073 (дата звернення: 12.06.2022).

2. Мірошниченко А. М. Правові наслідки незаконних адміністративних актів. *Право і громадянське суспільство.* URL: http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/1-2-2013/item/99-pravovi-naslidky-nezakonnykh-administratyvnykh-aktiv-miroshnychenko-a-m (дата звернення: 12.06.2022).

3. Кодекс адміністративного судочинства України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, № 37. Ст. 446. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text (дата звернення: 12.06.2022).

4. Рішення Господарського суду Чернівецької області від 21.04.2021 у справі № 926/161/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96628582 (дата звернення: 16.06.2022).

5. Бойко М. Член РСАС Андрій Волков: «Звичайна констатація факту протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень не може вважатися способом захисту прав особи». *Закон і бізнес.* 2012. № 42 (1081). URL: http://zib.com.ua/ua/12164andriy_volkov_zvichayna_ konstataciya_faktu_protipravnosti _ri.html (дата звернення: 16.05.2022).

6. Рішення Дніпровського районного суду м. Києва від 30.01.2019 р. у справі № 755/10344/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79736939 (дата звернення: 16.06.2022).

7. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 11.12.2019 р. у справі № 161/18823/14-ц. URL: https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/86607350 (дата звернення: 16.06.2022).

УДК 346.548
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/30

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАХИСТ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ

PROSPECTS FOR THE DEVELOPMENT OF LEGISLATION ON CONSUMER PROTECTION

Менів Л.Д., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри приватного права
Державного податкового університету

Стаття присвячена перспективам розвитку законодавства про захист прав споживачів. В умовах нестабільності, спричиненої пандемією, військовою агресією Росії проти України проблеми захисту прав споживачів набули особливого значення. Подальших досліджень потребують питання розробки та прийняття нового сучасного законодавства про захист прав споживачів, яке б відповідало практиці Європейського Союзу. У роботі розглянуто проект Закону про захист прав споживачі.

В проекті зазначається, що він покликаний регулювати відносини між споживачами товарів, робіт і послуг та суб'єктами господарювання незалежно від форми власності, які виробляють, продають товари чи харчові продукти, виконують роботи чи надають послуги, встановлює права споживачів, а також визначає механізми їх захисту та основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів.

Дія проекту Закону про захист прав споживачів не поширюється на правовідносини щодо: 1) переходу права власності на об'єкти, вилучені з цивільного обороту або обмежені в цивільному обороті відповідно до законодавства; 2) правочину, який підлягає нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації відповідно до законодавства; 3) правочину, який стосується грального бізнесу, у тому числі парі, тоталізатори та інші азартні ігри, або проведення лотерей; 4) надання медичних та/або соціальних послуг; 5) надання адміністративних послуг; 6) будівництва нових будівель, значного переобладнання існуючих будівель та оренди житлових приміщень; 7) реалізації майна, на яке звернено стягнення.

У статті зазначається, що прийняття нового Закону про захист прав споживачів дозволить досягти сумісності між системами захисту прав споживачів України та ЄС; забезпечити одностайну інтерпретацію правових норм; підвищити рівень захисту прав споживачів, шляхом розширення їх прав; зменшити зловживання шляхом встановлення мінімального гарантійного строку та чітких вимог до позначення цін на товари; підвищити рівень захисту прав споживачів у сфері електронної торгівлі; передбачити запровадження механізму досудового (альтернативного) врегулювання споживчих спорів тощо.

Ключові слова: споживач, захист прав споживачів, права споживачів, обов'язки споживачів, електронна торгівля, товар.

The article is devoted to the prospects of development of legislation on consumer protection. In the conditions of instability caused by the pandemic, Russia's military aggression against Ukraine, the problems of consumer protection have become especially important. Further research is needed on the development and adoption of new modern legislation on consumer protection, which would be consistent with the practice of the European Union. The draft Law on Consumer Protection is considered in the paper.

The draft states that it is designed to regulate relations between consumers of goods, works and services and businesses, regardless of ownership, who produce, sell goods or food, perform work or provide services, establish consumer rights, and determine the mechanisms of their protection and bases of realization of the state policy in the field of protection of the rights of consumers.

The draft Law on Consumer Protection does not apply to legal relations concerning: 1) transfer of ownership of objects withdrawn from civil circulation or restricted in civil circulation in accordance with the legislation; 2) a transaction subject to notarization and / or state registration in accordance with the legislation; 3) a transaction involving the gambling business, including betting, sweepstakes and other gambling, or lotteries; 4) provision of medical and / or social services; 5) provision of administrative services; 6) construction of new buildings, significant re-equipment of existing buildings and rental of residential premises; 7) sale of property subject to foreclosure.

The article notes that the adoption of a new Law on Consumer Protection will achieve compatibility between the consumer protection systems of Ukraine and the EU; ensure unanimous interpretation of legal norms; increase the level of consumer protection by expanding their rights; reduce abuse by establishing a minimum warranty period and clear requirements for the indication of prices for goods; increase the level of consumer protection in the field of electronic commerce; provide for the introduction of a mechanism of pre-trial (alternative) settlement of consumer disputes, etc.

Key words: consumer, consumer protection, consumer rights, consumer responsibilities, e-commerce, goods.

Постановка проблеми. Права споживачів є одними із основних прав людини, які гарантовані статею 42 Конституції України [1], в якій зазначається, що держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю і безпечністю продукції та всіх видів послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів. В умовах нестабільності, спричиненої пандемією, військовою агресією Росії проти України, економічною кризою, несумісністю законодавства у досліджуваній сфері із законодавством ЄС проблеми захисту прав споживачів набули особливого значення. Увага до захисту прав споживачів також пов'язана із стрімким розвитком цифрових технологій, коли реалізація товарів та послуг здійснюється за допомогою мережі «Інтернет». Зважаючи на це, нагальним є питання належного захисту прав споживачів, яке потребує нового якісного вирішення на законодавчому рівні.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. За останні роки у вітчизняній цивілістичній науці питанню захисту прав споживачів було приділено достатньо уваги. Наукові розробки здійснювали М. М. Гудима, В. А. Горблянський, Л. М. Іваненко, Т. О. Кагал, С. А. Косіон, Г. А. Осетинська, А. О. Паєнок, О. П. Письменна, О. Ю. Черняк, Г. Б. Яновицька та інші.

Незважаючи на наукові результати у цій сфері, подальших досліджень все одно потребують питання розробки та прийняття нового сучасного законодавства про захист прав споживачів, яке б відповідало практиці Європейського Союзу та умовам сьогодення.

Метою статті є дослідження проєкту закону України Про захист прав споживачів [2] та визначення напрямів розвитку вітчизняного законодавства у цій сфері.

Виклад основного матеріалу. Звернемо увагу, що Україні, в одній із перших країн пострадянського простору, було прийнято Закон України «Про захист прав споживачів» [3]. Проте створена у 1991 році система захисту прав споживачів на сьогодні втрачає свою актуальність та не відповідає сучасним викликам і принципам захисту прав споживачів у країнах ЄС.

Тому, на виконання пункту 124 Плану пріоритетних дій Уряду, затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24.03.2021 № 276-р [4], з метою наближення національного законодавства про захист

прав споживачів до законодавства Європейського Союзу та гармонізації системи захисту прав споживачів в Україні з принципами, підходами та практиками ЄС розроблено новий Проект Закону про захист прав споживачів.

Він покликаний регулювати відносини між споживачами товарів, робіт і послуг та суб'єктами господарювання незалежно від форми власності, які виробляють, продають товари чи харчові продукти, виконують роботи чи надають послуги, встановлює права споживачів, а також визначає механізми їх захисту та основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів.

Проект Закону про захист прав споживачів складається з дев'яти розділів (та 43 статей загалом): Розділ I. Загальні положення. Розділ II. Права споживачів. Розділ III. Особливості захисту прав споживачів у разі укладання договорів поза торговельним чи офісним приміщенням або дистанційних договорів. Розділ IV. Нечесна комерційна практика. Розділ V. Система захисту прав споживачів. Розділ VI. Врегулювання споживчих спорів. Розділ VII. Відповідальність за порушення законодавства про захист прав споживачів. Розділ VIII. Міжнародне співробітництво у сфері захисту прав споживачів. Розділ IX. Прикінцеві положення.

Дія проекту Закону про захист прав споживачів не поширюється на правовідносини щодо: 1) переходу права власності на об'єкти, вилучені з цивільного обороту або обмежені в цивільному обороті відповідно до законодавства; 2) правочину, який підлягає нотаріальному посвідченню та/або державній реєстрації відповідно до законодавства; 3) правочину, який стосується грального бізнесу, у тому числі парі, тоталізатори та інші азартні ігри, або проведення лотерей; 4) надання медичних та/або соціальних послуг; 5) надання адміністративних послуг; 6) будівництва нових будівель, значного переобладнання існуючих будівель та оренди житлових приміщень; 7) реалізації майна, на яке звернено стягнення.

Проект Закону про захист прав споживачів передбачає ряд нових положень, які значно покращують правове становище споживачів. Зупинимось на їх характеристиці.

Найперше, у Проекті Закону у порівнянні із нині чинним Законом України «Про захист прав споживачів» значно розширено перелік термінів, що вживаються у певних значеннях. Так, у статті 1 Закону України «Про захист прав споживачів» їх передбачено двадцять сім, а у Проекті Закону – сорок три. Розширення переліку термінів відіграватиме важливу роль в правозастосовній діяльності, наповнюючи змістом окремі правові категорії та забезпечуючи одностайну інтерпретацію норм, що містяться в правовому акті.

У статті 4 Проекті Закону закріплено такі права споживачів: 1) право на безпеку та належну якість продукції; 2) відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків продукції; 3) вільний вибір продукції, запропонованої суб'єктом господарювання, та способів її оплати, визначених законодавством; 4) споживчу освіту та/або просвіту; 5) отримання інформації про продукцію; 6) ввічливе торговельне обслуговування; 7) захист своїх прав та вільний вибір механізмів захисту своїх прав; 8) об'єднання в громадські об'єднання споживачів (об'єднання споживачів); 9) право здійснювати фото та/або відеофіксацію порушень своїх прав, якщо це не суперечить закону.

На відміну від чинного сьогодні Закону «Про захист прав споживачів», стаття 4 проекту Закону значно розширює коло прав споживачів, зокрема вперше закріплюється право споживача на освіту, ввічливе обслуговування, вибір способу оплати тощо. Пропозиції щодо прав споживачів, викладені у Проєкті, є своєчасними та актуальними, але вважаємо, що було б доцільно їх доповнити таким правом споживача як право бути вислуханим.

Крім прав споживачів, у статті 4 проекту Закону передбачено і їх обов'язки. Так, споживачі зобов'язані користуватися придбаним товаром згідно з його цільовим призначенням та дотримуватися умов (вимог, норм, правил), встановлених виробником товару (виконавцем) в експлуатаційній документації. У порівнянні з чинним сьогодні Законом України «Про захист прав споживачів» цей перелік обов'язків є значно скороченим. Так, не передбачено обов'язку щодо 1) перед початком експлуатації товару уважно ознайомитися з правилами експлуатації, викладеними в наданій виробником (продавцем, виконавцем) документації на товар; 2) в разі необхідності роз'яснення умов та правил використання товару – до початку використання товару звернутися за роз'ясненнями до продавця (виробника, виконавця) або до іншої вказаної в експлуатаційній документації особи, що виконує їх функції; 3) з метою запобігання негативним для споживача наслідкам використання товару – застосовувати передбачені виробником в товарі засоби безпеки з дотриманням передбачених експлуатаційною документацією спеціальних правил, а в разі відсутності таких правил в документації – дотримуватися звичайних розумних заходів безпеки, встановлених для товарів такого роду.

Вважаємо, що виконання обов'язків, покладених на споживача, слугує гарантією використання наданих йому можливостей, передбачених чинним законодавством. Тому споживач повинен бути обізнаним щодо міри його необхідної поведінки, а отже, доцільно було б розширити їх перелік.

Важливою новелою Проекту Закону є частина 2 статті 6, в якій зазначається, що гарантійний строк на товар повинен встановлюватися в залежності від його споживчих властивостей та повинен становити не менше двох років з моменту передачі товару споживачу, а для вживаного товару (товару, що був у використанні) – не менше одного року. Гарантійний строк на товар не може бути більшим, ніж його строк служби.

Хочемо звернути увагу, що 25 липня 2021 року набрав чинності Закон «Про внесення змін до статті 7 Закону України «Про захист прав споживачів» щодо гарантійних зобов'язань в електронному вигляді» [5]. Так, необхідно зауважити, що закон передбачає виконання гарантійних зобов'язань в електронному вигляді лише щодо технічно складних побутових товарів. Відповідно до п. 25-1 ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів», технічно складні побутові товари – непродовольчі товари широкого вжитку (прилади, машини, устаткування та інші), які складаються з вузлів, блоків, комплектуючих виробів, відповідають вимогам нормативних документів, мають технічні характеристики, супроводжуються експлуатаційними документами і на які встановлено гарантійний строк.

До таких товарів належать, наприклад холодильники, морозильні камери, посудомийні машини, швейні машини, перфоратори, геймпади, CD-плеєри, ігрові приставки тощо.

Проектом Закону про захист прав споживачів пропонується, що документи, які підтверджують гарантійні зобов'язання, надавати споживачу у паперовій або електронній формі не пізніше моменту передання товару незалежно від виду товару, що значно розширює права споживачів.

Ще однією новацією Проекту Закону є частина 1 статті 7 про права споживача у разі придбання товару з недоліком, у якій зазначається, що у разі виявлення протягом гарантійного строку недоліку придбаного товару, споживач має право вимагати від суб'єкта господарювання: 1) проведення ремонту товару; 2) здійснення заміни товару на такий самий або аналогічний, наявний у суб'єкта господарювання у разі, якщо ремонт є неможливим, або його здійснення потребує більше чотирнадцяти днів. Ця частина статті фактично скасовує чинну норму щодо необхідності для підприємців створювати обмін-

ний фонд товарів і забезпечувати ним споживачів на час гарантійного ремонту. Безперечно, створення обмінного фонду товарів – це додаткове навантаження на бізнес, але і споживачу не просто чекати ремонту товару протягом чотирнадцяти днів, при цьому не мати можливості користуватися хоч будь яким товаром з обмінного фонду. На сьогодні, відповідно до Закону України «Про захист прав споживачів», створення обмінного фонду є обов'язковим.

Окремо хочемо звернути увагу на статтю 8 Проекту Закону, яка визначачає права споживача у разі придбання непридатного чи небезпечного харчового продукту.

Передбачено, що у разі придбання непридатного чи небезпечного харчового продукту споживач має право вимагати у суб'єкта господарювання його заміни на харчовий продукт, що є придатним до споживання, або відмовитися від договору та вимагати повернення сплачених коштів.

У разі відмови споживачем від договору купівлі-продажу суб'єкт господарювання зобов'язаний повернути споживачеві у день відмови від договору сплачені ним кошти, а в разі неможливості повернути кошти у день відмови від договору – в інший строк за домовленістю сторін, але не пізніше ніж протягом семи днів.

З Проекту важко зрозуміти, що таке непридатний чи небезпечний харчовий продукт, а оскільки немає їх визначення, тому зазначені поняття потребують уточнення.

У Проекті Закону значно посилюються вимоги до позначення продавцями ціни товарів. Зокрема, у статті 11 зазначається, що суб'єкт господарювання, який реалізує продукцію споживачеві, зазначає ціну продажу продукції та ціну за одиницю цієї продукції. Написи щодо ціни продажу і ціни за одиницю продукції мають бути чіткими і простими для розуміння.

Ціна продажу продукції не може бути виконана шрифтом меншого розміру, ніж ціна за одиницю продукції. У разі коли до продажу пропонується набір товарів, харчових продуктів, робіт (послуг) чи їх поєднання, зазначаються зміст та ціна такого набору.

Вживання понять «знижка», «зменшена ціна», «вигода», «низька ціна», «акція» або будь-яких інших, аналогічних за значенням понять, дозволяється лише з додержанням чітко передбачених вимог.

Велика увага у проекті Закону приділена електронній торгівлі. Сьогодні під електронною торгівлею розуміють, реалізацію товарів і послуг через мережу Інтернет. При цьому в секторі електронної торгівлі розрізняють підприємства, що здійснюють реалізацію лише за допомогою електронної мережі, і підприємства, що використовують її як додатковий канал збуту. Завдяки тому, що зазначений спосіб реалізації зводить до мінімуму витрати (не потрібно розсилати каталоги, обробка замовлень відбувається автоматично і т. д.), ця форма торгівлі є найбільш перспективною у своєму розвитку [6].

Так, у статті 1 проекту Закону передбачено визначення термінів електронного торговельного майданчика (маркетплейса), електронного сервісу порівняння продукції (прайс-агрегатора). А у статті 17 проекту зазначаються права споживача під час придбання продукції шляхом електронної торгівлі**.** Споживач має право ознайомитися з інформацією про продукцію на веб-сайті інтернет-магазину суб'єкта господарювання, який пропонує таку продукцію для продажу, або на веб-сайтах електронного торговельного майданчику чи електронного сервісу порівняння продукції перед прийняттям рішення про придбання продукції та укладення відповідного договору.

З метою отримання від суб'єкта господарювання інформації про продукцію споживач може надати згоду на поширення суб'єктом господарювання на його електронну адресу відповідних електронних повідомлень стосовно продукції, рішення про купівлю якої споживачем не приймалося. Суб'єкту господарювання забороняється надсилати споживачу такі електронні повідомлення без його попередньої згоди або без можливості відмовитися у подальшому від такого надсилання.

Суб'єкт господарювання, який надає послуги електронного торговельного майданчику для розміщення відомостей про продукцію інших суб'єктів господарювання, або надає послуги електронного сервісу порівняння продукції, несе відповідальність за наявність інформації, яка стосується даних про таких суб'єктів господарювання та даних про запропоновану ними до продажу продукцію.

Регулювання інтернет-комерції – вимоги сьогодення. Адже неможливість ідентифікувати онлайн-продавця спричиняє незахищеність прав споживача. За результатами аналізу звернень споживачів про порушення їх прав, зокрема, у сфері електронної торгівлі, виявлено наступне:

при купівлі продукції в інтернет-магазинах споживачам надається недостовірна інформація про продукцію, її споживчі властивості, ціну, умови доставки, порушується право споживача на розірвання договору, відмову від продукції та повернення коштів;

зустрічаються випадки відсутності відомостей про суб'єкта господарювання, достатні для його ідентифікації, що унеможливлює здійснення заходів державного нагляду (контролю) Держпродспоживслужбою, у разі порушення суб'єктом господарювання законодавства про захист прав споживачів [7].

Окрім прав споживачів у електронній торгівлі статтею 21 проекту Закону визначені і обов'язки споживачів у цій сфері. Вони стосуються у першу чергу надання згоди на придбання продукції шляхом електронної торгівлі, при реалізації свого права на відмову від договору, споживач зобов'язаний повернути (відправити) товар суб'єкту господарювання або уповноваженій ним особі протягом чотирнадцяти днів з дня повідомлення суб'єкту господарювання про свою відмову від договору, а уразі відмови від договору купівлі-продажу товару з цифровим вмістом споживач зобов'язаний утримуватися від використання цифрового вмісту або цифрової послуги та не надавати доступ до них третім особам.

На відміну вид чинного Закону України «Про захист прав споживачів» у проекті Закону вперше передбачено запровадження механізму досудового (альтернативного) врегулювання споживчих спорів. Так, статтею 39 проекту Закону визначено, що захист прав споживачів може здійснюватися органами позасудового розв'язання спорів між споживачем та суб'єктом господарювання, порядок створення, статус та умови функціонування яких визначаються окремим законодавством.

Органи позасудового розв'язання спорів розглядають справи, які стосуються: 1) продукції, придбаної на суму не більш ніж 50 тис. гривень; 2) порушень порядку гарантійного ремонту або заміни продукції; 3) порушень умов доставки товарів, придбаних за договорами, укладеними поза офісними та торговельними приміщеннями.

Рішення, винесені органами позасудового розв'язання спорів відповідно до їх компетенції, є обов'язковими для виконання суб'єктами господарювання.

У разі незгоди однієї із сторін з рішенням органу позасудового розв'язання спорів, така сторона звертається з відповідним позовом до суду, до якого додається винесене по справі рішення органу позасудового розв'язання спорів.

Як влучно зазначають Н. В. Ільків та М. С. Долинська, можливість використання суб'єктами правовідносин досудового врегулювання спорів може бути додатковим засобом правового захисту, який держава надає учасникам певних правовідносин, що не суперечить принципу здійснення правосуддя виключно судом [8, с. 56].

На нашу думку, перевагами позасудового захисту прав споживачів буде: 1) швидкість розгляду та вирішення спірного питання; 2) гнучкість розгляду спірного питання;

3) за бажанням сторін – конфіденційність; 4) спрямованість на задоволення вимог обох сторін конфлікту; 5) розвантаження судової системи України.

Зауважимо, що позасудові та судові способи захисту прав споживачів мають співіснувати як допоміжні один одному способи. Адже там, де судові способи захисту є неефективними, можуть стати ефективними саме позасудові способи, і навпаки.

Отже, на підставі вище викладеного можна зробити висновки, що прийняття нового Закону про захист прав споживачів дозволить досягти сумісності між системами захисту прав споживачів України та ЄС; забезпечити одностайну інтерпретацію правових норм; підвищити рівень захисту прав споживачів, шляхом розширення їх прав; зменшити зловживання шляхом встановлення мінімального гарантійного строку та чітких вимог до позначення цін на товари; підвищити рівень захисту прав споживачів у сфері електронної торгівлі; передбачити запровадження механізму досудового (альтернативного) врегулювання споживчих спорів тощо.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text
2. Проєкт закону України «Про захист прав споживачів» (у новій редакції). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72932
3. Закон України «Про захист прав споживачів» : Закон України від 12.05.1991. *Відомості Верховної Ради* УРСР. 1991. № 30.
4. Про затвердження плану пріоритетних дій Уряду на 2021 рік : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 24.03.2021 № 276-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276-2021-р#Text
5. Про внесення змін до статті 7 Закону України «Про захист прав споживачів» щодо гарантійних зобов'язань в електронному вигляді : Закон України від 1 липня 2021 року № 1603-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1603-20#Text
6. Гайдукова О. О. Теоретичні аспекти поняття «електронна торгівля». Електронне наукове фахове видання «Ефективна економіка» № 8 2019 р. URL: http://www.economy.nayka.com.ua/pdf/8_2019/154.pdf
7. Як будуть блокувати інтернет-магазини згідно з законопроектом про захист прав споживачів. URL: https://sud.ua/ru/news/publication/216200-yak-budut-blokuvati-internet-magazini-zgidno-zakonoproektu-pro-zakhist-prav-spozhivachiv
8. Неюрисдикційні форми захисту прав та інтересів суб'єктів господарювання: монографія / Н. В. Ільків, М. С. Долинська та ін.; за заг. ред. д. ю. н. М. С. Долинської. Львів : ТОВ «Галицька видавнича спілка», 2020. 174 с.

УДК 347.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/31

ПРАВОВІ ОСОБЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

LEGAL FEATURES OF ENFORCEMENT OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN UKRAINE

Ратушна Б.П., к. ю. н., доцент,
в. о. професора кафедри права
Львівського національного університету природокористування

Статтю присвячено характеристиці правового порядку примусового виконання в Україні рішень Європейського суду з прав людини (надалі – ЄСПЛ, Суд) в частині майнових стягнень. Здійснено аналіз вітчизняних нормативно-правових актів, якими врегульовано порядок звернення до виконання рішень ЄСПЛ, ухвалених проти України, а також примусові заходи, які застосовуються для повного та швидкого виконання таких рішень. Окрема увага надавалась аналізу Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод як основного джерела правового регулювання виконання рішень ЄСПЛ. У результаті проведеного дослідження виявлено низку особливостей примусового виконання в Україні рішень Європейського суду з прав людини в частині майнових стягнень, а саме: боржником у цих виконавчих провадженнях завжди виступає держава Україна; виконання таких рішень може здійснювати лише Державна виконавча служба, а не приватні виконавці; особливе місце в системі суб'єктів виконання рішень ЄСПЛ займає Орган представництва, який координує виконання рішень ЄСПЛ та інформує Комітет міністрів Ради Європи про хід його виконання.

Особливістю виконання рішень Європейського суду з прав людини є те, що вони виконуються за рахунок коштів державного бюджету України. В зв'язку з цим особливим суб'єктом примусового виконання рішень ЄСПЛ є Державне казначейство України. Крім цього, під час примусового виконання рішень ЄСПЛ неможливе добровільне виконання, а стягувач не сплачує авансового внеску відповідно до ст. 26 ЗУ «Про виконавче провадження».

Висловлено міркування про те, що особливості правового регулювання порядку виконання рішень ЄСПЛ в Україні в частині виплати відшкодування пов'язані зі специфікою самого рішення Європейського суду з прав людини, його міжнародно-правовим значенням. Такі особливості є виправданими та доцільними, адже забезпечують швидку та повну виплату відшкодування стягувачу наскільки це можливе в сучасних українських реаліях.

Ключові слова: рішення Європейського суду з прав людини, примусове виконання, майнове відшкодування, Державна виконавча служба.

The article is devoted to the characteristics of the legal order of enforcement in Ukraine of the decisions of the European Court of Human Rights in terms of property penalties. An analysis of domestic regulations governing the procedure for recourse to the decisions of the European Court of Human Rights against Ukraine, as well as coercive measures used to fully and quickly implement such decisions. Particular attention was paid to the analysis of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as the main source of legal regulation of the implementation of European Court of Human Rights decisions. The study revealed a number of features of enforcement in Ukraine of the decisions of the European Court of Human Rights in terms of property penalties, namely: the debtor in these enforcement proceedings is always the state of Ukraine; such decisions can be enforced only by the State Enforcement Service, not by private executors; A special place in the system of subjects of execution of European Court of Human Rights decisions is occupied by the Representation Body, which coordinates the execution of European Court of Human Rights decisions and informs the Committee of Ministers of the Council of Europe on the progress of its implementation. The peculiarity of the implementation of the decisions of the European Court of Human Rights is that these decisions are implemented at the expense of the state budget of Ukraine. In this regard, the State Treasury of Ukraine is a special subject of enforcement of European Court of Human Rights decisions. In addition, during the enforcement of European Court of Human Rights decisions, voluntary enforcement is not possible, and the claimant does not pay an advance payment in accordance with Art. 26 of the Law «On Enforcement Proceedings». It is argued that the peculiarities of the legal regulation of the implementation of European Court of Human Rights decisions in Ukraine in terms of compensation are related to the specifics of the decision of the European Court of Human Rights, its international legal significance. Such features are justified and appropriate, because they provide a quick and complete payment of compensation to the collector as much as possible in modern Ukrainian realities.

Key words: decision of the European Court of Human Rights, enforcement, property compensation, State Enforcement Service.

Важливим чинником в процесі побудови правової держави в Україні стала ратифікація Верховною Радою в 1997 році Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (надалі – Конвенція) [1], яка стала першим міжнародним правозахисним документом, який спрямований на захист широкого спектру громадянських та політичних прав.

Відповідно до ст. 34 Конвенції Європейський суд з прав людини може приймати заяви від будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб, які вважають себе потерпілими від допущеного однією з Високих Договірних Сторін (сторони – підписанти Конвенції) порушення прав, викладених у Конвенції або протоколах до неї. Високі Договірні Сторони зобов'язуються не перешкоджати жодним чином ефективному здійсненню цього права.

Згідно зі ст. 5 Конституції України кожен має право після використання всіх національних засобів юридичного захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Обов'язок держави полягає в забезпеченні цього права [2].

Якщо в результаті розгляду справи ЄСПЛ ухвалене рішення, яке набуло статусу остаточного, то Високі Договірні Сторони зобов'язуються виконувати остаточні рішення Суду в будь-яких справах, у яких вони є сторонами (ст. 46 Конвенції).

Відносини, що виникають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України, врегульовані Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [3], а також Законом України «Про виконавче провадження» [4].

З огляду на важливість неухильного виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань щодо виконання рішень ЄСПЛ, зокрема в частині майнового відшкодування, видається актуальним здійснити аналіз правового регулювання виконання рішень Європейського суду з прав людини в нашій державі. Таку думку поділяє низка науковців, які здійснюють дослідження у цій сфері [5], [6].

Виклад основних положень. Рішення Європейського суду з прав людини може стати підставою для примусового виконання в Україні після набуття ним статусу остаточного. Рішення Суду набуває статусу остаточного, якщо сторони заявляють, що вони не звертатимуться з клопотанням про передання справи на розгляд Великої Палати; або через три місяці від дати постановлення рішення, якщо клопотання про передання справи на розгляд Великої Палати не було заявлено; або якщо колегія Великої Палати відхиляє клопотання про передання справи на розгляд Великої Палати згідно зі статтею 43 Конвенції (стаття 44 Конвенції).

У разі, якщо клопотання було задоволене, рішення набуває чинності у день винесення рішення по суті Великою палатою.

Відповідальність за виконання рішень ЄСПЛ покладається на самі держави. Вони зобов'язані вживати заходів щодо усунення негативних наслідків порушення прав людини та не допускати їх у майбутньому. Здійснення державою таких заходів знаходиться під суворим міжнародним контролем. Відповідні функції покладено на Комітет Міністрів Ради Європи (далі – КМРЄ), що вирішує всі питання, пов'язані з діяльністю організації, в тому числі здійснює контроль за виконанням рішень ЄСПЛ [7].

Відповідно до ст. 1 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» визначено декілька видів рішень ЄСПЛ, які можуть виконуватись в Україні, а саме: а) остаточне рішення Європейського суду з прав людини у справі проти України, яким визнано порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; б) остаточне рішення Європейського суду з прав людини щодо справедливої сатисфакції у справі проти України; в) рішення Європейського суду з прав людини щодо дружнього врегулювання у справі проти України; г) рішення Європейського суду з прав людини про схвалення умов односторонньої декларації у справі проти України.

У контексті цього дослідження інтерес викликає примусове виконання в Україні рішень ЄСПЛ в частині виплати відшкодування.

Насамперед, слід зазначити, що відповідно до ст. 1 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» *відшкодування* – це: а) сума справедливої сатисфакції, визначена рішенням Європейського суду з прав людини відповідно до статті 41 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; б) визначена у рішенні Європейського суду з прав людини щодо дружнього врегулювання або у рішенні Європейського суду з прав людини про схвалення умов односторонньої декларації сума грошової виплати на користь стягувача.

Виплата стягувачеві відшкодування може включати: суму справедливої сатисфакції на підставі рішення ЄСПЛ відповідно до ст. 41 Конвенції; визначену в рішенні ЄСПЛ щодо дружнього врегулювання або в рішенні ЄСПЛ про схвалення умов односторонньої декларації суми грошової виплати на користь стягувача [6, с. 336–340].

Порядок звернення рішення ЄСПЛ до виконання в частині виплати відшкодування передбачене у ст. 7 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». Так, протягом десяти днів від дня отримання повідомлення Суду про набуття Рішенням статусу остаточного Орган представництва здійснює такі заходи:

а) надсилає Стягувачеві повідомлення з роз'ясненням його права подати до державної виконавчої служби заяву про виплату відшкодування, в якій мають бути зазначені реквізити банківського рахунка для перерахування коштів;

б) надсилає до державної виконавчої служби перелік необхідних документів, визначених п. «б» ст. 7 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». Варто зазначити, що Органом представництва є орган, відповідальний за забезпечення представництва України в Європейському суді з прав людини та координацію виконання його рішень. Ці функції виконує Урядовий уповноважений у справах Європейського суду з прав людини, який є посадовою особою, на яку покладено повноваження щодо забезпечення представництва України в Європейському Суді з прав людини під час розгляду справ про порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, а також інформування Комітету Міністрів Ради Європи про хід виконання рішень Суду [8].

Наступним кроком у процесі здійснення примусового виконання рішення ЄСПЛ є відкриття державною виконавчою службою виконавчого провадження. Процедура відкриття має відбутись протягом десяти днів з дня подання Органом представництва документів за таким переліком: оригінальний текст і переклад резолютивної частини остаточного рішення Суду у справі проти України, яким визнано порушення Конвенції, оригінальний текст і переклад резолютивної частини остаточного рішення Суду щодо справедливої сатисфакції у справі проти України, оригінальний текст і переклад рішення Суду щодо дружнього врегулювання у справі проти України, оригінальний текст і переклад рішення Суду про схвалення умов односторонньої декларації у справі проти України. Автентичність перекладу засвідчується Органом представництва (п. «б» ст. 7 «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»). Державна судова адміністрація України забезпечує перекладами рішень ЄСПЛ вітчизняні суди [5, с. 160–165].

Важливою правовою особливістю примусового виконання в Україні рішень ЄСПЛ в частині стягнення відшкодування є те, що неподання стягувачем заяви про виплату відшкодування не є перешкодою для виконання цього рішення (ст. 7 ЗУ «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»). У будь-якому разі відкриття виконавчого провадження має відбутись протягом 10 днів з дня подання Органом представництва до Державної виконавчої служби відповідних документів.

Виплата стягувачеві відшкодування має бути здійснена у тримісячний строк з моменту набуття рішенням ЄСПЛ статусу остаточного або у строк, передбачений у рішенні (ст. 8 цього Закону).

У разі порушення вищевказаного строку, на суму відшкодування нараховується пеня відповідно до рішення ЄСПЛ.

Протягом одного місяця від дня відкриття виконавчого провадження за рішенням ЄСПЛ Орган представництва надсилає до центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, постанову про відкриття виконавчого провадження та документи, передбачені *у* пункті «б» частини першої статті 7 ЗУ «Про виконавче провадження».

Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, протягом 10 днів від дня надходження зазначених у частині третій статті 7 ЗУ «Про виконавче провадження» документів здійснює списання на вказаний стягувачем банківський рахунок, а в разі його відсутності – на депозитний рахунок державної виконавчої служби коштів з відповідної бюджетної програми Державного бюджету України. Порядок збереження коштів на депозитному рахунку державної виконавчої служби визначається Законом України «Про виконавче провадження».

Підтвердження списання відшкодування, отримане від центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, та підтвердження виконання

всіх вимог, зазначених у резолютивній частині остаточного рішення Суду у справі проти України, яким визнано порушення Конвенції, резолютивній частині остаточного рішення Суду щодо справедливої сатисфакції у справі проти України, у рішенні Суду щодо дружнього врегулювання у справі проти України, у рішенні Суду про схвалення умов односторонньої декларації у справі проти України, є для державної виконавчої служби підставою для закінчення виконавчого провадження (ст. 8 ЗУ «Про виконавче провадження»).

Протягом трьох днів з моменту перерахування на депозитний рахунок державної виконавчої служби суми відшкодування державна виконавча служба повідомляє про це стягувача.

Відповідно до ст. 9 цього Закону, якщо встановити місцеперебування (місцезнаходження) стягувача – фізичної особи неможливо, а також у разі смерті стягувача – фізичної особи чи реорганізації або ліквідації стягувача – юридичної особи сума відшкодування перераховується на депозитний рахунок державної виконавчої служби.

Сума відшкодування, яка знаходиться на депозитному рахунку державної виконавчої служби, перераховується:

а) на рахунок Стягувача після подання ним відповідної заяви;

б) на рахунки спадкоємців стягувача – фізичної особи після подання ними належним чином оформлених документів, які надають їм право на отримання спадщини;

в) на рахунок правонаступника реорганізованого стягувача – юридичної особи після подання ним належним чином оформлених документів, які підтверджують його правонаступництво;

г) на рахунки засновників (учасників, акціонерів) ліквідованого стягувача – юридичної особи після подання ними рішень суду, які підтверджують їхній статус засновників (учасників, акціонерів) ліквідованого Стягувача – юридичної особи на момент ліквідації та визначають частку відшкодування, що належить до виплати кожному із засновників (учасників, акціонерів).

Інформацію про наявність на депозитному рахунку державної виконавчої служби суми відшкодування та про повідомлення про це стягувача державна виконавча служба надсилає Органу представництва. Державна виконавча служба протягом трьох днів надсилає Органу представництва постанову про закінчення виконавчого провадження та підтвердження списання коштів (ст. 8 ЗУ «Про виконавче провадження»).

Виконання рішень ЄСПЛ перебуває під особливим контролем Комітету Міністрів Ради Європи (КМРЄ). Так, відповідно до ст. 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Конвенція) остаточні рішення ЄСПЛ передаються Комітету міністрів Ради Європи (КМРЄ), і той здійснює нагляд за їх виконанням. Сам процес виконання регулюється Правилами КМРЄ щодо нагляду за виконанням рішень ЄСПЛ та ухвалами щодо дружнього врегулювання [7]. Чотири рази на рік відбуваються засідання КМРЄ, під час яких розглядається прогрес у виконанні державами – членами Ради Європи рішень ЄСПЛ. При цьому для економії часу у разі наявності кількох рішень ЄСПЛ проти однієї країни щодо однотипних порушень Конвенції КМРЄ об'єднує нагляд за виконанням таких рішень у групи справ. Як правило, наявність таких груп вказує на існування в державі – члені РЄ системної проблеми із захистом того чи іншого права, захищеного Конвенцією [9]. Залежно від політичної значущості рішення, позиції держави-відповідача щодо виконання того чи іншого рішення ЄСПЛ проти нього, позиції інших членів РЄ та інших обставин, рішення КМРЄ приймаються або консенсусом учасників без дебатів, або за результатами дебатів на DH-засіданні. З огляду на загалом велику кількість рішень ЄСПЛ проти України, їх вплив на Україну та конвенційні механізми захисту прав, справи проти України завжди включаються до порядку денних таких DH-засідань і практично завжди деякі з них виносяться на дебати [9].

Разом з тим в Україні існують деякі проблеми виконання рішень Європейського суду з прав людини в частині виплати грошового відшкодування, пов'язані з недостатнім бюджетним фінансуваням.

З метою забезпечення реалізації положень Законів України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» Кабінет Міністрів України прийняв постанову від 16 вересня 2015 р. № 703 «Деякі питання виконання рішень судів, що гарантовані державою, а також рішень Європейського суду з прав людини» [10]. Цим документом затверджено Порядок реструктуризації заборгованості за рішеннями судів, виконання яких гарантовано державою, а також за рішеннями Європейського суду з прав людини, прийнятими за наслідками розгляду справ проти України, фінансовими казначейськими векселями. З метою погашення заборгованості Мін'юст та Казначейство формують реєстри виплат за рішеннями судів. Мін'юст вносить до інформаційного ресурсу, передбаченого пунктом 4 вказаної Постанови, який адмініструється Казначейством, відомості для формування реєстру виплат за рішеннями Європейського суду з прав людини.

Висновки. Отже, процедура виконання в Україні рішень ЄСПЛ в частині виплати відшкодування має низку особливостей, серед яких насамперед треба зазначити те, що належне виконання таких рішень є обов'язком України, який виник внаслідок ратифікації нашою державою Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Особливим є суб'єктний склад учасників виконавчого провадження щодо виконання рішень ЄСПЛ. У цих провадженнях боржником завжди виступає держава Україна. Виконання таких рішень може здійснювати лише державна виконавча служба. Приватні виконавці не мають права виконувати рішення ЄСПЛ. Крім цього, особливе місце в системі суб'єктів виконання рішень Європейського Суду з прав людини займає Орган представництва, який координує виконання рішень ЄСПЛ та інформує Комітет міністрів Ради Європи про хід його виконання.

Оскільки рішення ЄСПЛ виконуються за рахунок коштів державного бюджету, то особливим суб'єктом виконання рішень ЄСПЛ є Державне казначейство України.

До особливостей слід зарахувати і підстави відкриття виконавчого провадження стосовно примусового виконання рішень ЄСПЛ в частині майнових стягнень, адже для такого відкриття не обов'язкова заява самого стягувача. В цьому аспекті важливим є надходження до державної виконавчої служби від Органу представництва оригінального тексту перекладу рішення Суду у справі проти України, яким визнано порушення Конвенції. З дня такого надходження державна виконавча служба зобов'язана відкрити провадження упродовж десяти днів. Крім цього, під час примусового виконання рішень ЄСПЛ неможливе добровільне виконання, а стягувач не сплачує авансового внеску відповідно до ст. 26 ЗУ «Про виконавче провадження».

Підсумовуючи вищевказане, слід зазначити, що особливості правового регулювання порядку виконання рішень ЄСПЛ в Україні в частині виплати відшкодування пов'язані зі специфікою самого рішення Європейського суду з прав людини, його міжнародно-правовим значенням. Такі особливості є виправданими та доцільними, адже забезпечують швидку та повну виплату відшкодування стягувачу наскільки це можливо в сучасних українських реаліях.

ЛІТЕРАТУРА

1. Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua
2. Конституція України : офіц. текст. Київ : КМ, 2013. 96 с.
3. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2006. № 30 (28.07.2006). Ст. 260.
4. Про виконавче провадження: *Верховна Рада України* : Закон від 2 червня 2016 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 30. Ст. 542.
5. Ляшенко Р. Д., Нагієв Б. М., Кудра А. В. Проблеми виконання рішень Європейського суду з прав людини Україною. *Часопис Київського університету права.* 2021. № 2. С. 320–324.
6. Левенець А. Загальна характеристика процедури виконання рішень Європейського суду з прав людини в Україні. *Підприємництво, господарство і право.* 2020. № 5. С. 336–340.
7. Правила КМРЄ щодо нагляду за виконанням рішень ЄСПЛ та ухвалами щодо дружнього врегулювання. URL: https://rm.coe.int/16806eebf0 (дата звернення: 30.05.2022).
8. Положення про Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини : затвер. Постановою Кабінету Міністрів України від 31 травня 2006 року № 784. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/ show/784-2006-п#Text (дата звернення: 31.05.2022).
9. Огляд справ проти України, що обговорювалися під час засідання Комітету міністрів Ради Європи щодо виконання рішень Європейського суду з прав людини (28.12 2021 р.). URL: http://uba.ua/ukr/news /8870 (дата звернення: 03.06.2022).
10. Деякі питання виконання рішень судів, що гарантовані державою, а також рішень Європейського суду з прав людини : Постанова Кабінету Міністрів України від 16 вересня 2015 р. № 703. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/703-2015 (дата звернення: 07.06.2022).

УДК 340.12
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/32

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ: ПРИКЛАДНИЙ АСПЕКТ

ABUSE OF LAW: THE APPLIED ASPECT

Салазський О.С., керуючий партнер
Адвокатське об'єднання «Бона Фідес»

У статті розглянута проблема застосування припису Цивільного кодексу України щодо заборони особі зловживати цивільним суб'єктивним правом та місця припису ч. 3 ст. 13 Цивільного кодексу України серед інших правових приписів. Сучасна наука правозастосування та цивільного права взагалі не помічає це питання. В той же час, відсутність теоретичних розробок саме прикладних питань застосування конкретних правових норм взагалі та припису ч. 3 ст. 13 Цивільного кодексу України у більшості випадків призводить до конкретних судових помилок. На прикладі двох постанов Верховного суду ілюструються випадки застосування припису щодо заборони зловживання правом у спорі щодо визнання недійсним договору та спорі щодо витребування майна з чужого незаконного володіння. В обох справах судом було відмовлено в позові саме на підставі ч. 3 ст. 13 Цивільного кодексу України (припис щодо заборони зловживання правом) та ст. 16 Цивільного кодексу України (припис щодо можливості відмови у захисті права, яким особа зловживає). Натомість зазначені спори було можливо вирішити на підставі конкретних правових приписів, що безпосередньо регулюють спірні відносини, без посилання на припис щодо заборони особі зловживати своїми правами. У зв'язку із наведеним, робиться висновок, про необхідність вироблення та нормативного закріплення конкретних правил застосування припису ч. 3 ст. 13 Цивільного кодексу України. Так, зокрема високий рівень узагальнення припису, щодо заборони особі зловживати суб'єктивними правами дає підстави для висновку, що у випадку можливості розгляду справи на підставі конкретних правових приписів що регулюють конкретні спірні відносини, спір підлягає вирішенню на підставі таких конкретних правових приписів. В той же час, припис ч. 3 ст. 13 Цивільного кодексу України підлягає застосуванню, лише у випадку, якщо застосування конкретних правових приписів дає явно несправедливий результат.

Ключові слова: зловживання правом, двостороння реституція, віндикаційний позов, визнання договору недійсним, захист цивільних прав.

The problem of applying the injunction of the Civil Code of Ukraine has been considered regarding the prohibition of a person to abuse civil subjective law and the place of the injunction of the Part 3 of the Article 13 of the Civil Code of Ukraine among other legal injunctions in the article. The modern science of law enforcement and civil law do not notice this issue at all. At the same time, the absence of theoretical developments of the applied issues on application of the specific legal norms in general and the injunction of the Part 3 of the Article 13 of the Civil Code of Ukraine in most cases leads to specific judicial errors. The cases of application of the injunction on prohibition of abuse of right in the dispute regarding invalidation of a contract and the dispute over acquisition of property from somebody else's illegal possession are illustrated by the example of two resolutions of the Supreme Court. In both cases, the court denied the claim on the basis of the Part 3 of the Article 13 of the Civil Code of Ukraine (the injunction prohibiting the abuse of law) and the Article 16 of the Civil Code of Ukraine (the injunction prohibiting the possibility of refusing to protect the right a person abuses). Instead, these disputes could be resolved on the basis of specific legal regulations directly governing disputed relations, without reference to the injunction prohibiting a person from abusing his rights. In connection with the above, a conclusion is drawn about the need for the development and the normative consolidation of specific rules of the application of the Part 3 of the Article 13 of the Civil Code of Ukraine. Thus, in particular, the high level of generalization of the injunction, regarding the prohibition of a person to abuse subjective rights, gives grounds for the conclusion that in the case of the possibility of consideration of a case on the basis of the specific legal injunctions governing specific disputed relations, the dispute is subject to settlement on the basis of such specific legal injunctions. At the same time, the injunction of the Part 3 of the Article 13 of the Civil Code of Ukraine shall be applied only if the application of specific legal injunctions gives a clearly unfair result.

Key words: abuse of law, bilateral restitution, a vindication claim, invalidation of a contract, protection of civil rights.

Інститут зловживання правом у цивільному праві викликає досить жваві дискусії вже тривалий період часу. Правова природа зловживання правом, ознаки цього явища, навіть доцільність існування та закріплення такого інституту на нормативному рівні – це лише частковий перелік питань, щодо погляду на які немає єдності серед цивілістів різних країн. В той же час більшість досліджень предметом яких є категорія «зловживання правом» все ж таки стосується правової природи цього інституту. Разом з тим, наявність ч. 3 ст. 13 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [1] є фактом об'єктивної реальності, а отже безпосереднє дослідження суто практичних та прикладних питань застосування припису ч. 3 ст. 13 ЦК України є актуальним та необхідним. Місце припису щодо зловживання правом в системі цивільного права України, співвідношення ч. 3 ст. 13 ЦК України із конкретними правовими приписами особливої частини ЦК України, чи є припис про зловживання правом принципом, чи конкретною правовою нормою. Це лише обмежений перелік питань правозастосування, які ставить практика перед наукою, і на які наука повинна відповісти. Аналіз практики застосування ч. 3 ст. 13 ЦК України судами України, в тому числі і Верховним судом лише підтверджує правильність викладеного.

Інститут «зловживання правом» в різні роки був предметом наукових досліджень відомих вітчизняних та закордонних фахівців, а саме: Агаркова М. М., Грибанова В. П., Зайцевої С. Г., Маліновського О. О., Кота О. О., Стефанчука М. О., Радченко С. Д., Скловського К. І. та інших авторів.

Метою даної статті є аналіз чинної практики застосування припису ч. 3 ст. 13 ЦК України (припис щодо заборони зловживання цивільним правом) Верховним судом та вироблення конкретних правил правозастосування наведеного правового припису.

15 грудня 2017 року почав роботу новий Верховний суд. Створення абсолютно нової вищої судової установи стало без перебільшення безпрецедентною та знаковою подією вітчизняної правової системи. Декларувалося, що новий суд буде створено за новими європейськими стандартами, до конкурсу вперше були допущені адвокати та науковці без досвіду роботи в судах, одночасно було ліквідовано усі вищі спеціалізовані суди та Верховний суд України. Все це природньо призвело до встановлення в суспільстві досить високої планки очікувань від нової поважної судової установи. Викладене обумовлює цікавість до правових позицій нового Верховного суду з приводу застосування такого складного до застосування інституту, як інститут «зловживання правом».

В даній публікації аналізується дві постанови різних палат новоствореного Верховного суду з приводу застосування на практиці ч. 3 ст. 13 ЦК України. Постанова Вер-

ховного суду (об'єднаної палати Касаційного господарського суду у складі Верховного суду) від 07.12.2018 року у справі № 910/7547/17 є одним із перших, якщо не першим прикладом застосування новоутвореним Верховним судом припису щодо заборони зловживання цивільним правом. На додаток, цей судовий акт приймався об'єднаною палатою, замість звичайного складу суду з трьох суддів.

За матеріалами справи ТОВ Інженерний центр «Енергомаш» уклало договір купівлі продажу нежитлових приміщень. Покупцем виступило Товариство з обмеженою відповідальністю «Тімсен». У подальшому ТОВ «Тімсен» уклало наступний договір купівлі-продажу зазначеного майна, та продало це майно третій особі. Далі ТОВ Інженерний центр «Енергомаш» звернулось із позовом до ТОВ «Тімсен» з вимогою про визнання першогоукладеного між сторонамидоговору купівлі-продажу недійсним. Нормативним обґрунтуванням позову була зазначена ст. 234 ЦК України. Позивач зазначав, що договір було укладено сторонами без наміру створення реальних правових наслідків. Реальною метою укладення зазначеного правочину було уникнення звернення на зазначене майно з боку АТ «Укрексімбанк». Також позивач зазначав, що продавець та покупець первинного договору купівлі-продажу товару є пов'язаними особами, та наполягав, що відсутність сплати викупної ціни з боку покупця, та відповідно відсутність активних дій щодо стягнення такої викупної ціни з боку продавця свідчать про фіктивність спірного правочину.

Перша інстанція відмовила в позові повністю. Суд апеляційної інстанції задовольнив апеляційну скаргу позивача, скасував рішення першої інстанції, прийняв нове рішення, яким задовольнив позовні вимоги в повному обсязі.

Третьою особою по справі було подано касаційну скаргу, в результаті чого справа була передана на розгляд Касаційного господарського суду Верховного суду.

В першій частині рішення Верховний суд відповідав на питання щодо застосування до спірних відносин ст. 234 ЦК України, а саме щодо фіктивності договору. Як результат, Верховний суд погодився з висновками апеляційної інстанції щодо можливості кваліфікувати у якості фіктивного правочин купівлі-продажу нерухомості, право на яке зареєстровано в реєстрі речових прав на майно, однак за яким не передані кошти, а боржник не вчинив жодних дій щоб їх отримати.

В наступній частині, враховуючи фактичні обставини Верховний суд прийшов до висновку про відсутність підстав для визнання спірного договору недійсним на підставі ст. 232 ЦК України.

З огляду на тему дослідження, найбільш цікавою є третя частина рішення. Прийшовши до висновку про наявність підстав для визнання спірного правочину фіктивним, Верховний суд повинен був залишити в силі рішення апеляційної інстанції а касаційної скарги без задоволення, однак апеляційний суд все ж таки відмовив в позові. Далі наведемо мотивувальну частину постанови Верховного суду в цій частині: *«Однією із основоположних засад цивільного законодавства є добросовісність (п. 6 частини першої статті 3 ЦК України). Дії учасників цивільних правовідносин мають бути добросовісними. Згідно зі статтею 13 ЦК України цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. При здійсненні своїх прав особа зобов'язана утримуватись від дій, які б могли б порушити права інших осіб, завдати шкоди довкіллю, або культурній спадщині. Не допускаються дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правами в інших формах. При здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватись моральних засад суспільства. З конструкції частини третьої статті 13 ЦК України випливає, що дії особи, які полягають у реалізації такою особою свого права, однак вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, є формою зловживання правом. Вчинення власником майна правочину з розпорядження належним йому майном з метою унеможливити задоволення вимог іншої особи-стягувача за рахунок майна цього власника, може бути кваліфіковано як зловживання правом власності, оскільки власник використовує правомочність розпорядження майном на шкоду майновим інтересам кредитора. Звертаючись з позовом про визнання недійсним договору, позивач переслідує кінцеву мету захист свого права власності на майно, яким він розпорядився за оспорюваним правочином. Частина перша статті 16 ЦК України встановлює, що кожна особа має право звернутись до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Разом з тим відповідно до частини третьої статті 16 ЦК України суд може відмовити у захисті цивільного права та інтересу особи в разі порушення нею положень частини другої-п'ятої статті 13 цього кодексу, зокрема відмовити у захисті права, яким особа зловжила. Враховуючи викладене, суд вважає, що позов про визнання договору недійсним, поданий позивачем, який є стороною цього правочину, що за його ж твердженням було вчинено з метою уникнення звернення стягнення на майно, не підлягає задоволенню як такий, що спрямований на одержання судового захисту права, яким особа зловжила»* [1].

Вирішення наведеного спору потребувало відповідь на питання щодо конкуренції норм ст. 216 ЦК України та ст. 388 ЦК України, а саме співвідношення інститутів двосторонньої реституції та віндикаційного позову. Конструкція віндикаційного позову отримала своє закріплення в ст. 388 ЦК України. За змістом наведеної норми можна вивести загальне правило, що за відплатним договором майно підлягає віндикації, лише у разі, якщо таке майно вибуло із володіння власника, або особи, якій таке майно передано у володіння власником поза їхньою волею.

Таким чином, законодавець за допомогою правової конструкції віндикаційного позову та умов його застосування створив додаткові механізми захист добросовісного набувача.

В той же час, на практиці миттєво виникли спроби нівелювати встановлені законодавцем додаткові гарантії захисту добросовісного набувача. Намагання ці вилились в подання позовів про недійсність первинних договорів про відчуження майна, як і було зроблено в описуваній справі. Як відомо в ситуації з добросовісним набувачем існують як мінімум два договори. На прикладі справи, що розглядалася Верховним судом це виглядає наступним чином. Між ТОВ Інженерний центр «Енергомаш» (продавець та позивач) та ТОВ «Тімсен» (покупець та відповідач) було укладено договір купівлі-продажу (первинний договір). У подальшому ТОВ «Тімсен» реалізувало це майно третій фізичній особі. За логікою ЦК України, якщо ТОВ Інженерний центр «Енергомаш» вважало, що порушено його право власності на майно, враховуючи фактичне знаходження цього майна не у покупця а у третьої особи (яка придбала це майно за окремим договором) воно (ТОВ) повинно було звертатися з віндикаційним позовом до третьої особи у якої юридично та фактично знаходилось це майно на момент подачі позову, і як наслідок такий спір необхідно було розглядати із урахуванням гарантій щодо захисту добросовісного набувача передбачених ст. 388 ЦК України. Замість цього, ТОВ Інженерний центр Енергомаш звернулось до ТОВ «Тімсен» з позовом про недійсність договору первинної купівлі-продажу. Мета подібних позовів одна – встановлення судовим рішенням факту, що має преюдиційне значення (щодо незаконності першого відчуження майна) та використання такого судового рішення в подальших судових спорах. Таким чином, особи, свідомо, заявляють позови

про визнання недійсними первинних договорів, замість віндикаційних позовів.

В таких справах (про недійсність первинного договору) «імунітет добросовісного набувача» не є предметом розгляду а отже не береться до уваги. У подальшому отримують рішення про недійсність первинного договору, в якому чітко закріплені порушення закону при укладанні останнього. Заявляють нові позови (в тому числі і віндикаційні), однак у справі вже є судовий акт, що набрав законної сили, що встановлює порушення закону. За таких обставин, маючи у справі судовий акт із встановленими порушеннями, у новій справі суду навіть психологічно важко відмовити в задоволенні такого позову. В науці подібне явище отримало назву «обхід закону». В деяких правопорядках обхід закону кваліфікується як різновид зловживання правом. Враховуючи що законодавство України не містить прямої заборони на вчинення подібних дій, тривалий час така практика заявлення «дворівневих» позовів (спочатку про недійсність первинного договору, а після віндикаційний позов з використанням вже наявного рішення про недійсність договору) мала успішний характер, що в свою чергу повністю нівелювало інститут «добросовісного набувача». Однак з часом у судовій практиці сформувався ряд правил.

Згідно вироблених судовою практикою правил, необхідною умовою застосування судом певного способу захисту є наявність, доведена належними та допустимими в розумінні процесуального закону доказами, певного суб'єктивного права або інтересу у особи, порушення такого права, його невизнання або оспорювання та обрання належного способу захисту. Іншими словами, позов може бути задоволений якщо у особи наявне суб'єктивне право або інтерес, наявне порушення такого права, та обраний позивачем спосіб захист призведе до реального поновлення або захисту такого права. Якщо ще простіше, в першу чергу суд повинен впевнитись, що те що просить позивач, реально поновить або захистить його права, в іншому випадку, навіть не дивлячись на наявні порушення, позов задоволенню не підлягає. Наведене правило було виведено судами непрямо (оскільки як вже зазначалося законодавство не містить прямої заборони подібної поведінки) із змісту ст.ст. 15, 16 ЦК України, ст. 20 Господарського кодексу України [3] та ст. 2 Господарського процесуального кодексу [4] (аналогічний припис міститься в ст. 2 Цивільного процесуального кодексу України [5]). Якщо спроєктувати наведене правило на ситуацію, що розглядалася Верховним судом отримуємо наступну ситуацію. ТОВ Інженерний центр «Енергомаш» звертаючись до ТОВ «Тісмен» з позовом про визнання недійсним укладеного між ними договору розуміло, що майно вже оформлено та фактично знаходиться у іншої фізичної особи (ця фізична особа приймала участь у справі у якості третьої особи). Однак не дивлячись на це, замість віндикаційного позову ТОВ Інженерний центр «Енергомаш» було заявлено позов про визнання недійсним первинного договору купівлі-продажу. В цій ситуації, очевидним є що гіпотетично «порушене право» позивача може бути поновлено лише одним способом – реальне повернення майна. В свою чергу за загальним правилом у разі визнання правочину недійсним, сторони повертаються у первинне становище, що існувало до укладення договору (застосовується двостороння реституція). Однак оскільки майно вже фактично вибуло із володіння покупця за первинним договором, повернути таке майно позивачу в рамках справи про визнання первісного договору недійсним не є можливим (оскільки майно знаходиться у іншої фізичної особи). За таких підстав задоволення позову про визнання первинного договору недійсним не призведе до реального поновлення права позивача, а отже позов не підлягає задоволенню. В свою чергу єдиним реальним ефективним способом захисту права власності позивача у цьому випадку є заявлення віндикаційного позову, та розгляд справи з дотриманням усіх гарантій щодо добросовісного набувача. Подібна практика десь з початку 2010 року поступово почала формуватися після ряду подібних рішень Верховного суду України. Наведений підхід також дозволяє не оцінювати аргументи сторін по суті. Первинно суд оцінює ефективність обраного позивачем способу захисту, та у випадку, якщо він не може забезпечити поновлення або захист порушеного права, суд відмовляє в позові не вдаючись в аналіз аргументів по суті. Виходячи з наведеного, не зрозумілим є аналіз Верховного суду по суті справи, дотримуючись своєї ж практики Верховний суд в даному випадку мав можливість відмовити в позові у зв'язку із обранням позивачем неефективного способу захисту. Натомість Верховний суд вдався до розгляду справи по суті та був вимушений звертатися до інститутів (фіктивності правочину та зловживання правом), хоча для цього не було жодних підстав.

Наступна справа (№ 641/9904/16-ц) [6] є прямим продовженням попередньої та стосується тих же сторін та має ідентичну фабулу. Відмінність становить лише обраний позивачем спосіб захисту. У попередній справі позивач заявляв позов про визнання недійсним договору щодо первісного відчуження майна, в цій справі було заявлено позов про витребування майна з чужого незаконного володіння від третьої особи, що була власником та фактичним володільцем майна на момент заявлення позову. Спочатку ТОВ Інженерний центр «Енергомаш» подало ряд позовів про визнання первинних договорів недійсними (один з таких позовів описувався вище, а саме справа № 910/7547/17 [2]). В частині таких позовів було відмовлено (наприклад справа № 910/7547/17). Однак частину таких позовів було задоволено (наприклад справи № 910/4088/17 [7], 910/9291/17 [8]). Після цього ТОВ Інженерний центр «Енергомаш» перейшов до наступного кроку та подав віндикаційний позов по витребування усього майна з чужого незаконного володіння. Весь перелік спірного майна умовно можна поділити на дві групи: об'єкти щодо яких були задоволені позови та наявні судові рішення які набули чинності щодо визнання недійсними первісних договорів відчуження майна та об'єкти за якими суди відмовили в таких позовах. Суд першої інстанції задовольнив позов частково. Суд вирішив витребувати майно із незаконного володіння, договори щодо відчуження якого визнано недійсними в судовому порядку та відмовити в задоволенні позову щодо майна, відчуженого позивачем на підставі дійсних договорів купівлі-продажу. Апеляційна інстанція змінила рішення щодо розподілу судових витрат, в частині перегляду справи по суті рішення першої інстанції залишилося без змін [6].

Таким чином, в даній справі склалася ситуація, що описувалась вище. Позивач спеціально ініціював ряд позовів про визнання недійсними первісних договорів відчуження майна (не дивлячись на те, що майно вже і фактично і юридично знаходилось у третьої особи) з єдиною метою встановити юридичний факт неправомірності первісного відчуження майна, та використати зазначене судове рішення (як преюдиційний факт) у наступному позові про витребування майна. Як бачимо ця логіка була сприйнята судами двох інстанцій. Після цього справа була розглянута Касаційним цивільним судом у складі Верховного суду.

Верховний суд скасував рішення судів перших двох інстанцій та відмовив в задоволенні позову. При цьому мотивуючи своє рішення суд застосував ст. 13 ЦК України (припис щодо недопущення зловживання суб'єктивним цивільним правом) та практично дослівно повторив позицію об'єднаної палати Касаційного господарського суду Верховного суду, що описувалась раніше.

З урахуванням викладеного щодо змісту та спрямованості інституту добросовісного набувача (ст. 388 ЦК України), слід звернути увагу, що визначальними в процесі розгляду віндикаційного позову є такі три моменти.

1. Добросовісність набувача. Набувач не знав та не міг знати про відсутність повноважень у особи відчужувати майно. При цьому відповідно до ч. 5 ст. 12 ЦК України, добросовісність набувача презюмується, а зворотнє повинно бути доведено позивачем на загальних підставах.

2. Відплатність договору. Майно придбане за безвідплатним договором підлягає витребуванню у будь-якому випадку.

3. Вольова ознака. Визначальною є наявність, або відсутність волі особи, при вибутті майна з володіння. Так, якщо особа (первісний власник) сама передала добровільно майно іншій особі, а ця особа відповідно в подальшому провела відчуження майна, хоча і не мала права цього робити, таке майно не підлягає витребуванню у добросовісного набувача, оскільки така особа (первісний власник) несе ризик вибору контрагента, якому вона довірила своє майно, та який в подальшому незаконно його реалізував. Натомість у випадку вибуття майна із володіння поза волею первісного власника, відсутня його винна поведінка, та таке майно все ж таки може бути витребувано навіть у добросовісного набувача.

Виходячи з наведеного, питання дійсності/недійсності договору первісної реалізації майна не має правового значення під час вирішення спору про витребування майна з чужого незаконного володіння. Закон байдужий до питання наявності рішення суду про визнання договору первісного відчуження майна недійсним, натомість ключовим в цьому питанні є питання вибуття майна з володіння первісного власника (за волею первісного власника, або поза волею первісного власника). Наприклад, якщо майно вибуло з володіння первісного власника за його волею, та наявне судове рішення про визнання такого договору первісного відчуження недійсним, для суду в наступному спорі про витребування майна, таке рішення не має юридичного значення, адже майно первісно вибуло з володіння за волею первісного власника та навпаки. Якщо майно вибуло з володіння первісного власника поза його волею, однак відсутнім є рішення суду про визнання первісного договору купівлі-продажу недійсним, віндикаційний позов все одно підлягає задоволенню (звісно якщо набувач є добросовісним).

Стосовно спірної ситуації, майно вибуло з володіння первісного власника (ТОВ Інженерний центр «Енергомаш») за договором купівлі-продажу. Сторони не спростовували факту укладення договору сторонами. Виходячи із змісту поняття договір (домовленість двох або більше осіб щодо встановлення цивільних прав та обов'язків) можна констатувати що в будь-якому випадку укладення договору є вольовою діяльністю, а отже укладення договору в принципі виключає факт задоволення віндикаційного позову.

Таким чином, в спірній ситуації факт укладення договору купівлі-продажу між ТОВ Інженерний центр «Енергомаш» та ТОВ «Тімсен» свідчить про вибуття майна із володіння позивача (ТОВ Інженерний центр «Енергомаш») саме за його волею, що само по собі є самостійною підставою відмови у позову навіть не дивлячись на наявність рішень, які набули чинності щодо визнання таких первісних договорів купівлі-продажу недійсними. А отже суд повинен був відмовити у позові саме на підставі ст. 388 ЦК України.

В даному випадку, маємо ситуацію, коли застосування/незастосування припису про зловживання правом вилилось лише у проблему мотивування рішення суду, адже за змістом рішення суду є вірним. Для відповідача не має по суті значення на якій підставі позивачу буде відмовлено в позові. Буде це посилання на ст. 388 ЦК України чи на підставі ч. 3 ст. 13 та ст. 16 ЦК України. Однак описаний випадок має більш глибоке теоретичне значення. Це питання випадків застосування ст. 13 ЦК України та конкуренцію припису ч. 3 ст. 13 ЦК України із правовими приписами встановленими в інших нормах, зокрема нормах особливої частини ЦК України. Закон не містить відповіді на це питання. Теорія застосування також навіть не ставить це питання на порядок денний. На нашу думку вирішення поставленої проблеми полягає у наступному. Припис ч. 3 ст. 13 ЦК України є приватним випадком реалізації принципу добросовісності, а отже є правовим приписом найбільшого рівня узагальнення (більший рівень узагальнення мають лише самі принципи). На додаток до цього, формулювання ч. 3 ст. 13 ЦК України надає судові дуже великий обсяг розсуду. Що не може не відобразитись на передбачуваності застосування наведеного припису та судової практики. У зв'язку із цим, припис щодо недопустимості зловживання цивільним правом має бути застосований лише у виключних випадках, коли наявне явне порушення принципу добросовісності та дисбаланс інтересів учасників. Тому відповідно, припис ч. 3 ст. 13 ЦК України підлягає застосуванню лише у випадку, якщо неможливо справедливо вирішити спір на підстав інших правових приписів. У випадку ж можливості вирішити спір на підставі інших конкретних норм права, як в описаному вище випадку, застосуванню підлягають загальні норми регулюючі дані правовідносини. Крім цього, вважаємо, що безпосередньо в ст. 13 ЦК України необхідно закріпити правила застосування цієї норми та співвідношення її з іншими правовими приписами.

Аналіз наведеної практики Верховного суду наглядно ілюструє стан розвитку методології застосування права взагалі, та припису ч. 3 ст. 13 ЦК України зокрема. Одна із причин такого стану справ, відсутність теоретичних розробок проблеми місяця припису щодо зловживання правом в системі цивільного права. Оскільки припис щодо зловживання правом має значний рівень узагальнення, та є каучуковим (надає великий простір для суддівського розсуду), можна припустити, що він підлягає застосуванню лише тоді, якщо спір неможливо вирішити на підставі конкретних правових норм, що безпосередньо регулюють спірні відносини сторін, або у випадку, якщо застосування конкретних правових приписів призводить до явно несправедливого вирішення спору.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/ed20030116/conv#Text

2. Постанова Верховного суду від 07.12.2018 року по справі № 910/7547/17 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78484783

3. Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text

4. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06 листопада 1991 р. № 1798-XII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text

5. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text

6. Постанова Верховного суду від 27.05.2020 року по справі № 641/9904/16-ц / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89793291

7. Постанова Верховного суду від 27.02.2018 року по справі № 910/4088/17 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72703882

8. Постанова Верховного суду від 31.07.2019 року по справі № 910/9291/17 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/83378723

УДК 347.72
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/33

ОСКАРЖЕННЯ РІШЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ЗБОРІВ КОРПОРАЦІЇ: ПОТОЧНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

APPEALS AGAINST THE DECISION OF THE GENERAL MEETING OF THE LEGAL ENTITY: CURRENT SITUATION AND PROSPECTS OF LEGAL REGULATION

Смірнов Г.Ю., аспірант кафедри цивільного права
Інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Дана стаття присвячена дослідженню особливостей правового регулювання оскарження рішення загальних зборів корпорації як способу захисту корпоративних прав учасників (акціонерів, членів). Автор дійшов висновку, що рішення загальних зборів корпорації за своєю правовою природою є правочином. Розглянуто здатність права на оскарження рішення загальних зборів переходити разом з рештою прав учасників (акціонерів, членів) до набувача частки (акцій, паю). Стверджується, що впровадження будь-яких цензів при реалізації права на оскарження рішення загальних зборів є недоцільним – позивач повинен довести свою здатність у спосіб, відмінний від безпосереднього голосування, вплинути на рішення загальних зборів. Звертається увага на можливості визнання недійсними рішень загальних зборів товариств з обмеженою та додатковою відповідальністю на підставі недотримання кворуму, якщо кворум передбачено в статутах товариств. В статті підкреслюється, що правовим наслідком відсутності протоколу загальних зборів мусить бути оспорюваність рішення, а не його нікчемність. Якщо ж дані протоколу є недостовірними, то за можливості встановити дійсні результати голосування з інших джерел, доцільно звертатися з позовом про проголошення рішення загальних зборів. Автор вважає, що необхідно доповнити перелік документів, на підставі яких здійснюється реєстрація змін до відомостей про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю, рішенням суду про визнання недійсним рішення загальних зборів. В статті також пропонується вдосконалити попередження правопорушень з боку лічильної комісії шляхом покладання надання послуг з підрахунку голосів, якщо інше не передбачено статутом, на депозитарну установу. Окрім цього, превентивний механізм слід доповнити ширшим обмеженням персонального складу лічильної комісії.
Ключові слова: корпорація, корпоративні права, рішення загальних зборів, протокол, кворум, недійсність.

This article is devoted to the study of the peculiarities of the legal regulation of appealing the decision of the general meeting of the corporation as a remedy for the corporate rights of participants (shareholders, members). The author came to the conclusion that the decision of the general meeting of the corporation by its legal nature is a juristic action. The ability of the right to appeal the decision of the general meeting to pass together with the rest of the rights of participants (shareholders, members) to the acquirer of shares (shares, units) is considered. It is argued that the introduction of any qualifications in the exercise of the right to appeal the decision of the general meeting is impractical – the plaintiff must prove his ability, other than through direct voting, to influence the decision of the general meeting. The possibility of invalidating the decisions of the general meeting of limited and additional liability companies on the basis of non-compliance with the quorum, if the quorum is provided in the statutes of the companies is emphasized. The article stresses that the legal consequence of the absence of the minutes of the general meeting must be the right to challenge the decision, not its nullity. If the data of the minutes are unreliable, then, if it is possible to establish the valid results of voting from other sources, it is advisable to file a lawsuit to proclaim the decision of the general meeting. The author believes that it is necessary to supplement the list of documents on the basis of which the registration of changes to the information on limited and additional liability companies is made, with the court decision on invalidation of the decision of the general meeting. The article also proposes to improve the prevention of offenses by the counting commission by entrusting the provision of counting services, unless otherwise provided by statute, to the depository institution. In addition, the preventive mechanism should be complemented by broader restrictions on the personnel of the counting commission.
Key words: corporation, corporate rights, decisions of the general meeting, minutes, quorum, invalidity.

Вступ. Корпоративне право на здійснення управління в корпораціях займає особливе місце серед решти прав учасників (акціонерів, членів) юридичних осіб – дане право не тільки забезпечує реалізацію решти корпоративних прав, але й функціонування та здійснення діяльності корпорації як такої. Принагідно зазначимо, що термін «корпорація» ми вживаємо на позначення підприємницької / непідприємницької юридичної особи, заснованої на засадах членства. Питома вага права на здійснення управління в корпораціях обумовлює той факт, що визнання недійсними рішень загальних зборів (їхнє оскарження) є одним з найпоширеніших способів захисту в корпоративних спорах. Тим не менш, на сьогодні варто констатувати факт недосконалості не тільки правового регулювання оскарження рішення загальних зборів як способу захисту, але також його доктринальних досліджень – серед вчених відсутній консенсус щодо природи рішення загальних зборів як юридичного факту, а також щодо моделі, якою повинен забезпечуватися захист права на здійснення управління, деталі чого ми розкриємо надалі в даній науковій роботі.

Постановка завдання. Метою статті є визначення правової природи рішень органів управління юридичної особи; відповідь на запитання щодо здатності права оскаржувати рішення загальних зборів переходити до набувача частки (акцій, паю); вдосконалення особливостей визнання недійсними рішень загальних зборів з окремих підстав, обумовлених порушенням їх скликання та проведення; окреслення додаткових превентивних механізмів.

Результати дослідження. З огляду на питому вагу уявлення про рішення загальних зборів як юридичного факту при застосуванні такого способу захисту як їх оскарження, ми пропонуємо розпочати наше дослідження зі встановлення правової природи рішень загальних зборів. С. С. Кривушева та А. В. Зеліско вважають, що рішення загальних зборів є особливим юридичним актом [1, с. 53], [2, с. 76–79]. О. В. Гарагонич та О. В. Бігняк вважають, що рішення загальних зборів є актом ненормативного характеру [3, с. 257], [4, с. 309]. С. С. Вілкін та О. В. Кучмієнко вважають, що рішення загальних зборів є правочином, спрямованим на встановлення, зміну чи припинення правовідношення [5, с. 146–147], [6, с. 177]. В українській судовій практиці закріплено підхід, згідно з яким рішення загальних зборів є актом ненормативного характеру, і не є правочином в розумінні ст. 202 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [7]. Втім чи дійсно це так? Для відповіді на це питання, спочатку слід з'ясувати поняття та ознаки правочину.

І. А. Безклубий під правочином розуміє правомірну дію особи, спрямовану на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [8, с. 32]. Д. П. Цвігун

визначає правочин як дію дієздатного суб'єкта цивільного права, яка спрямована на встановлення, зміну та припинення цивільних прав і обов'язків, які не суперечать праву і спрямовані на задоволення особистих прав та інтересів чи прав та інтересів інших осіб [9, с. 42]. І. В. Давидова та С. В. Ясечко визначають правочини як правомірні вольові дії суб'єктів правовідносин, спрямовані на настання правового результату [10, с. 26–27], [11, с. 84]. Законодавче визначення правочину міститься в ч. 1 ст. 203 ЦК України, згідно з якою правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Відповідно, правочин, як юридичний факт, характеризується наступними ознаками: 1) є вольовим актом (актом волевиявлення); 2) є дією, спрямованою на настання правового результату; 3) є дією суб'єктів правовідносин (в межах їх правоздатності та дієздатності); 4) є правомірною дією. Як наслідок, аби з'ясувати чи є рішення загальних зборів правочином, необхідно встановити наявність в ньому вищенаведених ознак.

С. С. Кривушева зазначає, що рішення загальних зборів не є правочином, оскільки приймається органом управління, який не є правосуб'єктним утворенням [1, с. 44]. З такою позицію навряд чи можна погодитися. Адже беручи участь в загальних зборах корпорації, учасники (акціонери, члени) реалізують компетенцію її органу управління, в особі якого діє юридична особа, а отже рішення загальних зборів – рішення юридичної особи, сумнівів щодо правосуб'єктності якої немає.

О. В. Гарагонич вважає, що рішення загальних зборів не може вважатися правочином, оскільки результат такого рішення є обов'язковим для осіб, які голосували проти нього [3, с. 257]. З цією позицією ми також не можемо погодитися. В даному випадку слід розріняти волю осіб, які беруть участь в прийнятті рішення та волю юридичної особи. Загальні збори є органом формування та виявлення волі юридичної особи, а отже прийняте рішення обумовлює правові наслідки, які настають у відповідності зі сформованою (за рахунок більшості голосів учасників, членів, акціонерів) волею юридичної особи як самостійного суб'єкта правовідносин. Тобто мова йде про специфіку формування волі юридичної особи як суб'єкта правовідносин й відповідності правових наслідків її сформованій волі, а не про настання правових наслідків всупереч волі осіб, що голосували за те чи інше рішення. Наведене свідчить скоріше про специфіку рішення загальних зборів як правочину, аніж про неможливість кваліфікації природи рішень загальних зборів в такий спосіб.

А. В. Зеліско вважає, що рішення загальних зборів не може бути правочином, оскільки воно має автономне значення лише для внутрішніх відносин, а щодо зовнішніх відносин є елементом юридичного складу, разом з рішенням виконавчого органу [2, с. 76–79]. Вважаємо, що така позиція передбачає кваліфікацію рішення загальних зборів без зіставлення останнього із ознаками правочину, що навряд чи є вірним підходом. Так, «внутрішні» (а, вірніше, корпоративні) правовідносини відрізняються від зовнішніх правовідносин суб'єктним складом, який не має значення для даної кваліфікації. Взаємодія загальних зборів з виконавчим органом може проявлятися у прийнятті рішення про схвалення значного правочину чи правочину із заінтересованістю – правовий наслідок полягає в санкціонуванні дій виконавчого органу у відносинах з третіми особами. Якщо мова йде про рішення загальних зборів про припинення юридичної особи чи реорганізацію, то правовим наслідком, на який таке рішення спрямовано, буде початок відповідної процедури (припинення чи реорганізації), а не кінцевий результат. В свою чергу, рішення про створення органу управління, розподіл прибутку, виплату дивідендів, викуп частки (акцій), обрання та припинення повноважень членів органу управління, рішення про схвалення зобов'язань учасників тощо здатні безпосередньо породити правові наслідки (зокрема, права та обов'язки). Вони також є вольовими правомірними актами суб'єкта правовідносин, а отже відповідають ознакам правочину. Щодо рішення загальних зборів про внесення змін до установчого документу юридичної особи, слушною є позиція С. С. Вилкіна, що правовим наслідком такого рішення є зміни організаційного характеру – зміна відносин між юридичною особою та її членами, зміна правового статусу самої юридичної особи тощо [6, с. 142–143]. В такому випадку, звернення з боку виконавчого органу до державного реєстратора за здійсненням реєстрації змін до відомостей про юридичну особу буде пов'язано із засвідченням відповідних змін, донесенням відомостей до третіх осіб, а не обумовлюватиме їх виникнення.

Таким чином, в результаті проведного аналізу та зіставлення рішення загальних зборів з ознаками правочину, ми підтримуємо позицію тих вчених, які вважають, що рішення загальних зборів є правочином.

Право на оскарження рішення загальних зборів передбачено ст. 50 Закону України «Про акціонерні товариства» (далі – ЗУ «Про АТ») та п. 8 ч. 1 ст. 258 ЦК України [12], [13]. Згідно зі ст. 50 ЗУ «Про АТ» акціонер, права та охоронювані законом інтереси якого порушені рішенням загальних зборів акціонерів, може оскаржити таке рішення до суду у разі, якщо рішення загальних зборів або порядок прийняття такого рішення порушують вимоги цього Закону, інших актів законодавства, статуту чи положення про загальні збори акціонерного товариства. Доведення факту порушення прав та інтересів учасника (акціонера, члена) корпорації є обов'язковою умовою для визнання недійсними рішень загальних зборів, на чому наполягає і Верховний Суд в Постанові від 24.01.2022 року в справі № 903/326/21 [14]. Щодо обставин, які обумовлюють можливість визнання рішень загальних зборів недійсними, то ними є: 1) відсутність кворуму для проведення загальних зборів; 2) прийняття загальними зборами рішень з питань, не включених до порядку денного загальних зборів товариства; 3) прийняття загальними зборами рішення про зміну статутного капіталу товариства, якщо не дотримано процедури надання акціонерам (учасникам) відповідної інформації [15]; 4) відсутність протоколу загальних зборів [16]; 5) відсутність або неналежне повідомлення про скликання загальних зборів тощо [17].

З вищенаведеного зрозуміло, що право оскаржити рішення загальних зборів належить особі, яка була учасником (акціонером, членом) корпорації на момент ухвалення рішення, та чиї корпоративні права було тим самим порушено. Водночас, виникає питання щодо існування права оскаржити рішення в осіб, які набули частку (акції, пай) після прийняття рішення, яке є предметом оскарження. Верховний Суд в Постанові від 07.10.2020 року в справі № 450/2286/16-ц визнав, що право оскаржити рішення загальних зборів ТОВ може перейти в порядку спадкування, однак не як корпоративне право, а як суб'єктивне право спадкодавця [18]. В даному випадку, суд визнав можливість переходу права на оскарження рішення загальних зборів в порядку універсального правонаступництва – спадкування, з чим ми не можемо не погодитися. При універсальному правонаступництві до правонаступника переходять права та обов'язки в тому обсязі, в якому ними володів правопопередник разом з часткою, акціями чи паєм, що їх посвідчують (за винятком тих, що нерозривно пов'язані з особою останнього). Положення ст. 1219 ЦК України, якою право участі не входить до спадщини, є застарілим, оскільки ґрунтується на нині не чинній ст. 100 ЦК України, яким дане право помилково визнавалось особистим немайновим та нерозривно пов'язаним з особою – дане право є відчужуваним, здатне змінювати свого носія, переходячи разом з часткою (акціями, паєм).

Попри зазначене, на нашу думку, перехід права на оскарження рішення загальних зборів може відбуватися не тільки при універсальному, але й сингулярному правонаступництві, яке має місце при зміні власника частки (акцій, паю). Права учасника (акціонера, члена) корпорації не припиняються та не виникають в набувача частки (акцій, паю) заново: відбувається зміна суб'єкта корпоративного правовідношення, опосередкованого оборотоздатним об'єктом. З моменту виникнення, право на оскарження рішення загальних зборів є правом учасника (акціонера, члена) корпорації, а тому при відчуженні частки (акцій, паю) переходить до набувача разом з рештою корпоративних прав (прав участі). На сингулярному правонаступництві в правах учасника (акціонера, члена) при відчуженні частки (акцій, паю) наголошують А. В. Смітюх, Л. В. Сіщук, І. А. Назімов та інші вчені [19, с. 25], [20, с. 158–159], [21, с. 138–139]. Д. В. Ломакін дотримується протилежної точки зору, і вважає, що правонаступництва при відчуженні частки (акцій, паю) не відбувається, оскільки: 1) неможливо пояснити чому тоді до набувача не переходять додаткові корпоративні права, встановлені щодо окремого учасника (відчужувача); 2) в товариства, яке набуло частку у власному статутному капіталі, не виникає жодних інших прав, окрім права розпоряджатися часткою [22, с. 295–296]. На нашу думку, вищенаведені ситуації не спростовують твердження про сингулярне правонаступництво при відчуженні частки (акцій, паю) і цілком пояснюються наступним: 1) додаткові права встановлюються щодо учасника (акціонера, члена) корпорації у зв'язку з його особистими якостями та заслугами і є нерозривно пов'язаними з особою учасника (акціонера, члена) корпорації, а тому й не переходять при сингулярному правонаступництві з рештою корпоративних прав; 2) товариство не набуває корпоративних прав щодо самого себе при набутті частки у власному статутному капіталі, оскільки відсутній членський зв'язок, який є обов'язковою передумовою набуття корпоративних прав.

Сингулярне правонаступництво, на відміну від універсального, характеризується переходом лише певної частини прав та обов'язків, якими володів правопопередник. У випадку з відчуженням частки, акцій чи паю, мова йде про ті права та обов'язки, які належали особі як учаснику (акціонеру, члену) корпорації. Наведене, наприклад, дозволяє А. А. Кузнєцову, І. А. Назімову та іншим вченим зробити висновок, що якщо акціонер на момент продажу (відчуження) володів правом на оскарження рішення загальних зборів, то дане право переходить до нового акціонера в складі комплексу прав, посвідчуваних акцією [23, с. 74–75], [21, с. 139]. Аналогічний підхід щодо посвідчення акцією, часткою права особа на звернення до суду з позовом продемонстровано в Звіті Комісії з питань права Англії та Уельсу від 1997 року в частині похідного позову: «право його пред'явлення входить до в'язки прав, що посвідчуються акцією (часткою)» [24, с. 101].

Важливо звернути увагу також на той факт, що можливість переходу права на оскарження рішення загальних зборів до набувача частки (акцій, паю) не позначиться на стабільності корпоративних правовідносин чи цивільного обороту, а лише забезпечить послідовне застосування права в частині правових наслідків юридичного факту – сингулярного правонаступництва при відчуженні частки (акцій, паю). Зокрема, згідно зі ст. 262 ЦК України, зміна сторони зобов'язання не призводить до переривання перебігу строку позовної давності. Дана норма стосується сингулярного правонаступництва в зобов'язальних правовідносинах. Корпоративні правовідносини зобов'язальними не є, оскільки права що складають їх зміст – право на участь в управлінні, право на отримання інформації, право на отримання дивідендів (на участь в їх розподілі) – не припиняються належним виконанням кореспондуючих їм обов'язків та не приводять до припинення правовідношення членства. Однак, як і в зобов'язальних правовідносинах, в межах корпоративних правовідносин сингулярне правонаступництво в правах та обов'язках при відчуженні частки (акцій, паю) відбувається через зміну суб'єкта правовідношення. Відповідно, допустимо застосувати ст. 262 ЦК України за аналогією: зміна власника частки (акцій, паю) не повинна призводити до переривання перебігу строку позовної давності.

З метою забезпечення балансу інтересів більшості учасників (акціонерів, членів), корпорації та особи, чиї права порушено прийнятим на загальних зборах рішенням, в законодавствах іноземних держав передбачено майновий ценз одноосібного чи сукупного володіння часткою (акціями) в статутному капіталі. В основі встановлення цензу при оскарженні рішення загальних зборів є ідея, що учасники (акціонери), які нездатні одноосібно чи сукупно подолати майновий ценз, визнаються такими, що позбавлені можливості істотно вплинути на управління корпорацією, змінити результат голосування [25, с. 98]. Так, згідно зі ст. 206 Закону Іспанії «Про корпоративні підприємства» оскаржити рішення загальних зборів акціонерного товариства можуть акціонери, що володіють: 1) 1 % статутного капіталу для ПрАТ; 2) 0,001 % статутного капіталу для ПАТ [26]. Дещо інші розміри цензу передбачені законодавством Італії – згідно зі ст. 2377 Цивільного кодексу Італії ценз для акціонерів ПАТ становить 1 %, а для акціонерів ПрАТ – 5 % статутного капіталу [27].

Варто зазначити, що саме по собі встановлення подібного цензу є вкрай неоднозначним підходом. Попри свою беззаперечну спрямованість на попередження зловживань правом на оскарження рішень загальних зборів, встановлення цензу містить і певні недоліки. На відміну від похідного позову, де ценз відіграє роль механізму *надання права звертатися за захистом від імені та в інтересах юридичної особи*, якого учасник (акціонер, член) останньої за звичайних умов позбавлений, при оскарженні рішення загальних зборів, особа звертається від свого імені за захистом власного порушеного права, а не від чужого імені (корпорації) й за захистом чужих прав як при похідному позові. Через це не тільки ценз обмежуватиме право на захист, але, у зв'язку з тим що такий учасник може бути єдиним, чиї права порушено, він не зможе одноосібно подолати встановлений ценз. Відповідно, встановлення цензу для оскарження рішень загальних зборів не тільки перетворить право на участь в управлінні міноритаріїв на формальність, але й *опосередковано позбавлятиме захисту суб'єктивного права кожного, хто не здатен одноосібно подолати встановлений ценз (у випадках, коли лише його права порушені прийнятим рішенням)*. Подібне позбавлення права на захист, в свою чергу, суперечитиме ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та ст. 55 Конституції України [28], [29]. Власне, саме з огляду на недопущення позбавлення міноритарних акціонерів будь-якого захисту, а. 2 ч. 1 ст. 206 Закону Іспанії «Про корпоративні підприємства» та а. 4 ст. 2377 Цивільного Кодексу Італії передбачено, що особи, що не володіють необхідною кількістю акцій, мають право звернутися з позовом про відшкодування шкоди.

Проте, на нашу думку, встановлення цензу, навіть за таких умов, не позбавлене суттєвих недоліків. Адже наявність цензу перешкоджає захистити права тих міноритаріїв, які дійсно (шляхом надання релеватної інформації, участі в обговоренні чи пропозиції власних кандидатур) могли повпливати на рішення загальних зборів – вплив учасника (акціонера, члена) корпорації на результати голосування не вичерпується кількістю його голосів. Дану позицію систематично висловлює і Верховний Суд – наприклад, в Постанові від 09.02.2022 в справі № 916/3631/20 [30].

Тим не менш, принагідно зазначимо, що належність способу захисту не обмежується його ефективністю – здатністю відновити порушене (невизнане, оспорюване)

право та/або інтерес, чи надати справедливе відшкодування. Належний спосіб захисту, серед іншого, повинен відповідати такій ознаці як співрозмірність. Так, Верховний Суд в Постанові від 24.11.2021 року в справі № 904/5874/19 (904/4623/19) зазначив, що вирішуючи питання ефективності обраного способу захисту, суди мають враховувати баланс інтересів учасників і самого товариства, уникати зайвого втручання в питання діяльності товариства, які вирішуються виключно рішеннями загальних зборів учасників товариства та надавати оцінку добросовісності дій його учасників [31]. В. В. Петруня зазначає, що критерій співрозмірності означає, що «цілі обмежень прав мають бути істотними, а засоби їх досягнення – обґрунтованими і мінімально обтяжливими для осіб, чиї права обмежуються» [32, с. 138]. Згідно з М. К. Богуш, співрозмірність означає що «порушене право поновлюється на стільки, наскільки воно порушене, але в будь-якому випадку не більше» [33, с. 115]. На думку О. О. Кота, співмірність способу захисту означає, що право відновлюється співрозмірно із заподіяним пошкодженням. Вчений продовжує, що часом спосіб захисту може бути ефективним, однак не відповідати характеру порушення [34, с. 213–214].

Так, визнання недійсним рішення загальних зборів не буде співрозмірним при зверненні з відповідним позовом власника акцій та частки, що становлять 1 % статутного капіталу (власника 1 акції) чи особи, яка представляє 1/100 від кількості учасників. При цьому такі особи в спосіб, відмінний від голосування, можуть як вплинути, так і не вплинути на прийняття рішення (що більш ймовірно). Відповідно, процедура формування волі корпорації перетворюється на чисту формальність, істотно порушується баланс інтересів (шкода завдана решті учасників та корпорації є надмірною порівняно із захищеним правом) та створюється реальна загроза стабільності діяльності корпорації. Як наслідок, безумовне надання можливості кожному учаснику (акціонеру, члену) корпорації оскаржувати рішення загальних зборів теж не є правильним підходом.

Таким чином, в цілях забезпечення здійснення та співрозмірності захисту порушених корпоративних прав, оскарження рішення загальних зборів не повинно обмежуватися жодним цензом – суди повинні оцінювати можливість учасника (акціонера, члена) корпорації вплинути на результат голосування, не обмежуючись звичайним встановленням належної йому кількості голосів. Тягар доказування вищезазначеної можливості лежить на позивачеві. Надалі перейдемо до більш детального аналізу підстав недійсності рішень загальних зборів.

Щодо відсутності кворуму, як підстави недійсності рішення загальних зборів, необхідно зазначити наступне. Під кворумом розуміється певна кількість учасників корпорації, яка є необхідною для того, аби загальні збори були правомочними приймати будь-які рішення. Чинним законодавством кворум загальних зборів передбачено лише щодо акціонерних товариств. Так, згідно зі ст. 41 ЗУ «Про АТ», загальні збори акціонерного товариства мають кворум за умови реєстрації для участі у них акціонерів, які сукупно є власниками більш як 50 відсотків голосуючих акцій. Якщо учасники загальних зборів не володіють зазначеною кількістю голосуючих акцій, то загальні збори є неповноважними приймати будь-які рішення, а отже й будь-які рішення, оформлені протоколом, слід визнавати недійсними.

Щодо ТОВ та ТДВ, то кворум в понад 50 % голосів передбачався нині не чинною ст. 60 Закону України «Про господарські товариства» [35]. Натомість, відповідно до положень Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (далі – ЗУ «Про ТОВ та ТДВ») законодавчу вимогу щодо кворуму для загальних зборів учасників ТОВ та ТДВ скасовано [36]. Водночас, виникає питання чи відповідатиме чинному законодавству встановлення кворуму статутом ТОВ та ТДВ? Чи буде відсутність його дотримання підставою визнання недійсним рішення загальних зборів? Відповідь на це питання надана в Постанові Верховного Суду від 18.06.2020 року в справі 922/298/19. В ній Верховний Суд погодився з висновками апеляційного суду, який визнав недійсним рішення загальних зборів ТОВ у зв'язку з відсутністю кворуму, передбаченого статутом, виходячи з того, що: 1) чинне законодавство не містить заборони визначати статутом кворум; 2) ч. 1 ст. 33 ЗУ «Про ТОВ», передбачає можливість регламентації порядку проведення зборів як Законом, так і статутом [37].

Щодо недійсності рішення загальних зборів, прийнятого з порушенням компетенції, то варто зазначити наступне. Так, прийняття рішень органом юридичної особи та, як наслідок, формування та виявлення волі останньої, є можливим лише за дотримання його компетенції – переліку повноважень, в межах яких дії органу юридичної особи ототожнюються з діями юридичної особи та породжують для останньої правові наслідки. Якщо рішення приймалося за межами компетенції, таке рішення безумовно не породжує правових наслідків, а отже є нікчемним незалежно від того, чи порушує воно суб'єктивне право на здійснення управління, чи ні. Натомість, О. В. Бігняк зазначає, що рішення загальних зборів, прийняте з питань, віднесених до компетенції інших органів управління, не може бути недійсним, оскільки загальні збори, згідно зі ст. 98 ЦК України, мають право приймати рішення з будь-яких питань діяльності товариства [4, с. 309–310]. Аналогічним чином дане питання врегульовано в ч. 1 ст. 33 ЗУ «Про ТОВ та ТДВ». На нашу думку, з позицією вченого можна погодитися лише частково, з огляду на особливості правового регулювання акціонерних товариств.

Справа в тому, що в акціонерних товариствах, згідно з а. 2 ч. 1 ст. 33 ЗУ «Про АТ» прийняття рішень загальними зборами з питань, віднесених до виключної компетенції наглядової ради, можливо лише в тому випадку, якщо відповідне положення буде передбачене статутом приватного акціонерного товариства (подібна можливість взагалі не передбачена щодо публічних акціонерних товариств). Відповідно, рішення загальних зборів, прийняте з питання, віднесеного до виключної компетенції наглядової ради ПрАТ, є нікчемним, якщо в статуті відсутнє положення, що дозволяє загальним зборам приймати рішення з питань, що належать до компетенції наглядової ради.

Як ми зазначали раніше, однією з підстав недійсності рішення загальних зборів є відсутність протоколу. З даного приводу варто зазначити, що протокол загальних зборів за своєю суттю є формою фіксації волевиявлення учасників юридичної особи, в якій фіксується перебіг засідання загальних зборів та його результати (прийняті рішення) та є засобом встановлення та доказування наявності рішень загальних зборів як юридичних фактів. Інакше кажучи, слід розмежовувати рішення як юридичний факт – результат голосування з питання порядку денного – та форму його фіксації, якою є протокол. Саме рішення є предметом оскарження, на чому наголошує і Верховний Суд [38]. Розуміння наведеного розмежування має істотне значення при захисті порушених корпоративних прав учасника (акціонера, члена) корпорації. Особа, що оспорює рішення загальних зборів, зацікавлена в його скасуванні як юридичного факту, яким порушені її корпоративні права – протокол загальних зборів такій ознаці не відповідає, до скасування рішення не призведе, а тому, як наслідок, його визнання недійсним не буде належним способом захисту.

Варто розуміти, що обов'язковість складення протоколу, передбачена чинним законодавством, спрямована на полегшення встановлення проведення та забезпечення достовірності відомостей щодо прийнятих на загальних зборах

рішень, однак протокол загальних зборів, сам по собі, не визначає існування відповідних рішень як юридичних фактів. Як справедливо зазначає С. С. Кривушева, за відсутності протоколу рішення загальних зборів, як юридичний факт, могло відбутися, і таке рішення, у зв'язку з порушенням правил його фіксації, є оспорюваним [1, с. 125–126]. Слушною є також думка А. В. Мосіна, що за відсутності протоколу, сторона спору не позбавлена можливості посилатися на інші докази, зокрема на аудіо- чи відеозпис зібрання (або ж навіть показання свідків, якщо цього вимагатимуть обставини – примітка Г. Ю.) [25, с. 150]. В свою чергу, законодавець, в ч. 3 ст. 45 ЗУ «Про АТ», правовим наслідком відсутності протоколу визначив нікчемність рішення загальних зборів, що навряд чи є правильним підходом. Відсутність рішення як юридичного факту повинно встановлюватися виходячи з аналізу сукупності наявних доказів, що й здійснюється судом під час розгляду справи. Таким чином, правовим наслідком відсутності протоколу повинна бути оспорюваність рішення загальних зборів, втім не їхня нікчемність.

Варто також звернути увагу на те, що часом дійсне волевиявлення учасників (акціонерів, членів) корпорації за результатами голосування може не співпадати з даними протоколу, в якому повинні були бути зафіксовані результати голосування. А. А. Кузнєцов справедливо зазначає, що рішення є результатом голосування, по відношенню до якого підведення підсумків чи зміст складеного протоколу є зовнішніми обставинами [39, с. 254–255]. Визнання недійсним рішення загальних зборів в такому випадку призведе до необхідності повторного проведення загальних зборів з метою прийняття рішення з питання (питань) порядку денного. Натомість, якщо є спосіб встановити дійсні результати голосування – на підставі дійсних бюлетнів, аудіо- чи відеозапису, показань свідків тощо, то в іноземних законодавствах передбачена можливість звернення до суду з позовом про «проголошення рішення загальних зборів» (а. 2 § 5–24 Закону Норвегії «Про акціонерні товариства» та § 4 Глави 21 Закону Фінляндії «Про компанії» [40], [41]. Можливість особи звертатися до суду з вимогою проголошення рішення загальних зборів передбачена й в правозастосовній практиці судів Німеччини [42]. Пропозицію щодо імплементації подібного способу захисту раніше висловлював А. А. Кузнєцов [39, с. 254–255].

І. В. Спасибо-Фатєєва, О. О. Остапенко та І. М. Галіян вважають, що право оскаржити рішення загальних зборів належить виключно особі, яка не брала участі в загальних зборах або голосувала проти оскаржуваного рішення [43, с. 318], [44, с. 137–138], [45, с. 65]. Подібний підхід передбачено в законодавстві низки іноземних держав. Так, згідно з п. 1 ч. 1 ст. 245 Закону Німеччини «Про акціонерні товариства», ч. 3 ст. 178 Комерційного Кодексу Естонії право оскаржити рішення загальних зборів має особа, яка не брала участь в загальних зборах, або ж якщо була, то висловила заперечення проти оскаржуваного рішення, про що було зроблено запис до протоколу [46], [47]. В обох випадках, норми сформовані таким чином, що визначають не *можливість задоволення позову, а саме його пред'явлення*.

На наше переконання, подібний підхід, попри свою спрямованість на попередження зловживанням правом на захист, є вкрай неоднозначним. Зрозуміло, що без всебічного розгляду справи та дослідження всіх доказів, суд, попри відомості протоколу, не здатен визначити чи голосувала особа за відповідне рішення добровільно, чи під примусом (добровільно чи під примусом вона не заявила заперечення щодо нього), чи не був наявним такий дефект волевиявлення як обман (надання недостовірних відомостей), тощо. Відповідно, ані при вирішенні питання про відкриття провадження, ані при розгляді справи, відомості в протоколі загальних зборів – саме волевиявлення як факт – не можуть самі по собі визначати подальше рішення суду та можливість особи захистити порушене право. Такий підхід, з огляду на свою надмірну формальність, не стільки попереджає зловживання з боку міноритарних учасників, скільки створює невиправдані обмеження для добросовісних міноритаріїв в реалізації свого права на захист – ставить їх в ще більш вразливе становище відносно протиправної поведінки мажоритарних учасників (більшості учасників) корпорації. Тому вважаємо, що імплементувати подібну норму до українського законодавства недоцільно.

Відповідно до чинного законодавства, реалізація корпоративного права на здійснення управління корпорацією забезпечується і нерозривно пов'язана з обов'язком останньої, в особі уповноваженого органу, здійснити повідомлення учасників (акціонерів, членів) про скликання загальних зборів – дату проведення, час, місце, порядок денний та інші відомості, визначені у законодавстві (ч. 1, 3 ст. 35 ЗУ «Про акціонерні товариства»; ч. 2–5 ст. 32 ЗУ «Про ТОВ та ТДВ»; ст. 15 Закону України «Про кооперацію» тощо) [48]. Таке повідомлення здійснюється у строк, визначений законодавцем. Так, згідно з вищенаведеними нормами законодавства, для акціонерних товариств повідомлення має бути здійснено не раніше ніж за 60 днів та не пізніше ніж за 30 днів до дати проведення загальних зборів; для ТОВ та ТДВ – не пізніше ніж за 30 днів до дати проведення загальних зборів, якщо інше не передбачено статутом; для кооперативів – не пізніше ніж за 10 днів до дати проведення загальних зборів. Безумовно, що відсутність самого повідомлення учасника (акціонера, члена) корпорації порушує право останнього на здійснення управління, а тому є самостійною підставою для визнання недійсним рішення загальних зборів [17]. Верховний Суд в Постанові від 24.01.2022 року в справі № 903/326/21 пов'язує порушення прав учасника товариства зі своєчасністю повідомлення та наявністю в повідомленні вичерпної інформації про скликання загальних зборів, оскільки таке повідомлення впливає на можливість формування учасниками (акціонерами) своєї волі при прийнятті рішень на загальних зборах, аби кожен з них міг належним чином підготуватися і сформувати своє бачення з питань порядку денного [14].

Варто звернути увагу на певну специфіку визнання недійсним рішення загальних зборів в товариствах з обмеженою та додатковою відповідальністю. Верховний Суд в Постанові від 26.02.2021 року в справі 905/565/19 зазначив, що позов про визнання недійсним рішення загальних зборів буде ефективним та належним лише тоді, коли його задоволення буде підставою внесення відомостей до ЄДР [49]. Справа в тому, що в п. 3 ч. 5 ст. 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» (далі – ЗУ «Про державну реєстрацію юридичних осіб») встановлює виключний перелік документів, на підставі яких *вносяться відомості про розмір статутного капіталу, розміри часток у статутному капіталі чи склад учасників ТОВ та ТДВ* [50]. Серед судових рішень ними є рішення: 1) про визначення розмірів статутного капіталу та часток учасників; 2) про стягнення (витребування з володіння) з відповідача частки (частини частки) у статутному капіталі (належними способами захисту будуть відповідні позови – про визначення розмірів статутного капіталу та часток; про витребування з володіння відповідача частки). На думку суду, законодавець в п. 3 ч. 5 ст. 17 ЗУ «Про державну реєстрацію юридичних осіб» визначив спеціальні способи захисту для учасників ТОВ чи ТДВ, з якими він може звернутися до суду для наступної реєстрації змін до відомостей про розмір статутного капіталу, склад учасників та розмірів часток, серед яких немає визнання недійсним рішення загальних зборів щодо відомостей.

На нашу думку, положення п. 3 ч. 5 ст. 17 ЗУ «Про державну реєстрацію юридичних осіб» є результатом істотної помилки, закладеної в процесі розробки даної законодавчої норми. Потрібно розуміти, що перелік документів, наведених в п. 3 ч. 5 ст. 17 ЗУ «Про державну реєстрацію юридичних осіб», обумовлений здатністю документів засвідчувати юридичні факти, що призвели до зміни корпоративних правовідносин в корпорації – зміни складу учасників, зміни розміру статутного капіталу, розподілу часток (та обсягу корпоративних прав) між учасниками. Судове рішення, яким визнається недійсним рішення загальних зборів, також призводить до змін в корпоративних правовідносинах, оскільки повертає всіх причетних суб'єктів у стан, який існував до прийнятого рішення. Результатом недійсності рішення загальних зборів можуть бути зміни в усіх відомостях, визначених в ч. 5 ст. 17 ЗУ «Про державну реєстрацію» – зокрема, мова йде про недійсність таких рішень: 1) про виключення учасника; 2) про збільшення/зменшення статутного капіталу; 3) про викуп частки (акцій, паю) у власному статутному (складеному, пайовому) фонді тощо. Так, доволі складно зрозуміти, яким чином особа може відновити свою участь, припинену внаслідок неправомірно прийнятого рішення про виключення з ТОВ чи ТДВ, шляхом подання позову про визначення розмірів статутного капіталу та розмірів часток учасників, якщо предметом такого позову не є оскарження юридичного факту, який призвів до змін в статутному капіталі та співвідношеннях часток. Відповідно, отримуємо ситуацію, коли цілком належний та ефективний спосіб захисту порушених корпоративних прав – оскарження рішення загальних зборів – не застосовується в судовій практиці через суто формальні причини та помилку в законодавчій техніці авторів закону.

Таким чином, пропонуємо внести зміни до п. 3 ч. 5 ст. 17 ЗУ «Про державну реєстрацію юридичних осіб», доповнивши його п.п. «и» наступного змісту: «судове рішення, що набрало законної сили, про визнання недійсним рішення загальних зборів товариства з обмеженою відповідальністю, товариства з додатковою відповідальністю».

В контексті дослідження оскарження рішень загальних зборів як способу захисту корпоративних прав, вважаємо за необхідне звернути увагу на роль реєстраційної та лічильної комісій при вчиненні правопорушень під час скликання та проведення загальних зборів. Інакше кажучи, слід поговорити про превенцію правопорушень, які можуть стати підставою для недійсності рішень загальних зборів. Варто зазначити, що реєстраційна комісія може вчиняти наступні порушення, що можуть бути підставою для визнання недійсними рішень загальних зборів: 1) неправомірна відмова в реєстрації акціонера чи його представника, з метою недопущення їх участі в загальних зборах акціонерного товариства; 2) маніпулювання шляхом встановлення відсутності кворуму, коли він, де-факто, наявний та встановлення наявності кворуму коли він, де-факто, відсутній. В свою чергу, лічильна комісія може маніпулювати підрахунком голосів з метою забезпечення їх необхідної кількості, аби те чи інше рішення вважалося прийнятим.

Будь-які з наведених вище порушень та зловживань, в першу чергу, вчиняються в своїх або чужих інтересах. Саме тому, з огляду на положення ст. 62 ЗУ «Про АТ», не можуть бути членами реєстраційної чи лічильної комісії народні депутати; керівники центральних та місцевих органів влади; посадові особи органів прокуратури, суду; державні службовці; особи, що мають не зняту чи не погашену судимість тощо. Попередження зловживань з боку членів реєстраційної та лічильної комісії забезпечується також передбаченим ч. 4 ст. 40 ЗУ «Про АТ» правом акціонерів, що є власниками 10 і більше відсотків акцій, призначити своїх представників для нагляду за реєстрацією акціонерів, проведенням загальних зборів, голосуванням та підбиттям підсумків. Спеціальним механізмом попередження порушень та зловживань з боку реєстраційної комісії є передбачені а. 2 ч. 3 ст. 40 ЗУ «Про АТ» виключні підстави для відмови в реєстрації акціонерів: відсутність в акціонера чи його представника документів, що ідентифікують особу, а у представника – документів, що підтверджують його повноваження. Попередження зловживань та правопорушень з боку членів лічильної комісії забезпечується передбаченим ч. 2 ст. 44 ЗУ «Про АТ» обмеженням її персонального складу – її членами не можуть бути особи які є кандидатами або входять до складу органів товариства.

Вищенаведене свідчить, що чинне законодавство в більшій мірі попереджає порушення та зловживання з боку членів реєстраційної комісії, аніж членів лічильної комісії, оскільки реалізація їх повноважень щодо реєстрації акціонерів є чіткою та безальтернативною. Натомість в основі забезпечення достовірності відображення результатів голосування лічильною комісією є попередження конфлікту інтересів та можливість нагляду за здійсненням членами комісії своїх повноважень. Аналіз процитованих нами законодавчих положень дозволяє зробити висновок про недосконалість правового регулювання в частині попередження конфлікту інтересів членів лічильної комісії. Так, передбачене ч. 2 ст. 44 ЗУ «Про АТ» персональне обмеження складу лічильної комісії не враховує можливість обрання до її складу афілійованих осіб акціонерів або афілійованих осіб членів органів управління – очевидно, що чоловік чи дружина, батьки, брати та сестри тощо будуть діяти в інтересах мажоритарних акціонерів (групи акціонерів), які їх обрали, на шкоду міноритарним акціонерам. Також варто врахувати виникнення конфлікту інтересів при обранні працівників корпорації.

Звертаємо увагу, що, згідно з ч. 1 ст. 44 ЗУ «Про АТ» склад лічильної комісії обирається загальними зборами, а до обрання членів лічильної комісії підрахунок голосів здійснюється тимчасовою лічильною комісією, яка, згідно з а. 2 ч. 1 ст. 44 ЗУ «Про АТ», обирається наглядовою радою. До складу останньої, в свою чергу, згідно з ч. 3 ст. 53 ЗУ «Про АТ», обираються акціонери (їхні представники) та/або незалежні директори. Чинне законодавство встановлює мінімальну кількість незалежних директорів в 1/3 або не менше 2 осіб лише щодо публічних акціонерних товариств та акціонерних товариств, в яких 50 % статутного капіталу якого належить державі або 50 і більше відсотків належить господарським товариствам, що на 100 % належать державі. Відповідно, в усіх інших випадках персональний склад як лічильної комісії, так і тимчасової лічильної комісії, безумовно, буде сформований та діятиме в інтересах більшості, в тому числі за ті чи інші майнові та немайнові заохочення. Відповідно, з огляду на порядок формування лічильної комісії, пропозиція обмеження її персонального складу не здатна попередити виникнення конфлікту інтересів, вчинення порушення та зловживань – закон просто не здатен врахувати всі можливі випадки. На нашу думку, слід рухатися в іншому напрямку та законодавчо визначити конкретного суб'єкта надання даних послуг.

Повноваження лічильної комісії доцільно закріпити за професійним учасником депозитарної системи – депозитарною установою, з якою акціонерне товариство укладатиме договір. Такий підхід дійсно сприятиме об'єктивності та неупередженості лічильної комісії, а також підвищенню якості надання ними послуг. Водночас, безумовна імперативність такої норми певне була б неправильним рішенням – монополія є крайньою мірою, яка пов'язана з ризиком зловживання таким становищем, поступовим погіршенням якості послуг за відсутності конкуренції тощо. Саме тому, якщо акціонерів, з тих чи інших причин (ціна, якість послуг, зручність, ступінь довіри, тощо) не

влаштовує здійснення підрахунку голосів депозитарною установою, то вони повинні мати можливість відмовитись від послуг депозитарної установи та самостійно обрати склад лічильної комісій. Однак, аби попередити зловживання з боку мажоритарних акціонерів чи більшості акціонерів, прийняття такого рішення повинно здійснюватися кваліфікованою більшістю – трьома чвертями голосів. В такому випадку, ЗУ «Про АТ» повинен містити раніше зазначені нами обмеження персонального складу лічильної комісії. Зокрема, членами лічильної комісії не повинні бути: кандидати або члени органів акціонерного товариства, працівники, афілійовані особи акціонерів або членів органів акціонерного товариства.

Висновки. Таким чином, рішення загальних зборів будь-якої корпорації слід розуміти як особливий різновид правочину, а не акт ненормативного характеру – така концепція, на нашу думку, є відмовою від більш глибокого аналізу предмету дослідження. Право на оскарження рішення загальних зборів належить особі як учаснику (акціонеру, члену) корпорації, а тому як і решта корпоративних прав здатне переходити разом з часткою (акціями, паєм) в порядку сингулярного правонаступництва. Право особи звернутися з позовом про визнання недійсним рішення загальних зборів не повинно обмежуватися майновим чи іншим цензом – задоволення позову залежить від здатності позивача, не обмежуючись кількістю голосів, довести свою здатність вплинути на рішення загальних зборів. Якщо статутом ТОВ та ТДВ передбачено кворум, то його недотримання є підставою недійсності рішення загальних зборів. Відсутність протоколу загальних зборів є підставою недійсності рішення загальних зборів, однак в жодному разі не його нікчемності. Якщо дані протоколу загальних зборів не відповідають дійсності, варто звернути увагу на можливість імплементації до українського законодавства можливості учасника (акціонера, члена) корпорації звертатися з позовом про проголошення рішення загальних зборів, якщо існує можливість встановити дійсні результати голосування з інших джерел. Судове рішення про визнання недійсним рішення загальних зборів повинно бути зазначене в п. 3 ч. 5 ст. 17 ЗУ «Про державну реєстрацію» серед документів, на підставі яких здійснюється реєстрація змін до відомостей про ТОВ та ТДВ. З метою вдосконалення попередження правопорушень з боку лічильної комісії акціонерного товариства, варто передбачити що її функції, якщо інше не передбачено статутом, здійснює депозитарна установа. Відмова від послуг депозитарної установи здійснюється шляхом прийняття відповідного рішення трьома-чвертями голосів, й членами лічильної комісії не можуть бути кандидати або члени органів акціонерного товариства, працівники, афілійовані особи акціонерів або членів органів акціонерного товариства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кривушева С. С. Решения собраний как юридические факты в российском гражданском праве : дис. канд. юр. наук: 12.00.03 / Екатеринбург, Уральский гос. юрид. ун-т, 2017, 224 с.
2. Зеліско А. В. Юридичні акти як форма реалізації правосуб'єктності підприємницьких юридичних осіб приватного права. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2016. Вип. 42. С. 70–83.
3. Гарагонич О. В. Господарська правосуб'єктність акціонерних товариств : дис. докт. юр. наук: 12.00.04 / Київ, Інститут економіко-правових досліджень імені В. К. Мамутова Національної академії наук України, 2020, 466 с.
4. Бігняк О. В. Цивільно-правовий захист корпоративних прав в Україні : дис. докт. юр. наук: 12.00.03 / Одеса, Національний університет «Одеська юридична академія», 2018, 501 с.
5. Кучмієнко О. В. Зловживання правом у корпоративних правовідносинах : дис канд. юр наук: 12.00.03 / Київ, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2016, 230 с.
6. Вилкин С. С. Гражданско-правовая природа волевых актов коллегиальных органов юридического лица : дис. канд. юр. наук: 12.00.03 / Москва, Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова, 2009, 221 с.
7. Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 04.08.2021 року в справі № 918/36/19. URL: http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=98911271&red=10000301895c844120f4f5954929aae702bdc8&d=5
8. Безклубий І. А. Теоретичні засади формування правочину. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2008. № 4. С. 29–34.
9. Цвігун Д. П. Правові наслідки недійсності правочинів: основні аспекти. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2021. № 38. С. 40–43.
10. Давидова І. В. Загальні ознаки правочинів, що вчиняються суб'єктами цивільних правовідносин. *Часопис цивілістики*. 2015. Вип. 18. С. 25–28.
11. Ясечко С. В. Генеза поняття правочин у цивільному праві. *Університетські наукові записки*. 2014. № 4. С. 80–87.
12. Про акціонерні товариства : Закон України від 17.09.2008 № 514-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17#Text (дата звернення: 19.06.2022 року).
13. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 19.06.2022 року).
14. Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 24.01.2022 року в справі № 903/326/21. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/102914064 (дата звернення: 19.06.2022 року).
15. Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 14.04.2021 року в справі № 911/2571/19. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/96461097 (дата звернення: 19.06.2022 року).
16. Постанова Північно-західного апеляційного господарського суду від 22.09.2021 року в справі № 918/179/21. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/99924359 (дата звернення: 19.06.2022 року).
17. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 13.10.2021 року в справі № 908/1767/20. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/100579149 (дата звернення: 19.06.2022 року).
18. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 07.10.2020 року в справі № 450/2286/16-ц. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/92173296
19. Смітюх А. В. Корпоративні права та корпоративні паї (частки): теоретико-правові аспекти : монографія. Одеса : Фенікс, 2018. 662 с.
20. Сіщук Л. В. Сингулярне правонаступництво в корпоративних правовідносинах при відчуженні частки (її частини) учасника у статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю іншій особі. *Університетські наукові записки*. 2011. № 2. С. 156–162.
21. Назимов И. А. Субъекты оспаривания решений органов управления корпораций. *Грамота*, 2014, № 4 (42) в 2-х ч. Ч. I. С. 138–140.
22. Ломакин Д. В. Корпоративные правоотношения как составная часть системы гражданско-правовых отношений: на примере хозяйственных обществ : дис. докт. юр. наук: 12.00.03 / Москва, Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова, 2009, 514 с.
23. Кузнецов А. А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. Москва : Статут, 2014. 141 с.
24. Про способи захисту учасників (акціонерів) Звіт Комісії з питань права (Англії та Уельсу) від 1997 року. URL: https://www.lawcom.gov.uk/project/shareholder-remedies/
25. Мосин А. В. Недействительность решений органов управления корпораций : дис. канд. юр. наук: 12.00.03 / Челябинск, Южно-уральский государственный университет, 2018, 264 с.

26. Про корпоративні підприємства : Закон Іспанії від 02.08.2010 року. URL: https://www.mjusticia.gob.es/es/Area Tematica/DocumentacionPublicaciones/Documents/Royal%20Legislative%20decree%201%2C%20of%2002%20july.pdf (дата звернення: 19.06.2022 року).

27. Цивільний кодекс : Закон Італії від 16.03.1942 року. URL: https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/05/societa-per-azioni (дата звернення: 19.06.2022 року).

28. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text (дата звернення: 19.06.2022 року).

29. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Міжнародний договір від 04.11.1950 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 19.06.2022 року).

30. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 09.02.2022 в справі № 916/3631/20. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/103466216 (дата звернення: 19.06.2022 року).

31. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 24.11.2022 року в справі № 904/5874/19 (904/4623/19). URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/101812263 (дата звернення: 19.06.2022 року).

32. Петруня В. В. Поняття та система способів захисту прав суб'єктів господарювання : дис. канд. юр. наук: 12.00.04 / Одеса, Національний університет «Одеська юридична академія», 2019, 221 с.

33. Богуш М. К. Захист прав та інтересів суб'єктів корпоративних правовідносин : дис. канд. юр. наук: 12.00.04 / Київ, Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2018, 240 с.

34. Кот О. О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики : монографія. Київ : Алерта, 2017. 494 с.

35. Про господарські товариства : Закон України від 19.09.1991 № 1576-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12#Text (дата звернення: 19.06.2022 року).

36. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 06.02.2018 № 2275-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text (дата звернення: 19.06.2022 року).

37. Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 18.06.2020 року в справі № 922/298/19. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/89957306 (дата звернення: 19.06.2022 року).

38. Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 17.06.2021 року в справі № 910/2478/20. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/97806439 (дата звернення: 19.06.2022 року).

39. Кузнецов А. А. Корпоративное право в ожидании перемен : сборник статей к 20-летию Закона об ООО / под. ред. А. А. Кузнецова. Москва : М-Логос, 2020. 462 с.

40. Про акціонерні товариства : Закон Норвегії 13.06.1997 року. URL: https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1997-06-13-45/*#KAPITTEL_5-6 (дата звернення: 19.06.2022 року).

41. Про компанії : Закон Фінляндії від 21.07.2006 року. URL: https://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/2006/20060624 (дата звернення: 19.06.2022 року).

42. Andreas Cahn. The Shareholders' Fiduciary Duty in German Company Law. *Nordic & European Company Law Working Paper*, 2018, № 18–13, p. 347–361.

43. Спасибо-Фатєєва І. В. Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин : дис. докт. юр. наук: 12.00.03 / Харків, Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого, 2000, 415 с.

44. Остапенко О. О. Право акціонерів на оскарження рішень загальних зборів акціонерів до суду. *Університетські наукові записки*. 2005. № 1-2. С. 134–140.

45. Галіян І. М. Визнання недійсними рішень органів управління господарським товариством як спосіб захисту корпоративних прав. *Підприємництво, господарство і право.* 2020. № 5. С. 63–68.

46. Про акціонерні товариства : Закон Федеративної Республіки Німеччина від 06.09.1965 року. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/ (дата звернення: 16.09.2022 року).

47. Комерційний кодекс : Закон Естонії від 15.02.1995 року. URL: https://www.riigiteataja.ee/en/eli/504042014002/consolide (дата звернення: 19.06.2022 року).

48. Про кооперацію : Закон України від 10.07.2003 № 1087-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1087-15#Text (дата звернення: 19.06.2022 року).

49. Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 26.02.2021 року в справі № 905/565/19. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/95382177 (дата звернення: 19.06.2022 року).

50. Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань : Закон України від 15.05.2003 № 755-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/755-15#Text (дата звернення: 19.06.2022 року).

УДК 347.77.043.2
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/34

ПРИМУСОВІ ЛІЦЕНЗІЇ НА ВИНАХОДИ, КОРИСНІ МОДЕЛІ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ ЗАСТОСУВАННЯ

COMPULSORY LICENSES FOR INVENTIONS, UTILITY MODELS: SOME PROBLEMS AND PROSPECTS FOR USE

Тарасенко Л.Л., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри інтелектуальної власності,
інформаційного та корпоративного права
Львівський національний університет імені Івана Франка

Стаття присвячена правовому аналізу інституту примусового ліцензування винаходів, корисних моделей. У статті проаналізовано правову природу примусової ліцензії на винахід, корисну модель, визначено її види, досліджено примусову ліцензію на винахід, корисну модель, яка видається у зв'язку з невикористанням (недостатнім використанням) винаходу, корисної моделі.

Встановлено, що правове регулювання примусового ліцензування в патентному праві є недосконалим, оскільки відповідні норми, які були прийняті давно, практично не пройшли апробації практикою їх застосування в Україні. Доведено, що примусова ліцензія щодо винаходу (корисної моделі) – це дозвіл на використання винаходу або корисної моделі, який видається судом або урядом за наявності підстав, передбачених законом. Встановлено, що примусова ліцензія є невиключною, строковою та оплатною; підстави для прийняття рішення про видачу примусової ліцензії чітко визначені законом. Встановлено, що закон передбачає три види примусових ліцензій, які можуть видаватися на винаходи і корисні моделі: у зв'язку з невикористанням винаходу (корисної моделі) власником патенту (або особою, яка володіє виключними майновими правами на винахід, корисну модель); залежна і перехресна ліцензія; для задоволення суспільних потреб. Доведено, що обов'язковою передумовою видачі примусової ліцензії є попереднє звернення особи, яка бажає використовувати винахід (корисну модель), до правовласника з проханням укласти ліцензійний договір (отримати ліцензію). Доведено, що під час судового розгляду має місце розподіл обов'язків доказування між володільцем патентних прав і особою, яка бажає отримати дозвіл на використання, зокрема, володілець прав повинен довести поважність причин невикористання або недостатнього використання винаходу (корисної моделі), а особа, яка бажає отримати ліцензію, навпаки повинна спростувати наявність таких поважних причин у правоволодільця, довести трирічний строк невикористання (недостатнього використання), довести, який обсяг патентних прав їй необхідний, а також обґрунтувати строк дії такого дозволу, розмір винагороди володільцю патенту. Обґрунтовано, що доцільно передбачити в законі такі підстави видачі примусової ліцензії як припинення антиконкурентної практики збоку правовласника та для забезпечення потреб ринку. Доведено доцільність вдосконалення норми про те, що відмова власника патенту в укладенні ліцензійного договору повинна бути необґрунтованою, а особа, яка бажає отримати примусову ліцензію повинна довести не лише бажання використовувати винахід (корисну модель), а й повинна довести фінансову та виробничу спроможність до такого використання. Обґрунтовано доцільність внесення змін до чинного законодавства, передавши повноваження щодо видачі примусової ліцензії у зв'язку невикористанням (недостатнім використанням) винаходу, корисної моделі Національному органу інтелектуальної власності.

Ключові слова: примусова ліцензія, патент, винахід, корисна модель, суд, інтелектуальна власність, власник патенту, використання.

The article is devoted to the legal analysis of the institute of compulsory licensing of inventions, utility models. The article analyzes the legal nature of the compulsory license for an invention, utility model, identifies its types, investigates the compulsory license for an invention, utility model, which is issued in connection with non-use (insufficient use) of the invention, utility model.

It is established that the legal regulation of compulsory licensing in patent law is imperfect, as the relevant rules, which were adopted long ago, have not been tested by the practice of their application in Ukraine. It has been proven that a compulsory license for an invention (utility model) is a permit for the use of an invention or utility model issued by a court or government on the grounds provided by law. It is established that the compulsory license is non-exclusive, term and paid; the grounds for the decision to issue a compulsory license are clearly defined by law. It is established that the law provides for three types of compulsory licenses that can be issued for inventions and utility models: due to non-use of the invention (utility model) by the patent owner (or a person who has exclusive property rights to the invention, utility model); dependent and cross-license; to meet social needs. It has been proven that a mandatory precondition for the issuance of a compulsory license is a prior application of a person wishing to use the invention (utility model) to the right holder with a request to enter into a license agreement (obtain a license). It is proved that during the trial there is a division of burden of proof between the patent owner and the person wishing to obtain permission to use, in particular, the right holder must prove the validity of the reasons for non-use or insufficient use of the invention (utility model). wishes to obtain a license, on the contrary must deny the existence of such valid reasons for the right holder, prove three years of non-use (insufficient use), prove the extent of patent rights it needs, and justify the validity of such permission, the amount of remuneration to the patent owner. It is substantiated that it is expedient to provide in the law such grounds for issuing a compulsory license as termination of anti-competitive practice on the part of the right holder and to meet the needs of the market. The expediency of improving the norm that the refusal of the patent owner to enter into a license agreement must be unfounded, and a person wishing to obtain a compulsory license must prove not only the desire to use the invention (utility model), but must prove financial and production capacity for such use. The expediency of amending the current legislation by transferring the authority to issue a compulsory license in connection with non-use (insufficient use) of the invention, utility model to the National Intellectual Property Authority is substantiated.

Key words: compulsory license, patent, invention, utility model, court, intellectual property, patent owner, use.

Вступ. Інститут примусового ліцензування в патентному праві існує давно. Норми про примусові ліцензії містяться у відповідних законодавчих актах щодо правової охорони винаходів, корисних моделей, промислових зразків, сортів рослин, напівпровідникових виробів. Ці норми частково є подібними, а частково відрізняються з урахуванням специфіки відповідного об'єкту патентного права чи сорту рослин. Правове регулювання примусового ліцензування в патентному праві є недосконалим, оскільки відповідні норми, які були прийняті доволі давно, практично не пройшли апробації практикою їх застосування в Україні. Безумовно, цей правовий інститут є потрібним, оскільки це норма, яка може «спрацювати» один раз на кілька років, а то й на кілька десятків років, але вона повинна бути.

Інститут примусового ліцензування – не новий. Норми про примусові ліцензії у патентному законодавстві були одразу, починаючи від прийняття перших законів України у сфері промислової власності (у 1993 р.). В подальшому вносилися точкові зміни у відповідне правове регулювання. Але оцінку якості цього регулювання дати доволі

складно, оскільки, як вже було сказано вище, практика його застосування фактично відсутня.

Актуальність примусових ліцензій підвищилася у 2022 р. на тлі повномасштабної війни, яку розпочала Російська Федерація проти України. Так, постало питання видачі примусових ліцензій на окремі види ліків, які є затребуваними у суспільстві. Можливо, з часом виникне питання і про використання на засадах примусових ліцензій певних будівельних технологій, які охороняються патентами, для швидкого відновлення інфраструктури в Україні. Також примусові ліцензії можуть використовуватися щодо технологій оборонної промисловості.

Відтак дане наукове дослідження є актуальним для його здійснення в рамках цієї статті.

Стан дослідження. Примусові ліцензії на об'єкти патентного права були предметом поодиноких наукових досліджень, які не носили системного характеру. Серед наукових праць слід звернути уваги на дослідження таких науковців як Андрощук Г. [1], Басай О. [2], Воронцова К. [3], Гладьо Ю. [4], Зінич Л. [5], Кашинцева О. [6; 7] та інших. Водночас недосконале вітчизняне законодавство породжує багато дискусійних питань щодо порядку видачі примусових ліцензій, що зумовлює актуальність цього наукового дослідження.

Метою цієї статті є правовий аналіз положень законодавства України щодо видачі примусових ліцензій на винаходи і корисні моделі, визначення прогалин правового регулювання та висловлення пропозицій щодо вдосконалення відповідного правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Порядку видачі примусових ліцензій на винаходи і корисні моделі присвячена одна стаття у Законі України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (ст. 30). Кількісний показник не завжди відображає якість правового регулювання певних відносин, однак в даному випадку однієї статті змістовно і кількісно явно не достатньо для належного регулювання відносин щодо видачі примусових ліцензій.

У 2020 р. з метою адаптації вітчизняного патентного законодавства до стандартів ЄС відбулася комплексна реформа патентного законодавства (навіть коректніше зазначити – реформа законодавства про промислову власність загалом), про що неодноразово написано у науковій літературі [8–13]. Зокрема, було прийнято закони про створення національного органу інтелектуальної власності, про посилення охорони і захисту прав на торговельні марки і промислові зразки та боротьби з патентними зловживаннями, про реформу патентного законодавства. Власне останній закон і стосувався змін у правовому регулюванні відносин, пов'язаних із правовою охороною винаходів і корисних моделей. Водночас щодо примусового ліцензування були внесені окремі редакційні зміни, які суттєво на мають впливу на змістовне регулювання цих відносин.

Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» ні у ст. 30, ні в інших законодавчих положеннях не вживає поняття «примусова ліцензія». Натомість назва статті 30 цього закону маю назву «Обмеження майнових прав інтелектуальної власності на винахід (корисну модель)». Безумовно, за правовою природою видача примусової ліцензії може трактуватися як певне обмеження прав власника патенту (або іншої особи, яка володіє виключними майновими патентними правами), оскільки змістом майнових прав на винахід (корисну модель) є використання відповідного винаходу, корисної моделі та надання дозволу третім особам на таке використання. Тому лише власник патенту визначає: надати такий дозвіл на використання, чи ні. Натомість видача примусової ліцензії, звичайно ж, обмежує право вільно визначати надання дозволу на використання винаходу, корисної моделі. Однак відсутність у законодавстві поняття «примусова ліцензія» є недоліком законодавчого регулювання, оскільки це є загальновживаний термін для характеристики даного правового інституту. Окрім того, це є усталене поняття як в науковій літературі, так і зарубіжному законодавстві. Щоправда, окремі науковці наголошують на особливостях перекладу з англійської мови цього поняття, оскільки міжнародне законодавство, зокрема Угода ТРІПС, оперує поняттям «compulsory license», що в перекладі може трактуватися і як «обов'язкова ліцензія», а не «примусова» [14, с. 32]. Враховуючи те, що видача примусової ліцензії у передбачених законом випадках справді є обов'язком правовласника, то термін «обов'язкова» ліцензія яскраво характеризує правову природу даного документу. Водночас поняття «примусова» ліцензія є більш звичним для української науки.

Примусова ліцензія щодо винаходу (корисної моделі) – це дозвіл на використання винаходу або корисної моделі, який видається судом або урядом за наявності підстав, передбачених законом. Примусова ліцензія є невиключною, строковою та оплатною. Підстави для прийняття рішення про видачу примусової ліцензії чітко визначені законом.

Загалом стаття 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» передбачає три види примусових ліцензій, які можуть видаватися на винаходи і корисні моделі:

– у зв'язку з невикористанням винаходу (корисної моделі) власником патенту (або особою, яка володіє виключними майновими правами на винахід, корисну модель);
– залежна і перехресна ліцензія;
– для задоволення суспільних потреб.

З урахуванням складності і об'ємності наукового аналізу усіх підстав видачі примусової ліцензії, у цьому дослідженні буде звернуто увагу лише на перший вид примусової ліцензії на винаходи (корисні моделі) – примусову ліцензію, яка видається судом у зв'язку з невикористанням чи неналежним використанням винаходу (корисної моделі) правовласником.

Відповідно до ч. 1 ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» якщо винахід (корисна модель), крім секретного винаходу (корисної моделі), не використовується або недостатньо використовується в Україні протягом трьох років починаючи від дати, наступної за датою державної реєстрації винаходу (корисної моделі), або від дати, коли використання винаходу (корисної моделі) було припинено, то будь-яка особа, яка має бажання і виявляє готовність використовувати винахід (корисну модель), у разі відмови володільця прав від укладання ліцензійного договору може звернутися до суду із заявою про надання їй дозволу на використання винаходу (корисної моделі).

Частина 2 цієї ж статті визначає, що саме суд уповноважений прийняти рішення про видачу примусової ліцензії, і в такому рішенні суду повинні визначатися: обсяг використання, строку дії дозволу, розмір та порядок виплати винагороди володільцю патенту.

Якщо володілець патенту не доведе, що факт невикористання винаходу (корисної моделі) зумовлений поважними причинами, суд виносить рішення про надання дозволу заінтересованій особі на використання винаходу (корисної моделі) з визначенням. При цьому право володільця патенту надавати дозволи на використання винаходу (корисної моделі) не обмежується.

З аналізу цієї статті можна зробити наступні висновки:

– примусова ліцензія є невиключною, строковою і оплатною;
– порядок видачі примусової ліцензії на вказаній вище підставі не поширюється на секретні винаходи (корисні моделі);
– обов'язковою умовою є попереднє звернення особи, яка бажає використовувати винахід (корисну

модель), до правовласника (власник патенту або особа, яка володіє виключними майновими правами) з проханням укласти ліцензійний договір (отримати ліцензію);

– має місце відмова володільця патентних прав в укладенні ліцензійного договору (або у видачі ліцензії);

– винахід (корисна модель) не використовуються взагалі ні володільцем прав, ні третьою особою (з дозволу володільця прав), або недостатньо використовуються;

– строк такого невикористання (недостатнього використання) становить не менше як три роки підряд, і цей строк обліковується від дати, наступної за датою державної реєстрації винаходу, корисної моделі (тобто фактично йдеться про дату видачі патенту), або від дати, коли використання винаходу (корисної моделі) було припинено;

– звернутися за отриманням примусової ліцензії може будь-яка особа, яка бажає і готова використовувати відповідний об'єкт патентних прав;

– рішення про видачу примусової ліцензії приймає суд;

– під час судового розгляду має місце розподіл обов'язків володільця прав і особи, яка бажає отримати дозвіл на використання, по доказуванню обставин, на які кожна сторона буде посилатися в суді;

– володілець прав повинен довести поважність причин невикористання або недостатнього використання винаходу (корисної моделі);

– особа, яка бажає отримати ліцензію, навпаки повинна спростувати наявність таких поважних причин у правоволодільця, довести трирічний строк невикористання (недостатнього використання), довести, який обсяг патентних прав їй необхідний, а також обґрунтувати строк дії такого дозволу, розмір винагороди володільцю патенту.

Вказане вище породжує кілька дискусійних питань.

Перш за все, незрозуміло, що саме слід трактувати, як поважні або неповажні причини невикористання (недостатнього використання винаходу, корисної моделі). Доцільно провести певну аналогію з позицією Вищого господарського суду України, яка була висловлена у Постанові Пленуму від 17.10.2012 р. № 12 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності». Зокрема, у п. 70 цієї Постанови йдеться про поважні причини невикористання торговельної марки, що може тягнути за собою припинення дії Свідоцтва. Вважаємо, що висновки, зроблені Судом, можуть застосовуватися і щодо встановлення причин невикористання (недостатнього використання) винаходу, корисної моделі. Висновки, які напрошуються з вказаної Постанови за аналогією до невикористання торговельної марки:

– необхідно з'ясовувати, з яких причин винахід, корисна модель не використовувалася володільцем прав, та чи не обумовлено таке невикористання незалежними від власника патенту (іншого володільця прав) причинами;

– поважними причинами невикористання (недостатнього використання) можуть бути: обставини, що перешкоджають використанню винаходу, корисної моделі незалежно від волі власника патенту (іншого володільця прав): обмеження імпорту чи інші вимоги до товарів, встановлені законодавством; можливість введення в оману щодо особи, яка виробляє певні товари;

– використання винаходу, корисної моделі лише третьою особою на підставі укладеного ліцензійного договору (або виданої володільцем прав ліцензії) трактується як використання винаходу, корисної моделі.

У даному випадку звертаємо увагу на те, що слід вважати використанням винаходу (корисної моделі). Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 28 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» використанням винаходу (корисної моделі) визнається:

щодо продукту – виготовлення продукту із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі), застосування такого продукту, пропонування для продажу, в тому числі через Інтернет, продаж, імпорт (ввезення) та інше введення його в цивільний оборот або зберігання такого продукту в зазначених цілях;

щодо процесу – застосування процесу, що охороняється патентом, або пропонування його для застосування в Україні, якщо особа, яка пропонує цей процес, знає про те, що його застосування забороняється без згоди володільця патенту або, виходячи з обставин, це і так є очевидним.

Більше того, законодавець наголошує на тому, що продукт (певний виріб) визнається виготовленим із застосуванням запатентованого винаходу (корисної моделі), якщо при цьому використано кожну ознаку, включену до незалежного пункту формули винаходу (корисної моделі), або ознаку, еквівалентну їй. Тобто йдеться про одночасне використання всіх ознак (або їх еквівалентів) формули винаходу (корисної моделі) у певному продукті, і лише тоді це трактуватиметься як використання винаходу (корисної моделі). Щодо процесу як об'єкту патентування діє аналогічне правило. Зокрема, процес, що охороняється патентом, визнається застосованим, якщо використано кожну ознаку, включену до незалежного пункту формули винаходу, або ознаку, еквівалентну їй.

Тому при встановленні факту використання/невикористання винаходу (корисної моделі) слід правильно застосовувати відповідні правові норми щодо змісту поняття використання. Очевидно, якщо певна продукція виробляється або володільцем прав, або третьою особою за його згодою (дозволом), слід з'ясовувати чи така вироблена продукція є використанням конкретного винаходу і корисної моделі.

Звертаємо увагу також на те, що процес патентування винаходу є доволі складним, коштовним і тривалим у часі (понад 3 роки зазвичай), оскільки потенційний винахід перевіряється на відповідність умовам патентоздатності (новизна, винахідницький рівень, промислова придатність). Тому причини невикористання винаходу після отримання патенту мали би бути справді поважними, оскільки власник патенту, пройшовши всі ці процедури, навряд відмовиться від монетизації винайдених і запатентованих технологій.

Щодо корисної моделі процес патентування є простішим, ніж патентування винаходу, відтак причини невикористання корисної моделі можуть частіше бути неповажними.

Також немає однозначного розуміння щодо поняття «недостатнє використання винаходу, корисної моделі». Виникає питання «недостатнє використання для кого саме?». Недостатність використання означає, що є певна потреба на ринку певних товарів (які виробляються з використанням запатентованої технології або які самі по собі є продуктом-відтворенням винаходу/корисної моделі) або послуг. Але у такому разі доцільно вести мову про антиконкурентну практику збоку володільця прав, який монополізувавши право на використання винаходу/корисної моделі, не забезпечує потреби певного ринку і не дає дозвіл на використання його патенту. Тобто є попит на ринку на певну продукція, а пропозиція цього товару від виробника (який володільцем прав, або який виробляє продукцію за згодою володільця прав) не забезпечує цей попит, і традиційно у таких випадках: попит перевищує пропозицію. Але володілець прав не реагує з певних причин на це.

Недостатнє використання також може бути зумовлено і суспільними потребами (охорона громадського здоров'я, потреби оборони тощо). Але, керуючись чинним законодавством України щодо примусового ліцензування, на цій підставі можна активувати інший механізм видачі примусової ліцензії на підставі рішення Уряду, а не суду. Зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» з метою забезпечення здоров'я населення, оборони держави, еко-

логічної безпеки та інших інтересів суспільства Кабінет Міністрів України може дозволити використання запатентованого винаходу (корисної моделі) визначеній ним особі без згоди володільця патенту.

Однак, на нашу думку, заінтересована особа не позбавлена права доводити в судовому порядку отримання примусової ліцензії на підставі саме ч. 1 ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» (недостатнє використання винаходу, корисної моделі), а не ч. 3 цієї ж статті. Законодавство багатьох європейських країн дозволяє використовувати як обґрунтування недостатнього використання винаходу, корисної моделі саме суспільні потреби.

Наступним проблемним аспектом, на яке закон чітко відповіді не дає, є підстави для відмови у видачі добровільної ліцензії (укладення ліцензійного договору) володільцем патентних прав. Очевидно, що такі підстави повинні бути немотивованими, необґрунтованими, для того, щоб заінтересована в отриманні примусової ліцензії особа могла в подальшому подати позов до суду. Але відмова власника патенту (іншого володільця патентних прав) може бути обґрунтованою: наприклад, заінтересована особа не довела спроможність виробляти певну продукцію, або ринок не потребує більше товарів, які виробляються за запатентованою технологією, або сторони не зійшлись щодо розміру винагороди (роялті) тощо. Тому вважаємо, ч. 1 ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» слід уточнити в цій частині, передбачивши саме наявність не просто «відмови володільця прав від укладання ліцензійного договору», а «немотивованої, необґрунтованої відмови…».

Окрім того, закон не встановлює вимоги до особи, яка є заінтересованою в отриманні примусової ліцензії. Законодавець вживає в цьому контексті словосполучення «будь-яка особа, яка має бажання і виявляє готовність використовувати винахід (корисну модель)». Вважаємо, що самого бажання і простої готовності використовувати винахід (корисну модель) – недостатньо. Така особа повинна довести спроможність ефективно використовувати винахід, корисну модель. Наприклад, слід надати докази наявності відповідного обладнання, грошових коштів, які можуть використовуватися закупівлі матеріалу, для виробництва продукції, просування її на ринку тощо. Тому доцільно доповнити у ч. 1 ст. 30 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» характеристику особи, яка висловлює бажання і готовність використовувати винахід, корисну модель, такою ознакою як виробнича та фінансова спроможність до використання винаходу, корисної моделі.

Законодавець наголошує на судовому порядку видачі примусової ліцензії на винахід, корисну модель у зв'язку з її невикористанням чи неналежним використанням. Вважаємо такий підхід доволі дискусійним, хоча чинна редакція норми теж має право на існування. Аналізуючи досвід зарубіжних країн, насамперед європейських, відзначаємо, що у більшості з них патентне законодавство передбачає, що примусова ліцензія видається відповідним національним патентним відомством (органом інтелектуальної власності), і лише Німеччина і Франція віддали це повноваженню суду, але не простому, а спеціалізованому (патентному) суду. В Україні закон передбачає просто можливість звернутися з заявою (очевидно, що не з «заявою», а з «позовною заявою») до суду, без конкретизації, до якого саме суду. Очевидно, йдеться про звернення до суду за загальними правилами юрисдикції і підсудності. Після створення Вищого спеціалізованого суду з інтелектуальної власності ця категорія справ мала би бути передана під його юрисдикцію. Як вбачається з ч. 2 ст. 20 ГПК України, яка передбачає юрисдикцію майбутнього спеціалізованого суду, в ній не вказано прямо спори щодо видачі примусових ліцензій. Однак, нашу думку, ця категорія справ входить до такого виду спорів як «справи у спорах щодо прав на винахід, корисну модель». Тому вносити зміни у ст. 20 ГПК України немає потреби.

Натомість виникає питання щодо можливості передачі вирішення питання щодо видачі примусової ліцензії національному українському патентному відомству (йдеться про Національний орган інтелектуальної власності, функції якого виконує ДП «Укрпатент»). Вважаємо, що така позиція заслуговує на увагу з огляду на широку практику застосування подібного підходу в країнах ЄС. Такий підхід був би доволі ефективним, оскільки патентне відомство містить спеціалізованих фахівців (експертів), які здатні дати відповідь на питання про використання/невикористання винаходу (корисної моделі), здатні визначити потрібні спроможності заінтересованої особи для використання винаходу (корисної моделі) тощо.

Тому вважаємо, що рішення про видачу примусової ліцензії з підстави невикористання (недостатнього використання) винаходу, корисної моделі доцільно віднести до компетенції Національного органу інтелектуальної власності, а після створення Вищого спеціалізованого суду з інтелектуальної власності варто проаналізувати можливість віднесення вирішення цього спору до його компетенції.

Висновки. Примусові ліцензії на винаходи і корисні моделі є непоширеним на практиці правовим інститутом, але його норми є потрібними з огляду на потребу у їх застосуванні, яка може виникнути раптово, у тому числі у воєнний або післявоєнний час. Правове регулювання примусових ліцензій є недосконалим, оскільки окремі правові норми потребують уточнення або коригування. Примусова ліцензія на винахід, корисну модель є невиключною, оплатною і строковою. Підстави для її видачі визначені законом, але потребують доповнення, зокрема, доцільно додатково передбачити в законі видачу примусової ліцензії у разі порушення володільцем патентних прав антиконкурентної практики та для забезпечення потреб ринку. Також доцільно вдосконалити норму про те, що відмова власника патенту в укладенні ліцензійного договору повинна бути необґрунтованою, а особа, яка бажає отримати примусову ліцензію повинна довести не лише бажання використовувати винахід (корисну модель), а повинна довести фінансову та виробничу спроможність до такого використання. Доцільно внести зміни до чинного законодавства, передавши повноваження щодо видачі примусової ліцензії у зв'язку невикористанням (недостатнім використанням) винаходу, корисної моделі Національному органу інтелектуальної власності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Андрощук Г. Громадське здоров'я, лікарські засоби й інтелектуальна власність: стан і проблеми. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2014. № 1. С. 72–84.

2. Басай О. В. Примусове ліцензування використання об'єкта права промислової власності в Україні. Міжнародний юридичний вісник : збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби України. 2014. Вип. 1 (1). С. 195–200.

3. Воронцова К. Примусове ліцензування патенту, що стосується лікарського засобу. Запобігання зловживання правами інтелектуальної власності в контексті патентної реформи : збірник наукових праць науково-практичної конференції. НДІ інтелектуальної власності НАПрН України. К. : Інтерсервіс. 2019. 48 с.

4. Гладьо Ю. О., Тарасенко Л. Л. Становлення та розвиток законодавства про промислову власність в Україні. Форум Права. 2020. 62 (3). С. 6–17.

5. Зінич Л. В. Публічні інтереси в механізмі примусового ліцензування винаходів і корисних моделей: загальнотеоретичний аспект. *Науковий* вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право. 2016. Вип. 37. Т. 1. С. 124–126.

6. Кашинцева О. Ю. Примусове ліцензування винаходів у сфері фармації: перспективи для України та досвід ЄС. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2016. № 6. С. 5–9.
7. Кашинцева О., Борко Ю. Патентна реформа у сфері медицини та фармації в Україні: аспекти примусового ліцензування. К. : Інтерсервіс. 2018. 36 с.
8. Дорошенко О., Работягова Л. Новий інститут права інтелектуальної власності в Україні – незареєстрований промисловий зразок. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2020. № 4. С. 42–51.
9. Дорошенко О., Работягова Л. Деякі аспекти встановлення відповідності промислового зразка критеріям охороноздатності. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2021. № 1. С. 27–38.
10. Капіца Ю. Незареєстрований промисловий зразок: особливості захисту прав в Європейському Союзі та проблеми тролінгу в Україні. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2020. № 5. С. 60–71.
11. Кириленко А. Законодавство ЄС у сфері промислових зразків: теоретично-практичний коментар. 2021. 91 с. ISBN: 978-84-09-28480-1.
12. Тарасенко Л. Л. Реформа патентного законодавства (2020): основні новації щодо винаходів (корисних моделей). *Вісник* Львівського університету. Серія Юридична. 2021. № 73. С. 67–76.
13. Тарасенко Л. Л. Новації щодо правової охорони промислових зразків. *Науковий* вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. 2022. № 70. С. 196–202.
14. Пономарьова О. Примусова, відкрита та добровільна ліцензії на лікарські засоби: деякі аспекти правозастосування. Теорія і практика інтелектуальної власності. 2019. № 3. С. 32–38.

УДК 347.93«364»
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/35

КОМУНІКАЦІЯ ІЗ СУДОМ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

COMMUNICATION WITH THE COURT IN THE CONDITIONS OF MARTIAL LAW

Татулич І.Ю., к. ю. н.,
доцент кафедри процесуального права юридичного факультету
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича

Статтю присвячено дослідженню актуальних аспектів комунікації із судом в умовах воєнного стану. Зауважено, що навіть в період воєнного чи надзвичайного стану конституційне право особи на судовий захист не підлягає обмеженню. Автор звертає увагу на питання зміни територіальної підсудності справ, що розглядаються в судах. Зокрема, справи судів, які тимчасово не працюють розглядатимуться в новому регіоні судом, визначеним розпорядженням голови Верховного Суду. У статті розкрито рекомендації учасникам справи у випадку, якщо матеріали судової справи втрачені в ході бойових дій на території діяльності суду, який розглядав справу. У роботі розглянуто рекомендації Ради суддів України щодо роботи судів в умовах воєнного стану. Автором виділено особливості проведення судового засідання в умовах війни. Обґрунтовано, що учасники судових процесів мають можливість реалізувати одне з таких прав: подати заяву про розгляд справи за їх відсутності, відкладення розгляду справи у зв'язку з воєнними діями або розгляд справи у режимі відеоконференції. Уточнено, що такі заяви можуть бути направлені в електронному вигляді на електронну адресу суду або через особистий кабінет в системі «Електронний суд», а також поштою. Доведено, що режим роботи кожного конкретного суду залежить від того, яка ситуація склалась у регіоні, де такий суд розташований. Тому учасникам судового процесу необхідно уважно слідкувати за оновленнями, які публікуються на сайтах судів (веб-сайт Судової влади України). Розглянуто шляхи та способи комунікації із судом. У статті автор доводить на підставі позицій науковців роль та значення «Електронного суду» для забезпечення ефективного цивільного судочинства особливо в сучасних умовах. Проаналізовано законопроекти, спрямовані на спрощення доступу громадян до інформації про стан розгляду справ під час дії воєнного стану. Систематизовано основні зміни до процесуального законодавства, що пропонуються законопроектами стосовно здійснення судочинства з цивільних справ. У статті виокремлено питання процесуальних строків, що сприятиме оперативності та своєчасності розгляду та вирішення цивільних справ.

Ключові слова: суд, учасники справи, правосуддя, воєнний стан, «Електронний суд», відеоконференція, судове засідання.

The article is devoted to the study of topical aspects of communication with the court in martial law. It is noted that even in a period of martial law or a state of emergency, a person's constitutional right to judicial protection is not subject to restriction. The author draws attention to the issue of changing the territorial jurisdiction of cases before courts. In particular, cases of courts that are temporarily closed will be considered in the new region by a court determined by an order of the Chairman of the Supreme Court. The article reveals recommendations to the participants of the case if the materials of the court case are lost during the hostilities on the territory of the court hearing the case. The paper considers recommendations of the Council of Judges of Ukraine on the work of courts in martial law. The author highlights the features of a court hearing in wartime. It is substantiated that the participants in court proceedings have the opportunity to exercise one of the following rights: to apply for consideration of the case in their absence, adjournment of the case in connection with hostilities, or consideration of the case by videoconference. It is specified that such applications can be sent to the email address of the court or registered through a personal account in the system «E-court», as well as sent by mail. It is proved that the mode of operation of each court depends on the situation in the region where such a court is located. Therefore, litigants need to closely follow the updates that are published on the courts' websites (Ukrainian Judiciary website). Ways and means of communication with the court are considered. In the article, the author proves based on the positions of scientists the role and importance of the «E-Court» to ensure effective civil proceedings, especially in modern conditions. The author analyzes the bills aimed at facilitating citizens' access to information on the state of proceedings during martial law. The main changes to the procedural legislation proposed by the draft laws on civil proceedings are systematized. The article highlights the issue of procedural deadlines, which will contribute to the efficiency and timeliness of consideration and resolution of civil cases.

Key words: court, participants in the case, justice, martial law, «E-court», videoconference, court session.

Актуальність теми дослідження. У зв'язку з повномасштабною збройною агресією Російської Федерації, впровадженням воєнного стану на території України з 24 лютого 2022 р. на національному рівні визначено особливості здійснення правосуддя судами України. Судова гілка влади як і інші правові інституції зазнала впливу війни, що, безумовно, внесло свої корективи в процес здійснення судочинства. Адже війна в країні не може не впливати на процес здійснення правосуддя. Проте навіть в умовах воєнного стану конституційне право людини на судовий захист не може бути обмеженим. В свою чергу, Рада суддів України також звернула увагу на те, що в умовах воєнного стану робота судів не може бути припинена. Тому актуальним залишається питання – важливості й необхідності здійснення правосуддя судами в умовах воєнного стану, адже саме на суди покладено конституційну функцію захисту прав громадян, які не можуть підлягати обмеженню навіть під час війни. Враховуючи наведене, одним із важливих питань сьогодення залишається питання комунікації із судом учасниками судового процесу, які звертаються до суд.

Ступінь наукової розробки. Питання інформаційних та комунікаційних технологій, електронного судочинства були об'єктом пильної уваги у працях вітчизняних науковців та практиків, таких як В. В. Сердюк, О. В. Бринцев, І. Гавриленко, М. Б. Гарієвська, С. В. Дяченко, І. О. Ізарова, Г. Цісар, О. Кудрявцева, І. Гавриленко, В. Ярова, М. М. Ясинок та ін. Однак, реалізація та механізм впровадження зазначених питань в період воєнного стану є на сьогодні ще недостатньо дослідженими, що і доводить актуальність обраної нами теми.

Метою статті є дослідження актуальних аспектів комунікації із судом під час воєнного стану.

Виклад основного матеріалу. У період воєнного стану, відповідно до статті 10 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» (далі – ЗУ) [1], повноваження судів не можуть бути припинені. Щодо правосуддя в умовах воєнного стану то статтею 26 ЗУ визначено, що правосуддя на території, на якій введено воєнний стан, здійснюється лише судами**.** На цій території діють суди, створені відповідно до Конституції України (далі – КУ) [2]. Скорочення чи прискорення будь-яких форм судочинства забороняється.

Через активні бойові дії та тимчасову окупацію частина судів України призупинили свою роботу. Внаслідок цього відповідними розпорядженнями Голови Верховного Суду України «Про зміну територіальної підсудності судових справ в умовах воєнного стану» через неможливість

здійснювати судочинство в умовах воєнного стану, територіальну підсудність судових справ, що мали розглядатись в цих судах, змінено. Реалізація таких повноважень Головою Верховного Суду України стала завдяки прийнятими на початку березня законодавчими змінами до ч. 7 ст. 147 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів». Вказана стаття передбачає, що у разі неможливості здійснення правосуддя судом з об'єктивних причин під час воєнного або надзвичайного стану, у зв'язку зі стихійним лихом, військовими діями, заходами щодо боротьби з тероризмом або іншими надзвичайними обставинами може бути змінено територіальну підсудність судових справ, що розглядаються в такому суді, за рішенням вищої ради правосуддя, що ухвалюється за поданням Голови Верховного Суду, шляхом її передачі до суду, який найбільш територіально наближений до суду, який не може здійснювати правосуддя, або іншого визначеного суду. Наразі змінено підсудність більше як 120 судів. Інформацію про зміну територіальної підсудності судових справ можна дізнатися безпосередньо на сайті конкретного суду (веб-сайт Судової влади України).

Також даються рекомендації учасникам справи стосовно питання, що робити, якщо матеріали судової справи втрачені в ході бойових дій на території діяльності суду? Пропонують можливі варіанти дій, якщо через певні причини справи не були передані до іншого суду: 1) за наявності судового рішення суду першої інстанції справа може бути відновлена згідно з процесуальними нормами; 2) якщо у справі ще не ухвалене рішення, це є підставою для звернення позивача з новим позовом. Відповідно, розгляд судової справи відбудеться з початку.

Зважаючи на ситуацію на території України, Рада Суддів України 02.03.2022 опублікувала рекомендації щодо роботи судів в умовах воєнного стану, з них основні: особливості роботи суду визначаються виходячи з поточної ситуації у відповідному регіоні; при визначенні умов роботи суду у воєнний час необхідно керуватися реальними поточними обставинами, що склалася в регіоні; в кожному суді визначається відповідальна особа, яка має забезпечити актуальний облік працівників апарату та суддів, з урахуванням визначеної форми роботи суду (дистанційної тощо); усі доступні працівники суду, по можливості, переводяться на дистанційну роботу; визначається мінімальна кількість осіб, які повинні знаходитися у приміщенні суду упродовж робочого дня. Організується чергування суддів та працівників апаратів судів; громадянам роз'яснюється можливість відкладення розгляду справ у зв'язку із воєнними діями та можливість розгляду справ в режимі відеоконференції; обмежується допуск в судові засідання осіб, які не є учасниками судових засідань; розгляд справ по можливості відкладається (за винятком невідкладних судових розглядів), зважаючи на те, що велика кількість учасників судових процесів не завжди мають змогу подати заяву про відкладення розгляду справи або не можуть прибути в суд у зв'язку з небезпекою для життя; справи, які не є невідкладними, розглядаються лише за наявності письмової згоди на це усіх учасників судового провадження; процесуальні строки по можливості продовжуються щонайменше до закінчення воєнного стану; зосередитись необхідно виключно на проведенні невідкладних судових розглядів (взяття під варту, продовження строків тримання під вартою); якщо за об'єктивних обставин учасник провадження не може прибути в судове засідання суд може допустити участь такого учасника в режимі відеоконференції за допомогою будь-яких інших технічних засобів, в тому числі і власних; у разі, якщо провадження розглядається колегіально і колегія суддів не може зібратись в одному приміщенні, то допустимий розгляд справ з різних приміщень судів, в тому числі з використанням власних технічних засобів.

Враховуючи вищенаведене, слід зазначити, що на особливості проведення судових засідань впливають сьогодні ряд аспектів. Так, справи розглядаються судами, які знаходяться на територіях, де не проходять активні бойові дії та які не окуповані. Справа розглядатиметься залежно від виду судочинства, процесуальної поведінки учасників справи, наявності у суду технічної можливості для проведення судового засідання в режимі відеоконференції. Щодо розгляду справ у порядку цивільного судочинства, то більшість з них відкладаються у разі подання учасником справи клопотання про відкладення або неявки в судове засідання хоча б одного з учасників. Крім того, учасники справи вправі подати письмову згоду на розгляд справи за їх відсутності чи справа розглядатиметься в порядку письмового провадження. Такі заяви можуть бути направлені в електронному вигляді на електронну адресу суду або через особистий кабінет в системі «Електронний суд», а також поштою. Наразі розгляду підлягають невідкладні судові справи, пов'язані з: обороноздатністю держави; забезпеченням режиму воєнного стану; мобілізацією; терміновим вирішенням (взяття під варту, продовження тримання під вартою тощо).

Розгляд справ, ухвалення судового рішення та постановлення ухвал з процесуальних питань ускладнюється також через відсутній доступ до реєстрів – Єдиного державного реєстру судових рішень, Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань тощо. В той час як доступ до судових рішень, прийнятих та опублікованих до 24.02.2022 року, можливо отримати за допомогою ресурсів: Суд на долоні, Verdictum та інформаційно-правової системи Прецедент.

Значна кількість судових засідань наразі проводиться або запланована в режимі відеоконференції. Процедура проведення судового засідання в режимі відеоконференції закріплена в ст. 212 Цивільного процесуального кодексу Ураїни (далі – ЦПК УКраїни) [3]. Для цього учасники повинні заявити про участь в режимі відеоконференції, направивши до суду клопотання не пізніш як за п'ять днів до судового засідання. Взяти участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції можуть зареєстровані та авторизовані за електронним цифровим підписом користувачі сервісу EASYCON. Вказаний порядок проведення судових засідань в дистанційному форматі, без присутності учасників справи безпосередньо в залі судового засідання, значно нормалізував здійснення судочинства в період карантину. Однак, на жаль, як показує судова практика, в умовах воєнного стану навіть за такого механізму важко реалізувати права осіб на розгляд їх справи в такий спосіб. Адже сьогодні в Україні немає повністю безпечного місця, майже щодня у різних куточках нашої місцевості лунають сирени, що вимагає переміститись в укриття. Тому доводиться переривати судове засідання задля безпеки працівників суду та учасників судового процесу.

На думку А. І. Чорної та С. В. Дяченка, проведення судових засідань в режимі відеоконференції дозволяє зробити такі висновки: 1) застосування відеоконференції покликане не обмежувати особу в доступності до правосуддя, дає змогу переконатися в реалізації принципу безпосередності, неупередженості судді у вирішенні справи; 2) розгляд справ у режимі відеоконференції позитивно впливає на процес здійснення правосуддя; 3) практика показує, що є й певні недоліки, проте їх можна уникнути завдяки подальшим напрацюванням щодо розгляду справ у такому режимі [4, с. 291]. Як бачимо, запровадження в умовах воєнного стану дистанційної роботи судів потребує максимально ефективного використання електронного документообігу та доступу до судових справ в електронній формі. Однак, онлайн-правосуддя на сьогодні працює не в повному обсязі. Більшість елементів підсистеми «Електронний суд» запрацювала, хоча й з проблемами. Аналіз судової практики показує, що як в судах госпо-

дарської та адміністративної юрисдикції, так і в місцевих судах загальної юрисдикції, учасники справи та їх представники при подачі процесуальних документів до суду не часто використовують цю підсистему. Така ситуація на думку практиків, спостерігається, в першу чергу, через те, що цей спосіб комунікації з судом не вважається зручним і надійним, а також не є «вигідним» з точки зору як економії коштів, так й можливих «процесуальних» пільг [5]. На низький рівень використання цього електронного механізму впливає і відсутність необхідного обсягу знань та навичок, місцевість, де проживають люди.

Разом з тим, на сьогоднішній день «Електронний суд» країни передбачає такі можливості: 1) оплати судового збору он-лайн (на офіційному веб-порталі Судова влада України (http://court.gov.ua/)); 2) отримання інформація щодо стадій розгляду судових справ (на офіційному веб-порталі Судова влада України (http://court.gov.ua/), передбачена можливість користувачів порталу перегляду / пошуку / друку інформації щодо стадій розгляду судових справ); 3) отримання інформації з Єдиного державного реєстру судових рішень (http://reyestr. court.gov.ua/). Цей реєстр є автоматизованою системою збирання, зберігання, захисту, обліку, пошуку та надання електронних копій судових рішень; 4) відправки учасникам судового процесу процесуальних документів по електронній пошті [6, с. 41].

Вірно зазначає І. О. Ізарова, що «використання інформаційних і комунікаційних технологій та інших технічних новацій є невід'ємним аспектом сучасного світу, який проникає у всі сфери життя. Наразі залишається актуальним питання про застосування цих технологій для забезпечення судової діяльності, зокрема під час розгляду цивільних справ у судах. Досвід інших країн світу свідчить про те, що це призводить до підвищення доступності правосуддя, спрощення й прискорення процедур розгляду справ у суді, а також до істотного зниження судових витрат, що є надзвичайно вагомими факторами розвитку ефективного механізму правосуддя» [7, с. 222].

Тобто як на період дії загальнонаціонального карантину, аналогічно і на час воєнного стану, запроваджена більш проста форма участі у судовому засіданні – дистанційна. Вважаємо, що таку форму участі доцільно залишити і після зняття карантинних заходів та скасування воєнного стану для спрощення доступу до правосуддя. Як слушно зазначає очільник КАС ВС М. Смокович, що «дистанційна форма правосуддя є прийнятною не лише для правових систем низки національних держав, а й для міжнародних судів, формат роботи яких є змішаним. Об'єктивною передумовою такого спрощення організації їхньої роботи стала пандемія COVID-19. Практик переконаний, що з часом дистанційна складова стане звичною у процесі здійснення правосуддя в Україні. Цьому сприяють щонайменше такі об'єктивні фактори, як стратегія розвитку України як «Держави в смартфоні» та активний розвиток електронних і ІТ-технологій» [8].

Тим паче, що досвід функціонування «Електронного суду» у багатьох європейських країнах довів його ефективність. Хочеться вірити, що така практика приживеться і в українських судах, оскільки це реалії нашого сьогодення. Всі бюрократичні перипетії, які з'їдали гроші і час, просто зникнуть, а нам залишиться прозора та зручна система «Електронний суд», а це величезний крок назустріч європейським стандартом [9, с. 79].

Сьогодні як ніколи виникає необхідність запровадження різних шляхів та способів комунікації із судом. *По-перше*, під час звернення до суду учасникам рекомендується зазначати актуальні їх номери телефонів та електронні адреси. Адже інформацію про дату та час судового засідання, прийняті судові рішення та подані до суду учасниками справи процесуальні документи можливо отримати саме на електронну пошту. Для цього необхідно попередньо подати на електронну адресу суду відповідне клопотання, підписане Кваліфікованим електронним підписом. Перед поданням відповідного клопотання слід уточнити у визначеного суду, чи здійснює такий суд обмін кореспонденцією за допомогою електронної пошти поза межами Електронного Суду? *По-друге*, у справах, які зараз перебувають на розгляді, варто подати до суду актуальну адресу свого місця перебування, щоб суд мав можливість повідомляти про прийняті процесуальні рішення. *По-третє*, обмін процесуальними документами можливий через поштову скриньку в системі обміну електронними документами на офіційному веб-порталі судової влади України за адресою: mail.gov.ua або через інші адреси електронної пошти, вказані у відповідних заявах учасниками судового процесу. Не варто ігнорувати надання письмової згоди таких учасників надсилати суду підтвердження про отримання документів. Деякі суди демонструють максимальне розуміння стану, у якому зараз опинились більшість учасників процесів через обмежений доступ до ресурсів судової влади, а також аналізуючи факт того, що велика кількість поштових конвертів не доходять до своїх адресатів та повертаються до суду через їх невручення, почали розміщувати на офіційних вебсайтах судів повідомлення для учасників судових справ. Тому перед поданням будь-яких клопотань, заяв по суті справи, інших процесуальних документів варто уточнювати в конкретному суді, чи мають можливість його працівники отримувати поштові відправлення у відділенні АТ «Укрпошта» та чи працює електронна скринька суду, оскільки деякі суди у зв'язку з проведенням бойових дій на територіях, де вони розташовані, повідомляли, наприклад, про те, що їх електронні скриньки не працюють. *По-четверте*, зважаючи на обмежений доступ до інформаційних систем судової влади України, про дату та час судових засідань, а також іншу необхідну інформацію по своїй справі можна дізнаватись з використанням інших засобів зв'язку (по номеру телефону суду, шляхом направлення листа на адресу електронної пошти суду чи написавши повідомлення до відповідного суду у Messenger Facebook). Більше того, для запобігання загрози життю та здоров'ю суддів та учасників судового процесу у період воєнного стану, доступ до Єдиного державного реєстру судових рішень, сервісів «Стан розгляду справ» та «Список справ, призначених до розгляду», тимчасово призупинено. Тому дату та час судових засідань учасники справи можуть дізнаватись в оперативному порядку за телефонами суду чи з використанням інших засобів зв'язку. Контакти суду, як правило, розміщені на офіційних сторінках суду на веб-порталі судової влади. Однак, наразі, існують проблеми і з комунікацією з судами навіть в телефонному режимі. Так, на територіях, де велися активні бойові дії, телефонний зв'язок може бути відсутній у зв'язку з пошкодженням кабелів або роботою суду в дистанційному режимі.

Намагаючись вирішити окреслені проблеми, 26.04.2022 року у Верховній Раді України зареєстровано два законопроекти № 7315 та № 7316, які передбачають спрощення доступу громадян до інформації про стан розгляду справ під час дії воєнного стану. Зокрема, законопроект № 7315 передбачає можливість отримання інформації про суд, який розглядає справу, сторони спору, предмет позову, місце, дату і час судового засідання, а також отримання сторонами електронної форми судового рішення та виконавчого документу через портал Дія. Зрозуміло, що отримання інформації таким шляхом не матиме статусу офіційного повідомлення, а носить виключно інформаційну мету. Проте учасник судового процесу буде поінформаваний і зможе в подальшому вжити необхідних заходів для захисту своїх прав та інтересів. Натомість законопроект № 7316 передбачає можливість повідомлення про судові засідання будь-якими можливими засобами комунікації (телефоном, СМС, електронною поштою, повідомленням у месенджерах тощо), а також через оголошення

на офіційному веб-сайті судової влади України (з посиланням на веб-адресу відповідної ухвали суду в Єдиному державному реєстрі судових рішень). В свою чергу, учасник судового засідання зобов'язаний негайно підтвердити суду отримання чи ознайомлення із відповідним викликом або повідомленням шляхом телефонного або документального підтвердження. Він також може використовувати для цього засоби електронної пошти, телефонограми, СМС-повідомлення, повідомлення у месенджерах тощо. Передбачено, що текст такого підтвердження роздруковується, а телефонне підтвердження записується відповідним працівником апарату суду, приєднується секретарем до справи та вважається належним повідомленням учасника судового процесу. В такому випадку такий учасник вважатиметься повідомленим з моменту надходження до суду підтвердження про повідомлення. Звертаємо увагу, що такий спосіб повідомлення матиме статус офіційного та створюватиме правові наслідки для учасників процесу, на відміну від інформування через портал Дія. Таким чином, у сукупності суд має здійснити три повідомлення учасника справи про судове засідання шляхом: засобів комунікації; опублікування відповідної ухвали суду в Єдиному державному реєстрі судових рішень; оголошення на офіційному веб-порталі судової влади України з посиланням на відповідну ухвалу суду в Єдиному державному реєстрі судових рішень.

Крім того, цим же законопроектом передбачено і інші зміни у процесуальному законодавстві щодо: а) строку здійснення підготовчого провадження; б) особливостей перебігу строків підготовчого провадження та судового розгляду; в) порядку розгляду справи в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів; г) особливостей вручення судового рішення. Щодо порядку вручення судового рішення, то він залишається сталим відповідно до ст. 272 ЦПК України. Законопроект передбачає, що за заявою учасника справи копія судового рішення, засвідчена судом, надсилається чи видається в найкоротший термін, але не пізніше ніж за 30 днів після закінчення воєнного чи надзвичайного стану; д) порядку розгляду справи у суді апеляційної та касаційної інстанцій; е) особливостей поновлення судом процесуальних строків. Стосовно останнього, то вважаємо, що заслуговує на увагу питання процесуальних строків для забезпечення одного із завдань цивільного судочинства – своєчасний розгляд та вирішення цивільних справ. Так, воєнний стан не впливає на перебіг процесуальних строків у справі. Встановлений судом або законом строк не зупиняється і продовжує свій перебіг після впровадження воєнного стану, незалежно від того, чи строк на вчинення процесуальної дії розпочався до або після 24.02.2022 року. Також воєнний стан може бути поважною причиною для поновлення або продовження процесуального строку. На наш погляд, суд в таких випадках буде брати до уваги територіальне місцезнаходження суду, порядок функціонування суду, хід бойових дій, окупацію району місце проживання особи, внутрішнє переміщення особи в межах території України, вимушений виїзд особи закордон, вступ до сил територіальної оборони, вступ до ЗСУ тощо. Важливим є й те, що процесуальний строк встановлений судом, поновленню не підлягає, а може бути виключно продовжений за клопотанням сторони спору. Крім того, на час дії воєнного стану продовжуються строк загальної та спеціальної позовної давності, передбачений нормами цивільного та господарського законодавства.

Сподіваємось, що обговорення та закріплення вказаних пропозицій у чинне процесуальне законодавство, забезпечить на практиці дієві механізми здійснення судочинства з цивільних справ в умовах воєнного стану та сприятиме реалізації та захисту прав, свобод та інтересів громадян.

Висновки. Отже, правовий статус та обмеження прав і свобод громадян, прав і законних інтересів юридичних осіб в умовах воєнного стану визначаються відповідно до КУ та ЗУ «Про правовий режим воєнного стану». На території України правосуддя здійснюється лише судами відповідно до КУ. Право людини на судовий захист не може бути обмежене. Суди працюють у штатному режимі з певними особливостями. Не допускається створення надзвичайних, особливих або будь-яких інших судів. Забороняються скорочені чи прискорені процедури. Територіальна підсудність справ або місцезнаходження судів може змінюватись. Розгляд справ може бути призупинено до усунення обставин, за яких наявна загроза життю, здоров'ю та безпеці осіб. Проведення судових розглядів можливе у режимі відеоконференції. Як за ініціативою суду, так і за клопотанням учасників процесу можливе відкладення розгляду судових справ та розгляд судом справ за відсутності учасників справи.

Як бачимо, правосуддя в Україні в умовах воєнного стану хоч і обмежено, проте здійснюється. Маємо надію, що незабаром ситуація в країні покращиться, і суди зможуть повноцінно працювати, що дозволить кожному громадянину реалізувати його право на доступ до суду та правосуддя, а також захистити свої порушені права та інтереси протягом розумного строку, що є однією із засад цивільного судочинства. Війна в Україні активізувала питання запровадження дистанційних форм роботи суду, переходу на електронну форму судочинства. Безумовно, без повноцінного запровадження вказаних форм та способів здійснення судочинства, забезпечити особі право на судовий захист з гарантіями безпеки буде складно, а інколи і неможливо. В підсумку це буде гарантією дотримання однієї із вимог КУ – здійснення правосуддя в умовах воєнного стану.

ЛІТЕРАТУРА

1. Закон України «Про правовий режим воєнного стану» від 12 травня 2015 року № 389-VIII. *Відомості Верховної Ради України.* 2015. № 28. Ст. 250.
2. Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141.
3. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 року № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.
4. Чорна А. І., Дяченко С. В. Розгляд цивільних справ у судовому засіданні в режимі відеоконференції як складник доступу до правосуддя. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2021. № 4. С. 289–292.
5. «Електронний суд» ніяк не стане реальністю. *Закон і Бізнес.* https://zib.com.ua/ua/151108.html
6. Заплотинський Б. А. Електронне судочинство / URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/11107/ЕС%20конспект%20лекцій.pdf ?sequence=1&isAllowed=y
7. Ізарова І. О. Розвиток електронного правосуддя в цивільних справах у Європейських країнах. *Юридичний вісник.* 2014. № 6. С. 222–227.
8. Смокович М. Обмеження судового захисту прав і свобод людини на період дії режиму воєнного стану є неконституційним. https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1278798/
9. Татулич І. Ю. Місце та роль «Електронного суду» у забезпеченні ефективності цивільного судочинства. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* 2017. № 46. С. 74–80.

УДК 340.142
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/36

СУДОВА ПРАВОТВОРЧІСТЬ ЯК ОСНОВА ПРЕЦЕДЕНТНОЇ МОДЕЛІ ЦИВІЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА УКРАЇНИ

JUDICIAL LAW-MAKING AS A BASIS OF PRECEDENT MODEL OF CIVIL PROCEEDINGS OF UKRAINE

Тимченко Г.П., д. ю. н.,
провідний науковий співробітник
Інститут держави і права імені В. М. Корецького
Національної академії наук України

Рябченко Ю.Ю., д. ю. н., професор,
професор кафедри приватного права
Національний університет державної податкової служби України

Судова правотворчість – це самостійна не лінійна аналітично-правова категорія, суб'єктом якої є суддя. Вона має місце в межах судового засідання при розгляді цивільно-правових спорів і її зміст у вигляді правової позиції завжди закріплюється в судовому рішенні. Підставою до такої правотворчої роботи суддів у сфері правозастосовчої практики є наявність законодавчих прогалин у вигляді відсутності, неповноти, нечіткості чи суперечливості законодавства або наявністю об'єктивних розривів між «застарілим» законодавством і надстрімким розвитком суспільних відносин. Саме така невідповідність між розвитком життя суспільства і статично-незмінним змістом матеріального законодавства унеможливлює урегулювання нових відносин старим змістовно-нормативним змістом. Таким чином автори розглядають інститут судової правотворчості як єдине джерело розвитку права на рівні судової правозастосовчої практики. При цьому саме через судову правотворчість суд може долати як законодавчі прогалини так і «застарілість» норм права та інші нормативно-правові неузгодженості формуючи таким чином єдину правозастосовчу практику цивільного судочинства в Україні. Такі підходи до розгляду судових справ з правової їх невизначеністю закладають основи прецедентної моделі цивільного судочинства в Україні, що є важливим фактором у сфері загально європейських тенденцій щодо зближення загального і континентального права та Європейського спрямування України у сфері інтересів економічного, судового, фінансового, технологічного, оборонного характеру.

Безумовно, що це вимагає від суддів не просто знань законодавства, розуміння обширної судової практики Верховного Суду та Європейського суду з прав людини, а і певного креативного мислення, яке завжди повинно бути спрямоване у сферу суспільної справедливості, моральності та судовій неупередженості. Саме такий підхід дає можливість суддям при наявності тієї чи іншої законодавчої неузгодженості розвивати право за рахунок нового підходу до розуміння окремих його понять, принципів та інститутів, окремих положень та їх співмірності та розумності при урегулювання спірних відносин.

Ці та інші питання і є предметом дослідження в даній роботі.

Ключові слова: судова правотворчість, законодавчі прогалини, межі судової правотворчості, судова практика, правова позиція.

Judicial lawmaking is an independent non-linear analytical and legal category, the subject of which is a judge. It takes place within a court hearing when considering civil disputes and its content in the form of a legal position is always enshrined in the court decision. The basis for such law-making work of judges in the field of law enforcement practice is the presence of legislative gaps in the form of absence, incompleteness, vagueness or inconsistency of legislation or the presence of objective gaps between «outdated» legislation and the rapid development of public relations. It is this discrepancy between the development of society and the statically unchanging content of substantive legislation that makes it impossible to settle new relations with the old content and normative content. Thus, the authors consider the institute of judicial lawmaking as the only source of development of law at the level of judicial law enforcement practice. At the same time, it is through judicial lawmaking that the court can overcome both legislative gaps and «obsolescence» of legal norms and other normative and legal inconsistencies, thus forming a single law enforcement practice of civil proceedings in Ukraine. Such approaches to litigation with their legal uncertainty lay the foundations of the precedent model of civil proceedings in Ukraine, which is an important factor in the field of European trends in convergence of common and continental law and the European direction of Ukraine in economic, judicial, financial, technological, defense character.

Of course, this requires judges not only to know the law, to understand the extensive case law of the Supreme Court and the European Court of Human Rights, but also to be creative, always focusing on social justice, morality and judicial impartiality. This approach allows judges in the presence of a legislative inconsistency to develop law through a new approach to understanding some of its concepts, principles and institutions, certain provisions and their proportionality and reasonableness in resolving disputes.

These and other issues are the subject of research in this paper.

Key words: judicial law-making, legislative gaps, limits of judicial law-making, court practice, legal position.

Постановка проблеми. Україна як частина Європейського Союзу повинна мати не лише конкурентну економіку ринкового спрямування, але і відповідно високий рівень правової захищеності як бізнесових структур, так і конкретної людини. Саме з цих підстав як цивільне, так і господарське та адміністративне судочинство, у сфері правозастосовчої практики, повинно ґрунтуватись на передових апробованих судовою практикою правових позиціях як правотлумачного процесу, так і процесу застосування правових аналогій та судової правотворчості, які поступово закладають основи прецедентної моделі сучасного правосуддя в Україні. Безумовно, такий підхід вимагає від суддів не лише високого рівня теоретичних знань, знань законодавства та судової практики, але і вміння орієнтуватись у випадках наявності законодавчих прогалин, якими є неповнота, нечіткість, суперечливість чи взагалі відсутність норм права. Подолання таких законодавчих прогалин за рахунок судової правотворчості сьогодні є завданням всіх загальних судів (ч. 10 ст. 10 ЦПК України). В той же час, такі випадки доволі часто містять виключну правову проблему і її розв'язання судом, зокрема і Великою Палатою Верховного Суду забезпечує як розвиток права, так і формування єдиної правозастосовчої практики (ч. 5 ст. 403 ЦПК України). Такі правові позиції набувають імперативного статусу і по суті стають обов'язковими у правозастосовчій сфері цивільного судочинства (ч. 5 ст. 394 ЦПК України) Таким чином, в Україні поступово формується прецедентна модель цивільного судочинства. Цим та іншим питанням процесуального характеру і присвячена дана стаття.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вчення про судову правотворчість та його історико-правове дослі-

дження у сфері цивільного судочинства зовсім недавно стало предметом наукових досліджень. Підставою щодо такого наукового інтересу стало те, що «об'єктивний розвиток права вимагає розширення джерел права» [1, с. 44].

Судова ж правотворчість є складовою частиною прецедентного права, яке сьогодні поступово формується в правосудді України. Такий процес в перспективі безумовно призведе до зміни в цивільному процесуальному законодавстві і визнанню судових прецедентів джерелами права. Саме в цьому спрямуванні лежать науково-дослідні роботи Я. Романюка, Н. Стецика, С. Запари, М. Курила, Ю. Котвяковського, О. Кібенко, П. Комар, І. Кравченка, Т. Кравцової, Д. Ясинка та інших науковців, які розвивають вчення про судову правотворчість як процес подолання законодавчих прогалин.

Метою статті є дослідження питань щодо підстав виникнення та подальшого історичного становлення прецедентного права у світі та формування прецедентної моделі цивільного судочинства в Україні, в основі якої лежить судова правотворчість.

Основні результати дослідження. Кожна теорія, до якої б галузі науки вона не відносилась, проходить складний етап свого становлення та визнання. У цьому зв'язку вчення про судову правотворчість не є виключенням із цього загального правила. Здавалося б, що судова правотворчість давним-давно є відомою і дослідженою в багатьох країнах загального права, історія якого бере свій початок від англійських коронних судів XII століття, коли вперше відбулося поєднання державного законодавства і звичаєвого права, положеннями якого заповнювалися законодавчі прогалини, утворюючи в такий спосіб новий праворегулюючий симбіоз, зміст якого і регулював спірні відносини на основі справедливості, розумності та природної виваженості.

Такий підхід вимагав від суддів не лише високого рівня професійної підготовки у сфері правотлумачної практики, але і вміння створювати нові правила урегулювання цивільно-правових спорів, які були б реалістичними, враховували б суспільні і моральні цінності, і в той же час узгоджувалися б із принципами справедливості, а відтак і законності. Оскільки король Англії з різних питань видавав велику кількість своїх указів, то суддям для їх правозастосування довелося їх кодифікувати і видавати у вигляді «Реєстру указів». Поєднуючи правовий зміст таких указів із суттю місцевих звичаїв, англійські судді, за рахунок судової правотворчості, змогли «вперше поєднати волю держави і природні норми поведінки людини, що давало можливість королівським суддям контролювати рішення місцевих суддів на предмет однозначності їх судових рішень» [2, с. 66]. Так поступово формувалася обособлена судова практика, в якій судова правотворчість відігравала ключову роль. Отже, англійськими суддями було віднайдено особливий процесуально-правовий механізм, який давав можливість судам застосовувати окремі правові позиції, які ґрунтувалися на правотворчому підході до урегулювання спірних відносин і при їх закріпленні в судових рішеннях такі правові позиції набували імперативності, і з цих підстав повинні були застосовуватись в довгостроковій перспективі судової практики, оскільки така практика вже була апробована діючим правосуддям.

На затвердження такої методології Вестміністерським з'їздом суддів, було запропоновано теоретико-правову формулу: «stare decises» (всі майбутні справи повинні вирішуватись як і минулі) [3, с. 130]. Не дивлячись на те, що це була прикладна процесуально-правова формула, але саме вона узаконювала судову правотворчість як процесуально-правовий інститут, який давав можливість і право суддям заповнювати наявні законодавчі прогалини шляхом усунення законодавчої неповноти, нечіткості, суперечливості норм права чи взагалі їх відсутності. Такий процесуально-правовий підхід давав можливість з одного боку створювати індивідуалізовану правову позицію для урегулювання спору, а з іншого – можливість для розвитку права з послідуючим застосуванням такого правового висновку у подібних спірних відносинах.

Такий підхід до правозастосовчої практики сформував певні правові традиції правотворчим суб'єктом, яких був і сьогодні залишається лише суд, оскільки лише суд має право, під час правозастосування норм права, на тлумачення їх змісту, їх інтерпретацію та правотворчий процес. В цій частині судді неминуче зіштовхуються з тим, що потрібно приймати рішення, але урегулювати спір на підставі наявного законодавства неможливо внаслідок невідповідності змісту норм права (їх «старіння») оновленим суспільним відносинам, що обумовлюється розривами між суспільним розвитком і наявним, часто відсталим законодавством з наявністю цілого ряду законодавчих прогалин.

Отже, коли в теорії права мова йде про характерні особливості судових прецедентів, їх зміст та процес формування, то їх завжди пов'язують із процесом судової правотворчості, який вбирає в себе правові, моральні та суспільні цінності та принципи, пов'язані з неупередженістю суддів, їх справедливістю та чесністю. І це дійсно так, оскільки судді в процесі судової правотворчості «неодмінно нав'язують суспільству свою точку зору з певного питання» [4, с. 47], формуючи в такий спосіб нове бачення суспільного розвитку, а відтак і нове розуміння щодо правового урегулювання спірних відносин, які виникають в такому суспільстві.

З практичної точки зору, ми говоримо про те, що суд у своїх рішеннях проголошує істину, яка є результатом урегулювання цивільно-правового спору. Не дивлячись на це, така істина доволі часто критикується тією чи іншою стороною у справі, вимоги якої не були задоволені судом. Особливо нищівній критиці сторін піддаються судові рішення, де суд проявляє судову правотворчість, оскільки він часто пропонує нові підходи і розуміння щодо тих чи інших правових положень, виходячи часом за межі горизонту змістовно-правової суті норм права.

Безумовно, якщо на рівні апеляційного суду така істина «не проходить», то суд, скасовує таке рішення, обумовлюючи це тим, що закон, яким керувався суд, обґрунтовуючи свою правову позицію, не правильно застосований або урегулювання спору потребує іншої норми права. Отже, вчення про судову правотворчість ґрунтується не на логічній складовій, а на складовій життєвого, професійного досвіду суддів, їх орієнтації в політичному, громадянському житті суспільства, особистій моральності та тих суспільних цінностях, якими керується таке суспільство та його люди. І хоча судді, в прямому розумінні їх прав і обов'язків, не є суб'єктами у сфері законотворчого процесу, але вся архітектура сьогоднішнього правосуддя сформована таким чином, що суд зобов'язаний дати відповідь на всі без виключення правові питання з тим, щоб урегулювати цивільно-правові спори, незалежно від того, урегульовані вони нормами права чи ні. Формуючи нові правові позиції, судді по суті розвивають право, закріпляючи у своїх рішеннях те природне право, зміст якого завжди узгоджується із його суспільним сприйняттям справедливості. Приватне поняття справедливості, яке ґрунтується на виключному інтересі однієї із сторін спору, не може бути взятим до уваги, оскільки право справедливості не може бути приватизованим навіть самою чесною людиною. Воно формується об'єктивно на основі історичних, звичаєвих, економічних, технологічних, соціальних, суспільних складових. Безумовно, що в такому підході має місце певного роду формалізм, але ж цінність судової правотворчості полягає саме в тому, щоб узагальнити цінності кожного і всіх, створивши єдино розумне, зрозуміле, а відтак і прийнятне правове рішення.

В той же час, проблема законотворення кожного разу полягає в тому, що законодавець ніколи не міг, не може і не зможе в майбутньому передбачити у своїх законопроектах всі без виключення випадки, які можуть мати місце як при виникненні, так і розвитку та закінченню тих чи інших цивільних, адміністративних чи господарських відносин [5, с. 111]. В цьому зв'язку, судді, розглядаючи цивільно-правові спори і юридично урегульовуючи спірні відносини, часто і самі не усвідомлюють того, що саме вони, через правотлумачення норм права, застосування правових аналогій, правотворчий процес, роблять хай і невеликі, але відкриття в праві. І навіть якщо це б мало місце хоча б один раз в житті, то саме ця мить і є тим піком професіоналізму, якого досяг суддя. Все це говорить про те, що судді, в силу своєї самовідданої роботи, розвивають право на високому професійному рівні і це вже є зовсім іншим підходом до правосуддя, що дає можливість відійти від позитивістської теорії радянського нормативізму і вивести правосуддя на новий правозастосовчий рівень – рівень верховенства права, яке лежить в основі прецедентної моделі цивільного, господарського та адміністративного судочинства.

Такий підхід до правозастосовчої практики у сфері судової правотворчості безумовно виступає страховим законодавчо-правовим полісом, оскільки судді за рахунок судової правотворчості не лише долають законодавчі прогалини, але і формують нові правові поняття і положення, розвиваючи право та формують єдність судової практики.

Такий об'єктивний розвиток права буде мати місце і в майбутньому. Змінюватися буде лише зміст норм права та механізм їх дії, характеризуючи таким чином той чи інший етап суспільного розвитку через який проходить суспільство.

З природної точки зору правила співіснування людей в суспільстві формуються об'єктивно, незалежно від того чи визнаються вони офіційно в державі, чи ні. Такі правила ми часто називаємо природним правом. Не дивлячись на це, таке право завжди існувало, існує і буде існувати паралельно з офіційним правом, оскільки воно носить більш моральний зміст і саме в цьому аспекті воно доповнює офіційне право. Безумовно, що судді, вдаючись до правотворчого процесу, спрямованого на заповнення законодавчих прогалин в силу їх правової невизначеності, звертаються до цього уже готового права, поєднуючи його окремі положення із змістом правових принципів та змістом досліджених доказів, створюючи нові правові поняття, правові позиції чи положення, доповнюючи, уточнюючи чи змінюючи існуючі, оскільки «кодекси не диктують судових рішень» [6, с. 137]. Судові рішення створюються судом. При їх створенні судді зобов'язані урегульовувати спірні відносини на основі права, в тому числі і створеного судом. В частині останнього американські суди не люблять говорити про те, що вони створюють право. Вони говорять про те, що вони «доповнюють, уточнюють або розширяють право» [7, с. 74].

Таким чином, судді при наявності законодавчих прогалин, змушені за рахунок правотворчого процесу коригувати поточне законодавство, усуваючи із правового поля суперечності чи нечіткості норм права, доповнюючи, а то навіть і змінюючи їх при неповноті чи невідповідності їх рівню суспільних відносин. Такий підхід безумовно створює нові нормативні положення на фоні того, що єдиним узаконеним Конституцією України джерелом права є законодавець.

В той же час, правотворча діяльність суддів не може ґрунтуватись виключно на абстракції положень природного права та виходити за межі Конституції України. Змістовно правове положення судової правотворчості повинно узгоджуватись не лише із нормами Конституції нашої держави, а і Загальною декларацією прав людини [8] та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод [9].

В той же час, законодавець не має реальної можливості змінювати чи доповнювати або уточнювати той чи інший закон, чи норму права кожного дня. Це означає, що спірні відносини, які не обумовлені законодавством нашої держави, повинні регулюватись з позицій загального права, що сьогодні і обумовлюється судової практикою, яку формує Велика Палата Верховного Суду, оскільки при наявності виключної правової проблеми (наявність законодавчих прогалин), подолання якої забезпечує розвиток права та формування єдиної правозастосовчої практики (ч. 5 ст. 403 ЦПК України). Таким чином, правові позиції, які сформовані Великою Палатою по суті набувають статусу судових прецедентів, оскільки законодавець в ч. 4 ст. 263 ЦПК України зазначає, що «при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах Верховного Суду». Якщо ж підходити до даного положення буквально, то можна говорити про те, що дані положення є характерними лише для правотлумачного процесу, який має місце в межах горизонту змістовно-правової суті норм права.

В той же час, у випадку наявності «виключних правових проблем», коли їх подолання здійснюється за рахунок судової правотворчості, то тоді положення ч. 4 ст. 263 ЦПК України якби то стають не прийнятними, оскільки в таких випадках мова не йде про норми права, а про нові правові положення, які сформульовані Великою Палатою Верховного Суду.

Отже, цивільне судочинство України сьогодні вступає в період свого ренесансу і цьому сприяє настрімкий розвиток суспільних відносин, який безумовно потягне за собою нові підходи у вирішенні економічних, технічних, технологічних, правових питань, і всі оновлені відносини в тій чи іншій мірі будуть потребувати нового підходу до їх урегулювання, в тому числі і на рівні сучасного правосуддя.

Висновки. Судова правотворчість не є обособленою процесуально-правовою категорією, яка ґрунтується виключно на професійних знаннях суддів, їх практичному досвіді та внутрішньому переконанні в правоті і істинності прийнятих ними рішень. Судова правотворчість – це процесуальна необхідність, яка вимагає від суддів урегульовувати цивільно-правові спори навіть тоді, коли норми права або взагалі відсутні, або їх правозастосування носить проблемний характер внаслідок їх правової неузгодженості з фактичними обставинами у справі, встановленими судом під час судового засідання. В той же час, така правотворчість не може носити безмежного характеру. Її змістовно-правовий зміст завжди повинен узгоджуватись як з Конституцією України, так і Загальною декларацією прав людини та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ясинок Д. М. Судові прецеденти Європейського суду з прав людини як джерело цивільного процесуального права України. *Приватне та публічне право*. 2019. № 3. С. 44.
2. Ясинок М. М. Цивільне процесуальне право України : підручник для магістрів та аспірантів. К. : Алерта, 2016. С. 66–69.
3. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії (теоретико-правовий аспект) : дис. ... кандидата юрид. наук: 12.00.01 / Б. Малишев. Київ, 2002. 229 с.
4. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. К. : Вид-во «Україна», 1999. С. 47.
5. Ясинок Д. М. Сучасні тенденції «судової правотворчості» в правосудді України. Матер. міжнар. наук-практ. конф.: «Сучасний вимір держави і права». Львів, 14–15 травня 2021 р. С. 111–113.

6. Martin Shapiro. Courts. 136–143 (University of Chicago Press, 1981).
7. Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. К. : Вид-во «Україна», 1999. С. 47.
8. Загальна декларація прав людини, прийнята и проголошена в резолюції 217 А (ІІІ) Генеральної Асамблеї від 10 грудня 1948 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 24.05.2022).
9. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 24.05.2022).

УДК 347.77
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/37

ПРОЦЕДУРА ВИРІШЕННЯ ДОМЕННИХ СПОРІВ UA-DRP: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТА ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ

UA-DRP DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION PROCEDURE: GENERAL CHARACTERISTICS AND APPLICATION PRACTICE

Ходош А.В., аспірант
Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності

Стаття присвячена дослідженню процедури UA-DRP, яка є одним з можливих шляхів вирішення доменних спорів поряд із переговорами / медіацією, судовим розглядом, зверненням до Антимонопольного комітету України щодо недобросовісної конкуренції тощо. Автором розглянуті, зокрема, етапи процедури UA-DRP, їх окремі аспекти, перелік обставин, що підлягають доказуванню сторонами провадження за UA-DRP із наведенням актуальної практики щодо їх розгляду адміністративними комісіями, призначеними Центром з арбітражу та посередництва Всесвітньої організації інтелектуальної власності. Актуальність дослідження процедури вирішення доменних спорів UA-DRP зумовлена поширеністю порушень прав власників торговельних марок в мережі Інтернет, які найчастіше вчиняються шляхом недобросовісної реєстрації доменних імен ідентичних або схожих до ступеня змішування із відповідними торговельними марками, з метою подальшого вимагання грошових коштів від власників торговельних марок, перешкоджання їх законній господарській діяльності, паразитування на відомості торговельної марки широкому загалу тощо. Процедура UA-DRP була предметом досліджень багатьох вітчизняних вчених та практикуючих юристів, однак, існує нагальна потреба проведення її комплексного аналізу, систематизації усіх її особливостей в єдиній науковій роботі, що позитивно вплине на обізнаність суспільства щодо базових принципів та нюансів захисту порушених прав і законних інтересів за UA-DRP. В статті наведені ключові положення, необхідні для врахування особами потерпілими від вищезазначених правопорушень, задля ефективного захисту їх прав та законних інтересів, а також отримання позитивного рішення адміністративної комісії на їх користь. Таким чином, стаття буде корисною не тільки в якості розширення доктринальної бази щодо зазначеної тематики, а й з практичної точки зору, шляхом її застосування зацікавленими особами під час підготовки до звернення зі скаргою (позовом) до Центру з арбітражу та посередництва Всесвітньої організації інтелектуальної власності з метою захисту власних прав та законних інтересів на торговельні марки.

Ключові слова: доменне ім'я, доменний спір, торговельна марка, UA-DRP, політика вирішення доменних спорів, процедура вирішення доменних спорів.

The article is devoted to the research of the UA-DRP procedure, which is one of the possible ways to resolve domain name disputes along with negotiations / mediation, court proceeding, appeal to the Antimonopoly Committee of Ukraine against unfair competition etc. The author has reviewed, in particular, the stages of the UA-DRP procedure, their individual aspects, the list of circumstances to be proved by the parties to the proceedings under UA-DRP, with indication of relevant practice of their consideration by administrative commissions appointed by the World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center. The relevance of the research of UA-DRP domain name dispute resolution procedure is due to the prevalence of violations of trademark owners' rights on the Internet, which are most often committed by unfair registration of domain names identical or similar to the extent of confusion with the respective trademarks, for the purpose of further extortion of money from trademark owners, obstruction of their lawful economic activity, parasitism on the notability of the trademark to the general public etc. The UA-DRP procedure has been the subject of researches of many national scholars and practicing lawyers, however, there is an essential need for its comprehensive analysis, systematization of all its features in a single scientific work, which will positively affect public awareness of basic principles and nuances of protection of violated rights and legitimate interests under UA-DRP. The article contains the key provisions, which shall be considered by the victims of the abovementioned offenses, in order to effectively protect their rights and legitimate interests, as well as to obtain a positive decision of the administrative commission in their favour. Thus, the article will be useful not only as an extension of the doctrinal base on the specified topic, but also from a practical point of view, by its application by interested parties in preparation for submission of complaint (claim) to the World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center in order to protect their own rights and legitimate interests to trademarks.

Key words: domain name, domain name dispute, trademark, UA-DRP, domain name dispute resolution policy, domain name dispute resolution procedure.

Постановка проблеми. Використання чужої торговельної марки в доменному імені веб-сайту є одним із найпоширеніших правопорушень в мережі Інтернет. Найчастіше воно виявляється у несумлінній реєстрації доменного імені ідентичного торговельній марці з метою його пропонування до продажу правовласнику торговельної марки, тобто фактично – вимаганні від нього грошових коштів. Така незаконна діяльність називається «кіберсквотинг». Іншим прикладом порушень є навмисна реєстрація доменного імені з помилками, схожого на інше відоме доменне ім'я, з метою переманювання потенційних клієнтів / користувачів сайту (так званий «тайпсквотинг»).

У зв'язку із зазначеними порушеннями виникають юридичні конфлікти, які отримали узагальнену назву «доменні спори». Їх розгляд і вирішення є метою процедури UA-DRP.

З огляду на розповсюдженість правопорушень в мережі Інтернет та актуальність захисту прав і законних інтересів власників торговельних марок, автором пропонується розглянути базові аспекти процедури UA-DRP, практику її застосування, її переваги та недоліки.

Загальна характеристика процедури UA-DRP

Перш ніж досліджувати саму процедуру вирішення доменних спорів, необхідно розуміти ключові принципи функціонування доменних імен.

Доменні імена поділяються на певні рівні, які розділяються знаком крапки (.). Так, існують національні домени верхнього рівня, наприклад .UA. Також є домени другого та третього рівнів. Це такі домени, як kyiv.ua (домен другого рівня) та law.kyiv.ua (домен третього рівня).

Для реєстрації та делегування доменного імені другого рівня в домені .UA необхідно бути правовласником відповідної торговельної марки, яка діє на території України, або його ліцензіатом, що обумовлюється положеннями п. 3.3 та 3.9 Регламенту особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA (надалі – «**Регламент**»).

У правовідносинах щодо функціонування доменних імен, зокрема їх реєстрації, бере участь наступний суб'єктний склад осіб: реєстрант – особа, в інтересах якої здійснюється реєстрація та делегування приватного доменного імені; реєстратор – особа, що надає реєстранту

послуги з реєстрації та супроводу доменного імені; адміністратор домену – особа, що здійснює заходи з адміністративного супроводу домену та забезпечення його працездатності. Адміністратором домену .UA є ТОВ «Хостмайстер» [2, с. 3].

Процедура UA-DRP регулюється трьома базовими документами: Політикою вирішення спорів щодо доменних імен в домені .UA (надалі – «**Політика**»); Правилами Політики вирішення спорів щодо доменних імен в домені .UA (надалі – «**Правила**»); та Додатковими правилами Політики вирішення спорів щодо доменних імен в домені .UA Всесвітньої організації інтелектуальної власності (надалі – «**Додаткові правила**»).

Наразі вона застосовується щодо доменних імен другого рівня в домені .UA, а також доменних імен третього рівня в доменах com.ua, kyiv.ua, kiev.ua, ivano-frankivsk.ua, if.ua, poltava.ua, pl.ua, uzhgorod.ua, uz.ua [3, с. 1].

UA-DRP є процедурою позасудового врегулювання доменного спору, хоч і є дещо схожою з класичним судовим розглядом, зокрема через застосування певної термінології притаманної судовим справам (як то «позивач», «відповідач», «позов» тощо), наявність обставин, які підлягають обов'язковому доказуванню, встановлення чітко регламентованої процедури розгляду спору тощо. Проте, їй властиві певні особливості, які будуть розглянуті далі.

Розгляд скарги (позову) за UA-DRP здійснюється адміністративною комісією, призначеною Центром з арбітражу та посередництва Всесвітньої організації інтелектуальної власності (ВОІВ) (надалі – «**Центр ВОІВ**»). Водночас, слід зазначити, що процедура UA-DRP не заперечує можливості звернення до суду для врегулювання доменного спору. Навпаки, в п. 4 (k) Політики прямо вказується на право сторін спору передавати його на розгляд суду компетентної юрисдикції [3, с. 4]. Також сторони не обмежені у праві врегулювати спір шляхом взаємних домовленостей, повідомивши про це адміністративну комісію в порядку, передбаченому п. 17 Правил.

Етапи процедури UA-DRP

Умовно можна виділити наступні етапи UA-DRP:

1) ***Подання скарги (позову) до Центру ВОІВ.*** Будь-яка особа або організація може порушити адміністративне провадження, подавши до Центру ВОІВ позов відповідно до умов Політики та Правил [4, с. 4]. Позов може стосуватися декількох доменних імен, зареєстрованих на одну особу. Також, у разі наявності декількох спорів між позивачем та відповідачем, вони можуть бути об'єднані в одне провадження за клопотанням однієї із сторін або за власним рішенням адміністративної комісії. Вимоги щодо форми позову встановлені п. 3 Правил.

Проте, слід враховувати, що з певних причин приймання позовів за UA-DRP може призупинятися. Так, у зв'язку з воєнним станом в Україні, тимчасово було призупинено приймання нових, а також розгляд поточних позовів за процедурою UA-DRP.

В будь-якому випадку, за процедурою UA-DRP може бути подано скаргу (позов) виключно з вимогою видалити доменне ім'я або переделегувати реєстрацію доменного імені позивачеві (внаслідок чого він стає власником доменного імені).

Необхідно враховувати, що, якщо спір стосується доменного імені другого рівня в домені .UA, вимогу про переделегування може подавати виключно правовласник торговельної марки, що діє на території України, або його ліцензіат. Це обумовлюється положеннями п. 3.3 та 3.9 Регламенту, що згадувалися вище, а також п. 3 (a) Правил, в якому вказано: «Якщо позивач вимагає переделегування приватного доменного імені другого рівня в домені .UA, він повинен надати докази того, що він на момент подачі позову відповідає загальним критеріям прийнятності для реєстрації, визначеним у Регламенті особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA та повинен їм відповідати протягом періоду розгляду позову та на момент виконання рішення комісії» [4, с. 4] Водночас, до спорів щодо доменів третього рівня такі вимоги не застосовуються.

2) ***Подання відзиву (заперечення) відповідачем.*** У встановлені Правилами строки, які в певних випадках можуть бути подовжені, Відповідач може подати свій відзив на скаргу (позов). Однак, якщо він цього не зробить, адміністративна комісія має право розглянути спір на підставі виключно позову. Вимоги щодо форми відзиву (заперечення) встановлені п. 5 Правил.

3) ***Призначення комісії, що буде розглядати спір.*** Доменний спір може розглядатися комісією у складі одного або трьох членів, які обираються із загальнодоступного списку можливих членів комісії, що публікується Центром ВОІВ. Сторони можуть обрати варіант розгляду спору трьома членами комісії, обравши кандидатів із вищезазначеного списку, та подавши їх перелік у порядку бажаної пріоритетності до Центру ВОІВ. Якщо жодна із сторін не скористалася таким правом, єдиний член комісії призначається Центром ВОІВ.

Зауважимо, що збільшення кількості членів комісії збільшує розмір плати, що стягується у зв'язку із розглядом спору. Водночас, зазвичай плата стягується у повному обсязі з позивача, окрім випадків, коли розгляд комісією у складі трьох членів обрав відповідач, і в такому разі відповідні витрати розподіляються між сторонами порівну [4, с. 9].

Розгляд спору розпочинається після внесення сторонами належних з них платежів у встановлені строки.

4) ***Розгляд спору і винесення рішення.*** Як і при судовому розгляді, члени комісії повинні бути незалежні, неупереджені та повинні забезпечувати рівність сторін спору, зокрема щодо можливості наведення своїх аргументів. Однак, на відміну від судового процесу, розгляд доменних спорів за процедурою UA-DRP зазвичай не вимагає особистої (включаючи, через відео-зв'язок тощо) присутності сторін.

Мовою провадження є мова, якою укладено договір про реєстрацію доменного імені (англійська, українська або російська). Проте, адміністративна комісія зберігає право вирішити інакше, з урахуванням обставин справи [4, с. 10]. Також, сторони мають право домовитися щодо мови, якою буде розглядатися доменний спір.

Комісія оцінює всі обставини спору, досліджує докази, встановлюючи їх прийнятність, достовірність та вагу, та, на основі проведеного аналізу, приймає рішення. У разі роботи комісії у складі трьох членів, рішення комісії приймається більшістю голосів [4, с. 11].

5) ***Виконання рішення.*** Особливістю виконання рішень комісії за процедурою UA-DRP є те, що положеннями, які її регулюють, врахована можливість звернення сторін до суду, а саме: якщо комісії задовільнить позов, очікується ще 10 (десять) робочих днів (які розраховуються за місцезнаходженням реєстратора доменного імені в домені .UA) після отримання повідомлення від Центру ВОІВ про рішення комісії, перед його виконанням [3, с. 4].

Доказування в процедурі UA-DRP

Особливу увагу необхідно приділити обставинам, що підлягають доказуванню під час розгляду спору за UA-DRP, так як саме від них залежить успішність вирішення спору. Ці обставини також іноді називаються «елементами».

Позивач повинен довести, що кожен з таких трьох елементів присутній:

1) доменне ім'я відповідача є ідентичним або оманливо подібним до знака для товарів та послуг, на який позивач має права; і

2) у відповідача немає прав або законних інтересів щодо доменного імені; і

3) доменне ім'я зареєстроване або використовується недобросовісно [3, с. 2].

Слід зауважити, що, якщо позивач надав свої докази на підтвердження цих елементів, надалі тягар доказування своєї невинуватості переходить до відповідача. При цьому, Політика у пунктах 4 (b) і 4 (c) наводить приблизний перелік доказів, які можуть подаватися кожною із сторін, зокрема, позивачем – щодо третього елементу, відповідачем – щодо другого. Проте, варто зазначити, що цей перелік в жодному разі не обмежує сторони щодо подання будь-яких інших доказів на підтвердження своїх аргументів.

Будь-які докази, а також сама скарга (позов) подаються до Центру ВОІВ в електронному вигляді.

Нижче розглянемо детальніше кожну із обставин, що підлягає доказуванню та її оцінку адміністративною комісією на практиці.

1) *Ідентичність або оманлива подібність доменного імені до знака для товарів та послуг, на який позивач має права.* Ступінь схожості доменного імені та торговельної марки оцінюється особисто членами адміністративної комісії, проте слід враховувати певні особливості, напрацьовані роками практики, щодо дослідження цього елементу.

По-перше, комісія не бере до уваги загальні домени верхнього рівня, такі як.ua та kiev.ua. Вони не мають значення для встановлення схожості доменного імені та торговельної марки, адже є стандартною реєстраційною вимогою (*Справа № DUA2021-0023: AB Electrolux проти Товариство з обмеженою відповідальністю «ЕВРОПА ТЕК Україна»*). Також, як бачимо з обставин зазначеної справи, першим прикладом тотожності (ідентичності) є ситуація, коли торговельна марка повністю відтворена в спірному доменному імені без додавання будь-яких додаткових елементів.

По-друге, включення додаткових символів до торговельної марки, та подальше використання сукупності таких позначень у доменному імені, не заважає встановленню схожості до ступеня змішування доменного імені та торговельної марки, і факту наявності порушення (*Справа № DUA2021-0028: Alticor Inc. v. Шмакова Таисия Викторовна (Shmakova Taisiya Viktorovna)*).

Дуже цікавою справою щодо дослідження першої обставини, яка підлягає доказуванню позивачем є *Справа № DUA2021-0005: Compagnie Générale des Etablissements Michelin против Чернышов Алексей Анатольевич*. У цій справі спір виник щодо доменних імен michelintyres.com.ua та michkatyres.com.ua. На думку позивача, відповідач порушив його права на торговельну марку MICHELIN. Якщо перше доменні ім'я частково містить торговельну марку позивача, а тому факт порушення є очевидним, то щодо другого доменного імені ситуація є не такою явною. Для встановлення їх ідентичності комісія правильно вчинила, що «розділила» доменне ім'я під час розгляду на дві частини. Перша з яких «michka», а друга – «tyres». Навіть якщо розділити першу частину, виділену комісією, на дві частини «mich» та «ka», бачимо, що частина «mich» відтворює початок слова, яке становить торговельну марку MICHELIN. Науковцями доведено, що людина, читаючи тест, не прочитує конкретне слово повністю, людині достатньо побачити його значну частину, а мозок сам відтворює / додумує другу частину. Тому, коли людина переходить на сайт, де продаються шини, а на початку доменного імені бачить «mich», цілком ймовірною є ситуація, що людина почне автоматично асоціювати цей сайт з брендом MICHELIN. Більш того, комісія правильно звернула увагу на другу частину цього доменного імені – «tyres», яка фактично ще більше, викликає асоціацію у потенційного клієнта / користувача сайту з всесвітньо відомим брендом MICHELIN, який спеціалізується на шинах. Адже слово «tyres» означає «шини». Цікавим є також те, що комісія звернула увагу не тільки на складові частини доменного імені, а й на саме наповнення сайту, що зазвичай не робиться при дослідженні першого елементу UA-DRP. І на цій основі отримала додаткове підтвердження своїх висновків про схожість до ступеня змішування доменного імені та торговельної марки.

Ба більше, слід враховувати, що транслітерація та переклад торговельної марки також можуть бути порушеннями. Так у *Справі № D2012-1612: Yahoo! Inc. v. Mr. Omid Pournazar*, комісія зазначила, що транслітерація торговельної марки Yahoo на перську мову із подальшим її використанням у доменному імені відповідає першому елементу – оманливій подібності до торговельної марки позивача.

2) *Відповідач немає прав або законних інтересів щодо доменного імені.* Права чи законні інтереси відповідача щодо доменного імені можуть підтверджуватися наступними фактами:

i) перед отриманням будь-якого повідомлення щодо спору, відповідач використовував або демонстративно готувався до використання доменного імені або імені, що стосується доменного імені, у зв'язку з добросовісним наданням товарів або послуг; або

ii) відповідач є відомим загалу за доменним іменем, навіть якщо він не набув жодних прав на знаки для товарів та послуг; або

iii) відповідач використовує доменне ім'я з некомерційною метою або правомірно без наміру отримати комерційну вигоду шляхом оманливого приваблювання споживачів або завдання шкоди репутації знака для товарів та послуг [3, с. 3].

Водночас, необхідно враховувати, що загалом тягар доказування за процедурою Політики покладено на позивача. Однак, слід визнати, що доведення відсутності у відповідача прав чи законних інтересів щодо доменного імені може являти неможливе для виконання завдання «доведення зворотного», що часто вимагає в першу чергу інформації, яка є у розпорядженні чи контролюється відповідачем. Тому, коли позивач prima facie заявляє, що у відповідача немає прав або законних інтересів, тягар доказування перекладається на відповідача, який має надати відповідні докази, що демонструють права або законні інтереси щодо доменного імені. Якщо відповідач не надає такі докази, то має вважатись, що позов відповідає вимогам щодо другого елемента доказування (*Хармен Інтернешенл індастріз, Інк. (Harman International Industries, Inc.) проти Александра Колегаева; Справа № DUA2020-0006: AB Electrolux v. Захаров Евгений*) [9; 10].

Позивачу важливо зазначити у позові, що він не надавав ліцензії та не погоджував будь-яким іншим чином ані використання торговельної марки, ані реєстрацію доменного імені, яке її включає, відповідачем.

Доцільно також довести, що відповідач не відомий широкому загалу за доменним іменем. Для цього можна не тільки подати відповідні докази та заяви, а й навести відповідну практику. Наприклад, вказати на обізнаність відповідача про широку відомість позивача під торговельною маркою, його всесвітню популярність та не здійснення жодної діяльності відповідачем щодо просування товарів / послуг, що дозволила б йому стати відомим суспільству під доменним іменем (*Справа № DUA2019-0001: OPPO Pte. Ltd. v. Private Registration / Alexander Leonidovich Shirkov*).

Окрему увагу слід приділити спростуванню використання доменного імені відповідачем у зв'язку з «добросовісним наданням товарів або послуг». Для вирішення цього питання застосовується так званий «Oki Data Test». Так, у *Справі № D2001-0903: Oki Data Americas, Inc. v. ASD, Inc.* комісія сформулювала декілька елементів, які повинні бути наявними для констатації добросовісного надання товарів або послуг:

i) відповідач повинен насправді пропонувати товари чи послуги, про які йдеться; і

ii) відповідач повинен використовувати сайт для продажу тільки тих товарів, що закріплені за торговельною

маркою; інакше це могло б значити використання торговельної марки, щоб приманити користувачів Інтернету, а потім переключити їх на інші товари; і

iii) сайт повинен точно розкривати і відображати відносини реєстранта з власником торговельної марки; наприклад, він не повинен викликати помилкове припущення, що відповідач є власником торговельної марки або, що веб-сайт є офіційним сайтом, якщо насправді це лише один із багатьох агентів з продажу; і

iv) відповідач не повинен намагатися завоювати ринок усіх доменних імен, таким чином позбавляючи власника торговельної марки можливості відображати власну марку в доменному імені [12].

За результатами оцінки другого елемента по цій справі комісія дійшла висновку, що поведінка відповідача відповідає всім цим факторам. Відповідач є авторизованим продавцем і ремонтним центром, використовує сайт okidatapart.com для просування лише товарів і послуг Oki Data і чітко повідомляє, що це просто ремонтний центр, а не сама компанія Oki Data. Він не зареєстрував численні доменні імена, пов'язані з Oki Data, і не спілкувався неналежним чином із клієнтами Oki Data [12].

3) *Доменне ім'я зареєстроване або використовується недобросовісно.* Перш за все, слід звернути увагу, що, на відміну від політики вирішення доменних спорів UDRP, UA-DRP дозволяє позивачеві довести наявність лише однієї зі складових цього елементу – або те, що доменне ім'я зареєстроване недобросовісно, або, що воно використовується недобросовісно.

Очевидним підтвердженням недобросовісності можуть бути такі дії відповідача, як реєстрація доменного імені виключно з метою подальшого вимагання грошових коштів від позивача.

Також, доказом може бути пропонування до продажу на сайті підроблених товарів (*Справа № DUA2021-0001: Luxottica Group S.p.A. v. Savchenko Diana*).

Вочевидь, реєстрація доменного імені з метою перешкоджання діяльності конкурента, також не може свідчити про добросовісність, так само як цілеспрямоване введення в оману користувачів мережі Інтернет щодо справжнього власника веб-сайту (*Справа № DUA2020-0007: Chewy Inc. v. Rostislav Karyi / Ростислав Карый*).

Переваги та недоліки процедури UA-DRP

Як зазначалося вище, UA-DRP має багато спільних ознак із судовим процесом, однак також суттєво відрізняється від нього, має свої переваги та недоліки.

Очевидною перевагою є швидкість розгляду справи (зазвичай рішення виноситься протягом 60 календарних днів), в той час як судовий розгляд може тривати роками.

Іншою перевагою може бути те, що до складу комісії входять фахівці відповідної спеціалізації, які мають достатньо досвіду, щоб правильно оцінити всі обставини справи.

Наявність можливості обрати мову провадження – є також тією перевагою UA-DRP над судовим розглядом, яка значно спрощує участь сторін у вирішенні спору. Адже, мовою судочинства в Україні – є національна мова і у випадку необхідності потрібно залучати перекладача, що не тільки затягує процес, а й призводить до додаткових витрат з боку сторін.

На думку автора, найважливішою перевагою UA-DRP – є автоматичне блокування здійснення будь-яких дій щодо доменного імені під час розгляду справи, а також після завершення провадження (відповідно до п. 8 Політики та п. 4 Правил), що виключає можливість ухилення відповідача від відповідальності шляхом зміни власника (переделегування) доменного імені. В судовому процесі з цією метою необхідно подавати клопотання про забезпечення позову, або про забезпечення доказів, які суд не завжди задовольняє.

Водночас, задля справедливості, необхідно також зазначити наступні недоліки процедури UA-DRP.

По-перше, недоліком може бути відсутність єдиної практики, коли різні члени комісії по-різному трактують окремі положення, якими регулюється UA-DRP. І навпаки, фатальною може бути ситуація, коли комісія повністю проектує вже наявну практику на спір, який фактично є незалежним, із власними обставинами, які обов'язково повинні бути враховані, при цьому не надаючи належної та повної оцінки тих фактів, які наявні у спорі.

Іншим недоліком є суттєва вартість звернення з позовом до Центру ВОІВ. Не кожен підприємець може собі дозволити такі витрати.

Абсолютно точно необхідно віднести до недоліків той факт, що не всі доменні імена наразі охоплюються процедурою.

Висновки. Таким чином, констатуємо, що процедура UA-DRP є позасудовим шляхом вирішення доменного спору, який хоч і має певні недоліки, проте є ефективним способом захисту власних прав та інтересів.

Проте, перш ніж звертатися з позовом до Центу ВОІВ, варто здійснити попередній детальний аналіз усіх наявних обставин та фактів, підготувати переконливу доказову базу та дослідити практику розгляду подібних спорів, щоб надалі підтверджувати свої аргументи не тільки за допомогою доказів, а й посиланнями на попередні рішення адміністративних комісій. Виключно дотримавшись усіх цих порад, можна досягти успіху у вирішенні спору щодо доменного імені.

ЛІТЕРАТУРА

1. РЕГЛАМЕНТ особливостей реєстрації приватних доменних імен другого рівня в домені .UA (версія 1.0), розроблений спільно ТОВ «Хостмайстер», адміністраторами публічних доменів та реєстраторами 1 квітня 2014 року. URL: https://www.hostmaster.ua/policy/Reglament_UA_1.0_UK.pdf (дата звернення: 23.06.2022)/
2. РЕГЛАМЕНТ публічного домену (версія 3.5), розроблений спільно ТОВ «Хостмайстер», адміністраторами публічних доменів та реєстраторами 24 січня 2020 року. URL: https://www.hostmaster.ua/registrators/docs/Reglament2ld_3.5_UK.pdf (дата звернення: 23.06.2022).
3. Політика вирішення спорів щодо доменних імен в домені .UA, затверджена ТОВ «Хостмайстер» (Адміністратор публічного домену .UA) 19 березня 2019 року. URL: https://www.hostmaster.ua/policy/ua-drp/files/UA-Policy-UK.pdf (дата звернення: 23.06.2022).
4. Правила Політики вирішення спорів щодо доменних імен в домені .UA (Правила .UA), затверджені ТОВ «Хостмайстер» (Адміністратор публічного домену .UA) 19 березня 2019 року. URL: https://www.hostmaster.ua/policy/ua-drp/files/UA-Rules-UK.pdf (дата звернення: 23.06.2022).
5. РІШЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОМІСІЇ AB Electrolux проти ТОВАРИСТВО З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ «ЕВРОПА ТЕК Україна». Справа № DUA2021-0023. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DUA2021-0023 (дата звернення: 23.06.2022).
6. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION Alticor Inc. v. Шмакова Таисия Викторовна (Shmakova Taisiya Viktorovna) Case No. DUA2021-0028. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DUA2021-0028 (дата звернення: 23.06.2022).
7. РЕШЕНИЕ АДМИНИСТРАТИВНОЙ КОМИССИИ Compagnie Générale des Etablissements Michelin против Чернышов Алексей Анатольевич Дело № DUA2021-0005. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DUA2021-0005 (дата звернення: 23.06.2022).
8. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION Yahoo! Inc. v. Mr. Omid Pournazar Case No. D2012-1612. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2012-1612 (дата звернення: 23.06.2022).

9. РІШЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ КОМІСІЇ Хармен Інтернешенл індастріз, Інк. (Harman International Industries, Inc.) проти Александра Колегаева Справа № DUA2020-0005. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DUA2020-0005 (дата звернення: 23.06.2022).

10. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION AB Electrolux v. Захаров Евгений Case No. DUA2020-0006. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DUA2020-0006 (дата звернення: 23.06.2022).

11. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION OPPO Pte. Ltd. v. Private Registration / Alexander Leonidovich Shirkov Case No. DUA2019-0001. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DUA2019-0001 (дата звернення: 23.06.2022).

12. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION Oki Data Americas, Inc. v. ASD, Inc. Case No. D2001-0903. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0903.html (дата звернення: 23.06.2022).

13. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION Luxottica Group S.p.A. v. Savchenko Diana Case No. DUA2021-0001. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DUA2021-0001 (дата звернення: 23.06.2022).

14. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION Chewy Inc. v. Rostislav Karyi / Ростислав Карый Case No. DUA2020-0007. URL: https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DUA2020-0007 (дата звернення: 23.06.2022).

15. Додаткові правила Політики вирішення спорів щодо доменних імен в домені .UA Всесвітньої організації інтелектуальної власності. URL: https://www.hostmaster.ua/policy/ua-drp/files/Supplemental-Rules-UA-WIPO-UK.pdf (дата звернення: 23.06.2022).

УДК 347.6
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/38

ОХОРОНА СПАДКОВОГО МАЙНА

PROTECTION OF INHERITANCE PROPERTY

Чабан О.М., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівський торговельно-економічний університет

Стаття присвячена правовому регулюванню охорони спадкового майна. Досліджено, що охорона спадкового майна – це є родове поняття, що включає правовідносини зберігання спадщини та управління спадковим майном. Зберігання спадщини регулюється главою 66 ЦК України з урахуванням особливостей, встановлених законодавством про спадкування. До договору на управління спадщиною застосовуються норми ст. 1285 ЦК України та загальні положення про охорону спадкового майна.

Встановлено суб'єктів правовідносин охорони спадкового майна, яким є нотаріус чи посадова особа органу місцевого самоврядування, уповноважена на вчинення нотаріальних дій, за місцем відкриття спадщини та охоронець спадкового майна. Охоронцем може бути фізична або юридична особа. Підставою для вжиття заходів для охорони спадкового майна є власна ініціатива нотаріуса, заява спадкоємців, повідомлення фізичних або юридичних осіб, рішення суду про оголошення фізичної особи померлою.

Визначені поетапно заходи щодо охорони спадкового майна, якими є прийняття заяви про вжиття заходів щодо охорони спадкового майна; здійснення підготовчих дій; опис спадкового майна; зберігання описаного спадкового майна.

У разі передання спадкового майна на зберігання охоронцеві вважається, що письмова форма договору зберігання дотримана, тому що передання та прийняття речі на зберігання посвідчене актом опису, що підписується нотаріусом та охоронцем спадкового майна, розпискою про отримання охоронцем спадкового примірника акта опису та актом про передачу спадкового майна на зберігання.

Зберігання спадкового майна може бути відплатним або безвідплатним, що підтверджується відповідною заявою охоронця спадкового майна. При охороні спадкового майна плата за зберігання спадкового майна та строки її внесення визначають заявою охоронця спадкового майна про виконання повноважень відплатно.

Крім договору зберігання спадкового майна для забезпечення охорони майна може укладатися договір на управління спадщиною. Установником управління є нотаріус, а в населених пунктах, де немає нотаріуса, – відповідний орган місцевого самоврядування. Управителем спадкового майна можуть бути спадкоємці, виконавець заповіту, сільська, селищна, міська рада за місцезнаходженням земельної ділянки, яка входить до складу спадщини, та інша особа.

У статті запропоновані відповідні доповнення до законодавства про охорону спадкового майна.

Ключові слова: спадщина, охорона спадкового майна, зберігання спадкового майна, договір на управління спадщиною, нотаріус, спадкоємці.

The article is devoted to the legal regulation of the protection of hereditary property. It has been studied that the protection of inherited property is a generic concept that includes the legal relationship of heritage preservation and management of inherited property. Preservation of inheritance is regulated by Chapter 66 of the Civil Code of Ukraine, taking into account the features established by the legislation on inheritance. The norms of Art. 1285 of the Civil Code of Ukraine and general provisions on the protection of hereditary property.

The subjects of legal relations for the protection of hereditary property have been identified, such as a notary or an official of a local self-government body authorized to perform notarial acts at the place of opening the inheritance and the guardian of the hereditary property. The security guard can be a natural or legal person. The basis for taking measures to protect the inherited property is the notary's own initiative, the application of the heirs, the notification of individuals or legal entities, the court decision to declare the individual dead.

Staged measures for the protection of hereditary property are defined in stages, which are the adoption of an application for measures to protect hereditary property; implementation of preparatory actions; description of hereditary property; storage of the described hereditary property.

In case of transfer of hereditary property for safekeeping, it is considered that the written form of the storage contract is observed, because the transfer and acceptance of the thing for safekeeping is certified by an act of description signed by a notary and guardian of hereditary property. property for storage.

The storage of hereditary property may be remunerative or gratuitous, as evidenced by the relevant statement of the guardian of the hereditary property. In the case of protection of hereditary property, the fee for storage of hereditary property and the terms of its payment shall be determined by the application of the guardian of hereditary property for the performance of powers in return.

In addition to the contract for the storage of hereditary property to ensure the protection of property may be a contract for the management of heritage. The founder of the department is a notary, and in settlements where there is no notary – the relevant local government. The heir, the executor of the will, the village, settlement, city council at the location of the land plot that is part of the inheritance, and another person may be the manager of the hereditary property.

The article proposes appropriate amendments to the legislation on the protection of hereditary property.

Key words: inheritance, protection of hereditary property, storage of hereditary property, contract on inheritance management, notary, heirs.

Право на спадкування виникає у день відкриття спадщини, і з цього дня спадкоємці можуть реалізувати своє суб'єктивне цивільне право на прийняття спадщини. Однак до моменту прийняття спадщини або до набрання законної сили рішенням суду про визнання спадщини відумерлою спадкове майно може бути знищене, втрачене чи пошкоджене. Для того щоб зберегти спадкове майно до моменту прийняття спадщини закон передбачив такий правовий інститут як охорона спадкового майна. Такі заходи вживаються з метою захисту майнових інтересів спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів спадкодавця, територіальної громади. Законом не визначені конкретні заходи, які входять до охорони спадкового майна, суб'єкти правовідносин щодо охорони спадщини, в науці цивільного права не встановлена природа правовідносин охорони майна, що включається до складу спадщини.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. У науці цивільного права присвячена значна кількість публікацій питанням спадкування за заповітом, спадкування за законом, прийняття спадщини, відмови від спадщини, оформлення свідоцтва про право на спадщину, хоча охорона спадкового майна залишається мало дослідженою темою. Над заявленою темою працювали такі вчені як О. В. Дзера, Д. В. Журавльов, О. В. Коротюк, К. І. Чижмарь, О. Є. Кухарєв, Є. О. Рябоконь, Ю. О. Заіка. Залишається недостатньо висвітленими у науці цивільного права питання правового регулювання правовідносин охорони спадкового майна та управління спадщиною, підстава виникнення зберігання спадкового майна, необхідність

укладення договору на управління спадщиною зі спадкоємцем, учасники договору на управління спадщиною.

Мета статті. Метою даної статті є визначення особливостей правового регулювання охорони спадкового майна.

Виклад основного матеріалу. Охорона спадкового майна за чинним законодавством покладається на нотаріуса або в сільських населених пунктах на уповноважену на це посадову особу відповідного органу місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини (ч. 1 ст. 1283 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 [1] (далі – ЦК України). Безпосередньо фактичні та юридичні дії, необхідні для схоронності спадщини, вчиняє нотаріус чи посадова особа органу місцевого самоврядування, уповноважена на вчинення нотаріальних дій, за місцем відкриття спадщини або нотаріус чи посадова особа органу місцевого самоврядування, уповноважена на вчинення нотаріальних дій, за місцезнаходженням майна за дорученням перших. Вжити заходів щодо охорони спадкового майна, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 1290 ЦК України, зобов'язаний також виконавець заповіту. Такі заходи виконавець може вчиняти як щодо спадщини за заповітом так і щодо спадщини за законом. Підтвердженням цього є норма ч. 1 ст. 1284 ЦК України, де вказується, якщо спадкування здійснюється не лише за заповітом, а й за законом, виконавець, якого призначив спадкодавець, вживає заходів щодо охорони всієї спадщини.

Згідно з абз. 5 ч. 1 Методичних рекомендацій щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя, які схвалені рішенням Науково-експертної ради з питань нотаріату при Міністерстві юстиції України від 29.01.2009 [2] вжиття заходів щодо охорони спадкового майна здійснюється поетапно: 1) прийняття заяви про вжиття заходів щодо охорони спадкового майна; 2) підготовчі дії (наприклад, витребування всіх необхідних документів, залучення свідків, експерта чи оцінювача при описі майна); 3) опис спадкового майна; 4) охорона та зберігання описаного спадкового майна.

Підставою для вжиття заходів для збереження цілісності спадкового майна може бути ініціатива нотаріуса, заява спадкоємців, повідомлення підприємств, установ, організацій, громадян, рішення суду про оголошення фізичної особи померлою.

У реч. 1 ч. 1 ст. 60 Закону України «Про нотаріат» від 02.09.1993 [3] передбачено, що нотаріус або в сільських населених пунктах – посадова особа органу місцевого самоврядування, уповноважена на вчинення нотаріальних дій, за місцем відкриття спадщини вживає заходів до охорони спадкового майна, коли це потрібно в інтересах спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів або держави. Проте у ч. 1 ст. 1283 ЦК України встановлено, що охорона спадкового майна здійснюється в інтересах спадкоємців, відказоодержувачів та кредиторів спадкодавця. Отже, у ЦК України не згадується про інтереси держави. Звісно це правильно, бо у випадку визнання за рішенням суду спадщини відумерлою, вона переходить у власність територіальної громади, а не держави, за місцем відкриття спадщини, а нерухоме майно – за його місцезнаходженням.

Як зазначають Д. В. Журавльов, О. В. Коротюк, К. І. Чижмарь, викликає деякі питання вжиття заходів щодо охорони спадкового майна за ініціативою нотаріуса. Автори акцентують увагу на тому, що дана нотаріальна дія є відплатною, однак у разі відсутності спадкоємців у майбутньому оплата нотаріальної дії не буде здійснення взагалі [4, с. 7]. Не може погодитися з цією позицією, тому що у законодавстві це питання чітко врегульоване. Це передбачено ч. 4 ст. 1283 ЦК України, а саме: витрати на охорону спадкового майна відшкодовуються спадкоємцями відповідно до їхньої частки у спадщині, а у разі визнання спадщини відумерлою – органом місцевого самоврядування, який від імені територіальної громади здійснює право власності щодо спадщини, яку визнано відумерлою.

Заява про вжиття заходів щодо охорони спадкового майна реєструється в Книзі обліку заяв про вжиття заходів щодо охорони спадкового майна та встановлення опіки над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, або над майном фізичної особи, місцеперебування якої невідоме.

Згідно з п. 2.2 ч. 2 глави 9 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України [5] перед вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна нотаріус вчиняє низку дій, які забезпечують повну охорону цього майна, а саме: визначає місце відкриття спадщини, наявність спадкового майна, його склад та місцезнаходження; перевіряє наявність спадкової справи за даними Спадкового реєстру. Якщо спадкова справа не заведена, нотаріус реєструє заяву про вжиття заходів щодо охорони спадкового майна також і в Книзі обліку і реєстрації спадкових справ, заводить спадкову справу і реєструє її у Спадковому реєстрі; з'ясовує, чи були вжиті попередні заходи щодо збереження спадкового майна. Якщо такі заходи були вжиті – то ким, коли і як (чи було приміщення опечатано, де знаходяться ключі від цього приміщення тощо); повідомляє про це тих спадкоємців, місце проживання або роботи яких йому відоме. Нотаріус може також зробити виклик спадкоємців шляхом публічного оголошення або повідомлення у пресі; про проведення опису майна спадкодавця нотаріус повідомляє житлово-експлуатаційні органи, а в разі необхідності – органи внутрішніх справ та інших заінтересованих осіб (кредитора); якщо є підстави вважати, що спадщина може бути визнана відумерлою, нотаріус повинен повідомити відповідний орган місцевого самоврядування; вживає заходів для залучення до участі в проведенні опису майна свідків (не менше двох). Свідками можуть бути будь-які незаінтересовані особи з повною цивільною дієздатністю.

Нотаріус здійснює заходи щодо охорони спадкового майна після отримання підтверджуючих документів про факт смерті спадкодавця, час і місце відкриття спадщини, але не пізніше наступного дня з дати надходження таких документів.

Важливим питанням є призначення охоронця спадкового майна, оскільки саме ця особа буде вчиняти фактичні дії та правочини зі спадковим майном до прийняття спадщини спадкоємцями або до визнання спадщини відумерлою. Згідно з п. 3.10 глави 9 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України акт опису складається не менше ніж у трьох примірниках. Усі примірники підписуються нотаріусом, заінтересованими особами, свідками та охоронцем, якому передано на зберігання спадкове майно. У кінці акта опису зазначається прізвище, ім'я, по батькові, рік народження охоронця, якому передано на зберігання майно, найменування документа, який посвідчує його особу, номер, дата видачі, найменування установи, що видала документ, місце проживання цієї особи (п. 3.9). Виходячи з аналізу цих норм, призначення охоронця спадкового майна передує опису майна. У ЦК України містяться норми щодо охорони спадкового майна виконавцем заповіту. Тобто охоронцем спадкового майна може бути виконавець заповіту, якого призначили спадкоємці, як заповіданого, такі і не заповіданого майна. Як передбачено, у ч. 2 ст. 1284 ЦК України спадкоємці за законом мають право призначити іншу особу, яка вживатиме заходів щодо охорони частини спадщини, що спадкується за законом. Звідси: охоронцем спадкового майна може бути виконавець заповіту, а також інша особа призначена спадкоємцями за законом щодо охорони майна, що спадкується за законом.

Якщо ж спадкоємців не виявлено, то як зазначають Д. В. Журавльов, О. В. Коротюк, К. І. Чижмарь, вчинення нотаріальної дії щодо охорони спадкового майна можливе за повідомленням фізичних та юридичних осіб, відпо-

відно нотаріус може призначити охоронця майна з числа цих осіб. Тому, на нашу думку, охоронцем може бути фізична або юридична особа. Щодо фізичної особи, то вона повинна бути особою з повною цивільною дієздатністю, оскільки у абз. 2 ч. 3 передбачено, що особи або органи, що вживають заходів з охорони спадкового майна мають право укладати договори з третіми особами, спрямовані на забезпечення охорони спадкового майна.

Правовідносини зберігання спадкового майна регулюються главою 66 ЦК України під назвою «Зберігання» з урахуванням особливостей, встановлених законодавством про спадкування. Сторонами у договорі зберігання спадкового майна є нотаріус або в населених пунктах – уповноважена на це посадова особа відповідного органу місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини та охоронець спадкового майна. Згідно з ч. 1 ст. 937 ЦК України договір зберігання укладається у письмовій формі у випадках, встановлених статтею 208 цього Кодексу. Письмова форма договору вважається дотриманою, якщо прийняття речі на зберігання посвідчене розпискою, квитанцією або іншим документом, підписаним зберігачем. У разі передання спадкового майна на зберігання охоронцеві вважається, що письмова форма договору зберігання дотримана, тому що передання та прийняття речі на зберігання посвідчене актом опису, що підписується нотаріусом та охоронцем спадкового майна, розпискою про отримання охоронцем спадкового примірника акта опису та актом про передачу спадкового майна на зберігання.

Зберігання спадкового майна може бути відплатним так і безвідплатним. Підтвердженням цього має бути заява охоронця спадкового майна про виконання повноважень відплатно чи безвідплатно. Як вказано у ч. 2 ст. 942 ЦК України якщо зберігання здійснюється безоплатно, зберігач зобов'язаний піклуватися про річ, як про свою власну. Згідно з ст. 62 Закону України «Про нотаріат» хранителі, опікуни та інші особи, яким передано на зберігання спадкове майно, якщо вони не є спадкоємцями, мають право одержати від спадкоємців винагороду за зберігання спадкового майна в розмірі, передбаченому чинним законодавством України. Вказані особи також мають право на відшкодування необхідних витрат по зберіганню і управлінню спадковим майном, за вирахуванням фактично одержаної вигоди від використання цього майна.

Плата за зберігання та строки її внесення встановлюються договором зберігання. При охороні спадкового майна плата за зберігання спадкового майна та строки її внесення визначають заявою охоронця спадкового майна про виконання повноважень відплатно. Нотаріус або в сільських населених пунктах – посадова особа органу місцевого самоврядування, уповноважена на вчинення нотаріальних дій, до прийняття спадщини спадкоємцями може дати наказ про видачу із спадкового майна грошових сум на покриття витрат на охорону спадкового майна і управління ним (абз. 1 ст. 64 Закону України «Про нотаріат»).

Крім договору зберігання спадкового майна для забезпечення охорони майна може укладатися договір на управління спадщиною. Цей договір вчиняється якщо у складі спадщини є майно, яке потребує утримання, догляду, вчинення інших фактичних чи юридичних дій для підтримання його в належному стані. Нотаріус, а в населених пунктах, де немає нотаріуса, – відповідний орган місцевого самоврядування укладає договір на управління спадщиною з іншою особою у разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту. Якщо у складі спадщини є корпоративні права для управління ними, нотаріус, а в сільських населених пунктах – посадова особа органу місцевого самоврядування призначає управителя спадщини з числа спадкоємців або виконавців заповіту, а в разі їх відсутності – укладає договір на управління спадщиною з іншою особою (ч. 3 ст. 61 Закону України «Про нотаріат»). У разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту особою, яка управляє спадщиною, до складу якої входить земельна ділянка, є сільська, селищна, міська рада за місцезнаходженням такої земельної ділянки. Відповідно управителем спадкового майна можуть бути спадкоємці, виконавець заповіту, сільська, селищна, міська рада за місцезнаходженням земельної ділянки, яка входить до складу спадщини, та інша особа.

На думку О. Є. Кухарєва, договір на управління спадщини має самостійний характер, зважаючи на низку особливостей, що суттєво впливають на його правову природу. По-перше, це суб'єктний склад договору. По-друге, предметом договору виступає спадщина як особливий об'єкт цивільних прав, що має виражену специфіку, зумовлену спадковими правовідносинами. По-третє, управління спадщиною включає широке коло дій управителя, який фактично буде «заміщати» померлого власника майна, заступати його місце, вчиняючи будь-які необхідні дії, спрямовані на утримання, збереження, догляд, забезпечення прибутковості об'єктів спадкового правонаступництва [6, с. 291–295].

На правовідносини управління спадщиною, що виникають на підставі договору не поширюються норми глави 70 ЦК України «Управління майном», тому управління спадщиною регулюється законодавством про спадкування. Наприклад, установником управління є власник майна, однак за договором на управління спадщиною установником управління є нотаріус або орган місцевого самоврядування у населених пунктах, де немає нотаріуса. А згідно з ч. 1 ст. 1033 ЦК України управителем може бути суб'єкт підприємницької діяльності. Відповідно до законодавства про спадкування управителем договору на управління спадщиною може бути значно ширше коло учасників цивільних правовідносин.

Особа, яка управляє спадщиною, має право на вчинення будь-яких необхідних дій, спрямованих на збереження спадщини до з'явлення спадкоємців або до прийняття спадщини. Отже, договір на управління спадщиною припиняється: 1) поданням спадкоємцем заяви про прийняття спадщини; 2) прийняттям спадщини. Коли з'являється один із спадкоємців, укладений договір про прийняття спадщини припиняється і може бути укладений договір на управління спадщини зі спадкоємцем у разі, якщо спадкове майно потребує утримання, догляду, вчинення інших фактичних чи юридичних дій для підтримання його в належному стані. Під прийняттям спадщини як підстави припинення договору на управління майном розуміємо прийняття спадщини спадкоємцями або набрання законної сили рішенням суду про визнання спадщини відумерлою.

Договір на управління спадщиною може бути відплатним або безвідплатним. Так, у ч. 3 ст. 1285 ЦК України передбачено, що особа, яка управляє спадщиною, має право на плату за виконання своїх повноважень.

Договір на управління спадщиною, що укладається нотаріусом, є правочином зі скасувальною обставиною, оскільки права та обов'язки, передбачені ним, припиняються з моменту появи спадкоємців [7, с. 1129]. У разі настання цієї обставини договір на управління спадщиною укладається зі спадкоємцем для того, що він міг насамперед вчиняти юридичні дії для підтримання спадкового майна в належному стані.

Висновки. Охорона спадкового майна – це є родове поняття, що включає правовідносини зберігання спадщини та управління спадковим майном. Зберігання спадщини регулюється главою 66 ЦК України під назвою «Зберігання» з урахуванням особливостей, встановлених законодавством про спадкування. До договору на управління спадщиною застосовуються норми ст. 1285 ЦК України та загальні положення про охорону спадкового майна. З метою врахування інтересів територі-

альної громади, оскільки охорона спадкового майна може тривати до набрання законної сили рішенням суду про визнання спадщини відумерлою, на нашу думку, доцільно ч. 1 ст. 1283 ЦК України після слів «…кредиторів спадкодавця» доповнити словами «…та територіальної громади…», а слово «…та…» вилучити.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України : Кодекс. Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text (дата звернення: 24.04.2022).
2. Методичні рекомендації щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя : рішення Науково-експертної ради з питань нотаріату при Міністерстві юстиції України від 29 січня 2009 р. / Міністерство юстиції України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0001323-09#Text (дата звернення: 05.05.2022).
3. Про нотаріат : Закон України від 02 вересня 1993 р. / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text (дата звернення: 26.04.2022).
4. Охорона спадкового майна і управління спадщиною: загальна характеристика, зразки нотаріальних документів. Д. В. Журавльов, О. В. Коротюк, К. І. Чижмарь. К. : ОВК, 2021. 54 с.
5. Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : наказ Міністерства юстиції України від 22 лютого 2012 р. / Міністерство юстиції України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text (дата звернення: 26.04.2022).
6. Кухарєв О. Є. Теотеричні та практичні проблеми диспозитивності в спадковому праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. 498 с.
7. Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. 5-те вид., стереотипне. К. : Юрінком Інтер, 2017. 1176 с.

УДК 347.191
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/39

НАЙМЕНУВАННЯ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ

NAME OF LEGAL ENTITY

Щербина Б.С., к. ю. н.,
асистент кафедри цивільного права
Навчально-науковий інститут права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена висвітленню актуальних питань, пов'язаних із набуттям та здійсненням права юридичної особи на найменування. Проаналізовано відповідні законодавчі положення та позиції, висловлені у науковій літературі.

Обґрунтовано, що найменування юридичної особи – це ім'я, яке її ідентифікує у цивільних, господарських та інших правовідносинах. Доведено, що найменування юридичної особи є важливим засобом індивідуалізації будь-якої юридичної особи як підприємницького типу, так і непідприємницького типу. Встановлено, що законодавчі норми імперативно визначають, що найменування юридичної особи повинно містити інформацію про її організаційно-правову форму та назву. Встановлено, що найменування юридичної особи виконує різні функції: ідентифікаційна (індивідуалізаційна), розрізняльна, рекламна, гарантійна тощо. Доведено, що право на найменування виникає у юридичної особи після її державної реєстрації. Обґрунтовано, що юридична особа повинна мати найменування, оскільки без найменування юридична особа не зможе існувати як суб'єкт права. Встановлено, що юридична особа може мати як повне, так і скорочене найменування, які зазначаються в статуті, і інформація про це відображається в єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань. Доведено, що назва юридичної особи є складовою найменування, тому назва і найменування юридичної особи – це поняття нетотожні. Встановлено, що реєстрація юридичної особи підприємницького типу фактично надає найменуванню такої юридичної особи статусу «комерційного найменування», яке водночас охороняється законом як об'єкт права інтелектуальної власності. Встановлено, що право на найменування юридичної особи належить до особистих немайнових прав, однак спеціального регулювання практично немає. Обґрунтовано доцільність систематизації законодавчих положень щодо найменування юридичної особи, які містяться в цивільному, господарському, корпоративному законодавстві та законодавстві про державну реєстрацію юридичних осіб, та перенесення їх до ЦК України як основного акту цивільного законодавства, що дасть змогу цілісно визначити правовий режим найменування юридичної особи.

Ключові слова: назва, юридична особа, комерційне найменування, особисті немайнові права, товариство, реєстрація.

The article is devoted to current issues related to the acquisition and exercise of the right of a legal entity to a name. Relevant legislative provisions and positions expressed in the scientific literature are analyzed.

It is substantiated that the name of a legal entity is a name that identifies it in civil, commercial and other legal relations. It is proved that the name of a legal entity is an important means of individualization of any legal entity of both entrepreneurial and non-entrepreneurial type. It is established that the legislative norms imperatively determine that the name of a legal entity must contain information about its organizational and legal form and name. It is established that the name of a legal entity performs various functions: identification (individualization), distinctive, advertising, warranty, etc. It is proved that the right to a name arises in a legal entity after its state registration. It is substantiated that a legal entity should have a name, because without a name a legal entity will not be able to exist as a subject of law. It is established that a legal entity may have both full and abbreviated names, which are specified in the charter, and information about this is reflected in the unified state register of legal entities, individuals – entrepreneurs and public organizations. It is proved that the name of a legal entity is a component of the name, so the name and the name of the legal entity are not identical. It is established that the registration of a legal entity of entrepreneurial type actually gives the name of such legal entity the status of a «commercial name», which is also protected by law as an object of intellectual property rights. It is established that the right to name a legal entity belongs to personal non-property rights, but there is practically no special regulation. The expediency of systematization of legislative provisions on the name of a legal entity contained in civil, commercial, corporate and state registration of legal entities and their transfer to the Central Committee of Ukraine as the main act of civil law, which will determine the legal regime of the name of a legal entity.

Key words: name, legal entity, commercial name, personal non-property rights, company, registration.

Вступ. Право юридичної особи на власне найменування є невід'ємним особистим немайновим правом будь-якої юридичної особи. Без імені юридична особа не може вступати у будь-які відносини у цивільному обороті. Найменування індивідуалізує юридичну особу і вирізняє її з-поміж інших юридичних осіб, яких в Україні налічується понад 1 млн. Правове регулювання щодо набуття і здійснення права на найменування в Україні потребує певного вдосконалення, оскільки норми щодо найменування юридичних осіб містяться і в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України), і в Господарському кодексі України (далі – ГК України), і в спеціальних законодавчих актах, які визначають правовий статус окремих юридичних осіб (зокрема, йдеться про Закони України «Про акціонерні товариства», «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» тощо). Також законодавство у сфері державної реєстрації юридичних осіб теж містить відповідні правові положення щодо вимог до найменування юридичної особи. Така розпорошеність правових норм щодо цього правового інституту не сприяє його належному правовому регулювання, відтак існує потреба в уніфікації та узагальненні вказаних законодавчих положень.

Стан дослідження в науковій літературі. Найменування юридичної особи неодноразово було предметом наукового дослідження, але переважно ці дослідження стосувалися або правового статусу юридичної особи загалом, або особистих немайнових прав, серед яких автори виділяли і право на найменування. Зокрема, серед науковців, які досліджували цю проблематику, слід відзначити праці Кохановської О. В. [1], Федюк Л. В. [2; 3], Юркевича Ю. М. [4], Іщука С. І. [5] та інших. Однак зміни в законодавстві та відсутність нових публікацій з аналізом сучасного стану правового регулювання зумовлюють актуальність даного наукового дослідження.

Цілями цієї статті є дослідження та аналіз правового режиму найменування юридичної особи, його правової природи, виявлення прогалин правового регулювання та напрацювання пропозицій щодо вдосконалення законодавчих положень щодо здійснення та захисту цього права.

Виклад основного матеріалу. Кожна юридична особа повинна мати власне найменування, під яким вона бере участь у цивільних, господарських та інших відносинах. Найменування юридичної особи – це ім'я, яке її ідентифікує у вказаних правовідносинах. З урахуванням того, що юридична особа – це суб'єкт штучний, а не природній

як людина, найменування юридичної особи визначається її засновником (засновниками).

Найменування юридичної особи виконує декілька функцій. А саме функціями найменування юридичної особи є ідентифікаційна (індивідуалізаційна), розрізняльна, рекламна, гарантійна та ін. Найменування юридичної особи характеризує самостійного суб'єкта права, надаючи власне самостійність [6, с. 69]. Право юридичної особи на найменування належить до особистих немайнових прав, а саме до індивідуалізаційних, які дозволяють юридичній особі вирізнитися серед інших через вибір певного позначення, яке використовуватиметься як назва [7, с. 75]. Функція індивідуалізації юридичної особи забезпечується саме завдяки найменуванню, на що наголошують і в науковій літературі [4, с. 19; 8, с. 34].

Право на найменування виникає у юридичної особи після її державної реєстрації, тобто вже після того, як цей суб'єкт буде створено. Таку ж позицію підтримують і в науковій літературі, зазначаючи, що після створення найменування надалі виступає засобом індивідуалізації цієї організації в цивільному обороті [9, с. 65].

Юридична особа саме «повинна» мати найменування, а не «може» мати таке найменування, оскільки без найменування юридична особа не зможе існувати як суб'єкт права. Окрім того, закон імперативно вказує, що найменування юридичної особи повинно містити інформацію про її організаційно-правову форму та назву (ч. 1 ст. 90 ЦК України).

Водночас законодавство про державну реєстрацію юридичних осіб вказує, що найменування окремих юридичних осіб, зокрема найменування державних органів, органів місцевого самоврядування, органів влади Автономної Республіки Крим, державних, комунальних організацій, закладів, установ, може не містити вказівки на організаційно-правову форму. Такий висновок слід зробити з аналізу ст. 16 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань». Також найменування релігійної організації може містити інформацію про її організаційно-правову форму, яка вказується у найменування такої юридичної особи виключно за її бажанням. Фактично норми законодавства України у сфері державної реєстрації встановлюють вимоги до найменування юридичних осіб. Вбачається за доцільне систематизувати правові норми щодо найменування юридичної особи, зосередивши всі правові положення у ЦК України. Аналогічно слід перенести окремі важливі положення закону щодо найменування з ГК України до ЦК України для досягнення цілісності правового регулювання досліджуваного правового інституту.

Організаційно-правова форма юридичної особи вказує саме на форму, в якій така юридична особа організовує свою діяльність. Відповідно до ч. 2 ст. 16 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» організаційно-правова форма юридичної особи визначається відповідно до класифікації організаційно-правових форм господарювання, затвердженої центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері технічного регулювання.

Юридичні особи можуть створюватися у формі або товариств, або установ, або в інших формах, встановлених законом. До таких «інших» форм, передбачених законом, слід віднести приватні, державні, комунальні підприємства тощо. Найбільш поширеною організаційно-правовою формою юридичної особи є товариство. Поняття «товариства» розкривається у ч. 2 ст. 83 ЦК України, відповідно до якої товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві; товариство може бути створено однією особою, якщо інше не встановлено законом. Товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі.

Підприємницькі товариства – це ті товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками. Видами підприємницьких товариств є господарські товариства (товариство з обмеженою або додатковою відповідальністю, акціонерне товариство, повне товариство, командитне товариство), виробничі кооперативи. Також підприємницькими товариствами визнаються сільськогосподарські кооперативи, сільськогосподарські кооперативні об'єднання, але якщо вони діють з метою одержання прибутку.

Станом на сьогодні в Україні серед підприємницьких товариств найбільше саме товариств з обмеженою відповідальністю, кількість яких сягає понад 700 000 юридичних осіб [10], що можна пояснити простотою корпоративного управління та наявністю спеціального правового регулювання.

Тому організаційно-правова форма є складовою найменування юридичної особи.

Організаційно-правова форма юридичної особи обов'язково відображається в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань (що вбачається з ст. 9 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань»).

Назва юридичної особи – це її власне ім'я, яке їй дають засновники (засновник) на стадії заснування, і яке в подальшому може бути змінено учасниками (учасником).

Назва юридичної особи є складовою найменування. Тому у юридичній літературі слушно відзначають, що поняття найменування юридичної особи та назва юридичної особи не є тотожними, а назва дозволяє найменуванню в цілому виконувати одну з головних функцій – індивідуалізацію юридичної особи [11, с. 272].

Юридична особа може мати як повне, так і скорочене найменування. Зазвичай скорочене найменування зазначається в статуті, і відображається в єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань. Водночас на практиці юридичні особи не завжди вказують в установчих документах скорочені найменування, але використовують їх.

Відповідно до ч. 3 ст. 90 ЦК України найменування юридичної особи вказується в її установчих документах і вноситься до єдиного державного реєстру. Серед вимог до установчих документів, які вказані у ст. 88 ЦК України, є вказівка про те, що у статуті товариства вказуються найменування юридичної особи. Норма подібного змісту міститься і у ГК України. Зокрема, відповідно до ч. 2 ст. 57 ГК України в установчих документах повинні бути зазначені найменування суб'єкта господарювання. Частина 4 цієї статті дублює вказане положення закону, зазначаючи, що статут суб'єкта господарювання повинен містити відомості про його найменування.

Спеціальне законодавство також встановлює спеціальні вимоги щодо найменування юридичної особи. Зокрема, з аналізу ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства» вбачається, що:

– повне найменування акціонерного товариства українською мовою повинне містити його організаційно-правову форму (акціонерне товариство);

– тип акціонерного товариства не є обов'язковою складовою найменування акціонерного товариства, при цьому саме акціонерне товариство самостійно може визначити необхідність зазначення у своєму найменуванні типу (публічне, приватне);

– акціонерне товариство може мати як повне, так і скорочене найменування українською та іноземною мовою (мовами), зазвичай використовується найменування англійською мовою;

– лише акціонерні товариства можуть використовувати у своєму найменуванні словосполучення «акціонерне товариство» та похідні від нього.

Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» також містить подібні норми. Так, відповідно до ст. 9 цього закону найменування товариства має містити назву товариства, а також організаційно-правову форму (товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю). Товариство може мати скорочене найменування українською мовою, повне і скорочене найменування іноземними мовами.

Повне і командитне товариство також мають особливості щодо вимог до їх найменування. Зокрема, найменування повного товариства має містити імена (найменування) всіх його учасників, слова «повне товариство» або містити ім'я (найменування) одного чи кількох учасників з доданням слів «і компанія», а також слова «повне товариство» (ч. 4 ст. 119 ЦК України). Це зумовлено специфікою діяльності повного товариства, в якому всі учасники можуть здійснювати підприємницьку діяльність від імені товариства, і є солідарно відповідальними за таку діяльність. Тому і їх прізвища мали би бути у назві цієї юридичної особи.

Подібний підхід встановлено законодавцем і щодо найменування командитного товариства. Зокрема, у його назві повинні бути імена (найменування) всіх повних учасників, слова «командитне товариство» або містити ім'я (найменування) хоча б одного повного учасника з доданням слів «і компанія», а також слова «командитне товариство». Імена вкладників не зазначаються у назві товариства. Водночас якщо у найменуванні командитного товариства міститься ім'я вкладника, то такий вкладник стає повним учасником товариства в силу закону (ст. 133 ЦК України).

ГК України встановлює особливості найменувань державних та комунальних підприємств. Зокрема, відповідно до ст. 73 ГК України найменування державного унітарного підприємства повинно містити слова «державне підприємство». Водночас найменування комунального унітарного підприємства повинно містити не лише слова «комунальне підприємство», а повинно мати вказівку на орган місцевого самоврядування, до сфери управління якого входить дане підприємство. Тобто комунальне підприємство повинно чітко ідентифікувати зв'язок із засновником (учасником), яким виступає відповідний орган місцевого самоврядування.

Відповідно до ч. 5 ст. 90 ЦК України юридична особа не має права використовувати найменування іншої юридичної особи. Однак попри таку законодавчу вказівку можуть виникати певні спірні моменти на практиці. Так, технічно не може бути зареєстровано дві юридичні особи з тотожними найменуваннями. Це неможливо, оскільки державний реєстратор не зможе внести відповідний запис у єдиний державний реєстр. Водночас у разі зміни однієї чи кількох букв (цифр) така реєстрація може відбутися. Тому паралельно можуть існувати юридичні особи не з однаковими, але з подібними найменуваннями.

У такій ситуації для захисту прав юридичної особи, яка першою отримала певне найменування (наприклад, державна реєстрація юридичної особи відбулася швидше), може використовуватися інститут комерційного найменування. У ч. 2 ст. 90 ЦК України вказано, що юридична особа, що є підприємницьким товариством, може мати комерційне (фірмове) найменування. Таке комерційне (фірмове) найменування юридичної особи може бути зареєстроване у порядку, встановленому законом. Водночас констатуємо, що такого закону станом на сьогодні немає. Тому реєстрація юридичної особи підприємницького типу фактично надає найменуванню такої юридичної особи статусу «комерційного». У науковій літературі наголошують на різному функціональному призначенні комерційного найменування і найменування юридичної особи, наголошуючи на тому, що комерційне найменування є засобом індивідуалізації [5, с. 20].

Комерційне найменування трактується законом як об'єкт права інтелектуальної власності, який має спеціальне правове регулювання (глава 43 Книги Четвертої ЦК України). Використання чужого комерційного найменування (в тому числі йдеться про використання як тотожного, так і подібного найменування) заборонено, якщо це може призвести до змішування з діяльністю первісного суб'єкта господарювання, який має пріоритет на використання цього найменування. Захищати права на комерційне найменування можна як шляхом звернення до суду, так і шляхом подання скарги до органів Антимонопольного комітету України, оскільки незаконне використання чужого комерційного найменування розглядається законом як неправомірне використання ділової репутації суб'єкта господарювання (ст. 33 ГК України).

Також Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» у ст. 4 унормовує неправомірне використання позначень. Так, відповідно до цієї статті неправомірним є використання імені, комерційного (фірмового) найменування, торговельної марки (знака для товарів і послуг), рекламних матеріалів, оформлення упаковки товарів і періодичних видань, інших позначень без дозволу (згоди) суб'єкта господарювання, який раніше почав використовувати їх або схожі на них позначення у господарській діяльності, що призвело чи може призвести до змішування з діяльністю цього суб'єкта господарювання.

У разі вчинення такого порушення можна звертатися до органів Антимонопольного комітету України з заявою (скаргою) про порушення законодавства про захист від недобросовісної конкуренції. Але умовою такого порушення буде обов'язково порушення саме конкуренції на одному ринку товарів (робіт, послуг), та на одному територіальному ринку (в межах одного регіону).

Найменування юридичної особи трактується законом як особисте немайнове благо. Зокрема, відповідно до ст. 201 ЦК України особистими немайновими благами, які охороняються цивільним законодавством, є: здоров'я, життя; честь, гідність і ділова репутація; ім'я (найменування); авторство; свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, а також інші блага, які охороняються цивільним законодавством. У науковій літературі вказують, що юридична особа, як і фізична особа, може мати особисті немайнові права (безумовно, не всі), серед яких право на найменування, на недоторканість її ділової репутації; на таємницю кореспонденції; на інформацію тощо [1, с. 8].

Найменування юридичної особи має взаємозв'язок з діловою репутацією, оскільки є візитною карткою юридичної особи [3, с. 162; 12, с. 49]. Справді, саме під власним іменем юридичною особою здійснюється господарська діяльність, продаються товари, надаються послуги, здійснюється рекламування такої діяльності, в тому числі і в мережі Інтернет. Зокрема, у цифровому середовищі юридична особа може мати власний сайт, в доменному імені якого буде вказана назва юридичної особи. У науковій літературі вказують, що право на доменне ім'я залежить від того, які об'єкти цивільних прав відображені у словесному вираженні доменних імен (торговельна марка, комерційне найменування, географічне зазначення, об'єкт авторського права, ім'я фізичної особи тощо) [13, с. 47]. Тобто право на домен можна захищати на основі права на комерційне найменування, яке відображене у назві сайту.

Висновки. Найменування юридичної особи є важливим засобом індивідуалізації будь-якої юридичної особи. Без найменування юридична особа не може існувати. Право на найменування юридичної особи належить до особистих немайнових прав, однак спеціального регулювання практично немає. Норми щодо правового режиму найменування юридичної особи містяться у різних законодавчих актах (ЦК України, ГК України, спеціальні закони щодо окремих юридичних осіб, законодавство у сфері дер-

жавної реєстрації юридичних осіб), що не сприяє належному та цілісному правовому регулюванню. Вважаємо за доцільне систематизувати вказані законодавчі положення та перенести їх до ЦК України як основного акту цивільного законодавства, що дасть змогу цілісно визначити правовий режим найменування юридичної особи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кохановська О. В. Поняття та види особистих немайнових прав у цивільному праві України. *Вісник* Київського національного університету імені Тараса Шевченка. *Юридичні науки*. 2010. № 84. С. 7–10.
2. Федюк Л. В. Право на найменування юридичної особи. *Вісник* господарського судочинства. 2013. № 1. С. 87–91.
3. Федюк Л. В. Поняття найменування юридичної особи. Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. 2012. № 29. С. 161–169.
4. Дякович М. М., Юркевич Ю. М. Індивідуалізація юридичних осіб та їх об'єднань у нотаріальній практиці. *Адвокат*. 2012. № 8. С. 18–23.
5. Іщук С. І. Особливості суб'єктивного права інтелектуальної власності на комерційне (фірмове) найменування. *Часопис* Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». 2010. № 1. С. 20–23.
6. Польова Т. В. Особливості та проблеми використання і обліку комерційних найменувань в Україні. Економічна стратегія і перспективи розвитку сфери торгівлі та послуг. 2011. № 2. С. 69–76.
7. Orel L. V. Особисті немайнові права юридичних осіб. Scientific Papers of the Legislation Institute of the Verkhovna Rada of Ukraine. 2021. № 2. С. 74–84.
8. Кучеренко І. М. Поняття та основні ознаки юридичної особи». Альманах права. 2011. № 2. С. 34–37.
9. Попова С. Поняття та ознаки особистих немайнових прав юридичних осіб: питання теорії. Підприємництво, господарство і право. 2018. № 4. С. 64–68.
10. Державна служба статистики. 2022. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/ (дата звернення: 16.06.2022).
11. Кеєр Ю. В. Щодо співвідношення понять комерційного найменування, фірмового найменування, найменування юридичної особи. Правничий часопис Донецького університету. 2013. № 1. С. 271–280.
12. Сліпченко С. О. Особисті немайнові права юридичних осіб. *Вісник* університету внутрішніх справ. 1999. № 6. С. 49–52.
13. Тарасенко Л. Л. Домени, фірмовий стиль та інші комерційні позначення: особливості правової охорони. *Вісник* Львівського університету. Серія Юридична. 2022. № 74. С. 47–52.

РОЗДІЛ 4
ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО, ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 346.543:347.73
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/40

ВПРОВАДЖЕННЯ РЕЄСТРАТОРІВ РОЗРАХУНКОВИХ ОПЕРАЦІЙ: ГОСПОДАРСЬКО-ФІНАНСОВИЙ АСПЕКТ

IMPLEMENTATION OF REGISTRARS OF SETTLEMENT OPERATIONS: ECONOMIC AND FINANCIAL ASPECT

Присяжнюк М.П., к. ю. н.,
доцент кафедри права
Хмельницький національний університет

Лучковська С.І., к. ю. н.,
доцент кафедри права
Хмельницький національний університет

Стаття присвячена особливостям правового регулювання застосування реєстраторів розрахункових операцій у діяльності суб'єктів господарювання. Надання Україні статусу країни-кандидатки на вступ до ЄС ставить додаткові вимоги до забезпечення детінізації розрахунків у сфері торгівлі та послуг. Процеси запровадження реєстраторів розрахункових операцій мають спрощувати податкове адміністрування суб'єктів малого і середнього підприємництва. До позитивних моментів використання реєстраторів розрахункових операцій слід віднести посилення захисту прав споживачів.

Проаналізовано нормативно-правові акти, якими здійснювалось впровадження реєстраторів розрахункових операцій в Україні. Зокрема, запровадження ефективного механізму детінізації малого і середнього підприємництва є одним з основних зобов'язань України за умовами Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами – членами, з іншої сторони, ратифікованої Верховною Радою України 16 вересня 2014 року.

Обґрунтовано, що розширення сфери застосування реєстраторів розрахункових операцій у діяльності суб'єктів господарювання має позитивний вплив на захист прав споживачів. Споживачі отримують реальні інструменти захисту своїх прав та законних інтересів.

Військова агресія російської федерації і як наслідок запровадження військового стану негативно вплинуло на можливості суб'єктів господарювання дотримуватись норм, що регулюють застосування реєстраторів розрахункових операцій. Досліджено запропоновані зміни у законодавстві, що полегшують малому бізнесу долати технічні та юридичні труднощі під час проведення розрахункових операцій на програмних реєстраторах розрахункових операцій.

Автори дійшли висновку, що впровадження реєстраторів розрахункових операцій – це комплекс заходів, які б, з одного боку, заохочували до застосування реєстраторів розрахункових операцій самих суб'єктів господарювання, а з іншого боку, надавали споживачам ефективні можливості перевірки добросовісності малого бізнесу.

Ключові слова: реєстратори розрахункових операцій, суб'єкти господарювання, фізична особа-підприємець, захист прав споживачів, детінізація економіки, фіскалізація, воєнний стан.

The article is devoted to the peculiarities of the legal regulation of the usage of registrars of settlement operations in the activities of economic entities. Granting Ukraine the status of a candidate country for joining the EU imposes additional requirements to ensure detinization of payments in the sphere of trade and services. The processes of application of registrars of settlement operations should simplify the tax administration of small and medium-sized enterprises. Strengthening the protection of consumer rights should be included among the positive aspects of usage of registrars of settlement operations.

The normative legal acts implementing the registrars of settlement operations in Ukraine were analyzed. In particular, the introduction of an effective mechanism for the detinization of small and medium-sized enterprises is one of the main obligations of Ukraine under the terms of the Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their member states, of the one part, and Ukraine, of the other part, ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine on September 16, 2014.

It is substantiated that the expansion of the scope of application of registrars of settlement operations in the activities of economic entities has a positive effect on the protection of consumer rights. Consumers will get real tools to protect their rights and legitimate interests.

The military aggression of the russian federation and, as a result, the introduction of martial law had a negative impact on the ability of business entities to comply with the rules which regulate the usage of registrars of settlement operations. Proposed changes in the legislation that make it easier for small businesses to overcome technical and legal difficulties during settlement operations on software registrars of settlement operations have been studied.

The authors came to the conclusion that the introduction of registrars of settlement operations is a set of measures that would, on the one hand, encourage the usage of registrars of settlement operations by business entities themselves, and on the other hand, provide consumers with effective opportunities to check the good faith of small businesses.

Key words: registrars of settlement operations, economic entities, individual entrepreneur, consumer protection, fiscalization, detinization of economy, martial law.

Постановка проблеми. Відповідно до ч. 1 ст. 6 Господарського кодексу України до загальних принципів господарювання в Україні належить обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у сферах підприємництва, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства й держави.

Водночас обмеження державного регулювання економічних процесів жодним чином не повинно зменшити регуляторний вплив держави з метою детінізації економіки України та посилення ринкової конкуренції

між суб'єктами господарювання. Саме тому в сучасних умовах особливого значення набуває підвищення ролі держави як регулятора господарських та фінансових відносин. Українська держава, з одного боку, постала перед викликами продовження впровадження реформ з дерегуляції у сфері підприємницької діяльності, а з іншого боку, з необхідністю кращого захисту здоров'я та безпеки громадян України.

Фіксація товарообігу за допомогою реєстраторів розрахункових операцій є звичайною європейською практикою, а стосовно України, то наша держава лише на початку її запровадження. Саме тому, є нагальна потреба наближення національного законодавства до європейського у цьому питанні.

Оголошення військового стану створює додаткові труднощі для підприємців щодо дотримання приписів застосування реєстраторів розрахункових операцій. Держава має врахувати ці обставини та запропонувати малому бізнесу варіанти можливої поведінки, при цьому не відтерміновуючи впровадження реєстраторів розрахункових операцій, а заохочуючи суб'єктів господарювання до ефективного подолання цих труднощів.

Врахування наявних об'єктивних та суб'єктивних перешкод впровадження реєстраторів розрахункових операцій вимагає швидких та ефективних законодавчих кроків. Вдосконалення норм господарського та фінансового права з метою підвищення ефективності державного регуляторного впливу на суб'єктів господарювання є передумовою подальшого впровадження реєстраторів розрахункових операцій. Для проведення таких комплексних заходів доцільно швидко та гнучко реагувати на існуючі виклики, скасувати окремі застарілі та неефективні норми в регулюванні господарських та фінансових (зокрема податкових) відносин, а також завершити процес адаптації українського законодавства до норм і стандартів Європейського Союзу.

Джерельну базу дослідження насамперед склали нормативно-правові акти України, міжнародно-правові документи у сфері впровадження реєстраторів розрахункових операцій, наукові праці фахівців, а також аналітичні довідки та статистичні дані науково-дослідних установ, експертів та міжнародних неурядових організацій.

Метою статті стало дослідження особливостей правового регулювання впровадження реєстраторів розрахункових операцій у діяльність суб'єктів господарювання.

Виклад основного матеріалу. Історичною подією для України стало надання 23 червня 2022 року Європейською Радою на самміті в Брюселі нашій державі статусу країни-кандидата на членство в Європейському Союзі.

Віце-прем'єр-міністр з питань європейської та євроатлантичної інтеграції України Ольга Стефанішина зазначила, що подальша підготовка до членства передбачатиме завершення всеохопної трансформації всіх сфер, що створюватиме умови, коли країна житиме за принципами Євросоюзу та його законами, які спрямовані на захист кожного громадянина та бізнесу [1]. Водночас, із затвердженням статусу кандидата Європейська Комісія висунула свої вимоги щодо проведення подальших реформ. Адже зрозуміло, що набуття членства в ЄС неможливо виконати без впровадження детінізації економіки, подолання монополізму, розвитку підприємництва та захисту прав споживачів. Важливим елементом цього процесу є нормативно-правове забезпечення прозорого інструментарію для сплати податкових платежів, ведення бізнесу, побудови розвинутих та ефективних відносин між суб'єктами господарювання, споживачами та державою.

Отже, Україна має завершити виконання Угоди про асоціацію з Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами (далі – Угода) від 2014 року [2], якою передбачалось створення поглибленої та всеохоплюючої зони вільної торгівлі, що є європейським вибором України з урахуванням інституту демократії, верховенства права та прав людини. Реалізація Угоди спрямована на модернізацію економіки, стимулювання торгівлі та забезпечення відповідності економічного регулювання європейській та міжнародній практиці. Для малого і середнього підприємництва, чутливого до змін, важливим є пристосуватися до нових умов функціонування [3].

В той же час, виконанню Україною взятих на себе євроінтеграційних зобов'язань перешкоджали об'єктивні обставини, як-то: анексія Криму та окупація частини Донецької і Луганської областей російською федерацією із 2014, світова економічна криза 2019–2020 років, пов'язана з поширенням коронавірусної інфекції, а з лютого 2022 року – широкомасштабна російська військова агресія**.** Російські окупаційні війська з початку війни й по 21 червня вже завдали Україні загального збитку на 100 мільярдів доларів – сюди входять руйнування житла, об'єктів бізнесу та іншої важливої інфраструктури [4]. Загальні втрати економіки України через війну, зокрема непрямі на кшталт зниження ВВП, припинення інвестицій, відтоку робочої сили, додаткових витрат на оборону та соціальну підтримку тощо, незмінно коливаються від 564 млрд дол. до 600 млрд дол. [5].

Таким чином, в Україні негативні економічні явища поєднались з необхідністю захисту власного суверенітету та територіальної цілісності. Особливо вразливим за цих важких воєнних, політичних та соціально-економічних умов є саме малий бізнес.

Відповідно до частини 2 статті 3 Конституції України держава відповідає перед людиною за свою діяльність, а утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави [6]. Українська держава в умовах триваючої кризи зобов'язана забезпечити надійний нормативно-правовий захист інтересів малого бізнесу, використовуючи свої владні повноваження як регулятора господарських та фінансових відносин. При цьому, держава змушена, з одного боку, дотримуватись власних міжнародних зобов'язань щодо продовження реформи дерегуляції у сфері підприємницької діяльності, а, з іншого боку, повинна віднайти шляхи оптимізації можливостей для збільшення бюджетних надходжень, не збільшуючи розміру податкового навантаження на суб'єктів господарювання. На разі одним із шляхів вирішення цих викликів є запровадження ефективного правового регулювання використання реєстраторів розрахункових операцій у діяльності суб'єктів господарювання за умов триваючої соціально-економічної кризи в Україні.

Відповідно до Закону України «Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні» відносини, пов'язані з розвитком малого і середнього підприємництва в Україні, базуються на Конституції України і регулюються Господарським, Цивільним та Податковим кодексами України та іншими законодавчими актами, а також міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [7].

Відповідно до ч. 3 ст. 55 Господарського кодексу України до суб'єктів господарювання залежно від кількості працюючих та доходів від будь-якої діяльності за рік можуть належати до суб'єктів малого підприємництва, у тому числі до суб'єктів мікропідприємництва, середнього або великого підприємництва. В свою чергу, суб'єктами мікропідприємництва є фізичні особи – підприємці / юридичні особи, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не перевищує 10 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 2 мільйонам євро,а суб'єкти малого підприємництва – це фізичні особи-підприємці / юридичні особи, у яких середня кількість працівників за звітний період (календарний рік) не

перевищує 50 осіб та річний дохід від будь-якої діяльності не перевищує суму, еквівалентну 10 мільйонам євро [8]. У країнах з розвинутою ринковою економікою підприємства малого бізнесу виробляють до 70 % ВВП, а також є основними роботодавцями для населення. На малих підприємствах працюють до 2/3 загальної чисельності зайнятих [9, с. 242]. Концепція Загальнодержавної програми розвитку малого і середнього підприємництва на 2014–2024 роки, яка була схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 28 серпня 2013 року № 641-р передбачала, що одним із головних факторів формування середнього класу є розвиток малого і середнього підприємництва, що гарантує стабільність економіки та підвищення рівня життя громадян. В результаті відкриття власної справи та самозайнятості знижується рівень безробіття та водночас підвищується рівень доходів населення, що сприяє зростанню сукупного попиту та збільшенню обсягу виробництва [10]. Аналіз змісту вказаної Концепції виявив, що формально (за структурою) концепція була укладена відповідно до вимог Порядку розроблення та виконання державних цільових програм, а от змістовно вже не відповідала вимогам до якості формування політики, викладеним у Стратегії реформування державного управління України на 2016–2020 рр., оскільки не містила ґрунтовного аналізу проблем та причин їх виникнення [11, с. 244–245].

На зміну Концепції Загальнодержавної програми розвитку малого і середнього підприємництва на 2014–2024 рр. Уряд схвалив Стратегію розвитку малого і середнього підприємництва в Україні на період до 2020 року [3]. Документ відповідає пріоритетним завданням сучасної державної політики в Україні, а сааме розвитку підприємництва. Метою Стратегії було визначено сприяння розвитку підприємництва в Україні шляхом створення сприятливих умов для відкриття, ведення і зростання малого і середнього підприємництва (далі – МСП) через консолідацію зусиль усіх зацікавлених сторін, що забезпечить соціально-економічний розвиток в країні та підвищення рівня життя населення. Для досягнення вище зазначеної мети було визначено шість стратегічних напрямів, а саме: створення сприятливого середовища для розвитку МСП, покращення доступу до фінансування, спрощення податкового адміністрування, популяризація підприємницької культури та розвиток навчання підприємницьким навичкам, сприяння експорту/інтернаціоналізації, підсилення конкурентоспроможності та інноваційного потенціалу МСП. На жаль, реальна ситуація щодо сприяння розвитку малого і середнього підприємництва вказувала на інше. Зокрема, соціологічне дослідження, проведене у кінці 2019 року серед громадян України старше 18 років засвідчило, що 42 % опитаних не бажають займатись підприємництвом. Спрощення податкового адміністрування та зміни у функціонуванні ДФС повинні були підвищити рівень сприйняття процесів адміністрування з боку суб'єктів малого і середнього підприємництва. Завданням Стратегії не було вирішення питання податкових ставок, основною є проблема спрощення податкового адміністрування, зокрема щодо реєстрації, здійснення платежів, повернення податку на додану вартість, неформального сектору економіки, податкового статусу (самозайнятості) [3].

В Європейському Союзі (ЄС) малий та середній бізнес займає важливе місце в соціально-економічному розвитку. Там налічується понад 20 мільйонів таких підприємств. Число зайнятого населення у малому бізнесі Європи становить близько 90 %. Загалом малі і середні підприємства створюють 50–70 % внутрішнього валового продукту. Тоді як в Україні такий показник майже в чотири рази нижчий. Малим підприємництвом займається майже 40 % від загальної кількості зайнятих працівників. В той же час у країнах з розвинутою ринковою економікою чисельність зайнятих у цій сфері дуже висока [12].

У 2008 році ЄС прийняв Акт з питань малого бізнесу (The Small Business Act For Europe), а у 2011 році переглянув і доповнив його. Він покликаний спростити регуляторну політику для малого та середнього бізнесу. Акт ґрунтується на принципі «спочатку думай про малих» («Think small first») [13]. Це означає, що вплив на малий бізнес береться до уваги ще на перших стадіях формування законодавчих ініціатив. Запровадження принципу «спочатку думай про малих» зумовило необхідність удосконалення загальноєвропейського законодавства, яке стосується малого та середнього бізнесу. У листопаді 2011 року Європейська Комісія підготувала звіт під назвою «Мінімізація регуляторного навантаження на малі та середні підприємства. Адаптація регуляторних актів ЄС до потреб мікропідприємств». Вона взяла на себе зобов'язання забезпечити пропорційність у підходах ЄС до регулювання. Наприклад, мікропідприємства повинні бути виключені зі сфери дії будь-якого регулювання, крім тих випадків, коли доведена необхідність його застосування. Якщо ж навіть мікропідприємства і підпадають під дію регуляторного акту, то до них мають бути застосовані і адаптовані полегшені режими та інші пом'якшувальні заходи. Часто це стосується спрощених вимог до звітування, звільнення зі сплати податків тощо. А у 2014 р. Регламент Європейської Комісії зменшив фінансове навантаження на малі та середні підприємства, звільнивши їх від деяких категорій сплат [12].

Спрощення системи оподаткування МСП є стратегічним напрямком, спрямованим на збільшення прозорості та ефективност ісистеми адміністрування податків в Україні, особливо в плані відшкодування ПДВ, несвоєчасних платежів та гнучкості ринку праці – при цьому останнє зменшує привабливість офіційного працевлаштування та призводить до зловживань спрощеною системою оподаткування [14, с. 43–44]. Спрощена система оподаткування є таким податковим режимом, який знижує податкове навантаження та сприяє стимулюванню малого підприємництва в Україні.

Відповідно до ст. 291 Податкового кодексу України спрощена система оподаткування, обліку та звітності – особивий механізм справляння податків і зборів, що встановлює заміну сплати окремих податків і зборів, встановлених пунктом 297.1 статті 297 цього Кодексу, на сплату єдиного податку в порядку та на умовах, визначених ПКУ, з одночасним веденням спрощеного обліку та звітності [15]. Спрощена система оподаткування значно легша з точки зору ведення бухгалтерського обліку, хоча має низку обмежень. Так, існує список дозволених для цієї системи оподаткування видів діяльності. Окрім цього існують обмеження припустимого обсягу доходу та кількості найманих робітників. Попри це спрощена система оподаткування є зручною для малого бізнесу, що забезпечує її популярність.

Водночас Європейська Бізнес Асоціація завжди підтримувала необхідність створення прозорих, рівних та цивілізованих умов ведення бізнесу в Україні, в тому числі, запровадження європейської практики щодо фіскалізації розрахункових операції, а експерти Асоціації активно долучалися до розроблення і прийняття так званих детінізаційних Законів наприкінці минулого року, а саме, Законів № 128-IX та № 129-IX про РРО/ПРРО (реєстратори розрахункових операцій/програмні реєстратори розрахункових операцій), прозорі правила підприємництва та посилення захищеності споживачів [16]. 20 вересня 2019 року Верховною Радою України було прийнято Закони України № 128-IX (далі – Закон № 128) [17] та № 129-IX «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо детінізації розрахунків у сфері торгівлі та послуг» (далі – Закон № 129) [18]. Вказані вище Закони стосуються вдосконалення правового регулювання реєстраторів розрахункових операцій: 1) відбулось впровадження в діяльність

суб'єктів господарювання програмних РРО/ПРРО, тобто їм дозволено при здійсненні готівкових розрахунків із споживачами використовувати смартфони, планшети, комп'ютери тощо з спеціальним програмним РРО/ПРРО; 2) законодавець передбачив впровадження механізму «кешбек» – компенсації споживачу коштів, сплачених за придбаний товар або отриману послугу, якщо такому споживачу було надано розрахунковий документ, інформація про який відсутня в базах даних ДПС України; 3) запроваджений термін «ризикові види діяльності» – це види діяльності фізичних осіб – підприємців, де, на думку законодавця, найбільш поширені випадки порушення вимог чинного законодавства щодо РРО/ПРРО; 4) також було передбачено збільшення розміру штрафних санкцій за незастосування РРО/ПРРО або застосування із порушенням встановлених вимог чинного законодавства; 5) впроваджено обов'язок суб'єктів господарювання проводити розрахункові касові операції через РРО/ПРРО та програмні РРО/ПРРО з використанням режиму попереднього програмування найменування та цін товарів або послуг із зазначенням коду товарної підкатегорії згідно з УКТ ЗЕД для підакцизних товарів.

В той же час, впровадження РРО/ПРРО вкотре зіткнулось із значним спротивом суб'єктів господарювання, в першу чергу фізичних осіб – підприємців. Групою народних депутатів, яка їх підтримує, 20 грудня 2019 року у Верховній Раді України було зареєстровано законопроекти: № 2644 [19] та № 2645 [20], якими запропонували скасувати деякі зміни, внесені законами № 128 і № 129. В пояснювальних записках до цих законопроектів вказувалося на такі недоліки прийнятих законів: 1) зазначені Закони мають виключно негативне сприйняття з боку представників легального малого бізнесу, оскільки їх практична реалізація призведе до нівелювання переваг спрощеної системи оподаткування, зокрема, збільшення та здорожчання процедур адміністрування малого та мікропідприємництва; 2) практичне застосування Законів може призвести до бізнес-еміграції підприємців, особливо тих, які не мають значних капіталовкладень; 3) такі ініціативи можуть спровокувати делегалізацію ведення господарської діяльності, у зв'язку із зростанням витрат суб'єктів господарювання на адміністрування процесів застосування реєстраторів розрахункових операцій та витрат на оплату праці бухгалтерів.

Як наслідок, 17 березня 2020 року був прийнятий Закон України № 533-IX «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо підтримки платників податків на період здійснення заходів, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» (далі – Закон № 533) [21], яким було перенесено терміни набуття чинності норм Законів № 128 та № 129. Так, відповідно до пп. 4 та 5 розділу I Закону № 533 набрання чинності Законами № 128 та № 129 відтерміновувалося, а саме: з 19.04.2020 року до 01.08.2020 року – можливість застосування програмних реєстраторів розрахункових операцій і збільшення розміру штрафних (фінансових) санкцій; з 01.10.2020 року до 01.01.2021 року – запровадження механізму «кешбек» та обов'язок застосування РРО/ПРРО фізичними особами-підприємцями платниками єдиного податку другої та третьої груп, які провадять ризикові види діяльності; з 01.01.2021 року до 01.04.2021 року – обов'язок застосування РРО/ПРРО усіма фізичними особами-підприємцями платниками єдиного податку другої та третьої груп. 01.12.2020 року впровадження реєстраторів розрахункових операцій та/або програмних реєстраторів розрахункових операцій було вчергове відтерміновано. 01.12.2020 року Верховною Радою України був проголосований Закон України № **1017-IX** «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо лібералізації застосування реєстраторів розрахункових операцій платниками єдиного податку та скасування механізму компенсації покупцям (споживачам) за скаргами щодо порушення встановленого порядку проведення розрахункових операцій частини суми застосованих штрафних санкцій» [22] (далі – Закон № 1017-IX). Нормами Закону № 1017-IX було відкладено запровадження обов'язкового використання РРО/ПРРО з 1 квітня 2021 року до 1 січня 2022 року для фізичних осіб-підприємців платників єдиного податку другої-четвертої груп. Окрім того, було скасовано штрафи за невідповідність готівкових коштів на місці проведення розрахунків сумі коштів, яка зазначена в денному звіті РРО/ПРРО, та за відсутність попереднього програмування товарів у РРО/ПРРО, а також до 1 січня 2022 року було продовжено використання знижених штрафів за умови порушення окремих вимог використання РРО/ПРРО. 17 грудня 2021 року на позачерговому засіданні Верховної Ради України була чергова спроба «політизувати» запровадження загальнообов'язкового РРО/ПРРО для фізичних осіб-підприємців. Зокрема, депутатам пропонувалось підтримати законопроект № 6376 [23]. Цим законопроектом було передбачено відтермінування на рік (до 1 січня 2023 року) обов'язкового застосування РРО/ПРРО для фізичних осіб-підприємців, та зменшення розміру штрафів. Законопроект не був проголосований у зв'язку із відсутністю кворуму.

З 01 січня 2022 року були введенні в дію норми щодо обов'язкового застосування РРО/ПРРО платниками єдиного податку другої – четвертої груп, за порушення яких були передбачені штрафні санкції. 2022 рік розпочався для підприємців із серйозних програмних збоїв РРО/ПРРО, які згодом були ліквідовані розробниками. Разом із тим, як писали підприємці на форумах та коментарях у соцмережах, щоб не мати такого «головного болю» із касовими апаратами, багато хто із ФОП з нового року або перейшов на «чорний кеш», або не відкрився в очікуванні, що вимогу про обов'язковість РРО/ПРРО скасують чи знову відтермінують [24]. З 01 січня 2022 року були введенні в дію норми щодо обов'язкового застосування РРО/ПРРО платниками єдиного податку другої – четвертої груп, за порушення яких були передбачені штрафні санкції. Таким чином, було завершено законодавчу ініціативу виявлення справжніх фінансових оборотів фізичних осіб-підприємців на єдиному податку та здійснено спробу відмежувати суб'єктів малого підприємництва від бізнесу, що використовують їх податкові пільги з метою ухилення від сплати податків.

2022 рік розпочався для підприємців із серйозних програмних збоїв РРО/ПРРО, які згодом були ліквідовані розробниками. В колі підприємців, а також серед науковців відбулося обговорення щодо перших результатів масового запровадження РРО/ПРРО. Дехто вважає, що податкові ініціативи уряду негативно впливають на малий бізнес в Україні. «Фактично сьогодні всі ФОП ставляться в однакові умови, не зважаючи на те, чи є у підприємця наймані працівники або він працює сам на себе. Проблема несплати податків з боку ФОП в Україні існує, однак треба боротися не з «ФОП-никами», а з проблемами порушення оптимізації законодавства» [25]. Таким чином, проводячи детінізацію економіки законодавець не проводить деференційованого підходу до підприємців. В той же час, вказана позиція заслуговує на критику, оскільки законодавець передбачив винятки: для фізичних осіб – підприємців платників єдиного податку першої групи та/або підприємців які торгують товарами вроздріб на території села, селища (крім підакцизних товарів).

Інша позиція полягає у тому, що «Люди (автор – підприємці) просто реалізують своє право працювати і заробляти на життя. Держава начебто має бути ні до чого. Проте, запроваджуючи вимоги РРО/ПРРО, держава робить право на працю, гарантовану статтею 43 Конституції, фактично платною послугою. Виходить, якщо не заплатите, то права на працю у вас в країні немає» [25].

У цьому випадку, автор протиставляє право окремого громадянина на працю праву держави регулювати суспільні відносини в інтересах більшості населення. Ще одним недоліком запровадження реформи, на яку вказали підприємці є те, що «ФОП є конкурентами для більших гравців – тих самих торгових мереж. Є ризик, що зі згортанням діяльності малого бізнесу відбудеться монополізація ринку з усіма цінами та якістю» [25]. На нашу думку, необхідно розмежувати конкуренцію у ринковій економіці, тобто суперництво між суб'єктами ринкової економіки за найкращі умовиви робництва, вигідну позицію на ринку тощо і ухилення від сплати податків. З іншого боку, підприємці вказують і на позитивні наслідки реформування: фіскалізація створює рівні умови для діяльності всіх суб'єктів господарювання, як ФОПів, так і юридичних осіб. Таким чином, несплата податків перестає бути конкурентною перевагою. Окрім того, єдиний підхід до обов'язковості інформування про розрахункові операції спростив роботу як у податківцям, так і у інших контролюючих органів, адже він передбачає наявність «білого» обліку та обігу товарів/послуг. Ще одним важливим аспектом реформи є покращення захисту споживачів, оскільки отриманий фіскальний чек є гарантією того, що послуги/товари будуть належної якості.

Проте повномасштабна війна російської федерації проти України, і, як наслідок, – запровадження в державі воєнного стану вплинуло й на застосування РРО/ПРРО. Так, Розділ ІІ «Прикінцеві положення» Закону України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг» [26] був доповнений пунктом 12 такого змісту: «12. Тимчасово, на період до припинення або скасування воєнного стану на території України, санкції за порушення вимог цього Закону не застосовуються, крім санкцій за порушення порядку здійснення розрахункових операцій при продажу підакцизних товарів» (Розділ ІІ доповнено пунктом 12 згідно із Законом № 2118-IX від 03.03.2022 [27]; із змінами, внесеними згідно із Законом № 2120-IX від 15.03.2022 [28]).

Висновки. Підсумовуючи, необхідно зазначити, що впровадження РРО/ПРРО є вірним шляхом з покращення існуючої ситуації з детінізацією економіки України, збільшення надходжень у бюджети всіх рівнів за рахунок оптимізації/удосконалення механізмів уточнення доходів господарюючих суб'єктів та дієвим інструментом захисту прав споживачів. При цьому механізм впровадження РРО має передбачати чіткий комплекс заходів, які б, з одного боку, заохочували до застосування РРО самих суб'єктів господарювання, а, з іншого боку, мали би ефективні можливості перевірки їх добросовісності виконання вимог чинного законодавства України. У процесі цього має бути обов'язково враховано, що:

– існуючі заходи з боротьби з пандемією та в подальшому умови воєнного стану суттєво обмежили фінансові можливості фізичних осіб-підприємців, а тому впровадження РРО мало би відбуватись за рахунок державних дотацій з повною або частковою компенсацією фінансових втрат суб'єктів господарювання;

– всі операції з реєстрації, проведення та обліку РРО мають бути максимально спрощені, доступні та автоматизовані;

– ефективність впровадження РРО напряму залежить від дієвості непрямих контрольних функцій, що будуть зосереджені в руках громадян України як споживачів товарів та послуг;

– держава повинна культивувати та підтримувати стимулюючими заходами культуру отримання фіскального чека споживачем від суб'єкта господарювання за отриманні товари та/або надані послуги;

– потрібно зменшувати вплив людського фактору у сфері проведення перевірок контролюючими органами та масово запроваджувати дистанційні та електронні форми податкового контролю.

Також важливим безальтернативним напрямком впровадження РРО/ПРРО в сучасних умовах є використання інноваційних цифрових технологій обміну інформацією в трикутнику: суб'єкт господарювання – споживач – контролюючий орган.

ЛІТЕРАТУРА

1. Україна отримала статус кандидата на членство в ЄС. Служба Віце-прем'єр-міністра України, опубліковано 23 червня 2022 року. Урядовитй портал. URL: https://www.kmu.gov.ua/news/ukrayina-otrimala-status-kandidata-na-chlenstvo-v-yes
2. УГОДА ПРО АСОЦІАЦІЮ між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27.06.2014. Угоду ратифіковано із заявою Законом № 1678-VII від 16.09.2014. Набрання чинності 01.09.2017, підстава – v1713321-17. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text
3. СТРАТЕГІЯ розвитку малого і середнього підприємництва в Україні на період до 2020 року: СХВАЛЕНО розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 травня 2017 р. № 504-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/504-2017-р#Text
4. У НБУ повідомили про втрати економіки України з початку війни. Аналітичний портал «СЛОВО І ДІЛО». 22 червня 2022. URL: https://www.slovoidilo.ua/2022/06/22/novyna/ekonomika/nbu-povidomyly-pro-vtraty-ekonomiky-ukrayiny-pochatku-vijny
5. Ворог завдав українським підприємцям збитків у $11,5 мільярда. Економічна правда. 9 ЧЕРВНЯ 2022 року. URL: https://www.epravda.com.ua/news/2022/06/9/687984/
6. Конституція України прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text
7. Про розвиток та державну підтримку малого і середнього підприємництва в Україні : Закон України від 22 березня 2012 року № 4618-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4618-17#Text
8. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 року № 436-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text
9. Гончарова В. С. Зміни у нормативно-правовому регулюванні оподаткування малого бізнесу *Молодий вчений*. № 1 (77). 2020 р. С. 242–245.
10. Про схвалення Концепції Загальнодержавної програми розвитку малого і середнього підприємництва на 2014–2024 роки : розпорядження Кабінету Міністрів України від 28 серпня 2013 р. № 641-р (Розпорядження втратило чинність на підставі Розпорядження КМ № 504-р від 24.05.2017). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/641-2013-р#Text
11. Чемерис О. Державна політика розвитку малого та середнього підприємництва в Україні у контексті результативності. Ефективність державного управління. 2017. Вип. 3 (52). Ч. 2. С. 234–250.
12. Як у Європі впроваджують регулювання для бізнесу. Галицький корреспондент. 08.05.2018 р. Публікація була підготовлена в рамках проекту «Просування реформ в регіони» за сприяння Європейського Союзу (http://ec.europa.eu/europeaid). URL: https://gk-press.if.ua/yak-u-yevropi-vprovadzhuyut-regulyuvannya-dlya-biznesu/
13. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – "Think Small First" – A "Small Business Act" for Europe {SEC(2008) 2101} {SEC(2008) 2102}. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52008DC0394
14. Моніторинг реалізації Стратегії розвитку МСП України на 2017–2020 роки, OECD Publishing, Paris. 89 с. URL: https://sme.gov.ua/wp-content/uploads/2020/09/Monitoring_the_Implementation_of_Ukraine-s_SME_Development_Strategy_uk.pdf
15. Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 року № 2755-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text

16. Бізнес не підтримує відкат реформи з фіскалізації назад. Європейська Бізнес Асоціація. 03/11/2020. URL: https://eba.com.ua/biznes-ne-pidtrymuye-vidkat-reformy-z-fiskalizatsiyi-nazad/

17. Про внесення змін до Закону України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг» та інших законів України щодо детінізації розрахунків у сфері торгівлі та послуг : Закон України від 20 вересня 2019 року № 128-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/128-20#Text

18. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо детінізації розрахунків у сфері торгівлі та послуг : Закон України від 20 вересня 2019 року № 129-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/129-20#Text

19. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відміни норм, які передбачають посилення фіскального тиску шляхом розширення сфери застосування реєстраторів розрахункових операцій № 2644 від 20.12.2019 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67729

20. Проект Закону про внесення змін до Податкового кодексу України щодо відміни норм, які передбачають посилення фіскального тиску шляхом розширення сфери застосування реєстраторів розрахункових операцій № 2645 від 20.12.2019 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67730

21. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо підтримки платників податків на період здійснення заходів, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» : Закон України від 17 березня 2020 року № 533-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/533-20#Text

22. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо лібералізації застосування реєстраторів розрахункових операцій платниками єдиного податку та скасування механізму компенсації покупцям (споживачам) за скаргами щодо порушення встановленого порядку проведення розрахункових операцій частини суми застосованих штрафних санкцій : Закон України від 1 грудня 2020 року № 1017-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1017-20#Text

23. Проект Закону про внесення змін до Податкового кодексу України (щодо відтермінування строків розширеного застосування реєстраторів розрахункових операцій платниками єдиного податку) № 6376 від 02.12.2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=73334

24. Зануда Анастасія. РРО для ФОП: повний колапс чи все працює. BBC News Україна. 11 січня 2022 р. URL: https://www.bbc.com/ukrainian/features-59940764

25. Як боротьба з «тінью» вдарила по українцях – чотири історії підприємців. Сьогодні. Новини бізнесу. 16 лютого 2022 року. URL: https://economics.segodnya.ua/ua/economics/business/ishchu-rabotu-kak-borba-s-tenyu-udarila-po-ukraincam-chetyre-istorii-predprinimateley-1603294.html

26. Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг : Закон України від 6 липня 1995 року № 265/95-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/265/95-вр#Text

27. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей оподаткування та подання звітності у період дії воєнного стану : Закон України від 3 березня 2022 року № 2118-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2118-20#n63

28. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо дії норм на період дії воєнного стану : Закон України від 15 березня 2022 року № 2120-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2120-20#Text

РОЗДІЛ 5
ТРУДОВЕ ПРАВО; ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

УДК 342-048.23
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/41

СУЧАСНИЙ СТАН РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА НА ДОСТАТНІЙ ЖИТТЄВИЙ РІВЕНЬ

CURRENT STATE OF IMPLEMENTATION OF CONSTITUTIONAL RIGHT TO A SUFFICIENT LIVING STANDARD

Денисенко К.В., к. з держ. упр., доцент,
доцент кафедри адміністративного, цивільного
та господарського права і процесу
Академія Державної пенітенціарної служби

Шамрук Н.Б., к. ю. н., доцент,
начальник кафедри теорії та історії держави і права,
конституційного права
Академія Державної пенітенціарної служби

Стаття присвячена аналізу стану реалізації соціальної безпеки на сучасному етапі державотворення крізь призму розмірів деяких соціальних виплат. За роки незалежності було прийнято низку нормативно-правових актів, які спрямовані на соціальну підтримку громадян. Переважно такі документи приймались в рамках проведення неефективних і безсистемних реформ, що в кінцевому результаті призвело до високого рівня бідності в суспільстві, майнової диференціації населення, тривалої нестабільності в багатьох сферах, чисельного зубожіння тощо. Акцентовано, що негативні тенденції в соціальній сфері та накопичені останніми роками соціальні проблеми призводять до відсутності у громадян матеріальних засобів до існування та поглиблення кризових процесів, створюють загрозу соціальній безпеці та подальшому розвитку суспільства, які можуть стати причинами порушення рівноваги та стабільності в державі.

На основі здійснення аналізу наукових поглядів та законодавчого визначення поняття «соціальна безпека» стверджується, що досліджувана категорія: по-перше, є складовою національної безпеки; по-друге, спрямована на створення умов для нормальної життєдіяльності людини, нейтралізацію негативних зовнішніх та внутрішніх чинників, що створюють загрози виникнення соціальної напруженості в суспільстві; по-третє, виступає важливим індикатором благополуччя громадян, особливо тих, які зазнали соціального ризику чи перебувають у складних життєвих обставинах, та стабільного розвитку держави.

Встановлено, що державна політика України у сфері соціальної безпеки є неефективною. Нормативно-правові акти, які регулюють механізм призначення державних соціальних виплат потребують перегляду в частині їх розміру задля приведення їх у відповідність до змісту поняття «соціальна безпека». Засадничою передумовою ефективності соціальної безпеки в Україні є соціальний моніторинг, який передбачає дослідження існуючих соціальних процесів, а також потреб осіб, які зазнали соціального ризику чи перебувають у складних життєвих обставинах, що дозволить спрогнозувати потреби вказаної категорії громадян та убезпечити суспільство від соціальної напруги.

Ключові слова: соціальна безпека, національна безпека, соціальна допомога, прожитковий мінімум, соціальний ризик, складні життєві обставини, рівень життя населення.

The essence of the constitutional right to a sufficient living standard is examined and the current state of implementation of this right in practice is highlighted in the article. It is emphasized that our state is currently undergoing radical transformational changes and transformations, new socio-economic, political and hybrid challenges, etc., that are accompanied by a rethinking of the importance of human rights institution.

Studying of the annual reports of the Commissioner for Human Rights of the Verkhovna Rada of Ukraine on the state of observance of human and civil rights and freedoms in Ukraine during the previous years, shows numerous violations of the constitutional right to a sufficient living standard, usually by public authorities, local governments and their officials, that is inadmissible in a state which has declared itself to be social and legal. Citizens who apply to the Commissioner complain that the amount of pension and state social benefits does not provide them with a sufficient living standard.

Cases of violation of the constitutional right to sufficient living standard for children in places of detention have been identified. Thus, in 2022, within the framework of the national preventive mechanism, monitors revealed violations of the law enshrined in Article 48 of the Constitution of Ukraine in Bratslav Specialized School of I-III Grades of Nemyriv district of Vinnytsia Regional Council and Public institution “Cherkasy Special School of Cherkasy Regional Council”.

As the constitutional right to sufficient living standard, we propose to understand the possibility enshrined in the Basic Law and guaranteed by the state, including adequate food, clothing, housing, at the level necessary for the normal functioning of a human and the members of their families. The analysis of the current state of implementation of the constitutional right to sufficient living standard has shown a number of cases of violation of the outlined right. This fact indicates the declarative nature of its provision in practice at the present stage of statehood.

Key words: constitutional rights, right to sufficient living standard, Constitution of Ukraine, decent living standard, violation of human rights, Commissioner for Human Rights of the Verkhovna Rada of Ukraine.

Постановка проблеми. Нормативно-правове регулювання та ефективна реалізація прав і свобод людини та громадянина є показником утвердження України як правової, демократичної та соціальної держави, своєрідним індикатором дотримання принципу верховенства права, є свідченням ефективності внутрішньої державної політики. Важливим та невід’ємним конституційним правом є право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім’ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло (стаття 48 Конституції України) [1]. Зазначене право закріплено як на національному конституційному рівні, так і в міжнародних нормативно-правових актах, які ратифіковані Україною.

Наразі наша держава зазнає докорінних трансформаційних змін та перетворень, нових соціально-економічних, політичних та гібридних викликів тощо, які супроводжуються переосмисленням значущості інституту прав людини. Саму тому актуальним видається дослідження можливостей реалізації конституційного права на достатній життєвий рівень в сучасних умовах.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Незважаючи на наукові здобутки у дослідженні теоретичної бази конституційного права на достатній життєвий рівень, зокрема такими вченими, як Ю. В. Кириченко, І. Й. Магновським, В. В. Мацокіним, Б. І. Сташківом, О. М. Ярошенко тощо, малодослідженими залишаються практичні аспекти щодо реалізації окресленого права.

Метою статті є дослідження сутності конституційного права на достатній життєвий рівень та висвітлення сучасного стану реалізації цього права на практиці.

Виклад основного матеріалу. Попри суттєвий розвиток конституційної науки та практики, й донині відсутня загальноприйнятна позиція щодо сутності поняття конституційне право на достатній життєвий рівень.

А. С. Головін конституційні права людини і громадянина визначає, «як основні права, закріплені в Конституції України» [2, с. 320]. На думку І. Б. Пробко «конституційні права людини і громадянина – це гарантовані Конституцією та державою вид і міра можливої поведінки людини і громадянина у суспільстві та державі з метою задоволення своїх життєво важливих матеріальних і духовних інтересів, закріплених у Конституції та інших нормативно-правових актах» [3, с. 87]. О. В. Епель стверджує, що «під конституційними правами людини і громадянина варто розуміти невід'ємні та невідчужувані основні можливості людини і громадянина, встановлені та гарантовані Конституцією України, які належать особі від народження та мають найвищу правову охорону» [4, с. 80].

Отже, аналіз вищезазначеного наукового доробку свідчить про неоднакове розуміння досліджуваної категорії. Одні науковці розглядають поняття «конституційні права людини і громадянина» у вузькому розумінні крізь призму слова «права». Інші – в широкому під кутом слова «можливості» та словосполучення «вид і міра можливої поведінки». Водночас, на наш погляд, представлені наукові позиції не суперечать, а доповнюють один одного. Поряд з цим, представлені три останні точки зору відображають суттєву ціннісну рису конституційних прав людини і громадянина – встановлені (закріплені) та гарантовані Основним Законом.

Ще однією важливою складовою досліджуваного питання є встановлення сутності права на достатній життєвий рівень, яке закріплено в низці міжнародних нормативно-правових актів, при цьому сутність вказаного права у таких документах не визначено, що породжує суттєвий плюралізм думок щодо змісту та ознак досліджуваного права, а також його ототожнення з правом на соціальний захист і соціальне забезпечення.

На думку О. В. Бермічевої «сутність права людини на достатній життєвий рівень складають умови, що створює держава для його реалізації, зміст – утворюють заходи, що вживаються державою для забезпечення цього права, а формою – є передбачення законодавчо встановлених мінімальних соціальних стандартів» [5, с. 61].

В. В. Мацокін вважає, що «право людини на достатній життєвий рівень є інтегруючим соціальним правом, яке об'єднує собою не лише усі інші соціальні права в одну цілісну систему, але зумовлює сутність та зміст правового регулювання більшості громадянських та політичних прав». Вчений констатує, що «право на достатній життєвий рівень є одним з найбільш важливих та соціально значущих для кожної людини, а забезпечення цього права є метою діяльності кожної демократичної країни та одним з основоположних конституційних принципів сучасної держави» [6, с. 10–11].

У підручнику Актуальні проблеми конституційного права «право на достатній життєвий рівень розкривається як можливість достатнього харчування, одягу, житла з метою забезпечення, досягнення певного життєвого рівня» [7, с. 266].

О. М. Ярошенко дотримується думки, що «правильніше говорити не про достатній, а про гідний життєвий рівень, адже у першому випадку йдеться про рівень, який фактично відповідає мінімальним потребам людини (тобто мінімальний – той, що не є нижчим межі бідності людини), значення ж другого полягає у тому, що це рівень, який виходить із того, що права людини є найвищою соціальною цінністю». На думку вченого саме ця позиція має бути зафіксована й у статті 48 Конституції України [8, с. 114–115]. Зазначені вище доводи видаються обґрунтованими та переконливими. Зокрема, аналогічне та близьке за змістом формулювання міститься у деяких конституціях зарубіжних країн.

Наприклад, у ч. 2 статті 21 Конституції республіки Білорусь зазначено, що кожен має право на гідний рівень життя, включаючи достатнє харчування, одяг, житло і постійне поліпшення необхідних для цього умов. У статті 42 закріплено, що особам, які працюють за наймом, гарантується справедлива частка винагороди в економічних результатах праці відповідно до її кількості, якості та суспільного значення, але не нижче рівня, який забезпечує їм та їхнім сім'ям вільне та гідне існування [9]. Статтею 19 Конституції Фінляндії передбачено, що кожен, хто не в змозі забезпечити своє існування, яке відповідає нормам людської гідності, має право на необхідне утримання та забезпечення. Законом гарантується кожному право на основне соціальне забезпечення на час безробіття, хвороби, непрацездатності, а також разі народження дитини чи втрати годувальника [10, с. 5].

Водночас, на наш погляд, вітчизняний законодавець закріплюючи на конституційному рівні право на достатній життєвий рівень відштовхувався від етимологічного значення слова «достатній». Великий тлумачний словник української мови слово «достатній» визначає як – який задовольняє що-небудь або відповідає яким-небудь потребам; обґрунтований належною мірою [11, с. 322], у свою чергу слово «гідний» – який заслуговує або вартий чого-небудь; який відповідає вимогам часу; належний [11, с. 236]. З огляду на зазначені трактування, на наш погляд, саме закріплення законодавцем права на достатній життєвий рівень видається більш доцільним, оскільки з позиції тлумачення родового поняття «достатній», вказане право передусім спрямоване на задоволення потреб громадян.

Своє бачення основних напрямів забезпечення конституційного права на достатній життєвий рівень запропонували представники Інституту законодавства Верховної Ради України спільно з Комітетом Верховної Ради України з питань соціальної політики та захисту прав ветеранів під час науково-експертного обговорення на тему «Достатній рівень життя: конституційна дефініція та економічні реалії» (травень 2020 року), до яких віднесено: осучаснення методик формування державних соціальних стандартів і державних соціальних гарантій, формування системи науково-обґрунтованих норм, нормативів, параметрів і показників якості та рівня життя населення, забезпечення відповідності державних соціальних стандартів реальним потребам населення, впровадження Європейської соціальної моделі щодо забезпечення стандартів добробуту, активізація соціального діалогу [12].

Аналіз щорічних доповідей Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні за попередні роки, свідчить про численні порушення конституційного права на достатній життєвий рівень, як правило з боку органів державної влади, місцевого самоврядування та їх посадових осіб, що є недопустимим у державі, яка проголосила себе соціальною та правовою.

Зокрема, у доповіді за 2016 рік зазначено, що найбільша кількість скарг, які надходили до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у зазначеному році, стосувались порушення права на достатній життєвий рівень (як в цілому по Україні, так і з точки зору окремих

категорій заявників) [13, с. 9]. У доповіді за 2017 рік зазначено, що протягом вказаного року до Уповноваженого з прав людини надійшло близько 3 тисяч лише письмових звернень громадян про порушення їх прав на соціальний захист та достатній життєвий рівень. У переважній більшості звернень громадяни висловлюють загальне невдоволення низьким розміром пенсійного та соціального забезпечення, соціальною несправедливістю при їх призначенні, а також неефективним захистом від бідності [14, с. 15]. У доповіді за 2018 рік акцентовано, що результати парламентського контролю Уповноваженого засвідчили наявність низки проблемних питань у сфері дотримання прав людини і громадянина на належний соціальний захист та достатній життєвий рівень [15, с. 61]. У доповіді за 2019 рік зазначено, що за результатами аналізу звернень, які надходять до Уповноваженого, значна частина звернень громадян стосується недотримання органами державної влади, іншими державними органами та органами місцевого самоврядування їх соціально-економічних прав, зокрема, достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї [16, с. 187].

Низку випадків щодо порушення конституційного права на достатній життєвий рівень було виявлено у 2020 році. Звернення громадян до Уповноваженого засвідчили, що незважаючи на певне зростання прожиткового мінімуму як базового державного соціального стандарту, розмір пенсійних та державних соціальних виплат не забезпечує їм достатнього життєвого рівня. Розмір прожиткового мінімуму, на підставі якого визначаються більшість виплат, не враховує фактичні потреби людини, а формується виключно залежно від фінансових можливостей держави. Він майже вдвічі менший від фактичного, що визначається Мінсоцполітики [17, с. 183].

Загальнопоширеними на практиці є порушення конституційного права на достатній життєвий рівень в місцях несвободи. Так, у 2022 році в межах реалізації національного превентивного механізму, моніторинговою групою було здійснено моніторинговий візит до Брацлавської спеціалізованої школи I–III ступенів Немирівського району Вінницької обласної ради, де було виявлено порушення права дітей на достатній життєвий рівень, гарантований статтею 48 Конституції України, зокрема не дотримано норми площі проживання на одну дитину [18]. Аналогічна ситуація у цьому ж році мала місце в Комунальному закладі «Черкаська спеціальна школа Черкаської обласної ради», де з метою перевірки додержання прав дітей, монітори констатували порушення прав вихованців на достатній життєвий рівень, що включає достатнє харчування, одяг, житло. Зокрема належні умови проживання повинні забезпечувати площу 5,0 м² на одну дитину в спальних кімнатах для дітей шкільного віку, проте в Школі ця площа становить від 2,62 м² на одну дитину [19].

Висновки. Таким чином, під конституційним правом на достатній життєвий рівень пропонуємо розуміти закріплену в Основному законі й гарантовану державою можливість отримання благ, зокрема щодо достатнього харчування, одягу, житла, на рівні, необхідному для нормальної життєдіяльності людини та членів її сім'ї. Аналіз сучасного стану реалізації конституційного права на достатній життєвий рівень продемонстрував низку випадків порушення окресленого права, що свідчить декларативний характер його забезпечення у практичній площині на сучасному етапі державотворення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254 к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text (дата звернення: 27.05.2022).
2. Головін А. С. Захист прав і свобод людини і громадянина єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2012. 384 с.
3. Пробко І. Б. Поняття та класифікація конституційних прав, свобод і обов'язків людини та громадянина, гарантії їх реалізації. *Наукові* записки Львівського університету бізнесу та права. 2013. Вип. 11. С. 86–89.
4. Епель О. В. Наукова інтерпретація конституційних соціальних прав людини і громадянина. Соціальне право. 2018. № 2. С. 78–83.
5. Бермічева О. В. Соціальна функція держави в Україні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2002. 191 с.
6. Мацокін В. В. Право громадян України на достатній життєвий рівень : автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. Харків, 2008. 19 с.
7. Актуальні проблеми конституційного права України : підруч. / За заг. ред. А. Ю. Олійника. Київ : Видавничий дім «Скіф», 2012. 552 с.
8. Ярошенко О. М. Проблеми забезпечення конституційного права громадян на достатній життєвий рівень. Проблеми законності. 2019. Вип. 145. С. 106–117.
9. Конституция Республики Беларусь (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1994 г. и 17 октября 2004 г.). URL: https://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnye-dokumenty/konstitutsiya-respubliki-belarus/ (дата звернення: 27.05.2022).
10. Конституция Финляндии: неофиц. перевод. Министерство юстиции Финляндии. 1999. 35 с. URL: https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/ru19990731.pdf (дата звернення: 27.05.2022).
11. Великий тлумачний словник української мови (з дод. і допов.). Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.
12. Достатній рівень життя: конституційна дефініція та економічні реалії. *Голос України*. 2020. 12 червня. URL: http://www.golos.com.ua/article/331867 (дата звернення: 27.05.2022).
13. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2016 рік. URL: https://dostup.pravda.com.ua/request/24649/response/44316/attach/3/002631%202.pdf (дата звернення: 27.05.2022).
14. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. Київ : Права людини, 2017. 627 с.
15. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2018 рік. URL: https://www.ombudsman.gov.ua/storage/app/media/uploaded-files/report-2019-3.pdf (дата звернення: 27.05.2022).
16. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2019 рік. URL: https://www.ombudsman.gov.ua/storage/app/media/uploaded-files/zvit%20za%202019.pdf (дата звернення: 27.05.2022).
17. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2020 рік. URL: https://www.ombudsman.gov.ua/storage/app/media/uploaded-files/schoricha-dopovid-2020.pdf (дата звернення: 27.05.2022).
18. Результати моніторингового візиту до Брацлавської спеціалізованої школи I–III ступенів Немирівського району Вінницької обласної ради. URL: https://www.ombudsman.gov.ua/uk/news_details/rezultati-monitoringovogo-vizitu-do-braclavskoyi-specializovanoyi-shkoli-i-iii-stupeniv-nemirivskogo-rajonu-vinnickoyi-oblasnoyi-radi (дата звернення: 27.05.2022).
19. Не забезпечуються права дітей на достатній життєвий рівень та приватність: результати моніторингового візиту до КЗ «Черкаська спеціальна школа Черкаської обласної ради». URL: https://www.ombudsman.gov.ua/uk/news_details/ne-zabezpechuyutsya-prava-ditej-na-dostatnij-zhittyevij-riven-ta-privatnist-rezultati-monitoringovogo-vizitu-do-kz-cherkaska-specialna-shkola-cherkaskoyi-oblasnoyi-radi (дата звернення: 27.05.2022).

УДК 349.3
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/42

ПРАВОВА ПРИРОДА ПЕНСІЇ ЗА ВИСЛУГУ РОКІВ

THE LEGAL NATURE OF RETIREMENT PENSIONS

Зіноватна І.В., к. ю. н., доцентка,
старша викладачка кафедри трудового права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Наукова стаття присвячена детальному аналізу суті та правової природи такого виду спеціального пенсійного забезпечення, як пенсії за вислугу років. Актуальність дослідження викликана проблемами соціальної несправедливості пенсійної системи, що зумовлені відсутністю єдиних принципів розрахунку пенсій, наявністю пільг та переваг у окремих категорій пенсіонерів, диспропорціями у розмірах пенсій різних категорій осіб.

У статті розглядаються наукові підходи до визначення пенсії за вислугу років та критеріїв диференціації умов пенсійного забезпечення. На підставі проведеного дослідження було встановлено, що пенсійному забезпеченню за вислугу років притаманні такі ознаки: юридичним фактом, що є підставою виникнення правовідносин з призначення пенсії за вислугу років є спеціальний стаж (вислуга років); необхідною умовою призначення цього виду пенсії є залишення роботи (посади), яка дає право на таку пенсію; призначення пенсії за вислугу років не повинно залежати від додаткової умови досягнення певного віку; суб'єкти соціально-забезпечувальних правовідносин щодо призначення пенсії за вислугу років чітко визначені у законодавстві.

У дослідженні аналізуються норми чинного законодавства щодо порядку та умов призначення пенсії за вислугу років окремим категоріям громадян, зайнятих на роботах, виконання яких призводить до втрати професійної працездатності або придатності до настання віку, що дає право на пенсію за віком, які визначені в законах України «Про пенсійне забезпечення», «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб», «Про прокуратуру». Внаслідок проведеного аналізу були виявлені недоліки чинного законодавства, що не відповідають принципам соціальної справедливості і не враховують правову природу пенсії за вислугу років.

На підставі проведеного дослідження з метою досягнення соціальної справедливості, дотримання принципів соціальної держави, врахування суспільної значимості результатів трудової діяльності запропоновано внести зміни до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» відповідно до яких, передбачити право на пенсію за вислугу років всім категоріям, які зазначені в Законі України «Про пенсійне забезпечення». З врахуванням правової природи пенсії за вислугу років, була надана пропозиція внести зміни до Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб» щодо скасування додаткової вимоги досягнення певного віку для отримання пенсії за вислугу років. З метою усунення економічного дисбалансу, зважаючи на правову природу пенсій за вислугу років, було запропоновано внести зміни до Закону України «Про прокуратуру» відповідно до яких, обов'язковою умовою призначення пенсії за вислугу років є звільнення з роботи, яка дає право на таку пенсію.

Ключові слова: вислуга років, пенсія, спеціальне пенсійне забезпечення.

The scientific article is devoted to a detailed analysis of the essence and legal nature of this type of special pension provision, such as retirement pensions. The relevance of the study is caused by the problems of social injustice of the pension system, caused by the lack of uniform principles for calculating pensions, the presence of benefits and advantages for certain categories of pensioners, disparities in the amount of pensions of different categories of people.

The article examines scientific approaches to determining the pension for years of service and the criteria for differentiating the conditions of pension provision. On the basis of the conducted research, it was established that the following characteristics are inherent in pension provision for years of service: the legal fact that is the basis for the emergence of legal relations for the appointment of a pension for years of service is special seniority (years of service); a necessary condition for the appointment of this type of pension is to leave the job (position) that gives the right to such a pension; the appointment of a retirement pension should not depend on the additional condition of reaching a certain age; the subjects of social security legal relations regarding the appointment of pension for years of service are clearly defined in the legislation.

The research analyzes the norms of current legislation regarding the procedure and conditions for awarding retirement pensions to certain categories of citizens employed in jobs, the performance of which leads to a loss of professional capacity or fitness until reaching the age that gives the right to an old-age pension, which are defined in the laws of Ukraine «About a pension provision», «About a mandatory state pension insurance», «About a pension provision of persons released from military service and some other persons», «About the prosecutor's office». As a result of the conducted analysis, shortcomings of the current legislation were revealed, which do not correspond to the principles of social justice and do not take into account the legal nature of the retirement pension.

On the basis of the research carried out with the aim of achieving social justice, observing the principles of the welfare state, taking into account the social significance of the results of labor activity, it is proposed to make changes to the Law of Ukraine «About a Mandatory State Pension Insurance», according to which, to provide for the right to a pension for years of service for all categories, which are specified in the Law of Ukraine «About a pension provision». Taking into account the legal nature of the long-service pension, a proposal was made to amend the Law of Ukraine «About Pensions of Persons Discharged from Military Service and Certain Other Persons» regarding the abolition of the additional requirement of reaching a certain age to receive a long-service pension. In order to eliminate the economic imbalance, taking into account the legal nature of long-service pensions, it was proposed to amend the Law of Ukraine «About the Prosecutor's Office», according to which, a mandatory condition for the appointment of a long-service pension is dismissal from a job that gives the right to such a pension.

Key words: years of service, pension, special pension provision.

Додержання конституційних принципів соціальної держави обумовлює здійснення законодавчого регулювання суспільних відносин на засадах справедливості та розмірності з урахуванням обов'язку держави забезпечувати гідні умови життя кожному громадянину України. Проблема соціальної несправедливості пенсійної системи не один рік хвилює суспільство: відсутність єдиних принципів розрахунку пенсій, наявність пільг та привілей у окремих категорій пенсіонерів, перерозподіл частини коштів солідарної системи на користь одних груп пенсіонерів за рахунок інших, диспропорції у розмірах пенсій, призначених у різні періоди.

Сформована в Україні пенсійна система характеризується складністю й багаторівневістю. Традиційно виділяють дві її частини: загальне пенсійне забезпечення, правові засади якого визначені Законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», а також спеціальне пенсійне забезпечення, механізм якого закріплюють окремі закони, і яке здійснюється в іншому порядку, відмінному від загального [1, с. 334–335]. Станом на 1 січня 2022 року в Україні кількість пенсіонерів

становила 10 841 117 осіб, з яких 68 % отримують пенсію у мінімальному розмірі. Тобто, фактично розмір пенсій не залежить від тривалості стажу роботи та заробітку, з якого особа сплачувала внески, що нівелює мотивацію людей працювати легально та сплачувати внески. Поряд з цим певні категорії пенсіонерів користуються привілеями, зокрема правом дострокового виходу на пенсію та/або отримують пенсію в підвищеному розмірі. Це позбавляє пенсійну систему принципу справедливості та створює значний фінансовий тиск на Пенсійний фонд України та Державний бюджет України.

Проблеми дослідження та удосконалення спеціального пенсійного забезпечення в галузевій науці аналізувалися вченими-юристами у різні періоди формування галузі права соціального забезпечення. Особливо слід відзначити внесок у розробку даної проблеми таких провідних вчених, як: Є. І. Астрахан, В. С. Андреєв, В. А. Ачаркан, І. В. Гущін, О. Д. Зайкін, Р. І. Іванова, В. Ш. Шайхатдинов. Серед відомих вітчизняних вчених спеціальне пенсійне забезпечення досліджували: М. Д. Бойко, Н. Б. Болотіна, М. М. Клемпарський, Н. П. Коробенко, П. Д. Пилипенко, С. М. Синчук, І. М. Сирота, С. О. Сільченко, А. В. Скоробагатько, Б. І. Сташків, М. М. Шумило, Н. М. Хуторян, О. М. Ярошенко тощо. Проте, питанню правової природи такого виду спеціального пенсійного забезпечення, як пенсії за вислугу років не достатньо приділено уваги в науці права соціального забезпечення, особливо в період законодавчого оновлення цієї категорії пенсій, внаслідок чого виникає низка юридичних проблем у правозастосовчій практиці.

Мета дослідження полягає в об'єктивній необхідності проведення аналізу законодавчого регулювання цього виду пенсій, виявлення проблем правозастосовчої практики у цій сфері і надання пропозицій задля усунення суперечностей і неоднакового застосування судами норм матеріального права, а також приведення чинного законодавства у відповідність до принципів соціальної справедливості.

Залежно від виду трудового стажу пенсійне забезпечення за віком можна диференціювати на те, що: (1) здійснюється на загальних засадах відповідно до розділу III Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» [2], (2) провадиться згідно із розділом XIV-1 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» (пенсії на пільгових умовах та за вислугу років) та (3) здійснюється за деякими спеціальними Законами (наприклад, Закон України «Про прокуратуру» [3], Закон України «Про судоустрій і статус суддів» [4], Закон України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб» [5]).

Отже, спеціальне пенсійне забезпечення не є однорідним, і ключовим критерієм його поділу на дві групи є причина його становлення та його мета. У цьому контексті можна однозначно стверджувати, що спеціальне пенсійне забезпечення поділяється на: (1) пільгове пенсійне забезпечення та (2) професійне пенсійне забезпечення. Перше виникло як необхідність підвищення соціального захисту осіб, які працюють у важких та шкідливих умовах праці. Ключовою ознакою цього виду пенсійного забезпечення є його соціальність. Щодо професійної пенсії, то йдеться не про шкідливість чи важкість умов праці, а швидше про статусність професії: судді, прокурори тощо. Ця підгрупа пенсійного забезпечення позбавлена такої характеристики, як соціальність, вона є більш привілейованим видом пенсійного забезпечення, яке визначила держава для окремих категорії осіб [6, с. 234]. Таким чином, як слушно зазначає Сільченко С. О. визначальними критеріями диференціації умов пенсійного забезпечення є характер праці, трудовий статус особи, а також суспільна значимість її результатів [7, с. 466].

Одним з нетипових видів пенсій у системі спеціального пенсійного забезпечення є пенсія за вислугу років. Пенсії за вислугу років встановлюються окремим категоріям громадян, зайнятих на роботах, виконання яких призводить до втрати професійної працездатності або придатності до настання віку, що дає право на пенсію за віком [8, с. 119].

Як визначено у Великій українській юридичній енциклопедії пенсійне забезпечення за вислугу років – система норм і правил, що встановлюють умови пенсійного забезпечення окремих категорій працівників за умови як досягнення пенсійного віку, так і незалежно від цього, за наявності особливого спеціального трудового стажу (вислуги років). При цьому, вислуга років визначається, як особливий вид спеціального трудового стажу окремих категорій працівників, наявність якого надає право на пільгове пенсійне забезпечення у зв'язку з втратою професійної працездатності до настання віку, що дає право на пенсію за віком [9, с. 539–540]. У науці права соціального забезпечення пенсія за вислугу років визначається як щомісячна грошова виплата, що призначається окремим категоріям громадян, установленим законодавством, у зв'язку з тривалою професійною діяльністю. Як правило, вона не залежить від віку отримувача та призначається при залишенні роботи, що дає право на цю пенсію, або по її закінченню [10, с. 229].

З огляду на вищезазначене, метою пенсії за вислугу років є звільнення певної категорії громадян від необхідності продовжувати свою колишню трудову діяльність, компенсувавши їм у значній частині втрачений заробіток у зв'язку з переходом на іншу роботу, або повним припиненням такої діяльності [11, с. 243].

Таким чином, пенсійне забезпечення за вислугу років характеризується такими особливостями: (1) юридичний факт, що зумовлює їх виникнення, – це не страховий стаж, а спеціальний стаж (вислуга років), (2) для призначення цієї пенсії необхідним є залишення роботи (посади), яка дає право на таку пенсію, (3) зазвичай, не вимагається досягнення пенсійного віку, (4) суб'єкти правовідносин, яким призначається пенсія за вислугу років, чітко визначені у законодавстві [12, с. 235].

Пенсійне законодавство за вислугу років останнім часом зазнає змін і процес його модернізації триває. На момент прийняття Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» передбачалося, що пенсії за віком на пільгових умовах або за вислугу років здійснюється згідно з окремим законодавчим актом через професійні та корпоративні фонди. Поряд з цим, було зазначено, що до запровадження пенсійного забезпечення через професійні та корпоративні фонди умови в частині визначення права на пенсію за віком на пільгових умовах і за вислугу років (категорії осіб, тривалість загального та спеціального стажу, досягнення певного віку для пенсій на пільгових умовах тощо) застосовуються положення Закону України «Про пенсійне забезпечення». При цьому, у статті 7 вказаного нормативно-правового акту зазначено, що пенсії за вислугу років призначаються при залишенні роботи, яка дає право на цю пенсію [13].

3 жовтня 2017 року Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо підвищення пенсій» були внесені зміни відповідно до яких, умови і порядок призначення пенсій за вислугу років передбачено ч. 4 ст. 114 нового розділу XIV-I «Пенсійне забезпечення окремих категорій громадян» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». Відповідно до вказаної норми право на пенсію за вислугу років мають артисти театрально-концертних та інших видовищних закладів, підприємств і колективів за наявності стажу творчої діяльності від 20 до 35 років за переліком та у порядку, що затверджуються Кабінетом Міністрів України. При цьому, зауважено, що пенсія за вислугу років призначається та виплачується при звільненні з роботи, яка дає право на таку пенсію.

Поряд з цим, пунктами 2-1, 16 розділу XV «Прикінцеві положення» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» передбачено, що особам, які станом на 11 жовтня 2017 року мають вислугу років та стаж, необхідний для призначення пенсії за вислугу років, передбачений статтями 52, 54 та 55 Закону України «Про пенсійне забезпечення», пенсія за вислугу років призначається за їхнім зверненням з дотриманням умов, передбачених Законом України «Про пенсійне забезпечення».

Отже, відповідно до чинного законодавства (1) окремі категорії працівників авіації та льотно-випробного складу; (2) робітники локомотивних бригад і окремі категорії працівників, які безпосередньо здійснюють організацію перевезень і забезпечують безпеку руху на залізничному транспорті та метрополітені; (3) водії вантажних автомобілів, безпосередньо зайнятих в технологічному процесі на шахтах, у рудниках, розрізах і рудних кар'єрах на вивезенні вугілля, сланцю, руди, породи; (4) механізатори (докери-механізатори) комплексних бригад на вантажно-розвантажувальних роботах у портах, а також плавсклад морського, річкового флоту і флоту рибної промисловості; (5) працівники експедицій, партій, загонів, дільниць і бригад, безпосередньо зайняті на польових геологорозвідувальних, пошукових, топографо-геодезичних, геофізичних, гідрографічних, гідрологічних, лісовпорядних і розвідувальних роботах; (6) робітники і майстри (у тому числі старші майстри), безпосередньо зайняті на лісозаготівлях і лісосплаві, включаючи зайнятих на обслуговуванні механізмів і обладнання; (7) працівники освіти, охорони здоров'я, а також соціального забезпечення, які в будинках-інтернатах і спеціальних службах безпосередньо зайняті обслуговуванням пенсіонерів та осіб з інвалідністю та (8) спортсмени фактично позбавлені пенсії за вислугу років, якщо вони станом на 11 жовтня 2017 року не мають відповідної вислуги років та стажу, що передбачені статтями 54 та 55 Закону України «Про пенсійне забезпечення».

На наш погляд, позбавлення вищезазначених категорій осіб пенсії за вислугу років не відповідає соціальній справедливості і принципам соціальної держави, оскільки специфічний характер вказаних професій призводить до втрати професійної працездатності або придатності до настання віку, що дає право на пенсію за віком і потребує додаткового або підвищеного соціального захисту.

Окремим прикладом пенсійного забезпечення за вислугу років можна зазначити пенсійне забезпечення військовослужбовців, що передбачено Законом України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб» [5]. Загалом умовою призначення вказаного виду пенсій передбачено набуття спеціального стажу певної тривалості (20–25 років) залежно від категорії військовослужбовця без вимоги досягнення певного віку. Поряд з цим, для категорії, що зазначена в пункті «в» статті 12 вищезазначеного закону обов'язковою є також умова досягнення 45-річного віку.

Однак, втрата професійної працездатності або придатності не пов'язана з досягненням особою певного віку, тому не може бути умовою для призначення пенсії за вислугу років. Слід зауважити, що Рішенням Конституційного Суду України 4 червня 2019 року № 2-р/2019 було визнано такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення Закону України «Про пенсійне забезпечення», якими встановлено додатковий віковий критерій виходу на пенсію окремим працівникам льотного і льотно-випробного складу, освіти, охорони здоров'я та соціального забезпечення, артистам театрально-концертних та інших видовищних закладів, підприємств, колективів.

Отже, на наш погляд, необхідно скасувати додаткову вимогу досягнення певного віку для отримання пенсії за вислугу років особами з числа військовослужбовців (крім військовослужбовців строкової служби) рядового, сержантського, старшинського та офіцерського складу, які звільняються з військової служби відповідно до Закону України «Про державні гарантії соціального захисту військовослужбовців, які звільняються зі служби у зв'язку з реформуванням Збройних Сил України, та членів їхніх сімей».

Пенсії за вислугу років передбачені також Законом України «Про прокуратуру» відповідно до ст. 86 якого, право на пенсійне забезпечення незалежно від віку за наявності на день звернення визначеної вислуги років мають особи, які безпосередньо перед зверненням за призначенням такої пенсії працюють в органах прокуратури чи в науково-навчальних закладах Офісу Генерального прокурора, а також особи, звільнені з прокурорських посад органів прокуратури за станом здоров'я, у зв'язку з ліквідацією чи реорганізацією органу прокуратури, в якому особа обіймає посаду, або у зв'язку із скороченням кількості прокурорів, у зв'язку з обранням їх на виборні посади в органах державної влади чи органах місцевого самоврядування.

При цьому, вищезазначений нормативно-правовий акт жодним чином не обмежує право на отримання пенсії за вислугу років прокурорам, які продовжують працювати. Необхідно також зазначити, що кількість спорів за участі прокурорів щодо пенсійного забезпечення в Єдиному державному реєстрі судових рішень налічується більше 20 тисяч. Питома вага з них стосується призначення пенсії за вислугу років з урахуванням порядку і умов, визначених ст. 50-1 Закону України «Про прокуратуру» від 05.11.1991 року № 1789-XII (зі зниженими вимогами тривалості стажу і на рівні 90 відсотків від заробітної плати), незважаючи на те, що призначення пенсії відбувається після набуття чинності Законом України «Про прокуратуру» від 14.10.2014 р. № 1697-VII, а також щодо виплати пенсії в повному обсязі без обмеження максимального розміру. Слід зауважити, що неправомірні рішення першої інстанції або не оскаржуються взагалі, або апеляційні скарги подаються з пропущеним строком на апеляційне оскарження, а тому вони не підлягають перегляду в апеляційному та касаційному порядку. Таким чином, внаслідок недосконалого законодавства, ця категорія осіб одночасно отримує заробітну плату не менше, ніж 25 прожиткових мінімумів для працездатних осіб і пенсію за вислугу років, яка виплачується за рахунок Державного бюджету України.

З врахуванням вищевикладеного, для досягнення соціальної справедливості, дотримання принципів соціальної держави, врахування суспільної значимості результатів трудової діяльності, необхідно внести зміни до Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» відповідно до яких передбачити право на пенсію за вислугу років всім категоріям, які зазначені в Законі України «Про пенсійне забезпечення». Враховуючи правову природу пенсій за вислугу років, пропонуємо внести зміни до Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб» відповідно до яких скасувати додаткову вимогу досягнення певного віку для отримання пенсії за вислугу років. З метою усунення економічного дисбалансу, зважаючи на правову природу пенсій за вислугу років, пропонуємо внести зміни до Закону України «Про прокуратуру» відповідно до яких, пенсія за вислугу років призначається лише за умови звільнення з роботи, яка дає право на таку пенсію.

ЛІТЕРАТУРА

1. Право соціального забезпечення України : підручник / В. Я. Буряк та ін.; за ред. П. Д. Пилипенка. Київ : Ін Юре, 2010. – 504 с.
2. Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : Закон України від 09 липня 2003 р. № 1058-IV / *Верховна Рада України*. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 49–51. Ст. 376.
3. Про прокуратуру : Закон України від 14.10.2014 р. № 1697-VII / *Верховна Рада України*. *Відомості Верховної Ради*. 2015. № 2–3. Ст. 12.
4. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02 червня 2016 № 1402-VIII / *Верховна Рада України*. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 31. Ст. 545.
5. Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб : Закон України від 09.04.1992 № 2262-XII / *Верховна Рада України*. *Відомості Верховної Ради*. 1992. № 29. Ст. 399.
6. Проблеми застосування трудового та пенсійного законодавства : монографія / Н. М. Хуторян та ін. Київ : Ніка-Центр, 2015. – 316 с.
7. Сільченко С. О. Система пільгового пенсійного забезпечення в Україні. Юридичні факти в системі правового регулювання : матеріали VI міжнар. наук.-практ. конф., м. Київ, 26 лист. 2015 р. Київ, 2015. С. 463–467.
8. Іванова Н. В. Страховий випадок як підстава виникнення правовідносин із загальнообов'язкового державного соціального страхування : дис. ... докт. філософії в галузі знань 08 «Право». Харків. 2021. 195 с.
9. Велика українська юридична енциклопедія: Право соціального забезпечення / голова редкол. М. І. Іншин. Київ : Людмила. 2020. 912 с.
10. Право соціального забезпечення в Україні : підручник / Л. І. Лазор, та ін.; за заг. ред. С. М. Прилипко, О. М. Ярошенка. Харків : Фінн. 2009. С. 434.
11. Право соціального забезпечення в Україні : підручник / Г. О. Барабаш та ін.; за ред. О. М. Ярошенка. Харків : Право. 2015. 458 с.
12. Хуторян Н. М., Стадник М. П., Ширант А. А. Пенсійні правовідносини в Україні : монографія. К. : Юрид. думка, 2013. 276 с.
13. Про пенсійне забезпечення : Закон України від 05.11.1991 № 1788-XII / *Верховна Рада України*. *Відомості Верховної Ради України*. 1992 р. № 3. Ст. 10.

УДК 343.34: 343.28/.29
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/43

ПЕРСПЕКТИВИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОБМІНУ ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ

PROSPECTS OF CRIMINAL LEGAL SUPPORT FOR THE EXCHANGE OF PRISONERS OF WAR

Кузнецов В.В., д. ю. н., професор,
провідний науковий співробітник наукової лабораторії
з проблем протидії злочинності
Навчально-науковий інститут № 1 Національної академії внутрішніх справ

Сийплокі М.В., д. ю. н., доцент,
професор кафедри кримінального права і процесу
Ужгородський національний університет

У статті досліджено питання кримінально-правового забезпечення обміну військовополонених та визначені перспективи щодо нормативного удосконалення такої процедури. Констатовано, що сьогодні є надзвичайно актуальною проблема порушення прав людини, яка пов'язана з утриманням на тимчасово окупованій території України або на території Росії українських громадян (в якості заручників, військовополонених чи політичних в'язнів). Аналіз норм міжнародного права не дозволив виявити чітку процедуру обміну військовополонених.

Здійснений аналіз чинних національних нормативно-правових актів (насамперед Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування питань, пов'язаних із військовополоненими в особливий період» від 24 березня 2022 р. та Порядку здійснення передачі військовополонених ворогів державі-агресору та звільнення оборонців України, які перебувають у полоні держави-агресора, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 12 квітня 2022 року № 441) дозволив констатувати висновок, що вони не можуть вирішити усі питання, які пов'язані з легалізацією обміну військовополоненими.

У статті розглянуті законопроєкти, які намагаються вирішити як вказану проблему, так і частково проблему неефективності сучасної системи правосуддя. Однак законопроєкти не усувають причин, а намагаються неконституційними засобами вирішити наявну проблему обміну українських громадян. Вони також мають вади як в предметі регулювання, так і в юридичній техніці.

На підставі проведеного дослідження зроблені наступні висновки: проблема повернення військовослужбовців України та інших громадян України через процедуру обміну є складною політико-правовою проблемою, яка не отримала достатньої прозорої нормативної процедури вирішення; наявні законопроєкти (№№ 5672, 5672-1, 7436) мають певні вади та потребують доопрацювання; на законодавчому рівні повинні бути передбачені дві процедури обміну військовополонених країни-агресора: одна з них повинна стосуватися військовополонених, які не вчиняли воєнних злочинів, інша – військовополонених, які вчиняли воєнні злочини; на підзаконному рівні (нормативні акти Президента України, постанови Кабінету Міністрів України тощо) можлива лише деталізація таких процедур; обмін військовополонених, які вчиняли воєнні злочини можливий лише після рішення судових органів за встановленою процедурою.

Ключові слова: агресія, військовополонені, воєнний злочин, законопроєкт, кримінальне правопорушення, Кримінальний кодекс України, обмін, помилування.

The article examines the issue of criminal legal support for the exchange of war prisoners and identifies prospects for regulatory improvement of such a procedure. It was stated that the problem of the violation of human rights is very urgent today, related to the detention of Ukrainian citizens (as hostages, prisoners of war or political prisoners) in the temporarily occupied territory of Ukraine or in the territory of Russia. The analysis of international law norms has not revealed a clear procedure for the POWs exchange.

An analysis of current national legal regulations (primarily the Law of Ukraine «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Regulating Issues Related to Prisoners of War in a Special Period» of March 24, 2022 and the Procedure for Transferring POWs Enemies to the Aggressor State and the release of Ukrainian defenders held captive by the aggressor state, approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine on April 12, 2022 № 441) concluded that it could not resolve all issues related to the legalization of the exchange of POWs.

It is considered the bills that try to solve both this problem and partly the problem of inefficiency of the modern justice system. However, the bills do not eliminate the reasons, but try to solve the existing problem of exchange of Ukrainian citizens by unconstitutional means. They also have flaws in both the subject of regulation and the legal technique.

Based on the study, the following conclusions were made in the article, such as: the problem of returning servicemen of Ukraine and other citizens of Ukraine through the exchange procedure is a complex political and legal problem that has not received a sufficiently transparent regulatory procedure for resolution; existing bills (№№ 5672, 5672-1, 7436) have certain shortcomings and need to be finalized; at the legislative level, there should be two procedures for the exchange of POWs of the aggressor country: one should apply to prisoners of war who have not committed war crimes, the other – to prisoners of war who have committed war crimes; at the bylaw level (normative acts of the President of Ukraine, resolutions of the Cabinet of Ministers of Ukraine, etc.) it is possible only to detail such procedures; the exchange of prisoners of war who have committed war crimes is possible only after the decision of the judicial authorities in accordance with the established procedure.

Key words: aggression, prisoners of war, war crime, bill, criminal offense, Criminal Code of Ukraine, exchange, pardon.

Постановка проблеми. Повномасштабна агресія Російської Федерації (РФ) проти України визначила різні соціально-політичні та гуманітарні прогалини чинного законодавства, які необхідно усувати через зміни, зокрема до Кримінального кодексу (КК) України. Сьогодні є надзвичайно актуальною проблема порушення прав людини, пов'язана з утриманням на тимчасово окупованій території України або на території РФ українських громадян (в якості заручників, військовополонених чи політичних в'язнів). Нам відомі випадки чисельних порушень з боку противника як норм національного законодавства, так і норм міжнародного права [1]. Так «9 червня 2022 року суд так званої «Донецької народної республіки» засудив за найманство та вчинення дій, спрямованих на захоплення влади та повалення конституційного устрою ДНР до страти трьох іноземних добровольців, які воювали на боці Збройних сил України (ЗСУ) – громадян Великої Британії Ейдена Есліна та Шона Піннера, а також підданого Королівства Марокко Брагіма Саадуна» [2]. Речник Міністерства закордонних справ України Олег Ніколенко у коментарі Національній суспільній телерадіокомпанії України наголосив, що «всі іноземці, які воюють на українській території в складі ЗСУ, є військовослужбовцями ЗСУ. Всі військовослужбовці ЗСУ, які потрапляють

в полон ворога, користуються правами військовополонених. Ворогу забороняється вчиняти щодо них насилля, залякувати чи негуманно поводитися. Так званий «судовий процес» над військовослужбовцями ЗСУ на окупованих українських територіях є нікчемним», – наголосив спікер міністерства [1]. Він зауважив, що «подібні публічні судилища ставлять інтереси пропаганди вище закону і моралі, підривають механізми повернення військовополонених» і додав, що український уряд продовжить докладати максимальних зусиль заради звільнення всіх захисників України [2].

Однією зі складових вказаної проблеми є обмін українських громадян, які утримуються в різному правовому статусі на території РФ або на тимчасово окупованій території України на осіб, які можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності на території України. Сьогодні на думку А. А. Музики, процес обміну ускладняється, насамперед через тривалість процедур засудження, звільнення від кримінальної відповідальності, та від покарання. Окрім того, коло осіб, які можуть бути звільнені від кримінальної відповідальності чи покарання, є обмеженим…» [3, с. 116].

Отже проблема обміну як українських громадян так і громадян інших країн, які захищають Україну, залишається, як правило, поза спеціального нормативного врегулювання. На думку окремих експертів, «неправильно говорити, що обмін відбувається повністю поза межами права – це не так, але юридичні інструменти, які використовуються – запозичені, і не підходять для даного процесу. Такими інструментами є застосування положень Кримінального процесуального кодексу (КПК) України – стандартні міри кримінального провадження, такі як зміна запобіжних заходів, процеси помилування. Також ухвалюються судові рішення по кожному заручнику, але вони різняться юридичною аргументацією, містять багато помилок» [4]. Під час російсько-української війни виділяють три типових варіанти обміну: 1) обмін осіб, які відбули покарання і до яких застосовано помилування (наприклад, обмін російського солдата В. Агєєва 7 вересня 2019 року); 2) обмін тих, хто оскаржував вироки в суді, однак несподівано визнавав провину перед обміном та отримував покарання, яке відповідало терміну, вже проведеному в СІЗО (наприклад, В. Тетюцький, В. Дворніков, С. Башликов, які були засуджені 28 грудня 2019 року Фрунзенським райсудом Харкова до довічного ув'язнення за теракт біля Палацу спорту, а вже 29 грудня 2019 року звільнені на обмін до завершення апеляційного оскарження); 3) обмін осіб щодо яких судові слухання ще тривали, але їм змінювали запобіжний захід та звільняли (наприклад, Київський апеляційний суд 5 вересня 2019 року звільнив з-під арешту Володимира Цемаха підозрюваних в розслідуванні загибелі «Боїнгу» МН-17 під особисте зобов'язання, якого потім обміняли) [5]. Тобто стає очевидним, що чіткої нормативної процедури обміну військовополонених та інших осіб до 2022 року не існувало.

Для вирішення цієї складної комплексної проблеми, безумовно слід змінювати законодавство.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти здійснення обміну та поводження з військовополоненими розглядали такі вчені, як: В. В. Альошин, Я. С. Годжек, А. Г. Григор'єв, М. В. Грушко, І. М. Жаровська, Ф. І. Кожевников, І. М. Кравченко, В. І. Лісовський, М. В. Манько, Г. М. Мелков, А. А. Музика, А. І. Полторак, В. М. Репецький, Л. І. Савинський, Л. Д. Тимченко, О. І. Тіунов та інші. Вказані науковці, в основному, були зосереджені на розгляді окремих питань, що стосуються правового статусу військовополонених. Однак залишаються без ґрунтовного наукового аналізу питання кримінально-правового забезпечення обміну військовополонених.

Метою статті – є дослідження правової регламентації обміну військовополонених та визначення перспективних напрямів щодо удосконалення такої процедури через зміни до законодавства України.

Виклад основного матеріалу. Як відомо, базовими міжнародними нормативно-правовими актами, які регулюють вказане питання є Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року, Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 року, Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 року, Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року та ін. Аналіз норм міжнародного права не дозволив виявити процедуру обміну військовополонених, хоча слід констатувати й відсутність перешкод щодо його здійснення. Втім, міжнародне право війни включає і норми звичайного права, в яких містяться такі формули, як «все на всіх», «принцип рівності» та «диференційований обмін» [1].

З початком повномасштабної агресії з боку РФ проти України держава намагається усунути певні прогалини в нормативно-правовому забезпеченні військовополонених. У цьому контексті слід згадати Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування питань, пов'язаних із військовополоненими в особливий період» від 24 березня 2022 р. (доповнено Кримінально-виконавчий кодекс України, закони України «Про Національну поліцію», «Про оборону України», «Про Збройні Сили України», «Про Військову службу правопорядку у Збройних Силах України» положеннями, якими конкретизовано правовий статус військовополонених, розмежовано діяльність центральних та інших органів виконавчої влади, підприємств, установ та організацій у сфері оборони щодо організації поводження з військовополоненими), розпорядження Кабінету Міністрів України (КМУ) від 17 березня 2022 № 228-р «Про виконання функцій Національного інформаційного бюро», яким визначено, що державне підприємство «Український національний центр розбудови миру», яке належить до сфери управління Міністерства з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій, виконує функції Національного інформаційного бюро відповідно до Женевської конвенції про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 року. Також Кабінет Міністрів України постановою затвердив «Порядок здійснення передачі військовополонених ворогів державі-агресору та звільнення оборонців України, які перебувають у полоні держави-агресора» (Порядок) від 12 квітня 2022 року № 441 («для службового користування»). У зв'язку з прийняттям цього документа, КМУ доповнив положення про Координаційний штаб з питань поводження з військовополоненими нормою, згідно з якою рішення про затвердження списку для здійснення передання військовополонених ворогів та звільнення захисників України, які перебувають у полоні держави-агресора, приймається відповідно до прийнятого Порядку здійснення передання військовополонених.

Однак указані нормативно-правові акти не можуть вирішити усі питання, які пов'язані з легалізацією обміну військовополоненими. Слід зауважити, що парламент не зупиняється на досягнутому. Тому, на підставі вивчення результатів законотворчої діяльності, спробуємо визначити перспективи їх реалізації.

Спочатку пригадаймо про перші спроби вирішити цю проблему. Так народні депутати України підготували два законопроєкти: М. О. Стефанчук, І. Р. Калаур зареєстрували 18.06.2021 проєкт Закону України «Про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу України» (перший проєкт – № 5672), а Г. М. Мамка 24.06.2021 – проєкт Закону України «Про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України» (другий проєкт – № 5672-1). Цілі законопроєктів подібні: «забезпечення своєчасного й ефективного

захисту прав людини … щодо повернення на Батьківщину осіб, які утримуються чи притягуються до кримінальної відповідальності або засуджені на території держави-агресора; повернення таких осіб з тимчасово окупованої території України)…» [6].

Перший проєкт пропонує: «внесення змін до КК України, а саме: доповнити ст. 49 частиною шостою: «Давність не застосовується у разі вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину на тимчасово окупованій території України»; доповнити Загальну частину КК України розділом XV-1 «Політико-правове рішення», що передбачатиме статтю 108-1 з аналогічною назвою…» [6]. Другий проєкт пропонує доповнити Загальну частину КК України розділом XV-1 «Правильне рішення», що передбачатиме статтю 108-1 з аналогічною назвою; Особливу частину – новою статтею 344-1, що встановлює відповідальність за невиконання Правильного рішення; зміни до статті 216 КПК, якими встановлюється підслідність НАБУ щодо розслідування кримінальних правопорушень за новою статтею 344-1 КК України [7].

Одночасно з цим, у проєкті КК України (в редакції на 25.07.2021) пропонувалося відобразити у Прикінцевих та Перехідних положеннях, аналогічні за змістом з першим проєктом, норми щодо політико-правового рішення [8]. Сьогодні автори проєкту КК України (в редакції на 08.06.2022) відмовилися від таких положень [9]. Однак, як показує, сучасна законотворчість такі механізми вирішення проблеми не вичерпали свій потенціал та є перспективними.

У цілому слід підтримати саму ідею захисту прав людини та, нарешті врахування парламентарями пропозицій науковців щодо удосконалення закону про кримінальну відповідальність [3]. Однак, на нашу думку, окремі положення таких пропозицій, потребують як уточнення, так і відповідних змін.

Вказані законопроєкти, на нашу думку, намагаються вирішити проблему неефективності сучасної системи правосуддя. Якщо правосуддя у таких справах здійснювалось без затримки і було би ефективним, то проблема прийняття специфічного «політико-правового рішення» чи «правильного рішення» взагалі би не виникла. Однак законопроєкти не усувають причин, а намагаються неконституційними засобами (Конституція України не передбачає таких повноважень Президента України) вирішити наявну проблему обміну українських громадян [10]. До того ж указані законопроєкти пропонують запровадити дублювання вже існуючого правового інституту – помилування, однак не вирішують питання співвідношення між цими поняттями.

Другий законопроєкт пропонує новий кримінально-правовий захід – Правильне рішення. Це рішення Президент України може ухвалювати як винятковий управлінський захід. «Правильне рішення має своїм завданням правове забезпечення реалізації повноважень Президента, які прямо не визначені Конституцією України, але є необхідними з огляду на політичну доцільність та запит суспільства на рішучі реформи та з інших питань. … Правильне рішення, ухвалене Президентом України, є обов'язковим, остаточним і оскарженню не підлягає» [7]. Таке формулювання змісту «правильного рішення» не витримує жодної критики, оскільки, по-перше, не відповідає Конституції України; по-друге, використання оціночних ознак розширює настільки межі такого рішення, що може призвести до узурпації влади.

Також є дискусійним зміст, який викладений в першому проєкті та проєкті КК: «Положення цієї статті поширюються на громадян України, іноземців та осіб без громадянства, які на законних підставах захищали незалежність і територіальну цілісність України, зокрема брали участь в антитерористичній операції або операції Об'єднаних сил» [6; 8]. По-перше, законопроєкти не дають відповіді, як оцінювати діяльність представників добровольчих підрозділів, які через невизначений державою їх правовий статус можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності, зокрема за участь у не передбачених законом збройних формуваннях. По-друге, законопроєкти, на нашу думку, звужують можливості для обміну та повернення наших громадян. Оскільки ми не зможемо повернути через вказаний механізм політичних в'язнів-громадян України, які незаконно утримуються чи засуджені в РФ (наприклад, вони безпосердньо не захищали незалежність і територіальну цілісність України).

Зростання інтенсивності агресії з боку РФ відновило сьогодні інтерес народних депутатів України до вказаної проблематики. Так 6 червня 2022 року у Верховній Раді України був зареєстрований законопроєкт «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та Кримінального кодексу України щодо врегулювання процедури обміну засуджених як військовополонених» (реєстр. № 7436) [11]. Для забезпечення оперативного вирішення питань щодо процедури обміну обвинувачених, засуджених як військовополонених у законопроєкті пропонується внести низку змін до КК України та КПК України. Зокрема, запропонованими у законопроєкті змінами до КК України передбачається: звільняється від відбування покарання особа, щодо якої органом, уповноваженим приймати рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого, було прийнято рішення про обмін; у випадку, коли засуджений, який був звільнений судом від відбування покарання у зв'язку з прийняттям рішення уповноваженого органу про його передачу для обміну як військовополоненого, і обмін якого відбувся, до закінчення строків давності виконання обвинувального вироку знову буде затриманий на території України у зв'язку з його участю у бойових діях – суд направляє такого засудженого для відбування призначеного покарання (модельна ст. 84-1 КК України) [11].

Вивчення положень цього законопроєкту дозволяє говорити про два можливих перспективних (гіпотетичних) варіантів його застосування (це обумовлено існуванням закритого для громадськості (невідомого й для авторів статті) Порядку, який має гриф «для службового користування»).

Перший варіант полягає в тому, що Порядок визначає лише обмін військовополоненими, які не вчиняли воєнні злочини, а законопроєкт № 7436 стосується військовополонених, які вчинили воєнні злочини. Тобто ці документи мають різні предмети регулювання. Якщо такий варіант має право на існування, то напрошується питання: чи достатньо постанови уряду для врегулювання питання обміну військовополонених (яких є більшість), які не вчиняли воєнні злочини? На нашу думку, такі питання потребують законодавчого регулювання, оскільки щодо таких полонених здійснюються фільтраційні заходи з метою перевірки їх дій на наявність складів відповідних кримінальних правопорушень (так званих «воєнних злочинів»), а отже обмежуються їх права та свободи. Тобто певний Закон України повинен визначати загальні засади поводження (у тому числі щодо обміну) з такими особами, а Порядок повинен визначати певні процедури, які можуть цілком мати таємний характер.

Другий варіант полягає в тому, що Порядок й законопроєкт № 7436 визначають обмін будь-якими військовополоненими. Тобто ці документи мають один предмет регулювання. Зважаючи на згадані вище пропозиції, такий варіант, на перший погляд, заслуговує на підтримку. Однак, якщо аналізувати зміст законопроєкту № 7436, то стає очевидним, що зміни до КК України та КПК України

не можуть стосуватися більшості військовополонених, які не вчиняли воєнні злочини. Як відомо, ст. 3 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 року, забороняє переслідувати військовополонених просто за участь у збройних конфліктах, хоча міжнародний акт дозволяє країнам притягати їх до відповідальності за воєнні злочини. Отож автори законопроєкту № 7436 свідомо обмежили дію нормативного акту лише засудженими військовополоненими за воєнні злочини. Тобто залишилися без законодавчого врегулювання відносини, які пов'язані з обміном інших (яких є більшість) військовополонених. Тобто, якщо вищезгадана гіпотеза правильна, то й Порядок не вирішує це питання.

Також правозастосовувачі звертають увагу на інші проблемні місця законопроєкту: «звільняючи полонених від покарання, Україна може втратити світову підтримку в розслідуванні злодіянь російської армії, адже Офіс генпрокурора кваліфікує її дії як «порушення законів та звичаїв війни» – міжнародний злочин, переслідувати винуватців у якому Україна зобов'язувалась, підписуючи відповідні конвенції»; при закритті справи потерпілі ніколи не дочекаються справедливості, будь-якої компенсації [5].

Цей аналіз свідчить, що вказані нормативні акти не дозволяють вирішити весь комплекс питань, які пов'язані з обміном військовополонених.

На підставі викладеного, слід зробити наступні **висновки**:

1) проблема повернення військовослужбовців України та інших громадян України через процедуру обміну є складною політико-правовою проблемою, яка не отримала достатньої прозорої нормативної процедури вирішення;

2) наявні законопроєкти (№№ 5672, 5672-1, 7436) мають певні вади та потребують доопрацювання;

3) на законодавчому рівні повинні бути передбачені дві процедури обміну військовополонених країни-агресора: одна з них повинна стосуватися військовополонених, які не вчиняли воєнних злочинів, інша – військовополонених, які вчиняли воєнні злочини;

4) на підзаконному рівні (нормативні акти Президента України, постанови КМУ тощо) можлива лише деталізація таких процедур;

5) обмін військовополонених, які вчиняли воєнні злочини можливий лише після рішення судових органів за встановленою процедурою.

ЛІТЕРАТУРА

1. СІЗО і концтабори: де Росія утримує українських військовополонених. *Радіо Свобода* : веб-сайт. URL: https://www.radiosvoboda.org/a/viskovopoloneni-utrymannya-obmin/31887835.html (дата звернення: 10.06.2022).
2. Войтюк Т. У «ДНР» засудили до страти трьох полонених іноземців, які воювали на боці ЗСУ. Що відомо. *Суспільне мовлення України* : веб-сайт. URL: https://suspilne.media/248503-u-dnr-zasudili-do-strati-troh-polonenih-inozemciv-aki-vouvali-na-boci-zsu-roszmi/ (дата звернення: 10.06.2022).
3. Музика А. А. Політико-правове рішення як винятковий кримінально-правовий захід: актуальна проблема, що потребує законодавчого регулювання. *Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності :* матеріали міжнар. наук. практ. конф., м. Харків, 18–19 жовт. 2018 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2018. С. 115–118.
4. Рудько М. Українські полонені: у заручниках правової невизначеності. *Судово-юридична газета* : веб-сайт. URL: https://sud.ua/ru/news/blog/114276-ukrayinski-poloneni-u-zaruchnikakh-pravovoyi-neviznachenosti (дата звернення: 12.06.2022).
5. Бурдига І. Обмін полоненими України та РФ: «Слуга народу» за звільнення і злочинців. *Deutsche Welle* : веб-сайт. URL: https://www.dw.com/uk/obmin-polonenymy-ukrainy-ta-rf-sluha-narodu-za-zvilnennia-i-zlochyntsiv/a-62068136 (дата звернення: 12.06.2022).
6. Про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу України : Пояснювальна записка на проект Закону України № 5672 від 18.06.2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72284 (дата звернення: 10.06.2022).
7. Про внесення змін і доповнень до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України : Пояснювальна записка на проект Закону України № 5672-1 від 24.06.2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72348 (дата звернення: 10.06.2022).
8. Кримінальний кодекс : проєкт. Контрольний текст. Станом на 25.07.2021. URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/08/12/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-25-07-2021-1.pdf (дата звернення: 10.06.2022).
9. Кримінальний кодекс : проєкт. Контрольний текст. Станом на 08.06.2022. URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/06/09/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-08-06-2022.pdf (дата звернення: 10.06.2022).
10. Чабаненко О. Щодо законопроектів про політико-правові рішення та про заборону на зупинення санкцій РНБО. *Український Інститут Майбутнього* : веб-сайт. URL: https://uifuture.org/publications/shhodo-zakonoproektiv-pro-polityko-pravovi-rishennya-ta-pro-zaboronu-na-zupynennya-sankczij-rnbo/ (дата звернення: 10.06.2022).
11. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та Кримінального кодексу України щодо врегулювання процедури обміну обвинувачених, засуджених як військовополонених) : Пояснювальна записка на проєкт Закону України № 7436 від 06.06.2022. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1342379 (дата звернення: 10.06.2022).

УДК 349.22
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/44

СВОБОДА У СФЕРІ ПРАЦІ: ПРОБЛЕМИ РОЗУМІННЯ Й ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

FREEDOM AT WORK: PROBLEMS OF UNDERSTANDING AND LEGAL SUPPORT

Середа О.Г., д. ю. н., професор,
завідувачка кафедри трудового права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Жернаков В.В., к. ю. н., професор,
професор кафедри трудового права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено дослідженню проблеми свободи у сфері праці як широкому колі суспільних відносин. На відміну від поширеного підходу до розуміння свободи праці як вільної реалізації особою права на працю, встановленого статтею 43 Конституції України, обґрунтовано необхідність розуміти свободу у сфері праці крізь призму предмета трудового права. Доведено, що свобода праці базується на філософській засаді, за якою кожна людина народжується вільною і має право вільно існувати й вільно розвиватися. Правовою основою свободи у сфері праці є не стільки національне законодавство, як міжнародні стандарти, що закріплюють у відповідних нормативних актах право вільно обирати працю, вільно створювати об'єднання й організації, вільно вступати до них для захисту свої прав та законних інтересів тощо. Досліджено проблему правового обмеження свободи у сфері праці й на цій підставі виділено її форми. Обґрунтовано позицію, за якою свобода праці полягає не стільки у неможливості застосування примусової праці, скільки у забезпеченні вільного вибору рішення з можливих варіантів особою або іншим суб'єктом соціально-трудових відносин. Аргументовано, що принцип свободи праці діє не тільки у сфері індивідуальних правовідносин і не тільки в інституті трудового договору. Він є визначальним в організації господарської діяльності, заснованій на найманій праці, й активно діє в механізмі соціального діалогу, у вирішенні трудових спорів тощо. Без свободи неможлива реалізація права на асоціації, на створення або участь у профспілках, створення їх об'єднань і організацій, які беруть активну участь в реалізації й захисті прав і законних інтересів працівників. Оскільки свобода праці має тісний зв'язок з правом на інформацію, роботодавець й профспілковий орган мають надавати особі, яка поступає на роботу, повну інформацію про умови роботи та стан забезпечення прав і законних інтересів працюючих до укладення трудового договору. Сформовано пропозиції з удосконалення правового забезпечення свободи у сфері праці та аргументовано необхідність закріплення права на інформацію та права на відмову працівника від укладеного трудового договору у новому Трудовому кодексі України.

Ключові слова: сфера праці, свобода, забезпечення, правові обмеження, право на інформацію.

The article is devoted to the study of the problem of freedom in the field of labor as a wide range of social relations. The need to understand freedom in the field of labor through the prism of the subject of labor law in contrast to the common approach to understanding freedom of labor as a person's free exercise of the right to work, established by the Article 43 of the Constitution of Ukraine. It has been proved that freedom of labor is based on the philosophical principle that everyone is born free and has the right to exist and develop freely. The problem of legal restriction of freedom in the sphere of labor is studied and on this basis its forms are singled out. It is substantiated the position according to which the freedom of labor consists not so much in the impossibility of using forced labor, but in ensuring the free choice of solutions from possible options by a person or another subject of social and labor relations. It is argued that the principle of freedom of labor applies not only in the field of individual legal relations and not only in the institution of employment contract. It is crucial in the organization of economic activity based on hired labor, and is active in the mechanism of social dialogue, in resolving labor disputes, etc. It is impossible without freedom to exercise the right to associate, to form or participate in trade unions, to form their associations and organizations that take an active part in the exercise and protection of the rights and legitimate interests of workers. The employer and the trade union body must provide the person entering the job with full information on working conditions and the state of ensuring the rights and legitimate interests of workers before concluding an employment contract as the freedom to work is closely linked to the right to information. Proposals for improving the legal provision of freedom in the field of labor were formulated and the need to enshrine the right to information and the right to refuse an employee from an employment contract in the new Labor Code of Ukraine was argued.

Key words: sphere of labor, freedom, provision, legal restrictions, right to information.

Вступ. Свобода праці традиційно досліджується в контексті реалізації особою права на працю, закріпленого в ст. 43 Конституції України. Такий підхід до проблеми має право на існування, але при цьому саме соціально-правове явище праця фактично залишається поза увагою. Між тим, праця – занадто широка за сферою й глибока за змістом категорія, щоб зводити її сферу до індивідуальних правовідносин. Тому свободу праці у наукових дослідженнях можна й навіть необхідно розглядати з позиції предмета трудового права. Загальновідомо, що законодавством про працю регулюються не тільки трудові відносини, що мають індивідуальний характер, а й суспільні відносини, суб'єктами яких є трудові колективи, профспілки і роботодавці та їх організації й об'єднання, органи влади різних рівнів тощо.

Постановка завдання. Метою статті є обґрунтування необхідності широкого погляду на свободу у сфері праці та формування пропозицій з удосконалення правового регулювання її забезпечення.

Результати дослідження. Прийняття у 1996 році Конституції України, заснованій на нових для нашого суспільства засадах, зумовило розвиток багатьох сфер суспільного життя, у тому числі й відносин із праці. Зокрема, саме з початком дії Конституції для нас стали реальними, а не абстрактними, категорії «свобода праці» й «примусова праця». Вони зумовили необхідність досліджень на вітчизняних теренах цих нових для правового середовища явищ, які б дозволили розширити межі сприйняття правового регулювання суспільних відносин (див, наприклад: [1], [2]).

Поступово вчення про свободу праці розвивалося через наукові праці, в яких свобода праці була основним предметом досліджень, або де свобода праці аналізувалася у тісному зв'язку з основною проблемою, заявленою у темі публікації. Найпоширенішим серед науковців розумінням свободи праці стало сприйняття її як вільної реалізації особою права на працю, встановленого статтею 43 Конституції України.

Зокрема, С. В. Селезень укладення трудового договору резонно визнав основним способом реалізації права на працю, у якому виявляється принцип свободи праці. Більш того, з аналізу поняття і змісту трудового договору він робить висновок про його «реальну свободу», що характеризує конституційний принцип свободи праці [3, с. 151–152].

У свою чергу, В. В. Хромей взагалі висловив твердження, що в світовій практиці реалізації принципу свободи праці немає більш ефективної правової форми в трудових відносинах, ніж трудовий договір [4, с. 125]. Він вважає, що зміст конституційного принципу свободи праці охоплює: свободу вибору роду занять і професії, свободу при укладенні трудового договору, свободу від виконання роботи, не обумовленої трудовим договором, та свободу припинення безстрокового трудового договору [5, с. 34].

Привертає увагу й теоретична конструкція Л. В. Хомко, за якою свобода як правова цінність та основоположний принцип права окреслена й принципом свободи праці. Зокрема, в межах трудових правовідносин вона знаходить свій прояв, головним чином, у принципі свободи трудового договору, і, як наслідок, у положеннях інституту трудового договору [6, с. 123]. Але потім вона робить висновок, що свобода праці є міжгалузевим інститутом права та фундаментальним принципом сучасного трудового права України [6, с. 129]. Нескладно помітити непослідовність у формуванні позиції щодо місця свободи праці у структурі правового регулювання відносин із праці. Навряд чи принцип може бути інститутом права, бо інститут як структурний елемент галузі щонайменше має свій монолітний предмет (об'єкт регулювання) і відносно виокремлену значну сукупність норм. Принцип апріорі не може бути зведений до норм права, позаяк його призначенням є не стільки безпосереднє регулювання конкретних суспільних відносин, скільки визначення засад такого регулювання. У звісному розумінні він стоїть вище нормативних приписів, бо впливає на їх змістовне наповнення.

Безумовним кроком вперед у розумінні свободи праці можна вважати публікації, в яких аналізується не тільки дія трудового договору. Зокрема, О. Я. Лаврів справедливо стверджує, що принцип свободи праці пронизує відносини, які передують трудовим і також входять до предмета трудового права: відносини зайнятості, пошуку відповідної роботи, перепідготовки, підвищення кваліфікації, перекваліфікації; відносини, які супроводжують трудові, наприклад свободи праці в безпечних для здоров'я умовах; відносини, які випливають з трудових, наприклад захисту права на працю через відповідні органи [7, с. 56].

Схожий підхід до проблеми демонструє І. І. Яцкевич, який звертає увагу на важливість обов'язкового дотримання конституційних норм-принципів щодо свободи праці, добровільності праці. На його переконання, конституційна гарантія права на працю (ст. 43) поширюється не лише на трудові правовідносини щодо реалізації особою свого права на працю шляхом укладення трудового договору, а й на сам процес реалізації цього права. На превеликий жаль, він не розвиває цю думку і не зазначає, про які норми-принципи йдеться. Натомість автор ілюструє реалізацію свободи у праці через такий приклад, як переведення на іншу роботу. Він небезпідставно вважає його безпосередньо пов'язаним з гарантуванням свободи праці та забороною використання примусової праці [8].

Втім, слід зупинитись й на твердженні Л. В. Хомко, що свобода праці може вживатись як в широкому, так і вузькому розумінні. У широкому значенні свобода праці є фундаментальним принципом сучасного права, з якого випливає право на працю та право не працювати, що утверджується, гарантується та захищається державою [6, с. 124].

Як бачимо, такий підхід до об'єкта дослідження зумовив й цілком логічний для нього висновок: принцип свободи праці полягає у реалізації принципу свободи укладення трудового договору. Але визнати його широким навряд чи можна. Сучасне розуміння свободи праці має будуватися на тому, що праця є змістовним явищем, яке зумовлює виникнення й існування багатьох видів суспільних відносин на різних рівнях за участі різноманітних субєктів. Свобода праці є принципом трудового права, правове забезпечення й захист якого здійснюється нормами Конституції України, ратифікованими міжнародними актами, нормами трудового, адміністративного, цивільного, господарського, кримінального та інших галузей законодавства. Принцип свободи праці діє не тільки у сфері індивідуальних правовідносин і не тільки в інституті трудового договору. Він є визначальним в організації господарської діяльності, заснованій на найманій праці, й активно діє в механізмі соціального діалогу, у вирішенні трудових спорів тощо. Без свободи неможлива реалізація права на асоціації, на створення або участь у профспілках, створення їх об'єднань і організацій, які беруть активну участь в реалізації й захисті прав і законних інтересів працівників. Право роботодавців на створення професійних об'єднань теж неможливе без свободи.

Широке розуміння свободи у сфері праці зумовлює й відповідний погляд на її правовий супровід. Тому навряд чи можна погодитись з твердженнями, що нормативні витоки закріплення свободи праці серед прав людини починаються із статтею 43 Конституції України [9, с. 63]. Зводити зміст правових засад існування, забезпечення й захисту свободи у сфері праці до національного законодавства не слід, бо вони здійснюються і через широке коло міжнародних нормативних актів. Якщо говорити відверто, то навряд чи буде продуктивним пошук витоків свободи праці у національному правовому регулюванні, оскільки Конституція України діє з 1996 року, а міжнародні правові засади свободи праці сформовано ще у першій половині 20-го століття. Саме тоді сформувалися міжнародні стандарти, що закріплюють у відповідних нормативних актах право вільно обирати працю, вільно створювати об'єднання й організації, вільно вступати до них для захисту свої прав та законних інтересів тощо. Зокрема, це Загальна декларація прав людини 1948 року, Конвенція № 29 Міжнародної організації праці про примусову чи обов'язкову працю 1930 року, Конвенція № 87 МОП про свободу асоціації та захист права на організацію 1948 року. Україна через ратифікацію міжнародних актів, а згодом і з прийняттям Конституції сприйняла ці та багато інших надбань правового розвитку суспільства.

Та головне, що стандарти свободи у сфері праці формувалися не на порожньому місці. Їх основою були гуманістичні, людиноцентристські ідеї провідних європейських філософів, які розвиваються й донині.

Відомий фахівець з теорії права С. П. Погребняк свободу відносить до основоположних принципів права. На його переконання, право ґрунтується на визнанні свободи беззаперечною соціальною цінністю, послідовно втілює її у своїх принципах та інститутах, закріплює та захищає легітимовану міру свободи. Усе це дає підстави розглядати право як головну інституцію, що забезпечує індивідуальну свободу, а свободу – як одну з основних ідей, що надихають право [10, с. 72].

Посилаючись на дослідження теоретиків права та відомих мислителів минулого, С. О. Сунєгін серед основ або підвалин свободи на перше місце ставить необхідність. Ваємозв'язок права та свободи має розглядатися крізь призму співвідношення закону, який є єдиним формально визначеним масштабом людської діяльності, та моралі, оскільки у протилежному випадку свобода перетворюється у вседозволеність, свавілля та анархію [11, с. 276].

У зв'язку з цим важливо звернутися до позиції О. П. Донченко, за якою свобода, здійснюючи регулятивний та корегуючий вплив на суспільні відносини, створює великий простір для всебічного прояву автономії волі людини та її творчої самореалізації у всіх сферах соціального життя. Виникає потреба органічного введення категорії свободи до царини обов'язкових велінь, яке, на наш погляд, повинно відбуватись у вигляді всезагального принципу права [12, с. 307].

О. В. Кузьменко, розглядаючи свободу с позицій конституційного права, небезпідставно вважає свободу ключовим принципом і цінністю громадянського суспільства, оскільки створює передумови для його розвитку. Громадянське суспільство потребує конституційної цінності свободи, саме на ній і має ґрунтуватися функціонування громадянського суспільства [13, с. 15].

Фахівці з трудового права теж роблять посильний внесок в розроблення дії принципу свободи праці. Зокрема, Т. А. Занфірова складовими елементами принципу свободи праці визнає комплекс можливостей володіти, користуватись і розпоряджатись правом на працю та правом не працювати, не порушуючи вимоги чинного законодавства; сукупність обов'язків інших осіб (і держави) щодо особи, яка має право на працю та право не працювати; комплекс спеціальних зобов'язань держави щодо утвердження, забезпечення та захисту свободи праці; настання юридичної відповідальності за порушення принципу свободи праці [14, с. 136–137]. Така позиція зумовлює необхідність уточнення, оскільки настання відповідальності є результатом недотримання законів, і тому його скоріше можна розглядати не як складову принципу свободи праці, а як гарантію його забезпечення.

Справжнє призначення принципу полягає не в тому, що ним встановлюється сукупність прав та обов'язків, а в тому, що ним визначаються засади правового регулювання. Наглядним прикладом дії принципу свободи праці та обмеження позбавлення особи права виконувати вільно обрану роботу є статті 4 і 5 Конвенції МОП № 158 про припинення трудових відносин з ініціативи підприємця 1982 р. та наслідки її ратифікації. У ст. 4 цього міжнародного акту чітко вказано, що трудові відносини з працівниками не припиняються, якщо тільки немає законних підстав для такого припинення, пов'язаного із здібностями чи поведінкою працівника або викликаного виробничою потребою підприємства, установи чи служби, а ст. 5 містить перелік причин, які не можуть вважатися законними для звільнення (членство у профспілці, відпустка по материнству й т.і.) [15]. Зміст цього принципу розвивається у п. 5 Рекомендації МОП щодо припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця № 166 1982 року: крім підстав, зазначених у статті 5 Конвенції МОП № 158, законною підставою для припинення трудових відносин не може бути, зокрема, вік виходу на пенсію [16]. Ратифікувавши постановою Верховної Ради України від 4.02.1994 р. Конвенцію МОП № 158, Україна спеціальним Законом «Про визнання таким, що втратив чинність, пункту 1-1 статті 40 Кодексу законів про працю України» від 12.07.1994 р. скасувала таку підставу розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця, як досягнення працівником пенсійного віку [17]. Тобто, хоча положення рекомендації як міжнародного акту не мають нормативності, вони у даному випадку є носіями принципу свободи праці й заборони її обмеження. Тому дії законодавчого органу України з цього приводу можна назвати конкретним прикладом розуміння функціонування принципу права й показником високого рівня правової культури.

Те, що свобода є природою властивістю людини, а право на свободу не може піддаватися утиску й неправомірним обмеженням, неодноразово зазначалося в актах Конституційного Суду України. Зокрема, в Рішенні від 7.07.2004 р. зазначено, що свобода праці передбачає можливість особи займатися чи не займатися працею, а якщо займатися, то вільно її обирати, забезпечення кожному без дискримінації вступати у трудові відносини для реалізації своїх здібностей. За своєю природою право на працю є невідчужуваним і по суті означає забезпечення саме рівних можливостей кожному для його реалізації [18]. В абзаці п'ятому підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення від 4 вересня 2019 року № 6-р(ІІ)/2019 Конституційний Суд чітко вказав, що держава зобов'язана створювати ефективні організаційно-правові механізми для реалізації трудових правовідносин на рівні закону, а відсутність таких механізмів нівелює сутність конституційних прав і свобод працівника [19].

Задля формування повного сприйняття свободи у сфері праці важливо підкреслити: у громадянському суспільстві свобода проявляється в тому, що людина заявляє про себе як автономна, суверенна особа. Вона рівна серед рівних, оскільки люди об'єднуються між собою за власним волевиявленням і вони самі виробляють ціннісні орієнтири, норми та правила, яких мають намір дотримуватися [20, с. 86].

Слід звернути увагу на те, що закріплене в ст. 36 Конституції України право на свободу об'єднання і на участь у професійних спілках з метою захисту своїх трудових і соціально-економічних прав та інтересів забезпечується не тільки забороною примусу до вступу в будь-яке об'єднання громадян, а й гарантією, що вона не може бути обмеженою у правах за належність чи неналежність до політичних партій або громадських організацій. Примітно, що Конституційний Суд України фактично розвиває можливості реалізації цього права. Так, в абзаці третьому пункту 2.3 мотивувальної частини Рішення від 18.10.2000 р. № 11-рп/2000 зазначено, що це право не може бути обмежене ні законодавством, ні на практиці такими вимогами щодо реалізації названого права, які виключають можливість утворення професійної спілки як такої, якщо цих умов (вимог) об'єктивно не можна виконати [21].

Право на вільне об'єднання належить не тільки працівникам, а й роботодавцям. Р. Бутинська справедливо вважає однією з гарантій реалізації права роботодавців створювати свої професійні організації право не створювати такі об'єднання і право не вступати в них без можливих негативних наслідків для нього. При цьому свобода реалізації цього права виражається в тому, що в законодавстві й на практиці його застосування не містяться відмінності стосовно осіб, які є членами таких об'єднань і які в них не вступили. Також складовою частиною права на свободу об'єднань має бути свобода вибору організацій для ступу в них [22, с. 69].

Право роботодавців на об'єднання закріплено в ч. 1 ст. 2 Закону України «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності» від 22.06.2012 р.: роботодавці мають право об'єднуватися в організації роботодавців, вільно вступати до таких організацій та виходити з них, брати участь в їх діяльності на умовах та в порядку, визначених їх статутами. Показовим є й наведення в ст. 6 цього Закону принципу свободи об'єднання серед принципів, на яких організації роботодавців та їх об'єднання утворюються і діють [23]. Крім того, свобода для роботодавців у сфері праці проявляється і в добровільності як засаді соціального діалогу, зазначеній серед основних принципів у ст. 3 Закону України «Про соціальний діалог в Україні» від 23.12. 2010 р. Окремо слід звернути увагу на те, що в нормативно закріпленому понятті соціального діалогу (ст. 1 цього Закону) міститься його сутність – визначення та зближення позицій, досягнення спільних домовленостей та прийняття узгоджених рішень сторонами соціального діалогу, які неможливі без свободи волі сторін [24].

Врешті решт, не слід забувати про свободу у сфері господарської діяльності, що полягає у праві роботодавця вільно визначати кількісну і якісну складові персоналу, у праві добору працівників за професійними й персональними якостями, у можливості вільно організовувати свій бізнес, у тому числі праві на цій підставі звільняти на законних підставах працівників і т. д.

Тут важливо зазначити, що свобода роботодавця на звільнення, як і багато інших її проявів у сфері праці, не можуть бути вільними від законних обмежень. Проблему

обмеження свободи в межах цієї публікації не уявляється можливим викласти навіть через наведення основних позицій науковців, тому обмежимось загальними висновками. Один з провідних вітчизняних фахівців з конституційного права В. В. Речицький підкреслив, що сучасне «право свободи» забороняє обмежувати свободу з міркувань соціальної користі чи добра, визнаючи лише ті обмеження, які критично необхідні для її підтримання і збереження [25, с. 142]. Засади позитивного нормативного забезпечення свободи створено Загальною декларацією прав людини 1948 р. : «При здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві» (ч. 2 ст. 29).

Ці засади дозволяють виділити правомірні й неправомірні обмеження свободи. Очевидно, правомірними слід визнавати обмеження, що мають природню або зумовлену крайньою необхідністю для суспільства підставу, а їх межі й зміст (у часі, просторі, за колом осіб тощо) чітко встановлені в законі. Відповідно, обмеження можуть бути постійними й тимчасовими. Наприклад, за статтею 5 Закону України «Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану» від 15.03.2022 р. у період дії воєнного стану допускається звільнення працівника з ініціативи роботодавця під час його тимчасової непрацездатності та перебування у відпустці [26].

Неправомірні обмеження можуть бути прямими й опосередкованими. Якщо прямі неправомірні обмеження визначити доволі просто (ними є, наприклад, підстави, викладені в ст. 22 КЗпП), то з опосередкованими складніше.

Наприклад, за півстоліття існування фактично ні в кого не викликала заперечення норма ч. 1 ст. 29 КЗпП, за якою роботодавець зобов'язаний поінформувати працівникові під розписку про наявність на робочому місці, на якому він працюватиме, небезпечних і шкідливих виробничих факторів та можливі наслідки їх впливу на здоров'я, його права на пільги і компенсації за роботу в таких умовах. Проблема полягає в тому, що роботодавець має зробити це до початку роботи працівника за **укладеним** трудовим договором. Звідсіля виникає риторичне питання: а чому роботодавець не повідомив про шкідливі й небезпечні умови **до укладення** трудового договору? Вочевидь, він зацікавлений у приховуванні цієї інформації, поки особа (потенційний працівник) не буде ознайомлена з наказом про прийняття на роботу, аби змусити її виконувати цю роботу щонайменше два тижні. Виходить, що особу просто ошукали, інакше вона б не погодилась на таку роботу.

Якщо викласти ситуацію правовою мовою, то виконання роботодавцем недосконалих приписів ст. 29 КЗпП є опосередкованим обмеженням свободи праці. Фактично особу позбавили права вільного вибору роботи на основі нестачі інформації. Тут залишається й суто практичне питання: як правовими засобами вирішити наведену вище ситуацію? Чинним КЗпП, на відміну від ст. 230 Цивільного кодексу України, не встановлено можливості визнання судом недійсним договору, укладеного під впливом обману. Але положення в цілому й реноме законодавчого органу зокрема рятує стаття 5 Закону «Про охорону праці» від 14.10.1992 р. Вона містить два чітких правових приписи: умови трудового договору не можуть містити положень, що суперечать законам та іншим нормативно-правовим актам з охорони праці; роботодавець повинен поінформувати працівника під розписку про умови праці та про наявність на його робочому місці небезпечних і шкідливих виробничих факторів **під час укладання** трудових договорів [27]. Тобто, обов'язки роботодавця щодо надання працівникові інформації з приводу роботи не обмежуються ст. 29 КЗпП, а колізія між цими нормами має вирішуватися на користь спеціального Закону «Про охорону праці». Разом з тим, наявність такої норми в спеціальному законі не означає, що цього правила не має бути в основному нормативному акті про працю, де закріплено права працівників і порядок прийняття на роботу.

Свобода означає можливість вільного вибору, але свободу вибору не слід зводити до свободи від примусу як зовнішнього впливу, що нейтралізує волю особи. Свідомий вибір можна зробити за умови, що особа буде заздалегідь проінформована про шкідливі й небезпечні фактори і зможе без тиску та обману обрати один з варіантів – поступати на таку роботу або відмовитись від неї. За статтею 5 Закону України «Про інформацію» від 2.10.1992 р. кожен має право на інформацію, що передбачає можливість вільного одержання, використання, поширення, зберігання та захисту інформації, необхідної для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів, а у ст. 14 цього нормативного акту серед інших об'єктів інформації вказано й роботу [28].

Крім того, свобода вибору роботи буде забезпечена, коли особі надано необхідну для реалізації її прав і законних інтересів інформацію про соціально-побутові умови на виробництві. Тому право особи (працівника) на інформацію має бути закріплено в загальних положеннях нового Трудового кодексу. Порядок прийняття на роботу має містити право особи не тільки на ознайомлення з колективним договором, а й на отримання інформації від профспілкового органу (профспілкового організатора) про стан дотримання законодавства про працю та забезпечення соціально-побутових умов за місцем роботи.

Насамкінець звернемо увагу й на необхідність встановлення додаткової гарантії забезпечення свободи праці й захисту прав і законних інтересів працівників, що дозволила би вирішити ситуацію з укладеними трудовими договорами під впливом обману. На нашу думку, у новому Трудовому кодексі має бути встановлено право особи (працівника) відмовитись від укладеного з ним трудового договору під впливом обману. Практика відмови від укладеного трудового договору існує в Естонії. За статтею 91 Закону про трудовий договір Естонської Республіки працівник може відмовитись від укладеного трудового договору у надзвичайному порядку з поважної причини, під якою розуміється істотне порушення роботодавцем обов'язків. Серед істотних порушень наведено й реальну небезпеку для життя, моралі або авторитету працівника [29].

Висновки. Свобода у сфері праці заснована на філософській засаді, що всі люди народжуються вільними й вільними мають залишатися все життя. Ця засада втілена в міжнародних стандартах й реалізована в Конституції України. Свобода праці є принципом сучасного трудового права, що поширюється не тільки на індивідуальні відносини, а й на широке коло інших відносин, що складають предмет трудового права. Його дія гарантується й забезпечується нормами Конституції України, міжнародних і національних нормативних актів у різних галузях права. Призначення принципу свободи праці полягає не в тому, що ним встановлюється сукупність прав та обов'язків, а в тому, що ним визначаються засади правового регулювання. Свобода праці має обмеження, що поділяються на правомірні й неправомірні, постійні й тимчасові, прямі й опосередковані. Реалізація й забезпечення свобода праці тісно пов'язана з правом на інформацію. Право на інформацію та право на відмову працівника від укладеного трудового договору мають бути закріплені у новому Трудовому кодексі України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Жернаков В. В. Поняття примусової праці за законодавством України. *Право України.* 1997. № 10. С. 35–39.
2. Жернаков В. В. Свобода праці як принцип сучасного трудового права України. *Право України.* 1999. № 3. С. 34–36, 55.
3. Селезень С. В. Трудовий договір як правова форма закріплення волі сторін трудових правовідносин. *Право і безпека.* 2010. № 2. С. 150–153.
4. Хромей В. В. Конституційне право на працю : монографія / В. В. Хромей. Київ : Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2018. 240 с.
5. Хромей В. Свобода праці як важлива гарантія конституційного права на працю. *Национальный юридический журнал: теория и практика.* 2016. № 1/2 (17). С. 30–34.
6. Міжнародно-правове та національне регулювання реалізації прав у сфері праці: теоретико-прикладні проблеми : колективна монографія / Н. П. Мокрицька, Р. Я. Бутинська та ін.; за заг. ред. д. ю. н. М. С. Долинської. Львів : «Галицька видавнича спілка». 2021. 312 с.
7. Лаврів О. Я. Принцип свободи праці в трудовому законодавстві України. *Актуальні проблеми держави та права.* 2009. Вип. 46. С. 55–61.
8. Яцкевич І. І. Окремі юридичні гарантії трудових прав працівника у процесі виконання трудового договору: науково-правовий аспект. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право».* 2015. № 1 (11). URL: https://lj.oa.edu.ua/articles/2015/n1/15yiinpa.pdf
9. Купіна Л. Ф. Ефективність норм, що забезпечують реалізацію принципу свободи праці та заборони примусової праці. *Право та державне управління.* 2021 р. № 1. С. 59–64.
10. Загальна теорія права : підручник / За заг. ред. М. І. Козюбри. К. : Ваіте, 2015. 392 с.
11. Сунєгін С. О. Основоположні принципи права: загальна характеристика та деякі аспекти реалізації. *Альманах права.* 2012. № 3. С. 275–279.
12. Донченко О. П. Свобода як всезагальний принцип права. *Проблеми філософії права.* 2005. Том III. № 1-2. С. 307–310.
13. Кузьменко О. В. Свобода як принцип конституції і цінність громадянського суспільства. *Прикарпатський юридичний вісник.* 2021. Випуск 1 (36). С. 12–16.
14. Занфірова Т. А. Основні складові принципу свободи праці. *Науковий вісник публічного та приватного права : зб. наук. пр.* Київ, 2016. № 1. Т. 1. С. 135–138.
15. Про ратифікацію Конвенції Міжнародної Організації Праці № 158 про припинення трудових відносин з ініціативи підприємця. Постанова Верховної Ради України № 3933-XII від 04.02.1994 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3933-12#Text
16. Рекомендація Міжнародної організації праці щодо припинення трудових відносин з ініціативи роботодавця № 166 1982 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_276#Text
17. Про визнання таким, що втратив чинність, пункту 1-1 статті 40 Кодексу законів про працю України. Закон України від 12 липня 1994 року № 92/94-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1994. N 33. Ст. 297.
18. Рішення Конституційного Суду України у справі про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу від 7 липня 2004 року № 14-рп/2004. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v014p710-04#Text
19. Рішення Конституційного Суду України (Другий сенат) у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 40 Кодексу законів про працю України від 4 вересня 2019 року № 6-р(II)/2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va06p710-19#Text
20. Ковальчук В., Панчук І. Громадянське суспільство та його правові цінності в умовах демократичної трансформації: досвід України. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки.* 2017. № 865. С. 83–89.
21. Рішення Конституційного Суду України у справі про свободу утворення профспілок від 18 жовтня 2000 року № 11-рп/2000. URL: https://ccu.gov.ua/storinka-knygy/432-pravo-na-svobodu-obyednannya
22. Бутинська Р. Право на свободу об'єднань роботодавців. *Підприємництво, господарство і право.* 2017. № 5. С. 68–71.
23. Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності. Закон України від 22 червня 2012 року № 5026-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5026-17#Text
24. Про соціальний діалог в Україні. Закон України від 23 грудня 2010 року № 2862-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2862-17#Text
25. Речицкий В. В. Символическая реальность и право. Львов : ВНТЛ-Классика, 2007. 732 с.
26. Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану. Закон України від 15 березня 2022 року № 2136-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-20#Text
27. Про охорону праці. Закон України від 14 жовтня 1992 року № 2694-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2694-12#Text
28. Про інформацію. Закон України від 2 жовтня 1992 року № 2657-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#n49
29. Закон о трудовом договоре Эстонской Республики. URL: https://www.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused/ЗАКОН%20О%20ТРУДОВОМ%20ДОГОВОРЕ%2001.04.2022.pdf

РОЗДІЛ 6
ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО; АГРАРНЕ ПРАВО; ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО; ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО

УДК 349.6:630
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/45

ФОРМИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЛІСОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

THE FORMS OF RESPONSIBILITY FOR VIOLATION OF THE FOREST LEGISLATION

Бобкова А.Г., д. ю. н., професор, Заслужений юрист України,
Академік Національної академії правових наук України,
головний науковий співробітник науково-дослідної лабораторії публічної безпеки громад
Донецький державний університет внутрішніх справ

Ковейно Ю.В., аспірантка кафедри публічно-правових дисциплін
Маріупольський державний університет

У статті висвітлено актуальні питання форми відповідальності за порушення лісового законодавства. Наголошується на складності правового інституту юридичної відповідальності за порушення лісового законодавства, що є важливим засобом забезпечення законності у лісових відносинах.

Розглянуто співвідношення поняття форми та санкції відповідальності, що відображає співвідношення вказаних діалектичних категорій як змісту (санкція) та форми. Визначено поняття форми відповідальності за порушення лісового законодавства, що полягає у зовнішньому виразі потерпання негативних додаткових наслідків особистого, майнового чи організаційного характеру фізичною або юридичною особою за вчинення правопорушень в сфері використання лісів, лісових ресурсів та земель лісогосподарського призначення.

Запропоновано поділ форм відповідальності за порушення лісового законодавства на загальні та спеціальні. До загальних форм відповідальності запропоновано віднести: стягнення штрафу (штрафних санкцій); припинення, зміну чи обмеження відповідних відносин. До спеціальних форм відповідальності запропоновано віднести: відшкодування збитків; позбавлення волі, обмеження волі; застосування оперативно-господарських санкцій; конфіскація предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення.

В статті використано матеріали практики щодо основної частини названих як загальних так і спеціальних форм відповідальності за порушення лісового законодавства, які демонструють актуальність теми дослідження.

Обґрунтовано значущість розуміння форм відповідальності для найбільш повного відновлення порушених прав та законних інтересів власників та користувачів лісів, лісових ресурсів та земель лісогосподарського призначення, що є основною функцією відповідальності у лісових відносинах.

Ключові слова: відповідальність, порушення, лісове законодавство, форма відповідальності, загальні та спеціальні форми відповідальності.

The thesis reflects topical issues on the form of responsibility for violation of the forest legislation. There is the complexity of legal liability of the legal institution for violation of the forest legislation noted, that is an important mean of ensuring the rule of law in the forest relations.

The relationship between the concept of a form and sanction of responsibility is considered by reflecting the relationship of these dialectical categories as a content (sanction) and form. In the external expression, the concept on the form of responsibility for violation of the forest legislation is defined by testing negative additional consequences of a personal property or organizational nature by an individual or legal entity for committing offenses in the use of forests, forest resources, and forestry lands.

It is proposed to divide the forms of responsibility for violation of the forest legislation into general and special. The following general forms of liability were proposed to include the collection of a fine (punitive sanctions) and termination, modification or limitation of the relevant relationship. The offered special forms of liability refer to the compensation for damage, deprivation of liberty, restriction of liberty, application of operational and economic sanctions, confiscation of an item or direct object that has become an instrument of committing an administrative offense.

The thesis uses practice materials on the main part of the named both general and special forms of liability for violation of the forest legislation, demonstrating the relevance of the research topic.

The importance of understanding the forms of responsibility for the most complete restoration of the violated rights and legitimate interests of the owners and users of forests, forest resources and forestry lands, that is the main function of the responsibility in the forest relations, is significantly substantiated.

Key words: responsibility, violation, forest legislation, form of responsibility, general and special forms of responsibility.

Актуальність дослідження. Юридична відповідальність є одним з основних елементів правового забезпечення охорони довкілля та раціонального використання природних ресурсів. Наразі існує плюралізм думок щодо визначення поняття, сутності, змісту та форм юридичної відповідальності, на що вказує наявність наукових дискусій з цього приводу, які стосуються і відповідальності за порушення екологічного законодавства, у тому числі лісового.

Загальновідомим у теорії права є твердження щодо застосування заходів юридичної відповідальності за порушення правових норм. Порушення норм екологічного законодавства, заподіяння шкоди довкіллю, у тому числі лісам, також передбачає застосування заходів юридичної відповідальності, що пов'язано з конкретними позбавленнями та супроводжується для винного негативними наслідками, в тому числі утиском його особистих, майнових та інших прав. Такі заходи мають різні форми, розуміння яких особливо важливо для відповідальності за порушення лісового законодавства.

На практиці помилковість у виборі форми відповідальності в зазначених відносинах може призвести до неможливості чи лише часткового відновлення порушеного права чи законного інтересу.

На законодавчому рівні форми відповідальності визначено нормами багатьох нормативно-правових актів і тільки певна частина з них передбачена Лісовим кодек-

сом України (далі – ЛКУ). Такий стан законодавства негативно впливає на забезпечення завдань лісового законодавства.

Серед науковців, які досліджували питання визначення, сутності та змісту юридичної відповідальності, у тому числі співвідношення її форм, можна вказати наступних: А. П. Гетьман [1], О. А. Заярний [2], Л. І. Калєніченко [3], В. В. Костицький [4, с. 320–331], О. Е. Лейст [5], З. Ф. Татькова [6] та інші. Разом з тим залишаються дискусійними питання щодо форм відповідальності за порушення лісового законодавства. Наведене вказує на актуальність заявленої теми дослідження.

Метою статті є уточнення положень щодо форм відповідальності за порушення лісового законодавства.

Для досягнення мети використано загальні та спеціальні методи пізнання дійсності, серед яких діалектичний, аналізу та синтезу, спостереження, індукції та дедукції, узагальнення, юридичної інтерпретації та інші.

Виклад основного матеріалу дослідження. Для досягнення мети, перш за все, доцільно з'ясувати визначення поняття форми відповідальності, оскільки це питання є дискусійним. Досліджуючи поняття форми відповідальності, можна звернутись до визначення поняття «форма» взагалі. Так, поняття «форма» у Великому тлумачному словнику сучасної української мови подається як обриси, контури, зовнішні межі предмета, що визначають його зовнішній вигляд. З філософської точки зору вказана категорія розглядається як спосіб існування змісту, його внутрішня структура, організація і зовнішній вираз [7]. Подібні трактування вказаного поняття також закріплено у Академічному тлумачному словнику, публічному електронному словнику української мови [8; 9] і можуть бути взяті за основу у цьому дослідженні.

Для з'ясування поняття форми відповідальності доцільно звернутись і до поняття самої юридичної відповідальності, яке має різні підходи щодо визначення. Найбільш прийнятним у класичному розумінні поняття відповідальності є підхід, за яким це закріплений в законодавстві і забезпечений державою юридичний обов'язок правопорушника зазнати примусового позбавлення певних цінностей, що належали йому. Отже, юридична відповідальність є обов'язком особи потерпати певні позбавлення державно-владного характеру, передбачені законом за вчинення правопорушення [10, с. 167]. У цьому випадку акцентується увага на суб'єктивному розумінні відповідальності, тобто з боку правопорушника, при цьому сутність відповідальності полягає у потерпанні винною особою позбавлень, передбачених законодавством. Відтак, зовнішній вираз такого потерпання можна вважати формою відповідальності.

У науковій літературі, зокрема цивільно-правовій та господарсько-правовій мова йде про форми юридичної відповідальності, які визначаються як додаткові обтяження (особисті, майнові або організаційні), що покладаються на правопорушника [11, с. 370]. Так, форма цивільно-правової відповідальності являє собою засіб вираження додаткових майнових обтяжень, що покладаються на правопорушника. Цивільне законодавство встановлює різні форми відповідальності. До них, зокрема, належать: відшкодування збитків (ст. 22 ЦКУ); компенсація моральної шкоди (ст. 23 ЦКУ); сплата неустойки (ст. 624 ЦКУ); втрата завдатку (ст. 571 ЦКУ) та інші.

Аналогічний підхід представлено і в науковій літературі і щодо форм господарсько-правової відповідальності, хоча немає єдиного підходу до визначення кількості та видів форм такої відповідальності та їх співвідношення з санкціями. Так, з аналізу ст. 217 Господарського Кодексу України (далі – ГКУ) слідує, що формами господарсько-правової відповідальності можна вважати відшкодування збитків; сплату штрафних санкцій; застосування оперативно-господарських санкцій та застосування адміністративно-господарських санкцій, які визначаються цією статтею як господарські санкції.

Близькою за змістом є і позиція В. К. Грищука, який вважає, що форма негативної (ретроспективної) кримінально-правової відповідальності людини розуміється як передбачений чинним Кримінальним кодексом України (далі – ККУ) спосіб застосування норми (норм) кримінального законодавства до особи, яка вчинила злочин [12].

Наведені підходи не суперечать розумінню форми відповідальності як зовнішнього виразу потерпання негативних наслідків правопорушником відповідно до закону.

При дослідженні форм відповідальності доцільно розглянути співвідношення понять форми та санкції відповідальності. Завдяки полісемантичності української мови термін «санкція» використовується у різних значеннях, що, насамперед, залежить від сфери використання. У загальній теорії права санкція розуміється як структурний елемент норми права, яка вказує на вид і міру можливої юридичної відповідальності за її порушення. Деякі вчені розглядають санкцію як примус та несприятливі наслідки для порушника правової норми. При цьому санкції притаманні наступні ознаки: це елемент норми права; виступає способом захисту правила поведінки, викладеного в диспозиції правової норми, від можливих його порушень, з метою попередити їх вчинення; це вказівка на несприятливі наслідки, що настають у разі порушення норми права; застосовується уповноваженими на притягнення до юридичної відповідальності суб'єктами.

Виходячи з аналізу поняття санкції, як міри відповідальності та поняття форми відповідальності, як зовнішнього виразу потерпання, можна дійти висновку щодо співвідношення вказаних діалектичних категорій як змісту (санкція) та форми. Зазначені положення покладено в основу цього дослідження форм відповідальності за порушення лісового законодавства. Така відповідальність є достатньо складним правовим інститутом, що ґрунтується на загальних засадах відповідальності, у тому числі за порушення екологічного законодавства, а також є важливим засобом забезпечення законності у сфері використання лісів, лісових ресурсів та земель лісогосподарського призначення.

Відповідно до ЛКУ відповідальність за порушення лісового законодавства може бути: дисциплінарна, адміністративно-правова, цивільно-правова або кримінально-правова відповідно до закону (ст. 105). Кожному виду відповідальності притаманні специфічні міри покарання, а також особливий порядок їх застосування. Такі види відповідальності мають відповідні підстави (вид правопорушення), особливий порядок реалізації та специфічні заходи примусу. Не зважаючи на закріплення у чинному законодавстві чотирьох видів відповідальності, науковці вказують на існування ще одного виду відповідальності, а саме еколого-правової, щодо наявності якої продовжуються дискусії.

З урахуванням аналізу різних точок зору щодо зазначених видів відповідальності та їх форм, для подальшого дослідження заявленої теми, за основу доцільно взяти таке розуміння, що форма відповідальності за порушення лісового законодавства це зовнішній вираз потерпання негативних додаткових наслідків особистого, майнового чи організаційного характеру фізичною або юридичною особою за вчинення правопорушень в сфері використання лісів, лісових ресурсів та земель лісогосподарського призначення.

Форми відповідальності за порушення лісового законодавства доцільно поділити на загальні та спеціальні. До загальних форм відповідальності за порушення такого законодавства можна віднести ті, які притаманні кільком видам відповідальності за вказані порушення, хоча і передбачені нормами різних галузей права і відрізняються іншими рисами. До спеціальних форм відпові-

дальності відносяться ті, які передбачені щодо окремого виду відповідальності.

З урахуванням наведеного поділу до загальних форм відповідальності можна віднести: стягнення штрафу (штрафних санкцій); припинення, зміна чи обмеження відповідних відносин. До спеціальних форм відповідальності за порушення лісового законодавства можна віднести: відшкодування збитків (цивільно-правова відповідальність, господарсько-правова відповідальність); позбавлення волі, обмеження волі (кримінально-правова відповідальність); застосування оперативно-господарських санкцій (господарсько-правова відповідальність); конфіскація предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення (адміністративно-правова відповідальність).

Найбільш поширеною загальною формою відповідальності за порушення лісового законодавства є стягнення штрафу (штрафних санкцій). Перш за все, штрафи як форма відповідальності передбачені нормами ККУ та Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП). Так, штраф у розмірі від 1000 до 2000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян передбачено за незаконне вирубування та пошкодження дерев і чагарників (ст. 246 ККУ). На застосування такої форми відповідальності вказує і практика. Так, відповідно до вироку Славутського міськрайонного суду Хмельницької області у кримінальній справі № 682/2090/19 щодо прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою (ст. 368 ККУ) до винної особи застосовано штраф в розмірі 1000 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, що становить 17 000 грн [13].

Застосування штрафу від 30 до 900 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян за таке саме порушення передбачено ст. 65 КУпАП. Крім того така форма відповідальності передбачена за порушення лісового законодавства ще вісімнадцятьма статтями КУпАП (ст. 54, ст. 63–77, ст. 188[5]). Так, за результатами здійснення нагляду (контролю) в сфері охорони навколишнього середовища, зокрема щодо використання лісів, Державною екологічною інспекцією за 9 місяців 2020 року, всього по Україні накладено штрафів на суму 817,48 тис. грн, з яких було стягнуто 742,252 тис. грн [14].

Стягнення штрафів, як форма відповідальності, також передбачено ЦКУ за невиконання або неналежне виконання договірних зобов'язань, порядок застосування яких передбачено статтями 549–552. Зокрема, штраф може бути передбачено як вид забезпечення виконання зобов'язань за договорами, у тому числі щодо використання лісів, лісових ресурсів та земель лісогосподарського призначення, у разі здійснення такого порушення фізичною особою.

Штрафні санкції за порушення лісового законодавства можуть бути застосовані на підставі ст. 230–234 ГКУ за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання, у разі якщо суб'єктами такого зобов'язання є суб'єкти господарювання. Наприклад, штрафні санкції (штраф, пеня, неустойка) можуть бути використані для забезпечення виконання договору довгострокового тимчасового користування лісами для використання їх у рекреаційних цілях укладеного між підприємством лісового господарства та товариством з обмеженою відповідальністю чи іншим суб'єктом господарювання.

Отже, можна зробити висновок, що така форма відповідальності, як застосування штрафу (штрафних санкцій) притаманна тим видам відповідальності, що найчастіше використовуються при порушенні лісового законодавства.

Наступну загальну форму відповідальності за порушення лісового законодавства, а саме припинення, зміна чи обмеження відповідних відносин можна поділити на види, що обумовлено видами відповідальності. Такими видами цієї форми відповідальності є: позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (кримінально-правова чи адміністративно-правова відповідальність); припинення чи зупинення діяльності (господарсько-правова відповідальність); розірвання договору (цивільно-правова чи господарсько-правова відповідальність); припинення використання лісів, лісових ресурсів (еколого-правова відповідальність).

Позбавлення права обіймати певні посади, або займатися певною діяльністю передбачено ККУ (ст. 55) та застосовується за вчинене правопорушення в сфері використання лісів як додаткове покарання строком від одного до трьох років. Вказана форма відповідальності за порушення лісового законодавства також передбачена КУпАП (ст. 30), яка застосовується судом строком від шести місяців до одного року. Застосування вказаної форми можливе без вказівки на те у санкції відповідної статті Особливої частини ККУ або КУпАП, у разі визнання судом неможливості збереження за правопорушником права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю. Така форма відповідальності застосована відповідно до вироку Славутського міськрайонного суду Хмельницької області по кримінальній справі № 682/2090/19 щодо особи, винної у вчиненні кримінального правопорушення за частиною першою ст. 368 ККУ, що полягає у позбавленні права обіймати посади пов'язані із організаційно – розпорядчими функціями на державних підприємствах строком один рік [13].

Припинення або зупинення діяльності як форма відповідальності передбачено ст. 238–239 ГКУ, яка може бути застосована у тому числі за порушення лісового законодавства. У такому разі застосування такої форми можливе на підставі частини другої ст. 10 та частини третьої ст. 50 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» (далі – Закон), відповідно до яких діяльність фізичних та юридичних осіб, що завдає шкоди навколишньому природному середовищу, може бути припинена за рішенням суду. Крім того, припинення діяльності лісокористувачів, яким було надано право використання лісових ресурсів передбачено ЛКУ (п. 3 частини першої ст. 78). Так, за результатами державного нагляду (контролю) Державної екологічної інспекції України було застосовано тимчасову заборону (зупинення) діяльності підприємств лісового господарства один раз у Рівненській області у 2019 році та Харківській області у 2020 році [14; 15].

Наступна загальна форма відповідальності за порушення лісового законодавства така як розірвання договору може бути застосована відповідно до ст. 651 ЦКУ та ст. 188 ГКУ, за якими договір може бути розірвано у разі істотного порушення умов договору, предметом якого є використання лісів, лісових ресурсів та земель лісогосподарського призначення, що вирішується судом на вимогу однієї зі сторін. Так, відповідно до рішення Господарського суду Черкаської області договір довгострокового тимчасового користування лісами підлягає розірванню з приватним підприємством Лідер-2009 за неналежне виконання зобов'язань [16].

Припинення використання лісів та лісових ресурсів як форма відповідальності передбачено лісовим законодавством. Так, припинення права постійного лісокористування передбачено у разі: використання лісових ресурсів способами, які завдають шкоду навколишньому природному середовищу, не забезпечують збереження оздоровчих, захисних та інших корисних властивостей лісів, негативно впливають на їх стан і відтворення; використання лісової ділянки не за цільовим призначенням (ст. 22 ЛКУ). Крім того, припинення права використання лісових ресурсів передбачено у разі порушення правил і норм, умов спеціальних дозволів на використання лісових ресурсів; використання лісових ресурсів способами, які негативно впливають на стан і відтворення лісів, призводять до погіршення навколишнього

природного середовища; порушення встановлених строків справляння збору за використання лісових ресурсів; використання лісової ділянки не за цільовим призначенням; невідшкодування в установленому порядку збитків, заподіяних лісовому господарству внаслідок порушень лісового законодавства, та невиконання вимог щодо усунення виявлених недоліків (ст. 78 ЛКУ).

Наведені загальні форми відповідальності за порушення лісового законодавства є найбільш розповсюджені на практиці при виявленні таких порушень.

Крім загальних форм можливе застосування і спеціальних форм відповідальності притаманних окремим видам відповідальності. Перш за все, спеціальною формою відповідальності за порушення лісового законодавства є відшкодування збитків. Загальні положення щодо відшкодування збитків визначаються нормами ЦКУ (ст. 1166), у разі коли порушником лісового законодавства є фізична особа. Також ця форма може бути застосована відповідно до глави 25 ГКУ, коли порушником лісового законодавства є суб'єкт господарювання. Крім того вказана форма передбачена екологічним законодавством, серед яких Закон (ст. 69), ЛКУ (ст. 107). Так, відповідно до ст. 69 Закону шкода, заподіяна внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, підлягає компенсації в повному обсязі; відповідно до ст. 107 ЛКУ особи, винні у заподіянні шкоди лісовому господарству зобов'язані її відшкодувати у порядку визначеному законом. Така форма застосована відповідно до рішення Перемишлянського районного суду у Львівській області по цивільній справі № 449/1295/19 до винної особи у вигляді стягнення заподіяної шкоди завданою незаконною порубкою лісу на користь Бібрської об'єднаної територіальної громади у розмірі 5002,48 грн [17].

Особливістю застосування цієї форми є розрахунок збитків на основі такс, тобто умовних одиниць обчислення шкоди. Такса являє собою заздалегідь визначений розмір стягнення. Вказане регулюється Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження такс для обчислення розміру шкоди, заподіяної лісу» від 23 липня 2008 р. № 665 [18]. Так, за рішенням Господарського суду Закарпатської області з державного підприємства Воловецьке лісове господарство за порушення лісового законодавства стягнуто збитки у розмірі 98 694,70 грн, розраховані за вказаними таксами [19].

Наступною зі спеціальних форм відповідальності за порушення лісового законодавства є позбавлення волі, що передбачена ст. 246 ККУ за незаконну порубку або незаконне перевезення, зберігання, збут лісу. Так, відповідно до вироку Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області позбавлення волі у вигляді трьох років застосовано до посадової особи (майстра лісу) за самовільну вирубку 175 дерев [20].

Ще однією спеціальною формою відповідальності є обмеження волі, що також передбачено ст. 246 ККУ за незаконну порубку або незаконне перевезення, зберігання, збут лісу. Так, відповідно до вироку Шацького районного суду Волинської області до правопорушника застосовано обмеження волі у вигляді двох років за самовільну незаконну порубку лісу [21].

Застосування оперативно-господарських санкцій, як спеціальна форма відповідальності за порушення лісового законодавства, передбачена нормами ГКУ (ст. 235–237) у випадку, коли однією зі сторін відносин є суб'єкт господарювання. Застосування вказаної форми можливе у випадку порушення строків лісовідновлення та інших вимог щодо ведення лісового господарства, встановлених законодавством у сфері охорони, захисту, використання та відтворення лісів у разі, коли такі порушення передбачені договором. Ця форма застосовується, насамперед, у позасудовому порядку, однак у разі незгоди із застосуванням оперативно-господарських санкцій, заінтересована сторона може звернутися до суду із заявою про скасування такої санкції та відшкодування збитків, завданих її застосуванням (частина друга ст. 237). Наприклад, ця форма може бути передбачена договором про використання лісових ресурсів, у форми зупинення права на використання цих ресурсів у разі систематичного порушення строків внесення плати за таке використання.

До спеціальних форм відповідальності відноситься також конфіскація предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення, що передбачено ст. 29 КУпАП. Вказана форма може застосовуватися у разі здійснення діяльності пов'язаної з використанням лісів, лісових ресурсів та земель лісогосподарського призначення та полягає у примусовій безоплатній передачі цього предмета у власність держави за рішенням суду.

Наведені спеціальні форми відповідальності за порушення лісового законодавства можуть бути застосовані як поряд із загальними так і окремо чи у поєднанні одна з одною. Розуміння форм відповідальності, їх зміст та відмінності необхідні для більш повного виконання відповідальністю її основної функції в лісових відносинах, а саме: найбільш повне відновлення порушених прав та законних інтересів власників та користувачів лісів, лісових ресурсів та земель лісогосподарського призначення.

Висновки. У результаті дослідження запропоновано визначення поняття форми відповідальності за порушення лісового законодавства, під якою розуміється зовнішній вираз потерпання негативних додаткових наслідків особистого, майнового чи організаційного характеру фізичною або юридичною особою за вчинення правопорушень в сфері використання лісів, лісових ресурсів та земель лісогосподарського призначення.

Запропоновано поділ форм відповідальності за порушення лісового законодавства на загальні та спеціальні. До загальних форм відповідальності за порушення лісового законодавства відносяться ті, які притаманні кільком видам відповідальності за вказані порушення, хоча і передбачені нормами різних галузей права і відрізняються іншими рисами. До спеціальних форм відповідальності відносяться ті, які передбачені щодо окремого виду відповідальності.

Конкретизовано загальні та спеціальні форми відповідальності за порушення лісового законодавства. До загальних форм такої відповідальності запропоновано віднести: стягнення штрафу (штрафних санкцій); припинення, зміну чи обмеження відповідних відносин, серед яких виокремлено: позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; припинення чи зупинення діяльності; розірвання договору; припинення використання лісів, лісових ресурсів. До спеціальних форм відповідальності за порушення лісового законодавства запропоновано віднести: відшкодування збитків; позбавлення волі, обмеження волі; застосування оперативно-господарських санкцій; конфіскацію предмета, який став знаряддям вчинення або безпосереднім об'єктом адміністративного правопорушення.

Подальші дослідження питання щодо форм відповідальності за порушення лісового законодавства доцільно присвятити змісту, підставам та порядку застосування таких форм відповідальності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гетьман А. П. Інститут юридичної відповідальності в екологічному законодавстві України. Сучасні науково-практичні проблеми екологічного, земельного та аграрного права: круглий стіл (Харків, 6 груд. 2013 р.) : зб. тез наук. доп. Харків, 2013. С. 14–18.
2. Заярний О. А. Відповідальність в організаційно-господарських відносинах : автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Господарське право, господарсько-процесуальне право. Київський національний університет ім. Т. Шевченка. Київ : Б. в. 2011. 18 с.
3. Калєніченко Л. І. Юридична відповідальність як явище суб'єктивного права. *Право і безпека*. 2016. № 3 (62). С. 22–27.
4. Про українське право. *Часопис* кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка / За ред. проф. І. Безклубого. Київ. 2010. Чис. V. 367 с.
5. Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву. Теоретические проблемы. Москва : Изд-во Моск. ун-та, 1981. 240 с.
6. Татькова З. Ф. Підстави, види та форми господарсько-правової відповідальності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04. Ін-т екон.-прав. дослідж. НАН України. Донецьк, 2010. 19 с.
7. Великий тлумачний словник сучасної української мови: 250 000 / уклад. та голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь : Перун, 2005. – VIII, 1728 с. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/ua/elib.exe?Z21ID=&I21DBN=UKRLIB&P21DBN=UKRLIB&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=online_book&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=FF=&S21STR=ukr0000728%5F13
8. Академічний тлумачний словник (1970–1980). URL: http://sum.in.ua/s/forma
9. Словник української мови: в 11 тт. / АН УРСР. Інститут мовознавства; за ред. І. К. Білодіда. Київ : Наукова думка, 1970–1980. URL: http://ukrlit.org/slovnyk/slovnyk_ukrainskoi_movy_v_11_tomakh
10. Общая теория права и государства : учебник / Под ред. В. В. Лазарева. 3-е изд., перераб. и доп. Москва. Юристъ, 2001. 520 с.
11. Цивільне право : підручник: у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бєгова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 1. 656 с.
12. Грищук В. К. Доктринальне розуміння форм реалізації кримінальної відповідальності людини. Актуальні проблеми кримінальної відповідальності : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 10–11 жовт. 2013 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків. Право, 2013. С. 93–98.
13. Вирок Славутського міськрайонного суду Хмельницької області від 18 липня 2019 року по справі № 682/2090/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/83131021
14. Результати здійснення державного нагляду (контролю) за 9 місяців 2020 року. URL: https://www.dei.gov.ua/posts/1169
15. Результати здійснення державного нагляду (контролю) за 9 місяців 2019 року. URL: https://www.dei.gov.ua/posts/624
16. Рішення Господарського суду Черкаської області від 09 вересня 2020 року по справі № 925/169/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91622055
17. Рішення Перемишлянського районного суд Львівської області від 30 березня 2020 року. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88479654
18. Про затвердження такс для обчислення розміру шкоди, заподіяної лісу : Постанова Кабінету Міністрів України від 23 липня 2008 р. № 665. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/665-2008-%D0%BF#top
19. Рішення Господарського Суду Закарпатської області від 12.07.2021 року по справі № 907/48/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/98234091
20. Вирок Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області від 30 березня 2018 року по справі № 442/1802/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/73074401https://reyestr.court.gov.ua/Review/73074401
21. Вирок Шацького районного суду Волинської області від 10 листопада 2020 року по справі № 163/2267/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92741068

УДК 349.41/347.233/.234
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/46

ПРОБЛЕМИ ЕФЕКТИВНОГО ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ, ЩО ЗНАХОДЯТЬСЯ У КОРИСТУВАННІ ДЕРЖАВНИХ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ ПІДПРИЄМСТВ, УСТАНОВ ТА ОРГАНІЗАЦІЙ

PROBLEMS OF EFFECTIVE USE OF STATE-OWNED LANDS USED BY STATE AGRICULTURAL ENTERPRISES, INSTITUTIONS AND ORGANIZATIONS

Вергелес О.А., помічниця адвоката
Юридична компанія «Міллер»

Стаття присвячена дослідженню проблеми неефективного використання земельних ділянок, що знаходяться на правовому титулі права постійного користування у державних сільськогосподарських підприємств, установ та організацій та шляхів вирішення цієї проблеми.

Для визначення того, що потрібно було б зробити з великими масивами земель, якими користуються вищезазначені суб'єкти господарювання, необхідно коротко охарактеризувати розвиток земельних відносин володіння, користування та власності, який тривав протягом століть в українському суспільстві. Це дозволить зрозуміти те, яке місце займало земельне виробництво, чи було поширеним те, що більшість селян мали земельні наділи, які обробляли, та наскільки правильним буде часткове паювання земель, що знаходяться у постійному користуванні державних сільськогосподарських підприємств, установ та організацій.

З метою встановлення можливих способів вирішення проблеми неефективного використання земель авторкою аналізується рудиментарність інституту права постійного користування землею, який був створений в радянський період для задоволення потреб планової економіки. Серед основних недоліків: неможливість передачі землі в користування іншим учасникам господарських відносин, що спричиняє виникненню незаконних схем передачі та призводить до виникнення неоподаткованого прибутку.

Окрім цього визначено те, що проблема неефективного використання земельних ділянок виникла не лише через існування права постійного користування на землю, а й через наявність такого суб'єкту господарювання як державне підприємство, що теж є спадком радянської правової системи.

Для вирішення зазначених викликів, Верховною Радою України уже пропонувалися певні законопроекти, проте вони не є достатньо розробленими, що врешті не дозволить ефективно вирішити неефективність державних сільськогосподарських підприємств, установ та організацій. Окрім цього поточна пропозиція щодо розпаювання містить норми, що не забезпечать можливості отримання для усіх визначених осіб земельну частку(пай). Це врешті може спричинити соціальну напругу та подальше отримання неправомірної вигоди учасниками земельних відносин.

Ключові слова: право постійного користування, право господарського відання, право оперативного управління, право довірчої власності, земельна частка (пай).

The article is devoted to the analysis of the problem of inefficient use of land parcels, that are used by state agricultural enterprises, establishment and organisations based on the right of perpetual use, and ways to solve this problem.

In order to determine what should be done with large land parcels used by state agricultural enterprises, institutions and organisations, it is necessary to briefly describe the development of land relations of possesion, use and ownership, which has lasted for centuries in the Ukrainian society. This will make it possible to understand the importance of land use in modern Ukraine, whether it was widespread, that a lot of Ukrainians had land parcels, that they cultivated, and whether it would be correct to make a partial physical demarcation of land shares(paiv), that are used by state agricultural enterprises, institutions and organisations based on the right of perpetual use now.

In order to define the possible ways of solving the problem of inefficient land use, the author analyses inneficiency of the right of perpetual use, which was created in the soviet period to meet the needs of the planned economy. Among the main disadvantages of this rights is the inability to lease land parcels to other natural persons or legal entities, that leads to conclusion of illegal contracts and tax-free profits.

In addition, it was determined that the problem of inneficient use of land parcels exists not only because of the availability of the right of perpetual use, but also because of the existence of a state enterprise as a type of a legal entity, which is also a heritage of the soviet legal system.

To face these challenges, the Verkhovna Rada of Ukraine has already proposed laws, but they are not prepared thoroughly. That will not help to solve the problem of state-owned agricultural enterprises, establishment and organisations inneficient use of land. In addition, the current proposal for physical demarcation of land shares(paiv) contains rules that will not provide opportunities for all identified persons to receive their land share (pai). This can eventually lead to social tensions and further illegal enrichment of land relations parties.

Key words: the right of perpetual use, the right of economic management, the right of operational management, the right of trust property, a land share (pai).

Земельні ділянки, які використовуються державними сільськогосподарськими підприємствами, установами та організаціями через наявність у земельному та господарському праві радянських правових інститутів, в переважній більшості використовуються неефективно. В умовах, коли приватний аграрний сектор є прибутковим, вже багато років виникає потреба у вирішенні назрілого питання подальшої долі цих суб'єктів і державних земель.

1. Хто користується землею: статистика

В 2020 році було оприлюднено, що у власності держави залишається близько 750 тис. га земель. Серед найбільших землекористувачів: Національна академія аграрних наук – 354 тис. га, Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства – 178 тис. га, Міністерство освіти і науки – 77 тис. га, Міністерство оборони – 42 тис. га і т. ін. [1].

Проте ця інформація не відображає точної кількості земель, які реально знаходяться у того чи іншого користувача. Зокрема, Національним агенством з питань запобігання корупції було виявлено та опубліковано найбільш поширені корупційні схеми у земельних відносинах. Наприклад, працівники Головного управління Державної служби з геодезії, картографії та кадастру у Херсонській області передавали у приватну власність ті земельні ділянки, на які були отримані правовстановлюючі документи за процедурами, що існували в період з 1993 до 2003 року, хоча згідно з офіційними журналами обліку, правовстановлюючі документи на ці ділянки державної власності були знищені або втрачені. Через це у держави вибули землі із власності загальною площею близько 4748,3 га [2, с. 59]. Окрім втрати земель, поширеним є явище збиткового обробітку земель. Наприклад,

державне підприємство «Конярство України» мало такий прибуток з 1 гектару: 127 грн – 2015 рік, 1,1 грн – 2016 рік, 0,25 грн – 2017 рік [3].

Державні суб'єкти господарювання через умисні або ненавмисні дії не генерують прибутку, незважаючи на всі можливості. Більше того, на підтримку їхньої діяльності витрачаються кошти з державного бюджету. Це свідчить про те, що вони неефективно використовують надане їм майно(зокрема, землю) та не є конкурентноспроможними на ринку.

2. Історичний досвід

Початок розвитку права землекористування та землеволодіння українцями можна прослідкувати з періоду існування Київської Русі. В цей період, незважаючи на процес «окняжіння» вільних земель, серед різних форм власності земель(наприклад, боярські та церковні) існували також й індивідуально-сімейні земельні ділянки, що було визначено Руською правдою. Окрім цього існував інститут займанщини, згідно з яким за особою визнавалася «приватна власність» (у тій формі, яка існувала на той час) на той розмір ділянки, який вона фактично обробляла [4, с. 54].

Литовсько-польський період характеризувався подальшим розвитком земельних відносин, за яких переважною кількістю землі володів феодал, в той час коли звичайні селяни користувалися наданими їм у користування та володіння земельними ділянками [5, с. 7]. Такі відносини переважали до XVIII століття.

В цей час також продовжує існувати право займанщини, яке залишається і в період Гетьманщини, через звільнення поміщиками великої кількості земель, які фактично стають нічийними. Під час національно-визвольного руху з'явився новий суспільний стан – козацтво. Для підтвердження їхніх прав на землю видавалися універсали, що передбачали права на землю (постійні або тимчасові), право на забудову вільних земель [6].

В період Російської імперії із скасуванням панщини у 1861 році, селяни отримали у користування від поміщиків садиби та угіддя, хоча за це селяни мали виконувати повинність у вигляді оброку та панщини. На зміну цьому земельна реформа Петра Столипіна запровадила те, що колишні поміщицькі селяни одержали у власність земельні ділянки в тих розмірах, які вони обробляли, перебуваючи в кріпацтві або відбуваючи панщину, що значно вплинуло на забезпеченість селян.

Перший період націоналізації землі припав на час існування Української народної республіки. У третьому універсалі від листопада 1917 року було скасовано право власності на землю поміщикам, а також інші «нетрудові» землі.

Разом з тим із приходом до влади у росії більшовиків одним з перших документів був Декрет про націоналізацію землю. Уся вона стала загальнонародним надбанням. 6 березня 1918 р. було затверджене Тимчасове положення про соціалізацію землі. Земля розподілялася у рівній кількості між усіма селянами. Окупація радянською владою України розпочалася у 1919 році, саме з цього періоду частково діють акти радянської влади і на підпорядкованіймф частині України [7]. У цьому ж році було затверджено Положення про соціалістичне землевпорядкування і заходи переходу до соціалістичного землеробства, згідно з яким скасовувалась приватна власність на землю.

У 1921 р. було схвалено Закон «Про закріплення землекористування трудових господарств». Ним визначалося землекористування одноосібних селянських господарств і створення колективних форм господарства – артілей і товариств з громадського обробітку землі. Починаючи з 1929, було запущено процес активної колективізації, тобто об'єднання одноосібних селянських господарств у колективні, що врешті було однією з передумов Голодомору в 1932–1933 роках.

У 1935 році було прийнято постанову «Про видачу сільськогосподарським артілям державних актів на безстрокове (вічне) користування землею», що остаточно скасовувала індивідуальне селянське землекористування. Окрім цього передбачалася видача актів про безстрокове користування землею, що є фактичним початком розвитку сучасного інституту права постійного землекористування.

З огляду на зазначене, право власності на землю для українців повноцінно почало забезпечуватися лише наприкінці 19 століття, проте після недовгого періоду існування, в радянську окупацію люди знову були позбавлені цього права. Професор К. Победоносцев зробив важливий висновок, що у Західній Європі важливу роль у становленні правових інститутів власності та користування землею відіграло римське право. На території сучасної України такої системи ніколи не було, і лише у 19 столітті були впровадженні норми, що були рецепцією римського інституту права власності на землю. Через запізніле регулювання, а також поширений феодальний устрій, значно гальмувався розвиток земельних інститутів [8].

Аналіз еволюції інститутів землекористування та землеволодіння, і врешті права власності, дозволяє зрозуміти: 1) негативні наслідки тих земельних інститутів, які були штучно нав'язані в окремі періоди історії, що обмежували права людей на землю; 2) форми землекористування, а саме індивідуальні, які були пануючими на території України, що забезпечували стабільність матеріального становища найбільш поширених класів населення; 3) важливість захисту права власності на землю. На основі цього аналізу можна зрозуміти яким має бути розпорядження землями державних підприємств, що дозволить задовільнити інтереси усіх сторін цього процесу.

3. Право постійного користування землею

Державні підприємства, установи та організації користуються землею на праві постійного користування. Згідно із статтею 92 Земельного кодексу України, це право володіння і користування земельною ділянкою, яка перебуває у державній або комунальній власності, без встановлення строку.

Право постійного користування є речовим правом на нерухоме майно. Через відсутність права розпорядження земельною ділянкою та речевий характер, право постійного користування є більш схожим на право власності [9, с. 2].

В літературі та публічних дискусіях неодноразово зазначалися численні суттєві недоліки права постійного землекористування. Цей інститут був створений для потреб планової економіки під час колективізації, тому необхідність його збереження в умовах гострої необхідності розвитку ринкової економіки України викликає обґрунтовані запитання. По-перше, користувач не може розпоряджатися своїми ділянками, та передавати їх в оренду або в користування за правом сервітуту, емфітевзису чи суперфіцію. Це спричиняє поширеність явищ квазіоренди, наприклад, укладання договорів про спільну діяльність. По-друге, право постійного землекористування, не відповідає вимогам щодо адаптації українського та законодавства Європейського Союзу про конкуренцію, оскільки вважається державною допомогою, що може бути надана лише у виняткових випадках [10, с. 3].

На думку О. Поліводського, права, які були надані державою, не можуть бути відібрані, тому право постійного користування має бути збереженим [11]. О. О. Погрібний зазначав, що титул постійного користування земельною ділянкою дозволяє уникнути «подвійної» реєстрації права власності державних або комунальних підприємств, установ, організацій на землю, що узгоджується з постулатом римського права – у однієї речі може бути лише один власник [12, с. 3].

На думку А. Мірошниченка, є два можливих шляхи трансформації права постійного користування: в право

власності, проте в осяжній перспективі, це не виглядає реально; в право господарського відання та оперативного управління, що виглядало найбільш ймовірним, проте не тим рішенням, яке б дозволило зробити докорінні покращення [13].

4. Шляхи вирішення

4.1. Для тих державних підприємств, які будуть продовжувати працювати

Шляхи ефективного та ґрунтовного вирішення проблем великої кількості діючих державних підприємств, що мають великий земельний банк, лежать глибше ніж лише вирішення питання правового титулу розпорядження землею.

Протягом багатьох років незмінним є те, що вони мають гірші прибутки ніж приватні юридичні особи, і найбільше це помітно в агросекторі [14]. Використання державного майна(зокрема, землі) не може відбуватися настільки швидко як цього вимагає ринок (або не може взагалі), це спричиняє низьку ефективність участі такого майна в цивільному обороті. Саме тому державні підприємства мають бути присутніми в ринковій економіці в обмежених масштабах [15, с. 3]. Для того, щоб використання землі було дійсно більш ефективним, потрібно вирішувати корінь проблеми, а саме неможливість існування державного підприємства як суб'єкта господарювання, через те, що цьому правовому інституту господарського права притамані риси, які не можуть існувати в умовах ринкової економіки.

І. С. Ніколаєв зазначав, що державні підприємства потрібно реорганізовувати в господарські товариства з відмовою від права господарського відання, оперативного управління та права постійного користування землею [16, с. 6]. Згідно з Н. Б. Москалюк, створення акціонерних товариств варто робити для тих підприємств, які не можуть бути передані у приватну власність [17, с. 3].

Проте незважаючи на таке перетворення в науці панує дискусія про те, чи має залишатися майно акціонерного товариства власністю держави. О. Подцерковний зазначав, що господарське товариство є юридичною особою приватного права [18]. На думку авторки, у випадку створення акціонерного товариства, все майно має ставати приватною власністю в тому числі земля, а держава має здійснювати свої права виключно як власник корпоративних прав [19, с. 2].

Разом з тим, важливо розуміти, що такі радикальні перетворення, незважаючи на свою актуальність, не будуть втілені в життя найближчим часом. Саме тому тимчасовим заходом вирішення неефективності можна було б вважати три шляхи: 1) перетворення права постійного користування в право господарського віддання та право оперативного управління; 2) перетворення права постійного користування в право довірчого управління; 3) надання можливості здачі в оренду земель, які знаходяться на праві постійного користування.

Перший спосіб певний час був пануючим в українській юридичній дискусії, і одним з наслідків була підготовка законопроекту № 5385 від 15.04.2021 «Про внесення змін до Земельного кодексу України та інших законодавчих актів щодо скасування інституту права постійного користування земельними ділянками». Зокрема, цим законопроектом пропонувалося замінити право постійного користування на право оперативного управління та право господарського відання щодо земельної ділянки. Проте у вересні 2021 року у Верховній Раді України було зареєстровано законопроєкт, згідно з яким передбачається поступова ліквідація державних підприємств та права господарського відання і оперативного управління [20]. В цей ж період часу законопроєкт № 5385 був відкликаний [21].

Іншим способом, яким пішли країни, що здобули незалежність від росії в 90-х роках, є Грузія, Молдова, Литва та Латвія. Вони запровадили інститут права довірчого управління майном. Разом з тим це стало також можливим після відмови від поняття підприємств, зокрема, державних [22, с. 285]. Подібну модель пропонують ввести законопроєктом № 6013 від 09.09.2021.

Встановлення права довірчої власності може відбуватися правочинами або адміністративними актами і передбачає, що буде здійснюватися добросовісне управління майном держави-довірчого засновника довірчим власником. Довірчий власник має право здійнювати будь-які дії спрямовані на забезпечення інтересів осіб, що зазначені в акті про створення довірчої власності [23, с. 7].

Третім тимчасовим, проте швидким вирішенням проблеми використання землі є надання можливості постійним користувачам передавати її в оренду.

В період воєнного стану з метою уникнення продовольчої кризи Перехідними положеннями Земельного кодексу України було встановлено, що постійні землекористувачі земель сільськогосподарського призначення (крім державних, комунальних підприємств, установ, організацій) можуть передавати такі земельні ділянки в оренду строком до одного року для ведення товарного сільськогосподарського виробництва. На думку авторки, після закінчення воєнного стану, це положення із змінами щодо суб'єктного складу могло б бути швидким рішенням щодо припинення квазі-орендних відносин, які існують в багатьох державних підприємствах, установах та організаціях що спричиняє отримання неооподаткованого прибутку та приймання/передачу неправомірної вигоди.

Але проблемою може стати те, що багато таких суб'єктів господарювання не зареєстрували земельні ділянки згідно із статтею 79-1 Земельного кодексу України, тобто, земля не може повноцінно використовуватися в цивільному обороті, допоки вона не є сформованим об'єктом цивільних прав. Більше того, площі земельних ділянок, які мають державні підприємства, установи та організації на праві постійного користування може не співпадати з тим, що є на практиці. На думку А. Мартина, через страх адміністративної або кримінальної відповідальності за втрату цих земель, керівники державних підприємств не розробляють технічну документацію про інвентаризацію земель. Окрім цього проблема з реєстрацією в Державному земельному кадастрі може виникнути в тому, що її не можна зробити, якщо є межові спори. Якщо земельний масив великий, то ймовірність спорів з суміжними власниками теж висока [24].

4.2. Розпаювання земель

Іншим обов'язковим рішенням (незважаючи на продовження або передачу для приватизації) для державних сільськогосподарських підприємств, установ та організацій має бути передача земельних часток (паїв) фізичним особам.

Розпаювання не є універсальним інструментом, оскільки це може спричинити такі негативні явища як фрагментація великих масивів земель, черезсмужжя, врешті-решт, орендна плата, яку отримують власники паїв не є настільки значною, що спричиняє різке і значне покращення економічного становища.

Але паювання потрібне, по-перше, для відновлення історичної та соціальної справдливості, зокрема, коли на основі землі, що належала селянам, створювали державні підприємства або колективні господарства. На думку І. А. Заплітної, отримання земельної частки колишніми працівниками колективних господарств в 90-х сприймалося як відшкодування шкоди, за втрату роботи [25, с. 2]. По-друге, із скасуванням заборони на продаж земельних ділянок із цільовим призначенням для товарного сільськогосподарського виробництва, така земля, в залежності від регіону, є тим майном, яке має певну(а часто значну) матеріальну цінність. Врешті на паювання очікують самі працівники державних підприємств, що можна

побачити на прикладі державного підприємства «Конярство України» [26].

Паювання землі може відбуватися за оновленою процедурою згідно із законопроектом № 3012-2 від 29.05.2020, що передбачає: 1) площа землі, що передається на паювання працівникам, пенсіонерам, що працювали в підприємстві, установі, організації, працівникам освіти, культури, медикам, а також пенсіонерам з їх числа, становить до 40 % всіх земель, що знаходиться у постійному користуванні; при цьому розмір земельної ділянки, що передається працівникам освіти, культури, медикам та пенсіонерам з їх числа, що проживають у громаді, не може перевищувати 2 га (ч. 4, ст. 25; ч. 9 ст. 25 Земельного кодексу України); 2) виділення до 20 % всіх земель для учасників бойових дій, що знаходиться у постійному користуванні; при цьому розмір такої земельної ділянки не може перевищувати 2 га (ч. 4, ч. 8 ст. 25 Земельного кодексу України); 3) якщо державне підприємство, установа або організація буде приватизовуватися, земля йому буде передавати не на праві власності, а на праві оренди строком до 50 років (ч. 6 ст. 25 Земельного кодексу України) [27].

Критичні сумніви у авторки цієї статті викликають положення щодо надання паїв працівникам освіти, культури, медикам, а також пенсіонерам з їх числа, учасникам бойових дій. Знову ж таки, по-перше, для обробітку землі та стимулювання фермерського господарства потрібно не лише надати землю, а мати ресурси її обробляти. По-друге, якщо передача паїв особам, які перебували або перебувають у трудових відносинах з державним підприємством, установою або організацією має історичне підґрунтя та є своєрідним відшкодуванням за роботу на державу, то надання землі інших категоріям, має декларативний(соціалістичний) характер і може сприяти отриманню неправомірної вигоди посадовими особами(для гарантії на одержання такої земельної ділянки). Включення у цей перелік учасників бойових дій може сприяти продовженню існування схеми, коли земельну ділянку отримують за допомогою посередництва інших осіб, проте з подальшим відчуженням на користь таких осіб, і за ціну нижче ринкової. В учасників бойових дій виходу з цієї ситуації практично не існує, оскільки самостійно отримати землю майже неможливо, що провокує ще більшу соціальну напругу.

Нинішня конструкція норми теж передбачає конфлікт, коли отримати землю усім бажаючим не вдасться, що пов'язано із фізичними обмеженнями щодо кількості земель, яка передається на паювання тим чи іншим категоріям, та великим числом тих, хто має право на її отримання(зокрема, постійним збільшенням числа учасників бойових дій). Виходом з цієї ситуації для останніх могла б бути виплата фіксованої грошової суми або(що більше ефективно) отримання житла, яке могло б будуватися на землях, що знаходяться у постійному користуванні оборонних відомств [28].

Викликає сумніви доцільність передачі права оренди на землю під час приватизації підприємства, а не продажу підприємства єдиним майновим комплексом разом із землею. Майно державних підприємств без землі не становить значного інвестиційного інтересу. На думку Фонду державного майна України, саме такою має бути реалізація державних підриємств – єдиним майновим комплексом, що дозволить виручити більшу кількість коштів [29].

Окрім цього можна було б запровадити мінімальний розмір паю, який може бути виділений, щоб уникнути проблеми фрагментації великих земельних масивів [30, с. 3]. З метою розвитку фермерського господарства, варто було б зазначити про право на об'єднання кількох земельних ділянок в одну за наявності декількох власників на праві спільної часткової власності. Це дозволило, по-перше, отримати земельну ділянку тих розмірів, яких достатньо для малого фермерського господарства або вищу орендну плату власнику, оскільки для орендарів легше здійснити юридичний супровід однієї великої ділянки [31]. Врешті негативне явище черезсмужжя(і частково фрагментації) можна вирішити через ефективний механізм консолідації земель [32, с. 34].

Висновки. В період радянської окупації існування державних підприємств, установ та організацій створило в багатьох працівників ілюзію надійності і довговічності(така думка побутує і досі), що врешті значно обмежило розвиток творчої деструкції(процесу постійних інноваційних змін в економіці). Нині це значно відображається на стані розвитку нашої економіки.

Зважаючи на потреби відновлення після війни, ця проблема має бути вирішена якнайшвидше, і сільськогосподарські державні підприємства, установи та організації з величезними масивами землі, які використовуються неефективно, є яскравим аргументом на користь цього. Безумовно, є ті сфери економіки, де виробництво має належати лише державі, проте це не стосується більшості зазначених суб'єктів. Під час вирішення питання приватизації або корпоратизації, потрібно зважати на те, чи виготовляє підприємство, установа або організація унікальну суспільну користь, а якщо ні – то має бути здійснена реорганізація з обов'язковим паюванням земель колишнім працівникам. Варто сподіватися, що в нинішніх умовах, на це буде достатньо політичної волі Верховної Ради України [33].

ЛІТЕРАТУРА

1. Роман Лещенко розповів, хто обробляє 750 тис. га землі, що залишилася у держави. *Головне управління Держгеокадастру у Київській області* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3yowkEf (дата звернення: 15.05.2022).
2. НАЗК розробило шлях подолання понад 30 корупційних схем у земельній сфері. *Національне агенство з питань запобігання корупції* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/39YKYIZ (дата звернення: 15.05.2022).
3. Державний агрохолдинг «Україна» – чому с/г землі у підпорядкуванні Мінагро використовуються неефективно? *Agropolit.com* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3yrbW5c (дата звернення: 15.05.2022).
4. Мірошниченко А. М. Земельне право України : підручник. Київ : Алерта, 2011. 678 с.
5. Третяк А. М. Історія земельних відносин і землеустрою в Україні : підручник. Київ : Аграрна наука, 2002. 280 с.
6. Як козаки земельні відносини регулювали. *Agravery.Аграрне інформаційне видавництво* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3NtAqPy (дата звернення: 15.05.2022).
7. Встановлення радянської влади в Україні. Соціально-економічна політика УСРР в січні-серпні 1919 р. та її наслідки. *Підготовка до ЗНО – Освітній портал «Академія»* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3u9vKri (дата звернення: 15.05.2022).
8. Мірошниченко А. М. Земельне право України : підручник. Київ : Алерта, 2011. 678 с.
9. Тесля Л. В. Регламентація права постійного користування земельною ділянкою: деякі проблеми та перспективи крізь призму окремих правових позицій судової практики. *Південноукраїнський правничий часопис.* 2020. № 1. URL: https://bit.ly/3ypucfu (дата звернення: 15.05.2022).
10. Літошенко О. С. Правовий режим майна державних і комунальних підприємств. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2020. № 1. URL: https://bit.ly/3udqzXp (дата звернення: 15.05.2022).
11. Боротьба за титул? *Закон і Бізнес* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3HXoVPt (дата звернення: 15.05.2022).
12. Літошенко О. С. Право постійного користування земельною ділянкою: особливості об'єктного та суб'єктного складу. *Підприємництво, господарство і право.* 2018. № 10. URL: https://bit.ly/3y5kVrk (дата звернення: 15.05.2022).

13. Судді та науковці обговорили трансформацію інституту права постійного користування земельною ділянкою і судову практику. *Юридична практика* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3HZKXRA (дата звернення: 15.05.2022).

14. Чи є державні підприємства менш прибутковими за приватні? *Економічна правда* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3y1zbld (дата звернення: 15.05.2022).

15. Іванюта В. В. Структура державної власності як об'єкту державного управління в сучасних економічних умовах. *Державне управління: удосконалення та розвиток.* 2018. № 12. URL: https://bit.ly/3nmpHMk (дата звернення: 15.05.2022).

16. Ніколаєв І. С. Проблема розмежування відповідальності за зобов'язаннями держави україна та юридичних осіб з державною участю в міжнародному приватному праві. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ.* 2006. № 34. URL: https://bit.ly/3u8sxIA (дата звернення: 15.05.2022).

17. Москалюк Н. Б. Механізм корпоратизації як передумова до припинення права державної власності: історичні аспекти, сучасний стан і перспективи розвитку. *Прикарпатський юридичний вісник.* 2020. № 1. URL: https://bit.ly/3xYdXoh (дата звернення: 15.05.2022).

18. Довірче управління за новим ЦК не відповідає інтересам державної власності. *Закон і Норматив* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3bEflzz (дата звернення: 15.05.2022).

19. Черненко О. Правовий режим майна державних акціонерних товариств. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 12. URL: https://bit.ly/3xTF184 (дата звернення: 15.05.2022).

20. Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період : Проект Закону України від 09 вер. 2021 р. № 6013. URL: https://bit.ly/3nmSC2H (дата звернення: 15.05.2022).

21. Про внесення змін до Земельного кодексу України та інших законодавчих актів щодо скасування інституту права постійного користування земельними ділянками : Проект Закону України від 15 квіт. 2021 р. № 5385. URL: https://bit.ly/3y0J3f0 (дата звернення: 15.05.2022).

22. Москалюк Н. Б. Теоретичні та практичні проблеми права державної власності та його реалізації : монографія. Тернопіль : ВПЦ «Економічна думка ТНЕУ», 2020. 352 с.

23. Сліпченко С. О. Право довірчої власності : монографія. Харків : Спільне колективне підприємство фірма «Консум», 2000. 176 с.

24. Майбутнє сільськогосподарських земель у користуванні державних підприємств. *AgroPolit.com* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3ytgHv2 (дата звернення: 15.05.2022).

25. Заплітна І. А. Скасування заборони на відчуження земельних ділянок, виділених у натурі (на місцевості) власниками земельних часток (паїв): проблеми й перспективи. *Актуальні проблеми держави і права.* 2021. URL: https://bit.ly/3u3IzUh (дата звернення: 15.05.2022).

26. Коні не винні або як працівники конезаводу намагались землі розпаювати. *AgroPolit.com* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3A62XrA (дата звернення: 15.05.2022).

27. Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення права працівників державних сільськогосподарських підприємств, установ, організацій на одержання земельної частки (паю) : Проект Закону України від 29 травн. 2020 р. № 3012-2. URL: https://bit.ly/3NxKB5M (дата звернення: 15.05.2022).

28. Земля війни: що сталося з ділянками, які за сім років отримали учасники АТО на Волині. *Центр журналістських розслідувань «Сила правди»* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3OtK1aF (дата звернення: 15.05.2022).

29. Як Україна планує позбуватися агробаласту і кому дістануться тисячі гектарів землі держпідприємств. *Економічна правда* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3QSkERp (дата звернення: 15.05.2022).

30. Сидорова С. В. Консолідація сільськогосподарських угідь як організаційно-правовий захід оптимізації сільськогосподарського земельного фонду та підвищення родючості ґрунтів. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. 2012. № 4 (11). URL: https://bit.ly/3QUoTMh (дата звернення: 15.05.2022).

31. Ціна розпаювання або скільки платить орендар. *VoxUkraine* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3bFzScs (дата звернення: 15.05.2022).

32. Новаковський Л. Я. Національна доповідь щодо завершення земельної реформи : національна доповідь щодо завершення земельної реформи. Київ : Державне видавництво «Аграрна наука» Національної академії аграрних наук, 2015. 48 с.

33. «Біле золото» півдня. Де і як вирощують рис в Україні. *Економічна правда* : веб-сайт. URL: https://bit.ly/3OKqWkJ (дата звернення: 15.05.2022).

УДК 349.6:630(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/47

ПРАВОВІ ЗАХОДИ ВІДТВОРЕННЯ ЛІСІВ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

LEGAL MEASURES FOR FOREST REPRODUCTION UNDER MARTIAL STATUS

Заверюха М.М., к. ю. н.,
доцент кафедри аграрного, земельного та екологічного права
Національний університет «Одеська юридична академія»

Ліси являють собою одне із найцінніших національних багатств України і, окрім економічних функцій, виконують важливі екологічні функції, зокрема: очищення та збагачення повітря киснем, водоохоронні, водорегулюючі, ґрунтозахисні, санітарно-гігієнічні. Тому, саме відтворення лісів, яке здійснюється шляхом відновлення лісів та лісорозведення, є однією із основних цілей лісової галузі. Питання відтворення лісів особливо гостро стоїть під час воєнного стану, адже та шкода, яка завдається діями окупантів, може носити невиправний характер і на відновлення лісової екосистеми (і для тих екосистем, які знаходяться у взаємозв'язку) знадобиться значний час. Окрім того, було завдано шкоду нерухомому та рухомому майну, пошкоджено пристрої та механізми в лісогосподарських підприємствах, завдані збитки, які безпосередньо пов'язані з поверненням лісових екосистем до безпечного ведення в них лісогосподарської діяльності та непрямі збитки (відкладанні у часі), які проявляться згодом.

Мета статті полягає в дослідженні еколого-економічного стану лісів України та правових заходів щодо їх відтворення в умовах воєнного часу. Державна політика України свідчить про розуміння необхідності здійснення невідкладних заходів для охорони лісів з метою збереження їх біологічних, захисних, естетичних та інших властивостей, тому чинне законодавство нині налічує чимало нормативних актів програмного змісту і не тільки, які зобов'язують проводити відтворення лісів.

У статті наведені офіційні статистичні дані щодо стану відтворення лісів в Україні. Так, продовжується озеленення нашої країни, у планах побудувати у 8 областях сучасні селекційно-насіннєві центри, аби збільшити потужності для вирощування посадкового матеріалу на майбутні роки. Враховуючи те, що відтворення лісів проводиться в умовах воєнного стану, та зважаючи на ті труднощі, з якими зіткнулися лісівники, зокрема розмінування тимчасово окупованих територій, ці показники, на нашу думку, є гідними та демонструють високий професіоналізм працівників лісової галузі і громадськості.

Ключові слова: ліс, лісова галузь, лісове законодавство, воєнний стан, відтворення лісів, відновлення лісів, лісорозведення.

Forests are one of the most valuable national treasures of Ukraine and, in addition to economic functions, perform important environmental functions, in particular: purification and enrichment of air with oxygen, water protection, soil protection, sanitation. Therefore, forest reproduction, which is carried out through reforestation and afforestation, is one of the main goals of the forest industry. The issue of reforestation is particularly acute during martial law, as the damage caused by the occupiers can be irreparable for the restoration of the forest ecosystem (and interconnected ecosystems). In addition, real estate and movable property were damaged, devices and mechanisms in forest enterprises were damaged, losses were directly related to the return of forest ecosystems to safe forest management and indirect losses (delays) that will occur later.

The purpose of the article is to research ecological and economic condition of Ukraine's forests and legal measures for their reproduction in wartime. The state policy of Ukraine shows understanding of the need to take urgent measures to protect forests in order to preserve their biological, protective, aesthetic and other properties, so the current legislation now contains many regulations of program content and not only that require reforestation.

The article presents official statistics on the state of forest reproduction in Ukraine. Thus, landscaping of our country continues, there are plans to build modern breeding and seed centers in 8 regions in order to increase the capacity for growing planting material for the coming years. According to the fact that the restoration of forests is carried out under martial law, and given the difficulties faced by foresters, including demining of the temporarily occupied territories, these indicators, in our opinion, are worthy and demonstrate the high professionalism of forest workers and the public.

Key words: forest, forest industry, forest legislation, martial law, forest reproduction, reforestation, afforestation.

Постановка проблеми та актуальність теми. Ліс – невід'ємна складова частина біосфери і являє собою одне із найцінніших національних багатств України. Ліси, окрім економічних функцій, виконують важливі екологічні функції, до яких належать: очищення та збагачення повітря киснем, водоохоронні, водорегулюючі, ґрунтозахисні, санітарно-гігієнічні. Не можливо переоцінити їх здатність до збереження ґрунту від водної та вітрової ерозії, до зменшення поверхневого стоку, підтримання рівня водності рік, поліпшення якості води, регулювання кислотного балансу в атмосфері, завдяки чому підтримується екологічна рівновага, створюються сприятливі умови для життя, відпочинку та господарської діяльності суспільства [1, с. 1]. Тому, важливо, саме в умовах воєнного часу, підтримувати екологічно-стабільний стан навколишнього природного середовища, зокрема шляхом відтворення і відновлення лісового фонду країни.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання правового регулювання відтворення та відновлення лісів були предметом багатьох досліджень на науковому рівні. Зокрема, науковою основою даного дослідження стали праці таких вчених як: В. І. Андрейцева, Г. І. Балюк, А. П. Гетьмана, О. В. Гулак, І. І. Каракаша, М. В. Краснової, П. Ф. Кулинича, Н. Р. Малишевої, А. М. Мірошниченка, В. В. Носіка, В. Д. Сидор, О. В. Степської, Т. Є. Харитонової, О. П. Чопик, М. В. Шульги та ін. Але, на сьогодні, змістовних досліджень стосовно правових заходів відтворення лісів в умовах воєнного часу не проводилось.

Мета статті. Мета статті полягає в дослідженні еколого-економічного стану лісів України та правових заходів щодо їх відтворення в умовах воєнного часу.

Виклад основного матеріалу дослідження. Інтенсивне ведення лісового господарства в Україні у другій половині XX століття зумовило застосування переважно активного, антропогенно-технологічного (з втручанням людини та інтенсивним використанням техніки) підходу до лісовідновлення і лісорозведення. Тому серед способів відтворення лісів (природного, штучного або комбінованого), тривалий час домінувало і продовжує переважати створення лісових культур. Пріоритетним напрямком розвитку лісогосподарської галузі на сьогодні є забезпечення розширеного відтворення лісів. Одночасно з лісовідновленням лісівники систематично працюють над питанням збільшення лісистості.

Ліс є окремим природним об'єктом, має свій правовий режим із певними особливостями, його використання повинне бути раціональним та можливе лише з дотриманням певних умов щодо їх охорони, захисту та відтворення.

Так, в першому Лісовому кодексі незалежної України 1994 р. [2] були присутні норми, які закріплювали поло-

ження про відтворення лісів, підвищення їх продуктивності, лісорозведення. В рамках кодифікації національного природоохоронного законодавства у 2006 р. була прийнята нова редакція Лісового кодексу України [3]. В діючій редакції Лісового кодексу України в главі 14 відтворення лісів розкривається через їх відновлення та лісорозведення, де останні є її складовими частинами. Відповідно до ст. 79 Лісового кодексу України відтворення лісів здійснюється з метою: досягнення оптимальної лісистості шляхом створення в максимально короткі строки нових насаджень найбільш економічно та екологічно доцільними способами і технологіями; підвищення водоохоронних, ґрунтозахисних, санітарно-гігієнічних, інших корисних властивостей лісів і захисних лісових насаджень; поліпшення якісного складу лісів, підвищення їх продуктивності та біологічної стійкості [4]. Основними відмінностями відновлення лісів та лісорозведення, є те, що відновлення лісів здійснюється на лісових ділянках, що були вкриті лісовою рослинністю (зруби, згарища тощо), а лісорозведення, в свою чергу, здійснюється на призначених для створення лісів землях, не вкритих лісовою рослинністю, насамперед низькопродуктивних та непридатних для використання в сільському господарстві (яри, балки, піски тощо), на землях сільськогосподарського призначення, виділених для створення полезахисних лісових смуг та інших захисних насаджень.

Слід відмітити, що у пралісах, квазіпралісах та природних лісах не проводяться заходи з їх відновлення. Ця норма є закономірною, адже це такі природні лісові екосистеми, що не зазнали безпосереднього антропогенного впливу, або в яких відбувся незначний тимчасовий антропогенний вплив, що не змінив природної структури лісостанів, або ж ці зміни є локальними і тимчасовими. Тому проводити заходити стосовно їх відновлення є не доцільним.

Чинне законодавство нині налічує чимало нормативних актів програмного змісту і не тільки, які зобов'язують проводити відтворення лісів. Зокрема, це постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил відтворення лісів» від 1 березня 2007 р. № 303 [5], указ Президента України «Про деякі заходи щодо збереження та відтворення лісів і зелених насаджень» від 4 листопада 2008 р. № 995/2008 [6], указ Президента України «Про деякі заходи щодо збереження та відтворення лісів» від 7 червня 2021 р. № 228/2021 [7], розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Державної стратегії управління лісами України до 2035 року» від 29 грудня 2021 р. № 1777-р [8].

Державна політика України свідчить про розуміння необхідності здійснення невідкладних заходів для охорони лісів з метою збереження їх біологічних, захисних, естетичних та інших властивостей. Відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України від 29 грудня 2021 р., яким схвалена «Державна стратегія управління лісами України до 2035 року», однією із основних цілей є збільшення площі лісів, підвищення стійкості та якості лісів, нарощення екологічного та ресурсного потенціалу лісів.

Слід наголосити про необхідність відтворення лісів сама в умовах воєнного часу, адже в результаті дій окупантів рф, наслідки можуть носити невиправний характер і на відновлення лісової екосистеми знадобиться значний час. Якщо говорити про наслідки, то за даними Міністерства захисту довкілля та природних ресурсів, за три місяці війни 254 зафіксованих випадків екоциду, 1500 фактів знищення екосистем, 13,2 млрд грн шкоди завданої лісництвам, у 45 разів зросла площа лісових пожеж (у порівняні з 2021 роком), 2,5 млрд грн приблизні збитки від окупації зони відчуження, 20 % заповідних територій під загрозою знищення. Внаслідок лісових пожеж було здійснено 180 754 529 т викидів в атмосферу, вони охопили територію 250 477 га, та завдано збитків (знову ж таки приблизно) 693 509 млн грн [9]. Окрім того, було завдано шкоду нерухомому та рухомому майну, пошкоджено пристрої та механізми в лісогосподарських підприємствах, завдані збитки, пов'язані з поверненням лісових екосистем до безпечного ведення в них лісогосподарської діяльності та непрямі збитки (відкладанні у часі), які проявляться згодом.

За офіційною інформацією Державного агентства лісових ресурсів під час війни продовжується озеленення нашої країни, у планах побудувати у 8 областях сучасні селекційно-насіннєві центри, аби збільшити потужності для вирощування посадкового матеріалу на майбутні роки. Так, станом на кінець травня під час весняної висадки підприємства Держлісагентства висадили 116,1 мільйон деревних рослин на площі 16 890,8 га, з яких 1354,7 га – це лісорозведення. Якщо говорити по областях, то приміром у Вінницькій – 3736,6 тисяч штук; Житомирській – 25 741,6 тисяч штук; Львівській – 5691,4 тисяч штук; Одеській – 117,8 тисяч штук; Чернігівській – 7050,7 тисяч штук, Херсонській – 352,3 тисяч штук [10]. Зважаючи на те, що Херсонська область тимчасова окупована, за даними Державного агентства лісових ресурсів України, компанія з відтворення лісів була проведена. Так, південний регіон має специфічні кліматичні умови. Висадка дерев там стартує значно раніше, ніж в усіх інших областях України. Ліси Херсонщини розташовані на Нижньодніпровській арені і здебільшого створені на еолових пісках. Практика вирощування лісових культур показала найкращу приживлюваність лісу в кінці січня – лютому. У цей час, як правило, достатньо вологи та відсутні суховії. Тобто цьогорічні деревні рослини лісівники висадили ще до початку повномасштабного російського вторгнення [11]. Враховуючи, що відтворення лісів проводиться в умовах воєнного стану, та враховуючі ті труднощі, з якими зіткнулися лісівники, зокрема розмінування тимчасово окупованих територій, ці показники, на нашу думку, є гідними та демонструють високий професіоналізм працівників лісової галузі.

7 червня 2021 року був прийнятий Указ Президента України № 228/2021 «Про деякі заходи щодо збереження та відтворення лісів» [7], яким було започатковано з 2021 року реалізацію екологічної ініціативи «Масштабне залісення України». Це досить таки значимий проект, адже у рамках програми Президента «Зелена країна» за 3 роки планується висадити 1 мільярд нових дерев, а вже за 10 років планується збільшити площу лісів України аж на 1 мільйон гектарів. Лісистість нашої країни складає 15,9 % за оптимальних 20 %. До слова, прослідкувати хід реалізації програми «Зелена країна», а також взяти в ній участь можна на сайті https://zelenakraina.gov.ua/ [12]. За офіційними даними Державного агентства лісових ресурсів України, станом на червень місяць 2022 року, незважаючи на військовий стан, за рік реалізації програми «Зелена країна» висаджено 174,8 млн деревних рослин. Приміром, у Житомирській області – 39,7 млн, Київській – 11,3 млн; Луганській – 4,4 млн; Дніпропетровській – 2 млн [13].

Висновки. Вважаємо гарним прикладом діяльність Державного агентства лісових ресурсів України, що навіть в такі складні воєнні часи відтворення, збільшення площі лісів відбуваються відповідно до плану та всупереч загрозам, які є станом на сьогодні. Війна в Україні, це не лише втрати для нашого довкілля, адже всі екосистеми пов'язані. Лісова галузь повинна залишатися стабільною і завдяки діям працівникам лісової галузі і громадськості відтворення лісів відбувається відповідно до плану, незважаючи на виклики сьогодення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Заверюха М. М. Правове регулювання використання та охорони лісів за лісовим та земельним законодавством України : автореф. дис. канд. юрид. наук: 12.00.06 / Нац. ун-т біоресурс. і природокорис. України. Київ, 2017. 21 с.
2. Лісовий кодекс України : Закон України від 21 січня 1994 р. № 3852-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1994. № 17. Ст. 99.
3. Про внесення змін до Лісового кодексу України : Закон України від 08 лютого 2006 р. № 3404-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2006. № 21. Ст. 170.
4. Лісовий кодекс України від 21 січня 1994 р. в редакції від 8 лютого 2006 р. № 3852-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 2006. № 21. Ст. 170.
5. Про затвердження Правил відтворення лісів : постанова Кабінету Міністрів України від 01 березня 2007 р. № 303. *Офіційний вісник України.* 2007. № 16. Ст. 589.
6. Про деякі заходи щодо збереження та відтворення лісів і зелених насаджень : указ Президента України від 04 листопада 2008 р. № 995/2008. *Офіційний вісник Президента України.* 2008. № 45. Ст. 1279.
7. Про деякі заходи щодо збереження та відтворення лісів : указ Президента України від 7 червня 2021 р. № 228/2021. *Урядовий кур'єр.* № 109.
8. Про схвалення Державної стратегії управління лісами України до 2035 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 29 грудня 2021 р. № 1777-р. *Офіційний вісник України.* 2022. № 4. Ст. 256.
9. Дайджест ключових наслідків російської агресії для українського довкілля за 19–25 травня 2022 року : веб-сайт. URL: https://mepr.gov.ua/news/39238.html (дата звернення: 10.06.2022).
10. Лісокультурна кампанія завершена на 99 % : веб-сайт. URL: https://forest.gov.ua/news/lisokulturna-kampaniya-zavershena-na-99 (дата звернення: 10.06.2022).
11. Як ми в цьому році висадили ліс в Херсонській області? : веб-сайт. URL: https://forest.gov.ua/news/yak-mi-v-comu-roci-visadili-lis-v-hersonskij-oblasti (дата звернення: 10.06.2022).
12. Зелена країна : веб-сайт. URL: https://zelenakraina.gov.ua/ (дата звернення: 10.06.2022).
13. За рік реалізації програми Президента «Зелена країна» висаджено 174,8 млн деревних рослин : веб-сайт. URL: https://forest.gov.ua/news/za-rik-realizaciyi-programi-prezidenta-zelena-krayina-visadzheno-1748-mln-derevnih-roslin (дата звернення: 10.06.2022).

УДК 349.6
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/48

ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ЕКОЛОГІЧНОГО ОМБУДСМЕНА В УКРАЇНІ ЯК ВИМОГА ЧАСУ

ESTABLISHMENT OF THE INSTITUTE OF ENVIRONMENTAL OMBUDSMAN IN UKRAINE AS A REQUIREMENT OF TIME

Лагойда Т.В., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри права
Хмельницький національний університет

У статті описано стан наукового дослідження інституту захисту земельних і екологічних прав, окреслено передумови для необхідності посилення їх забезпечення в Україні. Серед них – військові дії, реформи земельного законодавства (відкриття ринку земель) та інші обставинами. Звернуто увагу на впив злочинів росії проти України на стан реалізації та захисту права на екологічну безпеку, екологічну інформацію та на відшкодування екологічної шкоди.

Також на основі даних статистичних досліджень окреслено рівень довіри населення України до омбудсмена в порівнянні з іншими державними інститутами і зроблено висновок, що він має найбільше резервів для розширення своєї діяльності і збільшення її результативності.

Окреслено тенденцію до запровадження спеціалізованих омбудсменів в Україні (Рада бізнес-омбудсмена, радники – уповноважені Президента – з прав дітей, з питань безбар'єрності, з питань учасників бойових дій, з питань Фонду Президента з підтримки освіти, науки та спорту).

Розкрито європейський досвід нормативного регулювання діяльності спеціалізованих омбудсменів (Рада Європи) та його реформування.

Проаналізовано діяльність Уповноваженого Верховної Ради з прав людини в сфері захисту екологічних і земельних прав протягом останніх років через кількість звернень, аналізу щорічних доповідей Уповноваженого Верховної Ради з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні та ін.

Обґрунтовано доцільність запровадження окремого інституту екологічного (природоресурсного) омбудсмена для посилення інституційно-функціонального забезпечення екологічних і земельних прав в Україні. Запропоновано його офіційну назву – Уповноважений з екологічних питань.

Ключові слова: екологічні права, земельні права, забезпечення прав, омбудсмен, Уповноважений Верховної Ради з прав людини.

The article describes the state of scientific research of the Institute for Protection of Land and Environmental Rights, outlines the prerequisites for the need to strengthen their provision in Ukraine. Among them – military action, reforms of land legislation (opening of the land market) and other circumstances. Attention is drawn to the impact of Russia's crimes against Ukraine on the state of implementation and protection of the right to environmental safety, environmental information and compensation for environmental damage.

Also, the new data from statistical surveys outline the level of trust of the population of Ukraine in the ombudsman in comparison with other state institutions and concluded that he has the most reserves to expand its activities and increase its effectiveness.

The tendency to introduce specialized ombudsmen in Ukraine is outlined (Business Ombudsman Council, advisers to the President – on children's rights, on barriers, on participants in hostilities, on the President's Fund for Education, Science and Sports).

The European experience of normative regulation of the activities of specialized ombudsmen (Council of Europe) and its reform is revealed.

The activity of the Verkhovna Rada Commissioner for Human Rights in the field of environmental and land rights protection in recent years is analyzed through the number of appeals, analysis of annual reports of the Verkhovna Rada Commissioner for Human Rights on the state of observance and protection of human and civil rights and freedoms in Ukraine.

The expediency of introducing a separate institute of environmental (natural resources) ombudsman to strengthen the institutional and functional support of environmental and land rights in Ukraine is substantiated. Its official name is proposed – the Commissioner for Environmental Affairs.

Key words: environmental rights, land rights, enforcement of rights, ombudsman, Verkhovna Rada Commissioner for Human Rights.

Конвергація природоресурсного законодавства України до законодавства ЄС, посилення антропогенного впливу на довкілля і, як наслідок, зазіхання на екологічну безпеку і, зрештою, бойові дії, які ведуться на території нашої держави, вимагають посиленої уваги до еколого-правового статусу людини і громадянина.

Право на екологічну безпеку як фундаментальне життєво забезпечувальне право в сучасних умовах постійно перебуває під загрозою порушення. Масштаб наслідків від злочинів росії проти довкілля України на даний момент навіть неможливо оцінити. Особливе занепокоєння викликає неможливість отримати, перевірити і відреагувати на інформацію про лиха та аварії на тимчасово окупованих територіях. Потребує належної реалізації під час війни і право на екологічну інформацію. Зокрема, є запит суспільства на забезпечення вільного доступу до даних про радіаційний фонд на атомних електростанціях і навколо них. Після завершення активних бойових дій активізується і реалізація права на відшкодування екологічної шкоди.

Окрім цього, земельна реформа в Україні вийшла на новий рівень і Верховна Рада 31 березня 2020 року прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення», давши «старт» ринку землі з 1 липня 2021 року [1]. Як і будь-яке законодавче нововведення, втілення даних правових норм зіткнеться з безліччю проблем, викликаних відсутністю практики їх реалізації. До того ж земельне, як і екологічне, законодавство і його застосування завжди були складними для розуміння громадянами. Тому так важливе гарантування прав власників та користувачів земельних ділянок (усіх видів використання та форм власності), а їх налічується 25,2 млн осіб, серед яких 6,9 млн – власники земельних часток (паїв) [2] та осіб, що зазнали порушення екологічних прав.

Питання захисту екологічних і земельних прав знаходиться в центрі дослідницької уваги ряду науковців, зокрема, В. І. Андрейцева, Г. В. Анісімової, А. П. Гетьмана, М. В. Краснової, В. В. Носіка, М. О. Фролова, Ю. С. Шемшученка, М. В. Шульги та інших. Інститут омбудсмену викликав науковий інтерес, що втілився в працях Ю. Г. Барабаша, К. О. Закоморної, О. О. Майданник, О. В. Марцеляка, Н. С. Наулік та інших вчених.

Мета роботи – охарактеризувати роль омбудсмена в механізмі захисту екологічних і земельних прав і сво-

бод в Україні і окреслити бачення перспектив розвитку і трансформації даного інституту.

У дослідженні застосовано загальнонаукові методи пізнання, аналізу і синтезу, індукції, дедукції, порівняння, системного підходу для виявлення особливостей формування інституту омбудсмена в Україні, а також аналітико-статистичні методи для з'ясування активності діяльності даної посадової особи в сфері захисту екологічних і земельних прав та резервів для її збільшення.

Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» (ст.ст. 10, 11) та Земельний кодекс України (розділ V) закріплюють основи системи гарантування екологічних і земельних прав [3; 4]. Для їх реалізації громадянину слід звернутися до однієї з інституцій, в компетенції якої знаходиться вирішення спірного питання, а це: правоохоронні органи (зокрема, поліція та прокуратура), суди, органи місцевого самоврядування, Уповноважений Верховної Ради з прав людини (омбудсмен) та ін. Кожна з вищевказаних інституцій може розглянути та вирішувати конкретні правові спори, але їх діяльність не спрямована на узагальнення практики та усунення причин порушення прав та свобод. Такі можливості має тільки Уповноважений Верховної Ради з прав людини, що витікає з його прав, які закріплені ст. 13 профільного Закону України [5].

Аналіз соціологічних досліджень, проведених соціологічною службою Центру Разумкова (жовтень 2020 р.) показує порівняно високу довіру до омбудсмена з боку громадян (баланс «довіри – недовіри» – 4,4). До прикладу, той самий показник у судової системи в цілому – 65,0, а в прокуратури – 61,2 [6]. Аналогічне дослідження в липні – серпні 2021 р. вже для Уповноваженого з прав людини показує баланс «довіра – недовіра» – 8,4, а судова система отримала показник – 58,7, прокуратура – 53,3, а державний апарат в цілому – 60,8 [7].

Отже, омбудсмен має найбільше резервів для розширення своєї діяльності і збільшення її результативності. Саме тому згідно із Стратегічними напрямами діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини на 2020 рік, Секретаріатом Уповноваженого здійснюється моніторинг дотримання прав громадян під час проведення земельної реформи, а в тому ж документі на 2021 рік – моніторинг додержання соціальних прав громадян в умовах реформ, а на 2022 рік – моніторинг додержання екологічних прав людини органами державної влади та місцевого самоврядування у сфері права на безпечне атмосферне повітря та поводження з відходами [8].

Загалом останні роки в Україні прослідковується тенденція до запровадження спеціалізованих омбудсменів. На даний момент їх налічується три: Рада бізнес-омбудсмена, радники – уповноважені Президента – з прав дітей, з питань безбар'єрності, з питань учасників бойових дій, з питань Фонду Президента з підтримки освіти, науки та спорту. Також була спроба створити інститут Уповноваженого з медичних питань [9]. Цьому сприяє і міжнародне законодавство.

У 1985 році Комітет міністрів Ради Європи прийняв Рекомендацію CM/Rec(85)13 про інститут омбудсмена. Зважаючи на його значний розвиток в Європі і за її межами за останні 30 років, Кабінет Міністрів Ради Європи доручив Керівному комітету з прав людини переглянути вищезгаданий документ. Нова Рекомендація CM/Rec(2019)6 Комітету міністрів державам-членам про розвиток інституту омбудсмена була прийнята 16 жовтня 2019 року. Їй передувало прийняття Венеціанською комісією Принципів захисту і просування інституту омбудсмена, відомих як «Венеціанські принципи». В п. 4 яких зазначено: «Вибір моделі (єдиний омбудсмен чи безліч омбудсменів) залежить від державної організації, її особливостей і потреб. Інститут омбудсмена може бути організований на різних рівнях і з різною компетенцією» [10].

Цікавим є досвід приватних підприємств, які піклуються про довкілля і вводять в штат посади, в обов'язки яких входять виключно екологічні питання. Зокрема, металургійний комбінат «АрселорМіттал Кривий Ріг» нещодавно призначив екологічного омбудсмена, який відповідатиме за реалізацію оновленої екологічної стратегії компанії, взаємодію з еко-спільнотою, план декарбонізації «АрселорМіттал Кривий Ріг» і увесь спектр завдань, які стосуються адаптації підприємства до європейських вимог зменшення промислового навантаження на навколишнє середовище [11] Хоча до формулювання назви посади є деякі питання, але загалом такі приклади показують запит суспільства на реформування інституційного забезпечення захисту екологічних прав.

Вищенаведене підтверджується і фактом подання в червні 2020 року електронної петиції на офіційне інтернет-представництво Президента України «Про запровадження в Україні інституту екологічного омбудсмена», в якій зазначено, що інститут екологічного омбудсмена нині існує більше ніж у 50 країнах світу і суттєво підвищує ефективність функцій із захисту довкілля. Його завдання не просто стежити за дотриманням екологічних прав громадян і оперативно реагувати на їх порушення, але й здійснювати відповідні превентивні заходи, сприяти виконанню природоохоронних зобов'язань суб'єктами господарювання, організаціями та установами, дотриманню норм екологічного законодавства [12].

Отже, можна вирішити питання посилення гарантування і захисту екологічних і земельних прав громадян інститутом омбудсмена в Україні шляхом реформування існуючої моделі чи створення нової.

На даний момент Уповноважений Верховної Ради з прав людини має сім представників, представника з земельних чи екологічних питань немає. Їх віднесено до повноважень представника з дотримання соціальних та економічних прав. Однак, після запровадження ринку землі і у зв'язку із вторгненням росії в Україну є велика ймовірність перевищення кількості звернень щодо порушення екологічних і земельних прав та спроможності існуючої системи їх захисту.

Аналіз звітної інформації про діяльність даної посадової особи в сфері захисту екологічних і земельних прав дає не дуже втішні результати. Протягом 2018–2020 років до Уповноваженого надійшло 611 звернень щодо порушень прав громадян у сфері довкілля [13, с. 12]. Певне зростання активізації громадян щодо захисту своїх природоресурсних прав спостерігається, однак для другої за площею в Європі країни з великою кількістю екологічних проблем і викликів, такі показники звернень за захистом є вкрай низькими. Причин можна назвати багато, але, на наш погляд, найбільш впливовими є низький рівень в населення правової освіти загалом і екологічної зокрема, неготовність захищати свої екологічні права та інтереси.

Згідно ст. 18 Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради з прав людини» одним із його завдань є представлення Верховній Раді України щорічних і спеціальних доповідей про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні [5]. Протягом останніх трьох років спеціальних доповідей, що стосувались питань довкілля, не було. В щорічній доповіді Уповноваженого Верховної Ради з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2021 рік приділено увагу лише одному екологічному праву – на безпечне для життя і здоров'я довкілля. Згідно нього у звітному році до Уповноваженого звернулося 477 громадян про порушення їхнього права на безпечне для життя та здоров'я довкілля. Уповноваженим здійснено 36 моніторингів додержання екологічних прав людини у сфері поводження з відходами, а також додержання права на безпечне для життя та здоров'я атмосферне повітря. Також закцентовано увагу на порушеннях

права громадян на отримання у власність земель сільськогосподарського призначення та розпорядження ними в умовах реформи децентралізації [14]. Бажає кращого і висвітлення роботи Уповноваженого з даного напрямку питань на його офіційному сайті.

Всі ці факти наштовхують на думку про доцільність ведення мови про радикальний спосіб покращення інституційного забезпечення захисту екологічних та земельних прав громадян шляхом створення окремого екологічного (природоресурсного) омбудсмена. Офіційно назва посади могла б звучати як Уповноважений з екологічних питань.

Для цього потрібно розробити і прийняти окремий нормативно-правовий акт, де б було закріплено основні засади та гарантії діяльності Уповноваженого з екологічних питань, вимоги до особи, що претендує на дану посаду, основні завдання і повноваження даної посадової особи, організаційне, інформаційно-довідкове та інше забезпечення діяльності Уповноваженого.

Запровадження такого інституту посилить управлінський вплив на природоресурсні правовідносини, покращить інституційно-функціональне забезпечення екологічних і земельних прав, сприятиме підвищенню правової культури і екологічної свідомості громадян.

Посилення захисту екологічних і земельних прав громадян має відбуватися, перш за все, через удосконалення роботи існуючих інституцій, що мають на це відповідні повноваження, а також за допомогою чіткого законодавчого регулювання даних правовідносин. Але, зважаючи на вибір Україною моделі запровадження спеціалізованих омбудсменів, а також на те, що «забезпечення екологічної безпеки і підтримання екологічної рівноваги на території України, подолання наслідків Чорнобильської катастрофи – катастрофи планетарного масштабу, збереження генофонду Українського народу є обов'язком держави» (ст. 16 Конституції України), «земля є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави» (ст. 14 Конституції України) [15], запровадження окремого інституту екологічного (природоресурсного) омбудсмена є виправданим та актуальним.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення : Закон України від 31 березня 2020 року № 552-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 20. Ст. 142.
2. Поліводський О. Земельний омбудсмен: за яких умов він захистить права пайовиків. URL: https://voxukraine.org/zemelnij-ombudsmen-za-yakih-umov-vin-zahistit-prava-pajovikiv/ (дата звернення: 01.06.2022).
3. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25.06.1991 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1991. № 41. Ст. 546.
4. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2002 року № 2768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3. Ст. 27.
5. Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини : Закон України від 23 грудня 1997 року № 776/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1998. № 20. Ст. 99.
6. Оцінка громадянами ситуації в країні, рівень довіри до соціальних інститутів та політиків, електоральні орієнтації громадян (жовтень-листопад 2020 р.). URL: https://razumkov.org.ua/napriamky/sotsiologichni-doslidzhennia/otsinka-gromadianamy-sytuatsii-v-kraini-riven-doviry-do-sotsialnykh-instytutiv-ta-politykiv-elektoralni-oriientatsii-gromadian-zhovten-lystopad-2020r (дата звернення: 06.06.2022).
7. Довіра до інститутів суспільства та політиків, електоральні орієнтації громадян України (липень-серпень 2021 р.). URL: https://razumkov.org.ua/napriamky/sotsiologichni-doslidzhennia/dovira-do-instytutiv-suspilstva-ta-politykiv-elektoralni-oriientatsii-gromadian-ukrainy (дата звернення: 06.06.2022).
8. Стратегічний план діяльності. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. URL: https://ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/docs/strategichnij-plan-diyalnosti.html (дата звернення: 08.06.2022).
9. Проект Закону про Уповноваженого з медичних питань. URL: ttps://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/26367 (дата звернення: 10.06.2022).
10. Принципи захисту і просування інституту омбудсмена («Венеціанські принципи»), прийнято Венеціанською комісією на 118-й пленарній сесії (Венеція, 15–16 березня 2019 року). URL: https://boi.org.ua/upload/wn/sr/ombudsman%20principles_ukr.pdf (дата звернення: 10.06.2022).
11. «АрселорМіттал Кривий Ріг» призначив екологічного омбудсмена. URL: https://eba.com.ua/arselormittal-kryvyj-rig-pryznachyv-ekologichnogo-ombudsmena/ (дата звернення: 14.06.2022).
12. Про запровадження в Україні інституту екологічного омбудсмена. URL: https://petition.president.gov.ua/petition/98272 (дата звернення: 14.06.2022).
13. Аналітичний звіт з дотримання екологічних прав громадян: ГО «АНТС», МБО «Екологія – Право – Людина», 2021. 51 с.
14. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні за 2021 рік. URL: https://www.ombudsman.gov.ua/storage/app/media/uploaded-files/schoricha-dopovid-2021.pdf (дата звернення: 15.06.2022).
15. Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141.

УДК 349.6
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/49

ПРАВОВІ ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ОФШОРНИХ ВІТРОЕЛЕКТРОСТАНЦІЙ В УКРАЇНІ

LEGAL PROSPECTS OF OFFSHORE WIND POWER STATIONS DEVELOPMENT IN UKRAINE

Павлига А.В., аспірантка кафедри аграрного, земельного та екологічного права
Національний університет «Одеська юридична академія»

На даному етапі розвитку вітрова електрогенерація є пріоритетним напрямком відновлюваної енергетики. Бізнес зацікавлений у реалізації попиту, а влада – у виконанні кліматичних цілей. Разом з цим, сектор офшорної, тобто, морської, вітрогенерації лише починає розвиватися, і, попри це, на нього вже покладаються великі надії в силу місця та умов роботи офшорних вітроелектростанцій. В Україні відновлювана енергетика знаходиться лише на світанку свого розвитку. Тим не менше, за експертними оцінками, українське Чорне море, його узбережжя володіють одним з найбільших у Європі потенціалів видобутку офшорної електрики з енергії вітру. У зв'язку з цим, а також за нагальної потреби зменшення/ліквідації залежності від імпортних енергоносіїв, українська держава зацікавлена в розвитку офшорної вітрогенерації, що й стало предметом нашого дослідження з юридичної точки зору. У даній статті ми аналізуємо закордонний досвід впровадження офшорних вітроелектростанцій (ВЕС), їх правове регулювання. Потім ми проводимо характеристику наявного в Україні законодавства, яке застосовне до побудови та експлуатації офшорних ВЕС. У зв'язку з цим, ми надаємо рекомендації, вказуємо на недоліки українського законодавства, які мають бути виправлені з метою сприяння розвитку офшорної вітроенергетики в Україні. Зроблено висновок, що нормативно-правове регулювання офшорних ВЕС на сьогодні як таке в Україні відсутнє, однак, існують норми, присвячені вітровій електрогенерації загалом, альтернативним джерелам енергії, екологічним вимогам до будови й роботи ВЕС тощо. У зв'язку з цим, вказано на приклади з іноземного досвіду законодавчого супроводу розбудови офшорних ВЕС та шляхи вдосконалення українського законодавства в цьому напрямі. Зокрема, наголошується на прийнятті національного плану розбудови офшорної енергетики до 2050 року, в якому будуть зазначені етапи реалізації програми, її цілі, суб'єкти відповідальності, способи та обсяги залучення коштів.

Ключові слова: альтернативна енергетика, відновлювані джерела енергії, офшорні ВЕС, оцінка впливу на довкілля, енергія вітру, зелений тариф, Конвенція ООН про морське право 1982 року, еколого-правові вимоги.

Wind power generation is a priority area of renewable energy nowadays. Businesses are interested in meeting the demands of the public as governments are interested in meeting climate policy goals. At the same time, the offshore wind energy generation sector is just at the beginning of development. Despite that, great hopes are already placed on it due to the location and operating conditions of offshore wind farms. In Ukraine, renewable energy is only at the dawn of its development. Nevertheless, according to expert estimates, the Ukrainian Black Sea and its coasts have one of the largest potentials in Europe for the production of offshore electricity from wind energy. In this regard, as well as the urgent need to reduce/eliminate dependence on imported energy, the Ukrainian state is interested in the development of offshore wind generation, which is the subject of this study (from a legal point of view). In this article, we analyze the foreign experience of implementing the legislation on offshore wind farms (OWFs). We characterize the existing legislation in Ukraine, which is applicable to the construction and operation of offshore wind farms. We provide recommendations and point out the shortcomings of Ukrainian legislation that need to be corrected in order to promote the development of offshore wind energy in Ukraine. It is concluded that there is no legal regulation of OWFs in Ukraine today like it exists in other countries, however, there are rules on wind power particularly and alternative energy sources in general, along with environmental requirements for the construction and operation of wind farms, and more. In this regard, we indicate examples from the foreign experience of legislative support for the development of OWFs and ways to improve Ukrainian legislation in this area. In particular, we emphasize on the adoption of a national plan for the development of offshore energy until 2050, which will specify the stages of implementation of the program, its objectives, subjects, and their duties, responsibilities, methods and amounts of funding.

Key words: alternative energy, renewable energy sources, offshore wind farms, environmental impact assessment, wind energy, green energy/tariff, UN Sea Law Convention 1982.

Вступ. Для дослідників особливий інтерес становлять процеси трансформації природи та суспільства. Одним з них прямо зараз є перехід на зелену енергетику, яка буде «дружньою» (climate-friendly, safe green energy) по відношенню до навколишнього середовища. У зв'язку з цим, інтерес як інвесторів, так і законодавців, становлять відновлювані джерела енергії. Провідними з них є вітрова енергогенерація, увага до якої продовжує зростати. Процес її освоєння на інституційному рівні почав активно розвиватися в 70-х рр. XX ст. [1, с. 8]. Головним чином це було пов'язано з цінами на нафту та усвідомленням вичерпності вугілля та газу [2, с. 3]. У 90-х рр. до цього додалася тривожність стосовно глобального потепління через викиди парникових газів. Нині вітрова енергогенерація є авангардом зеленої енергетики.

Енергетична безпека також є політичним питанням. Дискусії стосуються того, який вид енергогенерації є оптимальним, хто є експортерами, як не стати енергозалежними від такого експорту та мати конкурентоспроможний ринок електричної енергії [1, с. 8]. Маючи відповіді на такі запитання, до компетенції держави належить формулювання завдань, які мають бути виконані в рамках енергетичної політики.

Механізм роботи ВЕС простий для пояснення. За допомогою установки вітрової електрогенерації шляхом обертання її лопатей кінетична енергія вітру перетворюється в електричну і далі йде за технологічним ланцюгом до свого кінцевого споживача [3, с. 4]. Чим більша потужність установки, сила вітру та розмах лопатей, тим більше енергії можна отримати [3, с. 4].

У наш час іноземні держави досягли значних успіхів у вітровій енергетиці. Наприклад, у 2018 році частка вітрової від загального обсягу енергогенерації в Данії склала 41 %, в Ірландії – 27 %, Португалії – 24 %, Німеччині – 21 % [1, с. 8]. У 2020 році найбільшими країнами за видобутком електрики з вітру стали США та КНР, які разом встановили 75 % нових енергоустановок від загального річного обсягу [4]. Їм також належить понад половина вітроенергетичних потужностей в світі.

Обсяг сумарних потужностей ВЕС світу продовжує невпинно зростати. За даними GWEC, у 2020 році вдалося сумарно досягнути 743 ГВт потужності, що на 53 % більше порівняно з попереднім роком [4]. Експерти під-

тверджують, що ця тенденція продовжиться в майбутньому і ринок вітрової електроенергії буде розширюватися. Наприклад, у 2022 році в США планується встановити 27 ГВт нових потужностей, а обсяг інвестицій в галузь ВДЕ складе $14 млрд [4]. Разом із цим, для досягнення нульових викидів парникових газів до 2050 року темпи розбудови вітроенергетичної інфраструктури мають прискоритися втричі впродовж цього десятиліття, чого наразі досягти не вдалося [4].

Вітрові електростанції будуються не тільки на суходолі, але й на морі. Такі ВЕС називають офшорними (від англ. *offshore, off the shore* – «від берега»). Вони мають свої переваги. Наприклад, морський вітер характеризується більшою силою та стабільністю ніж наземний [5, с. 24]. Крім цього, знижується вплив на навколишнє середовище, змінюються фактори, на які необхідно зважати, наприклад, охорона культурного фонду, нормального функціонування людської життєдіяльності, дотримання земельних та житлових інтересів громадян при побудові ВЕС. Разом із цим, зростають витрати на проектування, експлуатацію та ремонт ВЕС на морі.

У 2020 році було введено в експлуатацію 6,1 ГВт потужностей офшорних ВЕС [4]. Половину з них встановив Китай. В Європі першість серед офшорних ВЕС належить Нідерландам. На початок 2021 року загальна потужність офшорної вітрогенерації склала 35 ГВт, що становить 4,8 % вітрогенерації [6, с. 6]. За даними GWEC, до 2025 року встановлення офшорних ВЕС має збільшитися в чотири рази [6, с. 9]. За 2019 рік інвестиції в цю галузь обігнали вкладення в офшорні нафту та газ [6, с. 10].

Отже, вітрова енергетика дійсно є актуальним та перспективним напрямком досліджень, оскільки ця галузь швидко розвивається і має за мету глобальні кліматичні та енергетичні цілі в контексті сталого розвитку. Оскільки саме офшорним ВЕС зазвичай приділяється менше уваги, у цьому дослідженні ми зосередилися на характеристиці правового регулювання, яке стосується вимог до будівництва та експлуатації цього виду вітрогенерації.

Постановка проблеми. Актуальність і важливість дослідження «зелених» джерел енергії обумовлена не тільки економічною вигодою. Дана проблематика стосується змін клімату та нашого майбутнього, безпечного навколишнього середовища наступних поколінь. Генерація електричної енергії з вітру є пріоритетним напрямком розвитку енергетичного сектора України на шляху до енергетичної стабільності, ефективності, незалежності та сталого розвитку. Водночас, правовій базі для такого процесу бракує деяких положень, які існують закордоном. Особливо це стосується функціонування офшорних вітрових електростанцій. У цій статті ми досліджуємо правове регулювання їх будівництва та функціонування на основі норм національного та іноземного законодавства з метою встановлення перспективних шляхів його розвитку.

Мета. Головним завданням статті є встановлення перспектив законодавчого забезпечення розвитку офшорної вітроенергетики в України на основі аналізу сучасної нормативно-правової бази, іноземних юридичних прикладів та практичних матеріалів, визначити на основі цього аналізу перспективи її розвитку з юридичної точки зору.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням правового регулювання вітрової енергетики в Україні присвятили свої праці такі дослідники та вчені як Х. А. Григор'єва, І. І. Дороніна, К. М. Караханян, С. О. Кудря, М. М. Кузьміна, М. М. Кулик, М. О. Платонова, Т. Є. Харитонова, І. Є. Чумаченко, Г. І. Шматько та інші. Водночас спеціальних досліджень правового регулювання функціонування саме офшорних вітрових електростанцій в Україні наразі в юридичній літературі бракує, що і стало поштовхом для написання даної роботи.

Виклад основного матеріалу. Характеристику юридичних перспектив побудови офшорних ВЕС в Україні слід розпочати з актів міжнародного права. Наприклад, Україна має право на побудову офшорних ВЕС як прибережна держава в рамках Конвенції ООН з морського права від 10 грудня 1982 року [7], що також надає їй суверенне право на побудову та експлуатацію об'єктів вітрової енергетики в морі у виключній економічній зоні та на континентальному шельфі (ст. 56, 60, 80).

Територіальні води України в Чорному морі дорівнюють 12 морських миль (22,2 км) завширшки вздовж узбережжя [8, с. 199]. Виключна економічна зона складає 200 морських миль від берегової лінії. Різниця в їх юридичному статусі полягає в тому, що на територіальні води поширюється повний суверенітет України, в той час як на виключну економічну зону – деякі суверенні права, наприклад, ведення господарської діяльності, рибальства.

Виключна (морська) економічна зона має на увазі суверенне право України на здійснення економічної активності шляхом побудови та експлуатації офшорних ВЕС (ст. 56 [7], ст. 4 [9]).

Із тлумачення норм ст. 60 Конвенції [7] слідує, що іншим суб'єктам гарантовано право на судноплавство, повітряний рух, прокладку кабелів та трубопроводів у виключній економічній зоні. Інші держави, юридичні особи, міжнародні організації, якщо хочуть будувати ВЕС у виключній економічній зоні України, зобов'язані отримати на це дозвіл.

Суб'єкти використання офшорних ВЕС мають вжити заходів безпеки по повідомленню суб'єктів судноплавства про наявність офшорної ВЕС у виключній економічній зоні [ч. 3 ст. 60 [7], [9]). Офшорні вітрові електростанції можуть бути оточені зоною безпеки, яка не може перевищувати 500 м від зовнішнього краю кожного з об'єктів, якщо це вітровий парк, і 500 м у радіусі, якщо це одна електростанція (ч. 4 ст. 60 [7]). Якщо міжнародним актом встановлено інший розмір безпечної зони, застосовується норма цього акту. Офшорні об'єкти енергетики і зони безпеки, які їх оточують, не можуть розміщуватися як перешкода на шляхах, які мають істотне значення для міжнародного судноплавства (ч. 7 ст. 60 [7]). На думку С. Д. Білоцького, це не означає перевагу свободи судноплавства над побудовою офшорних ВЕС, а є лише умовою дотримання безпеки на морі [8, с. 101].

Експлуатація вітрових установок зобов'язує суб'єктів утримувати їх в належному стані. Після закінчення використання їх має бути усунуто з морського простору в найкоротший термін з урахуванням інтересів суб'єктів рибальства, охорони довкілля, інших держав та організацій.

Прибережна держава володіє суверенним правом на розвідку та розробку свого континентального шельфу (ст. 77 [7]). Водночас, держава будь-якого прапору може вести роботи на континентальному шельфі, якщо надано дозвіл прибережної країни (ч. 1 ст. 58, 79 [7]). Остання має право втрутитися в прокладення кабелю, якщо це загрожує її природним ресурсам і розробці континентального шельфу (ч. 2 ст. 79 [7]). Немає обмежень по прокладці по дну відкритого моря за межами континентального шельфу кабелів, якщо це відповідає нормам Конвенції (ч. 1 ст. 112 [7]).

На офшорні ВЕС, побудовані на континентальному шельфі, поширюється правовий статус ВЕС у виключній економічній зоні (ст. 80, 60 [7]).

У відкритому морі всі держави можуть будувати офшорні ВЕС (п. 1 ст. 87 [7], [8, с. 199; 10, с. 175–76].

Правовий режим Азовського моря та Керченської протоки регулюється Договором між Україною та Російською Федерацією про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки від 24 грудня 2003 року [11]. Серед дослідників справедливо лунає критика стосовно доцільності дії цього договору, оскільки він не відповідає національним інтересам нашої держави. Наприклад, А. Л. Чернявський наполягає на розірванні

договору [12, с. 90], а І. Панченко вказує, що російська сторона блокує переговори, вважаючи все Азовське море своїми внутрішніми водами [13, с. 336]. На думку О. М. Романухи, ці дії є продовженням окупації та переслідують мету захоплення української акваторії Азовського моря [14, с. 101]. Отже, денонсація договору, який, очевидно, не відповідає сучасним викликам розвитку української державності внаслідок збройної агресії Росії проти України, має бути спрямована на забезпечення виконання норм міжнародного морського права та притягнення РФ до відповідальності за його порушення.

Українське законодавство стосовно вітрової енергетики є частиною правового регулювання відновлюваних джерел енергії [15, с. 124]. Вітер є відновлюваним джерелом енергії згідно із Законом [16] (ст. 1). Під вітровою електростанцією розуміється єдиний об'єкт для генерації електроенергії з кінетичної енергії вітру (ст. 3). Державна політика в сфері альтернативної енергетики ґрунтується на принципі охорони довкілля (екологічності). Підготовка та будівництво обов'язково мають передбачати вплив на навколишнє середовище (ст. 10). Експлуатація альтернативних джерел енергії регулюється урядом України (ст. 11, 12).

Робота вітрових електростанцій має вплив на навколишнє середовище, через що перед її побудовою має проводитися оцінка впливу на довкілля. За загальними міркуваннями, вплив залежить від таких факторів як міграційні шляхи тварин, флора та фауна.

Побудова та експлуатація має відповідати вимогам законодавства про оцінку впливу на довкілля (ОВД), екологічній безпеці людей, тварин, рослин (51, 52 Закону [17]). ОВД [18] є частиною процедури проєктування об'єктів будівництва та отримання дозволу на виконання будівельних робіт. За загальним правилом, ВЕС належать до об'єктів з класом наслідків СС2 (середній), що означає, що вони обов'язково проходять ОВД для отримання дозволу на будівництво. Це пояснюється тим, що, якщо ВЕС має дві турбіни або вища за 50 м, вона підлягає ОВД [18]. Оскільки зараз вітрові електростанції стають вищими, а будувати один маленький вітряк нерентабельно, більшість сучасних видів підлягатимуть обов'язковій оцінці впливу на довкілля, оскільки це буде або вітровий електропарк середньої або низької висоти, або одна велика енергоустановка вища 50 м. Для прикладу, сучасні одиничні ВЕС можуть сягати чверті кілометра [19]. Розмах лопатей забезпечує більшу генерацію електричної енергії. Крім цього, в США на 2020 рік середня висота наземних вітряків становила 90 м; офшорних (станом на 2016 рік) – 100 м [20]. Втім, це не виключає можливості будівництва малої ВЕС класу наслідків СС1 в принципі, яка не потребує обов'язкової оцінки, однак, сучасні тенденції свідчать, що це скоріше «енергетичний рудимент», оскільки такі ВЕС, особливо одиничні, виявилися нерентабельними та неефективними.

В Україні економіко-правове стимулювання виробництва електроенергії з вітру відбувається за допомогою встановлення зеленого тарифу, надбавки до нього, аукціонної ціни на українське обладнання (5–20 % частки обладнання укр. виробництва від загального обсягу), податкових, митних пільг на імпорт матеріалів для будівництва ВЕС, прокладки кабелів [15, с. 127]. Зелений тариф діє стосовно закупівлі енергії, виробленої на ВЕС. Встановлення тарифу віднесено до компетенції НКРЕКП[1] [21].

У наш час спостерігається перехід від державного «патронату» зеленої енергетики до конкурентного середовища на ринку ВДЕ, що, однак, супроводжується серйозною критикою з боку експертного середовища. Зокрема, вказується, що зниження тарифів призведе до зменшення надходжень до бюджету, збільшення державних боргів, неприпустимого кредитування природних монополістів на ринку електроенергії [22].

На думку Е. Ю. Рибнікової, недотримання владою даних бізнесу обіцянок негативно впливає на розвиток ринку альтернативної енергетики в Україні [23, с. 64]. М. О. Платонова, в свою чергу, вказує, що наразі в Україні спостерігається нестабільність правового забезпечення дії зеленого тарифу, що неоднозначно сприймається учасниками ринку ВДЕ [15, с. 127].

Досвід інших. У США один із найпотужніших рухів за збереження довкілля та проти кліматичних змін. Блок-Айленд, перша офшорна ВЕС США, працює з 2016 року. Штати Масачусетс та Род-Айленд вважаються одними з перспективним по впровадженню зеленої енергії вітру [24, с. 246–247]. Кліматична адженда перебуває в пріоритеті 46-го Президента Джозефа Байдена, який посприяв виділенню додаткових 17,4 млн дол. фінансування на інноваційні проекти офшорної енергетики в 2022 році [25].

Система управління офшорною енергетикою в США є складною та розгалуженою внаслідок форми державного устрою. Федеральна комісія з регулювання енергетики (FERC) завідує видачею дозволів на побудову офшорних ВЕС в межах 3 миль від берега [25]. Бюро управління океанською енергією (BOEM) регулює проекти, які знаходяться далі (на зовнішньому континентальному шельфі). Два відомства знаходяться в тісній співпраці.

BOEM планує реалізувати як мінімум сім нових проектів побудови офшорних ВЕС на різних ділянках вздовж Атлантичного, Тихого океану, Мексиканської затоки, до 2025 року [26]. Закон про енергетичну політику 2005 року дозволив BOEM заключати договори оренди, сервітути на розробку шельфу під офшорні ВЕС. Суб'єкти господарювання, які бажають виконати проєкт побудови, мають діяти відповідно до Закону NEPA [27]. Зони під будівництво офшорних ВЕС у США підлягають оцінці впливу перед їх аукціоном. Процедура ОВД включає обов'язкове громадське обговорення.

Додаткову інформацію щодо регулювання офшорних ВЕС у США можна знайти у Довіднику [28].

У Німеччині діють відповідні закони в секторі офшорної вітрогенерації, серед яких закони про відновлювані джерела енергії, про вітроенергетику, про розширення електромережі [29]. Головним органом влади в цьому аспекті є Федеральне морське і гідрографічне агентство, яке взаємодії з Адміністрацією морських шляхів та судноплавства.

14 січня 2021 року Польща ухвалила свій перший закон про офшорну вітрову енергетику [30; 31]. У цілях державної програми розбудови морської вітроенергетики – 28 ГВт потужності до 2050 року. Перші об'єкти планується ввести в експлуатацію в 2025 році. Нарешті, Закон вносить зміни до адміністративного судочинства. Закон спрощує процесуальні моменти щодо отримання дозволів на будівництво офшорних ВЕС [30; 31]. Встановлюється запобіжник для залишення договорів в силі, якщо деякі ланки забезпечення будівництва не будуть відповідати вимогам, щоб робітники могли продовжувати проект. Рішення про геологічні роботи та документацію підлягатимуть негайному виконанню. За експертними оцінками, польська програма морської вітроенергетики здатна залучити 29 млрд євро інвестицій та забезпечити робочими місцями до 10 тис. осіб.

У Великій Британії за офшорну енергетичну стратегію відповідає Department for Business, Energy & Industrial Strategy (BEIS). Marine Management Organisation (MMO) відповідає за розробку планів будівництва на морі. Crown Estate в рамках цього підрозділу надає дозволи на будівництво ВЕС на морі [29, с. 15]. Діє Меморандум про взаєморозуміння [32] між різними департаментами уряду, наприклад, охорони здоров'я, довкілля, берегової охорони, органу розслідування аварій на морі.

[1] Національна комісія регулювання енергетики та комунальних послуг.

У Данії розбудовою вітрової енергетики займається Датське Енергетичне Агентство (DEA). До його відання відноситься і офшорна енергетика. Відомство перебуває в тісній взаємодії з іншими органами виконавчої влади, як-от служба надзвичайних ситуацій, міністерство оборони, міністерство охорони навколишнього середовища [29].

Данія прийняла енергетичну хартію на період до 2024 року. Хартія передбачає збільшення частки ВДЕ в загальному обсязі споживання до 55 %. Для цього планується побудувати три офшорні ВЕС потужністю 2400 МВт [29].

У Норвегії з 2010 року діє Havenergiloven (Закон про офшорну енергетику). Міністерство нафти та енергетики Норвегії відповідає за розвиток нормативно-правової бази щодо офшорних ВЕС та видачу дозволів на їх будівництво [29, с. 17]. Охорона прибережних територій, берега, логістика, постачання деталей для будівництва ВЕС знаходяться у віданні інших органів виконавчої влади.

Рекомендації. Серед переваг запровадження офшорної вітроенергетики: покращення кліматичного статусу України, виконання міжнародних зобов'язань за Паризькою угодою, зменшення залежності від імпортних енергоносіїв. Позитивними соціальними наслідками будуть збільшення зайнятості населення за допомогою створення нових робочих місць, а також отримання персоналом нового досвіду, який стане в нагоді при будівництві нових проектів в галузі відновлюваної енергетики.

Практика показує, що офшорна енергетика є привабливим та перспективним напрямом для іноземних інвесторів, оскільки це відповідає глобальному тренду на перехід до відновлюваних джерел енергії, що спричинено зростаючим попитом на рентабельні екологічні енергоносії. Однак, цьому має передувати прийняття прозорого та деталізованого, недекларативного законодавства, на яке б і вони, і наша держава, могли б спиратися при реалізації інноваційних проєктів [3, с. 11].

На думку І. І. Дороніної, одним із варіантів збільшення динаміки розвитку офшорної вітроенергетики в Україні є створення правового механізму, який спростив і пришвидшив би імплементацію передових юридичних напрацювань ЄС в цій галузі [33]. На її думку, досвід зарубіжних країн підтверджує необхідність переходу від політики стимулювання галузі за допомогою зелених тарифів до аукціонної системи, однак наразі в Україні цей процес зіштовхнувся з серйозним конфліктом інтересів всередині інвестиційного бізнесу, який займається фінансуванням проєктів відновлюваної енергетики. З огляду на це, зростає роль держави як арбітра та справедливого регулювання сектору на засадах ринкової економіки, дотримання антимонопольного законодавства.

Як вказують в доповіді С. Кудря, К. Книш та інші [3, с. 10], потрібно на рівні уряду прийняти план розбудови офшорної вітрової енергетики в Україні, наприклад, на період до 2050 року, з метою забезпечення правового підґрунтя для провадження такої економічної та інфраструктурної діяльності. У документі мають бути вказані цілі програми, її мета, завдання, етапи втілення, підзвітність, органи та процес моніторингу результатів, відповідальність виконавців програми. Серед іншого, мають бути вказані джерела фінансування, обсяг коштів, які мають бути залучені для втілення проєктів. Проєкти мають бути чітко окреслені за етапами та строками реалізації. Має бути вказано, в який строк який об'єкт програми планується ввести в експлуатацію і як це планується зробити. Також мають бути вказані варіанти вирішення можливих проблем в ході реалізації державної програми.

Такий підхід покликаний забезпечити чіткий план дій, врегулювати кроки на шляху реалізації програми та надати громадськості можливість прозорого ознайомлення з планами влади по розбудові офшорної генерації вітрової енергії в країні.

На законодавчому рівні мають бути врегульовані питання стосовно: 1) морських та берегових підстанцій; 2) будівництва плавучих та стаціонарних вітрових електроустановок; 3) прокладки кабелю; 4) цільового призначення ділянок офшорних ВЕС; 5) видачі дозволів на підводні, надводні роботи [3, с. 10]. З цією метою доцільно створити відповідний адміністративний орган, скажімо, агентство офшорної вітроенергетики України, до відання якого будуть належати вирішення вищевказаних проблем. Призначити експертну особу, яка буде керувати наданням стратегічних екологічних оцінок.

Парламент має імплементувати норми європейського законодавства стосовно просторового морського планування, врегулювати правила приєднання ВЕС до системи передачі/розподілу електроенергії, запровадити/встановити маршрути на морі, за якими персонал по ремонту, обслуговуванню, експлуатації офшорної ВЕС буде добиратися з суходолу, врегулювати статус цих маршрутів на карті судноплавства, встановити норми та правила щодо припинення роботи офшорних ВЕС та виведення їх з експлуатації [3, с. 10].

Висновки. Україна володіє значним потенціалом для розвитку офшорної вітрової електрогенерації. Водночас, в інституційному вигляді та в законодавчому регулюванні, дана галузь господарювання в сфері альтернативних джерел енергії в Україні знаходиться в зародковому стані. Для того, щоб побудувати ефективну, екологічну та рентабельну систему офшорних електростанцій, перш за все необхідно розробити національну стратегію та прийняти спеціальне законодавство, яке регулює фінансування інноваційних проектів офшорної вітроенергетики, технічні та нормативні моменти їх побудови, ремонту та експлуатації. Допомогти у цьому мають досвід іноземних держав та міжнародне право.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кудря С. О., Мхітарян Н. М., Тучинський Б. Г. та інші. Причини і результати перегляду оцінки потенціалу вітрових електростанцій України. *Відновлювана енергетика*, 2020, № 1. С. 6–16.
2. Burton T. et al. Wind energy handbook. New York : John Wiley & Sons, 2011. 780 с.
3. Книш К., Кудря С. та інші. Офшорна вітроенергетика та «зелений» водень: відкриття нових меж енергетичної потужності України. Київ : ІВЕ НАНУ, 2021. 14 с. URL: https://www.ive.org.ua/wp-content/uploads/2_5438583199909284286.pdf
4. Global Wind Report 2021. Brussels, Belgium : Global Wind Energy Council. URL: https://gwec.net/global-wind-report-2021/ (дата звернення: 02.02.2022).
5. Дудченко А. О. Автономна система виробництва водню за рахунок відновлюваних джерел енергії поблизу м. Чорноморськ: дис. КПІ ім. І. Сікорського, 2020. URL: https://ela.kpi.ua/bitstream/123456789/40022/1/Dudchenko_magistr.pdf (дата звернення: 02.02.2022).
6. Full Global Wind Report 2021. Brussels : GWEC, 2021. URL: https://gwec.net/wp-content/uploads/2021/03/GWEC-Global-Wind-Report-2021.pdf (дата звернення: 02.02.2022).
7. Конвенція ООН з морського права від 10.12.1982. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_057#Text (дата звернення: 02.02.2022).
8. Білоцький С. Д. Міжнародно-правове регулювання відновлюваної енергетики в рамках міжнародного морського права. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*, 2012. № 108. С. 197–205.

9. Про виключну (морську) економічну зону України. Закон України від 16.05.1995 № 162/95-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/162/95-вр#top (дата звернення: 02.02.2022).

10. Короткий Т. Р. Международно-правовая регламентация освоения возобновляемых источников энергии морских пространств. Зб. мат. конф. «*Роль міжнародного права в розвитку екологічної альтернативи сучасній енергетиці*», м. Київ, КНУ ім. Шевченка, 25 квітня 2012 р. С. 167–177.

11. Договір між Україною та Російською Федерацією про співробітництво у використанні Азовського моря і Керченської протоки від 24.12.2003. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_205#top (дата звернення: 02.02.2022).

12. Чернявський А. Л. Міжнародно-правові проблеми визначення статусу Азовського моря та Керченської протоки. *Правовий вісник Української академії банківської справи*, 2012, № 2. С. 89–94.

13. Панченко І. Проблеми делімітації Азовського моря та Керченської протоки. *Часопис Київського університету права*, 2020, № 3. С. 365–369.

14. Романуха О. М. Делімітація Азовського моря та Керченської протоки. *Вісник Маріупольського державного університету.* Серія: Історія. Політологія, 2016, № 15. С. 99–106.

15. Платонова Є. О. Правові умови та особливості розміщення і функціонування вітрових електростанцій в Україні. *Юридичний науковий електронний журнал*, 2021, № 9. С. 122–129. URL: http://www.lsej.org.ua/9_2021/31.pdf (дата звернення: 02.02.2022).

16. Про альтернативні джерела енергії. Закон України від 20.02.2003 № 555-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/555-15#Text (дата звернення: 02.02.2022).

17. Про охорону навколишнього природного середовища. Закон України від 25.06.1991 № 1264-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1264-12#Text (дата звернення: 02.02.2022).

18. Про оцінку впливу на довкілля. Закон від 23.05.2017 року № 2059-VIII. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2059-19 (дата звернення: 02.02.2022).

19. GE's Haliade-X generates record-breaking 288 MWh in 24 hours. URL: https://www.renewablesnow.com/news/ges-haliade-x-generates-record-breaking-288-mwh-in-24-hours-686457/ (дата звернення: 02.02.2022).

20. Fine A. Report Forecasts Record Wind Power Additions for 2022. 11.11.2021. URL: https://nawindpower.com/new-energy-report-sees-record-wind-and-solar-generation-additions-for-2022 (дата звернення: 02.02.2022).

21. 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 (дата звернення: 02.02.2022).

22. Донченко О. Енергетична політика України і міфи про ВДЕ. *Економічна Правда*. 21.07.2020. URL: https://www.epravda.com.ua/columns/2020/07/21/663170/ (дата звернення: 02.02.2022).

23. Рибнікова Е. Ю. Економіко-правовий механізм стимулювання виробництва та використання альтернативної енергії в Україні. *Південноукраїнський правничий часопис,* 2017, № 3. С. 62–65.

24. Rolleri J. S. Offshore Wind Energy in the United States: Regulations, Recommendations, and Rhode Island. *Roger Williams University Law Review*, 2010, № 15. URL: http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol15/iss1/7 (дата звернення: 02.02.2022).

25. Kerschner S., Brittany C. Environmental laws and regulations affecting US offshore wind. 25.06.2021. URL: https://www.whitecase.com/publications/insight/fast-forward-us-offshore-wind/environmental-laws (дата звернення: 02.02.2022).

26. Wong S. Navigating Stormy Waters for Offshore Wind Development. 01.12.2021. URL: https://www.theregreview.org/2021/12/01/wong-navigating-stormy-waters-offshore-wind-development/ (дата звернення: 02.02.2022).

27. US EPA. What is the National Environmental Policy Act? URL: https://www.epa.gov/nepa/what-national-environmental-policy-act (дата звернення: 02.02.2022).

28. Handbook of Marine Hydrokinetic Regulatory Processes. URL: https://tethys.pnnl.gov/publications/handbook-marine-hydrokinetic-regulatory-processes (дата звернення: 02.02.2022).

29. Norsk Industri AS. Regulators and legislation for offshore wind in selected countries. URL: https://www.norskindustri.no/siteassets/dokumenter/rapporter-og-brosjyrer/leveransemodeller-havvind/leveransemodeller-havvind_hovedrapport_vedlegg-regulators-and-legislation-for-offshore-wind-in-selected-countries_dnv_2021-06-02.pdf (дата звернення: 02.02.2022).

30. Ciolkowski P., Szon A. The Renewable Energy Law Review: Poland. 10.08.2021. URL: https://thelawreviews.co.uk/title/the-renewable-energy-law-review/poland (дата звернення: 02.02.2022).

31. Poland adopts historic Offshore Wind Act. 14.01.2021. Wind Europe. https://windeurope.org/newsroom/news/poland-adopts-historic-offshore-wind-act/ (дата звернення: 02.02.2022).

32. Memorandum of understanding between HSE, MCA and MAIB. 22.09.2021. URL: https://www.gov.uk/government/publications/memorandum-of-understanding-between-hse-mca-and-maib (дата звернення: 02.02.2022).

33. Дороніна І. І. Нормативно-правове забезпечення розвитку відновлюваної енергетики в Україні. *Державне управління та місцеве самоврядування*, 2020, № 1. С. 31–43. URL: http://www.dridu.dp.ua/zbirnik_dums/2020/2020_01(44)/07.pdf (дата звернення: 02.02.2022).

УДК 349.6:656.13
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/50

ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПЕРЕХОДУ НА ЕКОЛОГІЧНО БЕЗПЕЧНИЙ ТРАНСПОРТ

PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF THE TRANSITION TO ENVIRONMENTALLY SAFE TRANSPORT

Таранов М.А., студент III курсу факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено висвітленню актуальної проблеми сучасної екологічної політики багатьох розвинутих країн – правовому регулюванню переходу на екологічно безпечний транспорт. Встановлено, що в сучасних умовах дефіциту бензину, який став наслідком російсько-української війни, відмова від автомобілів із двигунами внутрішнього згоряння (ДВЗ) є необхідною для забезпечення як екологічної безпеки, так і політичної. Проаналізовано «Національну транспортну стратегію України на період до 2030 року» та виокремлено головні положення програми для переходу України на екологічно безпечний транспорт. Визначено, що вжитих на сьогодні заходів недостатньо для ефективного стимулювання населення відмовитися від автомобілів із ДВЗ, про що свідчить статистика імпорту нових екологічно безпечних автомобілів в Україну.

З метою визначення напряму подальшого формування національного законодавства України в галузі екологічного транспорту, здійснено аналіз транспортних стратегій та досвіду правового регулювання переходу на екологічний транспорт Норвегії, Великої Британії, Швеції, Німеччини та Бельгії. Виокремлені головні проблеми, пов'язані з переходом на екологічно безпечний транспорт, а саме: здійснення контролю за використанням екологічно шкідливого транспорту, переведення населення на автомобілі на альтернативному виді палива, утилізація виведених з обігу автомобілів із ДВЗ, а також майже повна відсутність екологічно безпечного комерційного транспорту на сьогодні. Окрему увагу приділено ефективності запровадженої у Швеції системи «Бонус-Малус», відповідно до якої покупцям електричних та водневих автомобілів компенсується частина витрачених коштів та встановлюються додаткові податки на автомобілі з ДВЗ, залежно від їх рівня викидів чадного газу.

Зроблено висновок, що задля подолання проблем переходу на екологічно безпечний транспорт необхідними є запровадження спеціальних програм підтримки осіб, що відмовляються від автомобілів із ДВЗ, розроблення програми підтримки автовиробників екологічно безпечних автомобілів та розвитку необхідної транспортної інфраструктури, а також врахування особливостей стану ринку екологічного транспорту при формуванні правового регулювання.

Ключові слова: транспортна стратегія, екологічний транспорт, охорона довкілля, екологічна безпека, правове регулювання, екологізація.

The article is devoted to identifying of the current problem of modern environmental policy in developed countries – legal regulation of the transition to environmentally safe transport. It is established that in modern conditions of fuel shortage, which became a consequence of the Russian-Ukrainian war, rejection of internal combustion engine vehicles is necessary to ensure both environmental security and political security. «National Transport Plan of Ukraine until 2030» analyzed and highlighted the main provisions of the program for the transition of Ukraine to environmentally safe transport. It is established that the measures taken to date are not enough to effectively encourage the population to abandon internal combustion engine vehicles, as evidenced by the statistics of imports of new environmentally safe transport to Ukraine.

In order to determine the direction of further formation of national legislation of Ukraine in the field of environmentally safe transport, an analysis of transport strategies and experience of legal regulation of the transition to environmentally safe transport in Norway, Great Britain, Sweden, Germany and Belgium. The main problems related to the transition to environmentally safe transport are highlighted, namely: control over the use of environmentally hurtful transport, transfer of the population to cars on an alternative type of fuel, utilization of withdrawn from circulation internal combustion engine vehicles and the almost complete lack of environmentally safe commercial transport today. Particular attention is paid to the effectiveness of the Bonus-Malus system introduced in Sweden according to which buyers of electric and hydrogen cars are compensated for part of the money spent and additional taxes are set on internal combustion engine vehicles depending on their carbon monoxide emissions.

The conclusion is made that in order to overcome the problems of transition to environmentally safe transport it is necessary to introduce special support programs for persons who refuse to internal combustion engine vehicles, develop programs to support automakers of environmentally safe cars and development of the necessary transport infrastructure, also it is necessary to take into account the peculiarities of the state of the environmental transport market in the formation of legal regulation.

Key words: transport plan, environmentally safe transport, environmental protection, environmental safety, legal regulation, greening.

Проблема забруднення повітря викидами від автомобілів є достатньо гострою останні 40 років. І хоча на забруднення навколишнього середовища впливає багато побічних ефектів використання автомобіля, до яких, зокрема, відноситься зношування коліс, утилізація деталей тощо, однак найбільшу шкоду завдають саме викиди вихлопних газів від ДВЗ. Так, у середньому частка автотранспорту в об'ємі викидів забруднюючих речовин в атмосферу на території України становить 40–45 %, а в багатомільйонних містах ця частка може досягати 85 % [1, с. 163]. У свою чергу, забруднене повітря може призводити до таких хвороб, як ішемічне захворювання серця, інсульт, хронічне обструктивне захворювання легень та навіть рак легень, не говорячи про вплив на довкілля [2, с. 356]. Отже, викиди вихлопних газів від автомобілів становлять досить серйозну загрозу для екологічної безпеки.

Відмова від автомобілів із ДВЗ є необхідною не тільки для екологічної безпеки, а й для політичної безпеки. Аналізуючи історію та останні події, можна побачити, що поклади природного палива надають відповідній державі, на території якої вони зберігаються, суттєві важелі впливу. Так, до яскравих прикладів масштабу впливу нафтових держав можна віднести нафтову кризу 1973 р., коли створена в 1960 р. Організація країн – експортерів нафти (ОПЕК), що включала в себе дванадцять нафтовидобувних країн, запровадила нафтове ембарго проти країн, що підтримують Ізраїль у рамках Війни Судного дня. Цю подію можна вважати першою в історії енергетичною кризою, і хоча тоді ціна на нафту збільшилась у чотири рази, що звичайно призвело до збагачення країн ОПЕК, все ж головною метою ембарго було створення саме політичного тиску на країни, що підтримували Ізраїль у війні [3].

Схожа ситуація відбувається і сьогодні, однак тепер вона пов'язана з російсько-українською війною. Незважаючи на заяви та плани країн ЄС накласти повне ембарго на нафту і газ з російської федерації, фінансова звітність вказує на те, що дохід рф від нафти навпаки зростає, водночас країни ЄС зіткнулись із дефіцитом бензину та подо-

рожчанням цін на продукти [4]. Отже, навіть маючи намір відмовитися від природного палива, що продається країною-агресором, все ж уникнути певного тиску з боку останньої проблематично, оскільки паливо використовується в усіх без винятку галузях та є необхідним для стабільного функціонування держави.

У «Національній транспортній стратегії України на період до 2030 року» передбачено запровадження механізмів переходу на екологічно безпечний транспорт, проте фактично вжитих на сьогодні заходів недостатньо для збільшення частки автомобілів на альтернативному паливі.

Вивченню питань правового регулювання забезпечення екологічної безпеки транспорту присвятили свої праці багато вітчизняних учених, зокрема: І. В. Бригадир, О. С. Токмиленко, Д. О. Власенко, У. В. Антонюк та інші.

Разом із тим питанню правового регулювання саме переходу на екологічно безпечний автомобільний транспорт та аналізу проблем, що випливають унаслідок такого переходу, присвячено недостатню кількість робіт.

Метою даної статті є аналіз досвіду європейських країн щодо правового регулювання переходу на екологічно безпечний транспорт, виокремлення головних проблем відмови від бензинового та дизельного транспорту та пошук шляхів їх вирішення.

Національне законодавство України у сфері екологічного транспорту тільки починає формуватися. Так, 15 липня 2021 р. було ухвалено два основоположні закони для стимулювання розвитку галузі екологічного транспорту України: Закон «Про внесення змін до розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України щодо стимулювання розвитку галузі екологічного транспорту в Україні» № 1660-IX та Закон «Про внесення зміни до пункту 4 розділу XXI «Прикінцеві та перехідні положення» Митного кодексу України щодо стимулювання розвитку галузі екологічного транспорту в Україні» № 1661-IX [5; 6]. Відповідно до Закону № 1660-IX, до 1 січня 2026 р. від оподаткування ПДВ звільняються операції із ввезення та з постачання на митній території України нових транспортних засобів, оснащених виключно електричними двигунами, а також нових транспортних засобів, оснащених ДВЗ, що працюють виключно на стисненому чи зрідженому метані або біогазі. Також цим Законом встановлено, що до 31 грудня 2035 р. від оподаткування звільняється прибуток суб'єктів господарювання, що провадять діяльність з виробництва електродвигунів, літієвих батарей та інших деталей для виробництва електромобілів [5]. У свою чергу, Законом № 1661-IX встановлюється, що до 1 січня 2031 р. від оподаткування ввізним митом звільняються товари, що ввозяться на митну територію України підприємствами, що створюють або модернізують виробничі потужності для промислового виробництва екологічно безпечного транспорту [6].

Звільнення від оподаткування, встановлене вищезазначеними законами, має на меті збільшити частку екологічного транспорту, завдяки підвищенню рівня його доступності для населення, а також стимулювати розвиток промисловості у галузі виробництва екологічно безпечного транспорту, що в свою чергу сприятиме зниженню рівня забрудненості довкілля.

Загальні положення переходу до екологічно безпечного транспорту викладені в «Національній транспортній стратегії України на період до 2030 року», відповідно до якої планується збільшення частки використання електромобілів до 75 % у 2030 р. Задля досягнення цієї мети, Стратегією передбачено здійснення комплексу регуляторних і фіскальних заходів, а саме – запровадження міжнародних екологічних норм для транспортних засобів, удосконалення механізму використання альтернативних палив, впровадження економічних стимулів під час введення в експлуатацію екологічно безпечних транспортних засобів. Крім того, згідно зі Стратегією, планується впровадження системи дорожніх зборів за користування автомобільними дорогами залежно від класу екологічної безпеки автомобіля [7]. Таким чином, дана Стратегія слідує за світовими тенденціями використання екологічних транспортних засобів та альтернативних видів палива, та метою імплементації її положень є посилення екологічного контролю транспорту та, як наслідок, створення високотехнологічної транспортної системи.

Однак, незважаючи на встановлені у Стратегії екологічно орієнтовані завдання розвитку транспортної системи, фактично, на сьогодні вжито недостатньо заходів для стимулювання населення переходити на екологічно безпечні автомобілі. Попри встановлення Законами № 1660-IX та № 1661-IX звільнення від оподаткування електромобілів, їх вартість залишається суттєво дорожчою порівняно з аналогами на ДВЗ, що вказує на необхідності впровадження в Україні спеціальних програм підтримки для придбання автомобілів на альтернативному паливі. Про це також свідчить статистика придбання електромобілів в Україні, оскільки за 1 квартал 2021 року в Україну було імпортовано всього 1 306 нових електромобілів, що становить лише 5,1 % від загальної кількості імпортованих нових легкових авто за цей період [8]. Крім того, у вищезазначених законах мова йде про електромобілі, хоча задля забезпечення екологічної безпеки важливим також є стимулювання придбання водневих автомобілів. Проектів щодо розвитку необхідної інфраструктури з боку Уряду на сьогодні також не має. Враховуючи недоліки існуючої моделі переходу України на екологічно безпечний транспорт, варто проаналізувати досвід європейських країн у цій галузі.

Питання поступової відмови від автомобілів із ДВЗ є дуже актуальним в умовах сучасної політики декарбонізації в розвинутих країнах. Водночас строки відмови від ДВЗ постійно змінюються, і якщо ще в 2017 р. Велика Британія планувала заборонити дизельні та бензинові авто до 2040 р., то вже в 2021 р. цей термін зменшився до 2030 р. [9]. Однак, найбільш амбітні плани щодо відмови від авто з ДВЗ у Норвегії. Відповідно до її «Національного транспортного плану на 2018–2029 рр.» вже у 2025 р. Норвегія планує повністю відмовитися від бензинових та дизельних авто [10]. Наразі казати про реалістичність планів Норвегії ще зарано, однак навіть за умови, якщо повної заборони на авто з ДВЗ не відбудеться, загальна тенденція екологічної політики держави на перехід до автомобілів на альтернативних видах палива буде сформована. Такий перехід буде фактично означати повне реформування транспортної системи, і дуже важливо в таких умовах зосереджуватися не тільки на екологічній безпеці, а також враховувати й певний перелік проблем, що виникають унаслідок відмови від бензинового транспорту, та забезпечити їх належне правове регулювання.

Виходячи з аналізу Національного транспортного плану Норвегії на 2018–2029 рр., можна підсумувати, що до головних завдань цього плану відноситься створення безпечної транспортної системи, що буде сприяти розвитку «низьковуглецевого суспільства», забезпечення мобільності для полегшення повсякденного життя населення, розвиток міжнародного співробітництва у галузі проектування транспортної системи, а також розвиток інфраструктури з урахуванням змін клімату в майбутньому. Безпосередньо щодо переходу на екологічно безпечні транспорті засоби, то Уряд Норвегії планує акцентувати увагу на розвитку електронних комунікаційних мереж та захисті їх від відключень і атак, запровадженні спеціальних програм стимулювання населення для підвищення частки автомобілів з низькими та нульовими викидами, а також запровадженні зон з низьким рівнем викидів [10]. Варто зазначити, що таке комплексне реформування системи потребує не тільки багато часу,

а й значного вкладення коштів, а саме 42 млрд доларів у випадку Норвегії.

Започаткована у Великій Британії в 2018 р. стратегія «Road to Zero», яка знайшла свою деталізацію у програмі «Декарбонізація транспорту» в 2021 р., на відміну від проаналізованого вище «Національного транспортного плану Норвегії» не така комплексна та зосереджена насамперед на переведенні населення на автомобілі на альтернативному паливі. Так, стратегія «Road to Zero» встановлює, що головною метою даної стратегії є розвиток виробництва екологічно безпечного транспорту та лідирування Великої Британії у цій галузі, а також поступова відмова від автомобілів із ДВЗ для забезпечення екологічної безпеки в країні [11]. Задля досягнення поставленої мети Уряд Великої Британії планує розвивати програму субсидій на легкові автомобілі та фургони на альтернативному паливі, розробити програму підтримки національних автовиробників та підтримки ринку вживаних автомобілів з низьким рівнем викидів, суттєво збільшити постачання низьковуглецевого палива, а також запустити дослідницький проект «Highways England» для розвитку екологічно безпечних технологій [12]. Головною перевагою стратегії Великої Британії є акцент на розвитку національного виробництва екологічно безпечних автомобілів, оскільки такий підхід дозволить як забезпечити низьку ціну автомобілів на альтернативному паливі для населення, так і підвищити дохід країни.

Однією з основних проблем відмови від автомобілів із ДВЗ є майже повна відсутність існуючих комерційних автомобілів на альтернативному паливі. Так, амбіціозний проект «Semi» компанії Tesla, який являє собою електричну вантажівку, що була презентована Ілоном Маском ще в 2017 р., досі не була допущена до серійного виробництва [13]. Схожа ситуація відбулась і з моделями «FL/FE Electric» компанії Volvo, серійне виробництво яких планували розпочати ще в 2019 р., однак, наразі вони виробляються лише у рамках договорів виробника з компаніями-партнерами в тих країнах, де діють спеціальні програми підтримки власників екологічно чистих автомобілів [14].

З проблемою відсутності екологічно безпечного комерційного транспорту вже стикалась Німеччина у 2019 р., коли внаслідок заборони використання дизельних авто в Берліні виникли певні проблеми в роботі автобусних компаній та служб збору сміття, які використовують переважно дизельні транспортні засоби [15]. Дана ситуація на ринку комерційних автомобілів на альтернативному паливі безумовно потребує додаткового правового регулювання при формуванні стратегії екологічної політики.

Цікавим є досвід правового регулювання ринку комерційних автомобілів Великої Британією, яка після виходу з ЄС продовжила розвивати власну стратегію «Road to Zero», незважаючи на внесення певних змін до національного законодавства, закріплених у «Стандартах експлуатаційних характеристик дорожніх транспортних засобів» від 2019 р. [16]. Починаючи з 2020-го року норма викидів для легкових автомобілів становить 95 г CO_2/км, у свою чергу норма викидів для фургонів становить 147 г CO_2/км. Даний показник має бути знижено на 15 % для легкових автомобілів до 2025 р., водночас аналогічних планів щодо вантажівок на 2025 р. немає, натомість до 2030 р. показник викидів фургонів має бути знижено на 31 % [17]. Як можна побачити, при регулюванні питання норми викидів для вантажівок Стандарти є більш лояльними, і хоча за загальним планом Велика Британія планує до 2030 р. заборонити дизельні та бензинові авто, однак щодо вантажівок мова йде лише про зменшення норми викидів. Зміни в нормах викидів обумовлені не тільки станом ринку комерційних автомобілів на альтернативному паливі, а й запровадженням стандарту «Євро-6» та оснащенням вантажівок системами селективного каталітичного відновлення.

Аналізуючи Національний транспортний план Норвегії на 2018–2029 рр., можна побачити, що з 2030 р. 50 % нових вантажівок мають бути з нульовими викидами [10]. Це положення свідчить про неможливість повного переходу на повністю екологічні комерційні авто на даному етапі, і хоча загалом Норвегія планує відмовитися від бензинових та дизельних авто до 2025 р., для вантажівок в Національному транспортному плані зроблено виключення. Крім того, планується переведення вантажівок повністю або частково на біопаливо, а також в Норвегії запроваджені спеціальні програми для співробітництва із Volvo та закупівлею в неї електричних вантажівок, про які зазначалось вище [18]. Виходячи з аналізу наукових робіт, можна стверджувати, що біопаливо є ефективною заміною звичайному бензину та дизелю, за допомогою якої можна суттєво зменшити викиди чадного газу в атмосферу, і хоча за такої стратегії досягнути повної відмови від ДВЗ до 2025 р. все ж неможливо, однак, враховуючи стан науково-технічного прогресу, це є найбільш оптимальним рішенням з боку влади [19, с. 64].

Не менш важливою є проблема виведення бензинових та дизельних автомобілів з обігу. Так, в Україні станом на 2021 р. зареєстровано понад 12,1 млн автомобілів, а загалом за різними підрахунками у світі налічується 1,2–1,45 млрд автомобілів [20; 21]. Визначити точну частку електромобілів на сьогодні досить складно, однак приблизна їх кількість становить 25 млн, що порівняно із загальною кількістю автомобілів є незначною [22]. Отже, при введені заборони на автомобілі з ДВЗ постає, по-перше, питання переведення населення на автомобілі на альтернативному паливі та, по-друге, питання утилізації автомобілів із ДВЗ. При вирішенні цих питань головний нюанс полягає у кількості автомобілів, адже для переходу населення на автомобілі на альтернативному паливі кількість таких автомобілів недостатня, а для утилізації автомобілів із ДВЗ кількість таких автомобілів дуже велика. Ситуація із утилізацією ускладняється ще й тим, що, як вже зазначалось, більшість розвинутих країн планують відмовитися від бензинових та дизельних авто протягом 2030–2040 рр., тобто приблизно одночасно, а отже питання утилізації автомобілів стане глобальною проблемою.

Якщо казати про переведення населення на екологічно чистий транспорт, то, відповідно до прогнозів, до 2030 р. кількість електромобілів має зрости до 145 млн, що є суттєвим збільшенням і вже може певною мірою покрити потреби населення різних країн [23]. Однак, необхідно також вирішити, яким чином стимулювати населення до придбання автомобілів на альтернативному паливі та відмови від автомобілів із ДВЗ.

Починаючи з 2020 р. у Великій Британії діє програма «Майбутнє транспорту», в рамках якої водіям виплачують 1500–3000 фунтів стерлінгів, якщо вони відмовляються від своїх автомобілів, згідно з національним планом, розробленим для покращення якості повітря в населених пунктах [24; 25]. Ці гроші можуть бути використані для користування альтернативними видами транспорту, такими як велосипеди та електричні скутери, а також для користування громадським транспортом і таксі. Таким чином, Уряд не тільки стимулює населення відмовлятися від автомобілів із ДВЗ, а також зменшує рівень заторів у великих містах. Видані відповідно до цієї програми гроші не зможуть забезпечити громадянам можливість придбання нового екологічно чистого автомобілю, однак програма «Майбутнє транспорту» допоможе знизити кількість власників автомобілів та підвищити загальну мобільність великих міст, тим самим суттєво зменшити рівень забруднення повітря, що є більш глобальною задачею в рамках забезпечення екологічної безпеки.

У Швеції задля стимулювання населення відмовлятися від автомобілів із ДВЗ встановлюються додаткові податки для бензинових та дизельних легкових авто кла-

сів I та II, фургонів та легких вантажівок. Окрім загального транспортного збору для транспортних засобів, що мають підвищений рівень викидів CO_2/км, у вигляді 360 шведських крон на рік, для зазначених категорій автомобілів, що були введені в експлуатацію з 1 червня 2022 р. у Швеції встановлюється вуглецевий податок у вигляді 107 шведських крон за грам, якщо транспортний засіб викидає 75–125 г CO_2/км, і 132 шведських крон за грам, якщо транспортний засіб викидає 125 г CO_2/км і більше. Крім того, для дизельних авто встановлюється екологічна надбавка, яка становить 250 шведських крон на рік, та паливний збір, який обчислюється з розрахунку кількості г CO_2/км помноженої на коефіцієнт 13,52 [26]. Безумовно, такі суттєві податки мають серйозний вплив на населення при виборі типу транспорту.

Багато європейських країн запроваджують спеціальні програми, за якими на придбання автомобілів на альтернативному паливі встановлюються знижки або субсидії. Так, у Швеції, відповідно до системи «Бонус-Малус», з 1 квітня 2021 р. для електромобілів та водневих автомобілів з нульовими викидами встановлюється бонус у вигляді суми до 70 000 шведських крон. Також, для автомобілів, які працюють на газовому паливі, встановлюється бонус у вигляді суми до 10 000 шведських крон, а для автомобілів, що виділяють 1 г CO_2/км, бонус становить 45 000 шведських крон. Крім того, до 1 січня 2021 р. в Швеції зарядні станції та зарядні кабелі для електромобілів не оподатковувалися [27]. Запровадження оподаткування зарядних станцій пов'язано з результативністю системи «Бонус-Малус» та підвищенням попиту на електромобілі в Швеції, адже за статистикою кожен четвертий придбаний автомобіль в 2021 р. був електромобілем. До того ж, у 2021 р. 3 млрд крон, що були виділені на виплати за придбання автомобілів на альтернативному виді палива, були вичерпані ще в серпні, що також свідчить про безпрецедентний ріст популярності електромобілів у Швеції [28].

Окремо постає проблема контролю використання автомобілів із ДВЗ після їх заборони. Як було зазначено, кількість автомобілів із ДВЗ дуже велика, а тому необхідно вирішити, як не допустити їх на дороги загального користування та боротися з порушниками. Варто наголосити, що кількість порушників за умови заборони дизельних та бензинових авто залежатиме від рівня впровадження автомобілів на альтернативному паливі. Саме тому країнам, які планують відмовитися від авто з ДВЗ у 2030–2040 рр., необхідно впроваджувати спеціальні субсидіарні програми вже сьогодні.

Починаючи з 1 січня 2018 р. всі 19 муніципалітетів столичного регіону Брюсселя визнано «зоною низьких викидів», тобто зоною, де заборонено їздити транспортним засобам, що найбільше забруднюють довкілля. Наразі заборона діє для усіх транспортних засобів, які не відповідають нормам «Євро-4», однак уже з 1 липня 2022 р. заборона буде діяти і для дизельних автомобілів стандарту «Євро-4». На кордоні з «зоною низьких викидів» у Брюсселі встановлено понад 300 дорожніх знаків для ідентифікації даної зони, а також розміщено транзитні автостоянки системи «припаркуйся та їдь», які дозволяють безпечно припарковати свій автомобіль і швидко дістатися до центру міста громадським транспортом, що допомагає не тільки знизити рівень забруднення повітря в місті, а й знизити рівень заторів. Особам, що порушують правила «зони низьких викидів», нараховуються відповідні штрафи. Встановлення факту таких правопорушень здійснюється за допомогою діяльності патрульно-постової служби, а також із використанням засобів відеофіксації у місті [29].

Система штрафування транспортних засобів, що найбільше забруднюють довкілля, запроваджена у Брюсселі, є досить цікавою в контексті запровадження контролю за бензиновими та дизельними автомобілями після їх заборони. Однак, варто зазначити, що дана система базується насамперед на засобах відеофіксації, і саме вони допомагають вирішити питання штрафування великої кількості автомобілів. Якщо на території міста розмістити необхідну кількість засобів відеофіксації можливо, то за межами міста така задача може викликати певні труднощі, пов'язані з величиною площі, покритої дорогами, що особливо актуально для України, як найбільшої країни Європи.

Виходячи з досвіду переходу на екологічно безпечний транспорт у європейських країнах, можна побачити, що для стимулювання населення необхідні активні дії з боку держави та запровадження відповідних комплексних програм, які будуть орієнтовані не лише на придбання електромобілів, а й на розвиток необхідної транспортної інфраструктури. Значне зростання популярності електромобілів за 2021 р. та досвід правового регулювання цієї галузі в Швеції демонструють важливість запровадження фінансової підтримки на купівлю автомобілів на альтернативному паливі, зробивши в такий спосіб їх вигіднішими за аналогічні автомобілі з ДВЗ. Водночас необхідно зробити невигідними поїздки на автомобілях із ДВЗ шляхом запровадження додаткових податків за викиди чадного газу в повітря та встановлення «зон низьких викидів», за проїзд по яких буде стягуватися плата залежно від рівня екологічної безпеки автомобіля. Однак, варто також враховувати той факт, що на сьогодні ринок комерційних автомобілів на альтернативному паливі розвинений погано, а, отже, екологічні вимоги до комерційного транспорту повинні бути м'якішими, аби уникнути відповідних проблем з їх функціонуванням, як це було в Берліні в 2019 р.

Хоча законами № 1660-IX та № 1661-IX передбачено звільнення від оподаткування суб'єктів господарювання, що спеціалізуються на виробництві електромобілів та комплектуючих до них, проте, виходячи з аналізу практики Великої Британії, задля ефективного розвитку виробництва транспортних засобів на альтернативному паливі, необхідна розробка комплексних програм підтримки автовиробників та налагодження прямого співробітництва з ними. Враховуючи поганий рівень розвитку автомобільної промисловості України, варто зробити акцент на розгортанні виробництва екологічно безпечних автомобілів закордонних автовиробників, оскільки в даному випадку мова йде насамперед про підвищення доступності автомобілів на альтернативному паливі, а не про розвиток національної автомобільної промисловості, що може зайняти забагато часу.

Висновок. Таким чином, питання відмови від автомобілів із ДВЗ на сьогодні є гострим як для забезпечення екологічної, так і політичної безпеки. Запроваджені Урядом України заходи зі стимулювання придбання автомобілів на альтернативному паливі є недостатніми, про що свідчить статистика їх імпорту. При подальшому формуванні національного законодавства України у сфері екологічного транспорту необхідно враховувати досвід європейських країн, які планують відмовитися від бензинових та дизельних автомобілів протягом 2030–2040 рр. Особливо важливими проблемами правового регулювання переходу на екологічно безпечний транспорт є майже повна відсутність комерційного транспорту на альтернативному паливі, виведення автомобілів із ДВЗ з обігу, а також контроль за дотриманням водіями автомобілів із ДВЗ правил екологічної безпеки. Задля стимулювання населення до переходу на автомобілі на альтернативному паливі, з боку держави необхідне запровадження спеціальних комплексних програм підтримки осіб, що придбали такі автомобілі, та програм розвитку відповідної транспортної інфраструктури.

ЛІТЕРАТУРА

1. Колесник Н. І. Вплив транспорту на екологію: проблеми та перспективи. *Конкурентоспроможність вітчизняних підприємств-надавачів послуг громадського транспорту: актуальні проблеми та європейський досвід їх вирішення.* 2020. С. 163–165.
2. Гарабажій Т. А., Арнаутова Х. Д. Роль автотранспорту в забрудненні атмосферного повітря. *ОДЕКУ.* 2019. С. 356–357. URL: http://eprints.library.odeku.edu.ua/id/eprint/6310/1/Arnautov%20Kh.%20D.%20Garabazhy%20T.A.%20Tezi-studentska-konferentsiya-2019.pdf
3. Самотуга Ю. С. Вплив війни Судного дня на нафтову кризу 1973 року. *Освіта і Наука*. 2021. URL: https://e-journals.npu.edu.ua/index.php/on/article/view/251
4. Warum der Benzinpreis hoch bleibt, während der Ölpreis sinkt. URL: https://www.handelsblatt.com/unternehmen/spritpreise-warum-der-benzinpreis-hoch-bleibt-waehrend-der-oelpreis-sinkt/28172672.html
5. Про внесення змін до розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України щодо стимулювання розвитку галузі екологічного транспорту в Україні : Закон України від 15.07.2021 р. № 1660-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1660-20#Text
6. Про внесення зміни до пункту 4 розділу XXI «Прикінцеві та перехідні положення» Митного кодексу України щодо стимулювання розвитку галузі екологічного транспорту в Україні : Закон України від 15.07.2021 р. № 1661-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1661-20#Text
7. Про схвалення Національної транспортної стратегії України на період до 2030 року : Розпорядження Кабінету Міністрів України; Стратегія від 30.05.2018 р. № 430-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/430-2018-p#n13
8. Аналітика: імпорт легкових авто у 1 кварталі 2021 року – тенденції та індикатори. URL: https://eauto.org.ua/news/19-import-legkovih-avto-u-1-kvartali-2021-roku-tendenciji-ta-indikatori
9. У Британії заборонять дизельні та бензинові авто. URL: https://www.bbc.com/ukrainian/news-40724935
10. Meld. St. 33 (2016–2017) Report to the Storting (white paper) National Transport Plan 2018–2029. URL: https://www.regjeringen.no/contentassets/7c52f d2938ca42209e4286fe86bb28bd/en-gb/pdfs/stm201620170033000engpdfs.pdf
11. The Road to Zero: Next steps towards cleaner road transport and delivering our Industrial Strategy. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/g overnment/uploads/system/uploads/attachment_data/file/739460/road-to-zero.pdf
12. Department for Transport. Decarbonising Transport: A Better, Greener Britain. URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uplo ads/attachment_data/file/1009448/decarbonising-transport-a-better-greener-britain.pdf
13. Tesla Semi production on hold until company can make its own batteries. URL: https://www.cnbc.com/2021/01/28/tesla-semi-production-on-hold-until-company-can-make-its-own-batteries.html
14. Sharping the Future of Transportation and Infrastructure. URL: https://www.volvogroup.com/content/dam/volvo-group/markets/france/3904605-volvo-group-annual-and-sustainability-report-2020-eng.pdf
15. Merkel will Fahrverbote verhindern. URL: https://taz.de/Diesel-Autos-in-Innenstaedten/!5541113/
16. Exiting the European Union road traffic environmental protection: The Road Vehicle Emission Performance Standards (Cars and Vans) (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019. URL: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2019/550/pdfs/uksi_20190550_en.pdf
17. CO_2 emission performance standards for new passenger cars and light commercial vehicles. URL: https://www.gov.uk/government/consultations/regu lating-co2-emission-standards-for-new-cars-and-vans-after-transition/co2-emission-performance-standards-for-new-passenger-cars-and-light-commercial-vehicles
18. Norwegian Post places milestone order for Volvo electric trucks. URL: https://www.volvotrucks.com/en-en/news-stories/press-releases/2022/feb/no rwegian-post-places-milestone-order-for-volvo-electric-trucks.html
19. Атамась А. І. Результати досліджень екологічних характеристик автомобіля з дизелем під час використання біопалива. *Екологічна безпека*. 2013. № 2. С. 60–64
20. Відповідь за запитом фізичної особи від 12 квітня 2021 року № 31/217. URL: https://dostup.pravda.com.ua/request/84463/response/238537/attach/2/3 1.217.pdf?cookie_passthrough=1
21. How many cars are there in the world?. URL: https://www.whichcar.com.au/news/how-many-cars-are-there-in-the-world
22. The World's Electric Vehicle Fleet Will Soon Surpass 20 Million. URL: https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-04-08/plug-in-ev-fleet-will-soon-hit-a-20-million-milestone
23. How many electric cars are there in the world?. URL: https://www.carsguide.com.au/ev/advice/how-many-electric-cars-are-there-in-the-world-85961
24. Future of Transport programme. URL: https://www.gov.uk/government/collections/future-of-transport-programme
25. Drivers to receive £3,000 credit for taking their cars off the road. URL: https://www.thetimes.co.uk/article/drivers-to-receive-3-000-credit-for-taking-their-cars-off-the-road-zzzwpj6gb
26. Malus – för bilar med höga utsläpp. URL: https://www.transportstyrelsen.se/sv/vagtrafik/Fordon/bonus-malus/malus/
27. Sweden's electric vehicle bonus is so popular funding has dried up. URL: https://thedriven.io/2021/08/31/swedens-electric-vehicle-bonus-is-so-popular-funding-has-dried-up/
28. In practice: Everything you need to know about the LEZ in the Brussels-Capital Region. URL: https://lez.brussels/mytax/en/practical?tab=ZoneLEZ

РОЗДІЛ 7
АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС; ФІНАНСОВЕ ПРАВО; ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 342.6:342.922(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/51

СУБ'ЄКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ

SUBJECTS OF INFORMATION SECURITY IN UKRAINE

Баран М.В., здобувачка кафедри адміністративно-правових дисциплін
Львівський державний університет внутрішніх справ

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних теоретичних проблем інформаційного права щодо класифікації суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки України. При дослідженні суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки застосовано факторний аналіз з використанням системного та діяльнісного підходу, що дало можливість в умовах розвитку інформаційного суспільства, впровадження новітніх інформаційно-комунікаційних технологій дати характеристику новим суб'єктам забезпечення інформаційної безпеки. Метою дослідження є систематизація суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки у контексті характеристика їх сутності та створення класифікації на підставі чинного інформаційного законодавства у зазначеній сфері діяльності. Проаналізовано теоретичні підходи до визначення сутності поняття класифікація суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки. Акцентовано увагу на міждисциплінарності дослідження проблем визначення суб'єктів інформаційної безпеки, що сприяє багатоаспектному розумінню та дозволяє спрямувати зусилля на створення належного правового та нормативного підґрунтя класифікації досліджуваного феномену. Визначене коло суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки України та розглянуті адміністративно-правові засади діяльності щодо різних підходів при класифікації суб'єктів, які досліджуються. Зазначено, що для забезпечення інформаційної безпеки як суб'єктно-комунікативної системи характерний свій особливий спосіб взаємодії. Вказано, що розвиток правового регулювання діяльності суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки повинен базуватися на широкому підході до класифікації суб'єктів. Це дасть можливість уніфікувати теоретичні погляди щодо суб'єктів, які досліджуються та можливості усунення прогалин у правовому регулюванні діяльності щодо забезпечення інформаційної безпеки в умовах розвитку цифрової економіки та інтеграції в інформаційний простір Європейського Союзу.

Ключові слова: безпека, інформаційне право, органи публічної влади, класифікація суб'єктів, правосуб'єктність.

The article is devoted to the coverage of one of the current theoretical problems of information law regarding the classification of subjects of information security of Ukraine. In the study of the subjects of information security applied factor analysis using a systematic and operational approach, which allowed in the development of the information society, the introduction of new information and communication technologies to characterize the new subjects of information security. The purpose of the study is to systematize the subjects of information security in the context of the characteristics of their essence and to create a classification based on current information legislation in this area. Theoretical approaches to defining the essence of the concept of classification of information security entities are analyzed. Emphasis is placed on the interdisciplinary study of the problems of identifying the subjects of information security, which promotes multifaceted understanding and allows focusing efforts on creating an appropriate legal and regulatory basis for the classification of the phenomenon under study. The range of subjects of information security of Ukraine is determined and the administrative and legal bases of activity concerning various approaches at classification of the subjects, which are investigated, are considered. It is noted that to ensure information security as a subject-communicative system is characterized by its own special way of interaction. It is stated that the development of legal regulation of the activities of information security entities should be based on a broad approach to the classification of entities. This will provide an opportunity to unify theoretical views on the subjects under study and the possibility of eliminating gaps in the legal regulation of information security in the digital economy and integration into the information space of the European Union.

Key words: security, information law, public authorities, classification of subjects, legal personality.

Економічний розвиток України детермінує ряд процесів у галузі науки, культури, освіти, формує цілісну систему соціального організму держави. Стійкий розвиток та функціонування цифрової економіки в умовах європейської інтеграції вимагає єдиного підходу до вирішення багатьох питань забезпечення інформаційної безпеки у сферах державного, економічного, соціально-культурного будівництва та правового регулювання. Це зумовлює необхідність забезпечення єдності суб'єктів інформаційної безпеки, їх ефективну взаємодії у вигляді цілого комплексу юридичних інструментів – правового статусу, правоздатності та дієздатності, суб'єктивних прав і юридичних обов'язків, юридичної відповідальності.

Системність, логічність, встановлення у законодавстві правового становища суб'єктів інформаційної безпеки свідчить про рівень правової культури у суспільстві, виступають важливою гарантією проти правозастосовного волюнтаризму і бюрократичного свавілля. Оскільки законодавство є підсумковим продуктом законотворчої діяльності, досягнення такого якісного рівня передбачає вдосконалення законотворчої діяльності, оновлення правових норм, які закріплюють статус суб'єктів права, їхню правоздатність та дієздатність, а також юридичну відповідальність. Розвиток наукових досліджень щодо суб'єктів інформаційної безпеки за умов трансформації права є важливим для розвитку теорії права та для галузевого законодавства, зокрема інформаційного права.

Дослідженнь питань правового статусу суб'єктів інформаційного права, у тому числі суб'єктів інформаційної безпеки здійснювали: В. Б. Авер'янов, І. В. Аристова, О. О. Баранов, Н. П. Бортник, К. В. Бондаренко, В. М. Брижко, В. М. Гаращук, Т. О. Гаврилюк, Р. А. Калюжний, Л. П. Коваленко, Б. А. Кормич, В. С. Цимбалюк, В. О. Шамрай, Ю. С. Шемшученко та інші вчені.

В юридичній науці проблема суб'єкта права розглядається у рамках загальної теорії держави і права та на рівні галузевих наук. Теоретичні розробки не вичерпали аналізованої проблеми. Необхідність теоретичного аналізу суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки викликана відсутністю ясної та послідовної класифікації видів даних суб'єктів, їх організаційно-правових форм, єдності

у поглядах щодо правоздатності та дієздатності індивідуальних і колективних суб'єктів.

Метою статті є дослідження суб'єктів правового забезпечення інформаційної безпеки в Україні.

Інформаційна безпека – це сукупність заходів організаційного, технічного та правового характеру внутрішнього і зовнішнього напрямів. Внутрішній напрям пов'язаний із забезпеченням інформаційної безпеки у процесі реалізації фізичними та юридичними особами інформаційної діяльності. Зовнішній напрям полягає у забезпеченні інформаційної безпеки особи, суспільства та держави, що досягається шляхом підвищення ефективності використання інформаційної інфраструктури на користь соціально-економічного розвитку суспільства та держави і задоволення законних інформаційних інтересів особи.

Перспективним методом вивчення суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки є факторний аналіз на підставі системного підходу. Система суб'єктів вказаного виду діяльності сприймається як єдина цілісна сукупність суб'єктів різних категорій (фізичних і юридичних осіб, приватноправових і публічно-правових), що перебувають у стані структурно-функціональних зв'язків з метою забезпечення оптимальної діяльності у межах правових відносин.

Кожна організаційно-правова форма юридичної особи структурно та функціонально доповнює інші форми, суб'єкти приватного права реалізують юридичні можливості при безпосередній взаємодії з публічно-правовими утвореннями у сфері забезпечення інформаційної безпеки, індивідуальні суб'єкти, поєднуючи зусилля, утворюють складні, багатоскладові суб'єкти права.

Встановлення системи суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки забезпечується відповідною системною правовою регламентацією у законодавстві, яке постійно розвивається, доповнюючи існуючу систему новими суб'єктами.

Суб'єкт забезпечення інформаційної безпеки це фізична чи юридична особа, яка за своїми особливостями фактично є носієм суб'єктивних юридичних прав і обов'язків через юридичні норми, а також потенційно здатна сама або через своїх представників брати участь у правовідносинах.

Категорії, які характеризують суб'єкта забезпечення інформаційної безпеки, «суб'єкт права», «правосуб'єктність» та «правовий статус» – самостійні діалектично взаємопов'язані категорії. Суть правосуб'єктності у тому, що вона визначає ті юридично значимі показники, володіння якими створює реальне персонально індивідуалізоване визначення власника правового становища. Правосуб'єктність слід представляти як своєрідну правову конструкцію між реальною особою і статусом суб'єкта права. Ця правова конструкція відбиває склад юридичних фактів, наявність яких дозволяє конкретній фізичній або юридичній особі виступити як володар відповідного правового становища.

Класифікація суб'єктів інформаційного права, як зазначає юридична наука характеризується різноманітністю, проте основною точкою зору у науці залишається уявлення про необхідність виділення загально-правових суб'єктів.

Відповідно при класифікації суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки необхідно враховувати вид здійснюваної інформаційної діяльності (функціонально-діяльнісний критерій), правова природа якого залежить від об'єкта, з приводу якого формується інформаційна взаємодія (об'єктний критерій). Головна особливість інформаційної діяльності полягає в тому, що вона носить комплексний характер, так як пронизує всі зрізи простору суспільних відносин – приватні та публічні, матеріальні та процесуальні, внутрішньодержавні та міжнародні.

Усі види інформаційної діяльності здійснюються приватними особами, державою, органами місцевого самоврядування. Інформаційна діяльність складається з публічної інформаційної діяльності та інформаційної діяльності приватних суб'єктів.

В умовах розвитку цифрової економіки та необхідності забезпечення інформаційної безпеки доцільно говорити про широке коло нових суб'єктів інформаційних правовідносин. При класифікації суб'єктів інформаційних правовідносин у сфері інформаційної безпеки потрібен аналіз нормативно-правових актів, які регулюють інформаційну сферу, а також відповідних доктринальних положень і концепцій, у першу чергу Стратегії інформаційної безпеки України, Стратегії кібербезпеки України, Закону України «Про національну безпеку України» [1–3].

В Україні політика у сфері забезпечення інформаційної безпеки на рівні держави формується та реалізується центральними та регіональними органами, спеціалізованими організаціями та підприємствами. Законодавством України визначено організаційну основу системи забезпечення інформаційної безпеки, принципи, механізми, напрями діяльності [4].

До суб'єктів належать: державні органи, державні установи, юридичні особи та фізичні особи-підприємці, яким на праві власності, оренди або на іншій законній підставі належать інформаційні системи, інформаційно-комунікаційні мережі, автоматизовані системи управління, що функціонують у сфері охорони здоров'я, науки, транспорту, зв'язку, банківській сфері та інших сферах фінансового ринку, енергетичного комплексу, в галузі атомної енергії, оборонної, космічної, металургійної та хімічної промисловості, юридичні особи та фізичні особи-підприємці, які забезпечують взаємодію зазначених систем чи мереж.

У даний час сформувалася певна ієрархічна система суб'єктів, пов'язаних із забезпеченням безпеки в інформаційній сфері, яку очолює Президент України (відповідно до п. 17 статті 106 Конституції України). Ряд функцій щодо інформаційної безпеки покладено на Раду національної безпеки і оборони України, як конституційного дорадчого органу, закріплено у Законі України «Про Раду національної безпеки і оборони України» [5; 6].

До компетенції Ради національної безпеки і оборони віднесено розгляд питань забезпечення національної безпеки, проведення стратегічної оцінки на основі аналізу інформації про стан інформаційної безпеки України та розвиток інформаційного суспільства в Україні.

Серед суб'єктів зазначеної системи слід зазначити Верховну Раду України, яка безпосередньо займається законодавчою діяльністю; органи судової влади; органи виконавчої влади центрального рівня; органи, які здійснюють контроль та нагляд за виконанням законодавства іншими органами виконавчої влади повноважень та законів; державні та міжвідомчі комісії; місцеві органи представницької та виконавчої влади; органи місцевого самоврядування; громадяни та громадські об'єднання, які беруть участь у цій роботі відповідності до законодавства.

До суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки відпасено Кабінет Міністрів відповідно до Закону України «Про Кабінет Міністрів України» [7].

У системі суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки слід особливо відзначити такі центральні органи виконавчої влади, як Міністерство економіки України та Міністерство цифрової трансформації України, які мають завдання та функції у сфері розвитку електронних комунікацій, цифровізації та розвитку цифрової економіки.

Міністерство цифрової трансформації може виступати як орган у сферах електронних довірчих послуг, електронної ідентифікації, інвестицій в IT-індустрію та орган виконавчої влади, що здійснює функції з вироблення та реалізації державної політики, нормативно-правового регулювання у сфері інформаційних технологій.

Особливий статус щодо забезпечення інформаційної безпеки закріплюється за центрами надання адміністративних послуг.

Служба безпеки України здійснює повноваження щодо забезпечення інформаційної безпеки, безпосередньо реалізує основні напрями діяльності органів безпеки (наприклад, криптографії та захисту інформації, критичної інформаційної інфраструктури).

Державна служба України спеціального зв'язку та захисту інформації та підпорядковані регіональні органи мають повноваження у галузі технічного захисту інформації, здійснюють планові та позапланові перевірки об'єктів критичної інформаційної інфраструктури, організацію спеціального зв'язку та захисту інформації в органах публічної влади.

Національний банк України має повноваження щодо забезпечення інформаційної безпеки у фінансово-кредитній сфері.

Діяльність уповноважених органів виконавчої влади, як суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки полягає у здійсненні функцій контролю та нагляду в інформаційному просторі. Діяльність спрямована на зміст інформації, що розповсюджується або на технікотехнологічний ресурс.

Закон України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» визначає організаційні, правові та фінансові засади функціонування правового режиму Дія Сіті, що запроваджується з метою стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні шляхом створення сприятливих умов для ведення інноваційного бізнесу, розбудови цифрової інфраструктури, залучення інвестицій, а також талановитих спеціалістів [8]. Нормативний акт вводить нових суб'єктів в інформаційне права, у тому числі у сфері забезпечення інформаційної безпеки.

Стаття 4 Закону України «Про інформацію» зазначає, що суб'єктами інформаційних відносин є: фізичні особи; юридичні особи; об'єднання громадян; суб'єкти владних повноважень.

У понятійному апараті Закону України «Про захист інформації в інформаційно-комунікаційних системах» закріплено визначення ряду суб'єктів у мережі Інтернет: власника сайту, власника інформації та ін. [9].

Відповідно до Закону України «Про доступ до публічної інформації» суб'єктами інформаційних правовідносин є органи, які мають публічну інформацію, до яких можна віднести Україну, органи державної влади, місцеві органи влади та органи місцевого самоврядування. Зазначені вище суб'єкти інформаційних правовідносин безпосередньо мають відношення до забезпечення інформаційної безпеки [10].

У даному випадку доцільно розглядати багаторівневу класифікацію суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки.

Законодавець виділяє такі категорії суб'єктів як фізичні особи та юридичні особи. У рамках кримінально-правових відносин існує певна класифікація суб'єктів у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж, які зазначені у розділі 16 Кримінального кодексу України [11].

В. В. Філатов зазначає, що необхідно узагальнення уявлень про систему суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки, зокрема тих, які з'явилися останнім часом. Мова йде не тільки про їхню класифікацію, а й чітке розмежування обсягу та особливостей правового статусу. Потреба у такому узагальненні обумовлена науково-технічним прогресом [12, с. 55].

Вчений виділяє наступних суб'єктів: юридичні та фізичні особи, які виробляють та споживають інформацію; фізичні та юридичні особи, які розробляють і застосовують інформаційні системи, технології та засоби забезпечення, підприємства та установи органи державної влади та місцевого самоврядування, юридичні особи, що формують інформаційні ресурси.

Т. С. Перун вважає, що для забезпечення інформаційної безпеки характерна багаторівнева система суб'єктів, заснована на принципі єдності та диференціації. Перший рівень – це три групи суб'єктів: фізичні і юридичні особи, публічно-правові утворення, складові підсистеми цих суб'єктів. Інші рівні (структурні елементи зазначених підсистем) це різного роду спеціальні суб'єкти адміністративного права, поділ яких обумовлено диференціацією предмета відповідного правового регулювання [13, с. 140–149].

На нашу думку не можна визнати наведену класифікацію вичерпною, оскільки до неї не включено низку суб'єктів інформаційних правовідносин – загальних (міжнародні організації та регіональні громадські об'єднання, органи місцевого самоврядування), та спеціальних (інформаційний посередник, центри надання адміністративних послуг тощо).

Автори статті «Розвиток цифрової економіки в контексті забезпечення інформаційної безпеки в Україні», досліджуючи відносини у сфері міжвідомчої електронної взаємодії, виділяє як суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки: центральні органи виконавчої влади, державні позабюджетні фонди, місцеві виконавчі органи державної влади, органи місцевого самоврядування, державні та комунальні установи, центри надання адміністративних послуг, інші органи та організації [14, с. 2027].

Автори статті «Гарантії прав людини та громадянина при забезпеченні інформаційної безпеки» вказують, що на тенденцію появи раніше невідомих суб'єктів інформаційно-правових відносин, різноманітних посередників, яких можна розділити на два види: традиційних інформаційних посередників (наприклад, операторів пошукової системи, блогерів, інсайдерів, реєстраторів доменних імен) та торгових інформаційних посередників [15, с. 1011]. До останніх можна віднести великі мережеві майданчики, організаторів торгівлі. Зазначені суб'єкти забезпечують інформаційну безпеку у межах визначених чинним законодавством.

Важливою категорією суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки є оператори – у законодавстві їх видів налічується понад сорока (наприклад, можна виділити наступні: оператори, що займають домінуюче становище у мережах загального користування; оператори зв'язку; оператори універсального обслуговування; оператори обов'язкових загальнодоступних телеканалів та (або) радіоканалів; оператори реєстру; оператори інформаційної системи, оператори пошукової системи; оператори персональних даних; оператори національної платіжної системи.

Спеціальним суб'єктом є оператор електронних комунікацій та постачальник електронних комунікаційних мереж або послуг. Відповідно до Закону України «Про електронні комунікації» оператор електронних комунікацій (оператор) – суб'єкт господарювання, який володіє, здійснює експлуатацію та управління електронними комунікаційними мережами та/або пов'язаними засобами; постачальник електронних комунікаційних послуг – суб'єкт господарювання, який фактично надає та/або має право надавати електронні комунікаційні послуги на власних мережах та/або на мережах інших постачальників електронних комунікаційних послуг [16].

Основна діяльність операторів пов'язана із забезпеченням доступу до комунікаційних мереж інших суб'єктів, вони мають технологічні можливості щодо припинення правопорушень в Інтернеті. Зазначені суб'єкти різняться за особливостями інформаційної сфери взаємодії з іншими учасниками інформаційного обміну, функціональним особливостям і правовим статусом, обсягом прав і обов'язків у сфері забезпечення інформаційної безпеки.

Можна назвати особливості правового статусу інших категорій суб'єктів. Наприклад, заслуговує на увагу такий суб'єкт, як адвокати, оскільки вони несуть відповідальність за адміністративне правопорушення як посадові особи. Правовий статус низки суб'єктів щодо критичної інформаційної інфраструктури визначено у Законі України «Про критичну інфраструктуру» [17].

Широкий підхід до класифікації суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки необхідний для розвитку правового регулювання питань відповідальності, уніфікації теоретичних поглядів на суб'єктів, які досліджуються і можливості усунення прогалин правового регулювання. Класифікація суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки не вичерпується вище зазначеними підходами.

Висновки. Різноманіття суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки обумовлено значною кількістю критеріїв розрізнення особливих правових властивостей, функцій, мети діяльності, організації діяльності. Кожна класифікація має особливу цінність за умови, що застосовна у практиці правового регулювання та правозастосування, у теорії юриспруденції.

Необхідна розробка різних науково обґрунтованих класифікацій суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки з більш широких підстав. Класифікація суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки дозволить уникнути термінологічної невизначеності, не лише врахувати існуючих учасників інформаційної взаємодії, а й передбачити появу нових, органічно включити у інформаційно-правовий простір. В результаті буде забезпечено стійкість та актуальність нормативно-правових положень, що, у свою чергу, має гарантувати ефективність правового регулювання.

Перспективи дослідження цієї актуальної теми пов'язані з подальшою науковою розвідкою суб'єктів забезпечення інформаційної безпеки та виробленням рекомендацій, які б допомогли максимально повно реалізувати розроблені у документах стратегічного планування концепти на практиці.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 жовтня 2021 року «Про Стратегію інформаційної безпеки» : Указ Президента України від 28.12.2021 р. № 685/2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/685/2021
2. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 14 травня 2021 року «Про Стратегію кібербезпеки України» : Указ Президента України від 26.08.2021 р. № 447/2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/685/2021
3. Про національну безпеку України : Закон України від 21.06.2021 р. № 2469-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2469-19
4. Малашко О. Є., Єсімов С. С. Зміст державної діяльності із забезпечення інформаційної безпеки. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука»*. 2020. № 15 (95). Т. 1. С. 46–54. URL: https://www.inter-nauka.com/issues/2020/15/
5. Конституції України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text
6. Про Раду національної безпеки і оборони України : Закон України від 05.03.1998 р. № 183/98-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/183/98-вр
7. Про Кабінет Міністрів України : Закон України від 27.03.2014 р. № 794-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/794-18
8. Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні : Закон України від 15.07.2021 р. № 1667-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ 1667-20#Text
9. Про захист інформації в інформаційно-комунікаційних системах : Закон України від 05.07.1994 р. № 80/94-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/80/94-вр
10. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text
11. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2341-14
12. Філатов В. В. Доктрина інформаційних правовідносин в умовах державної політики перехідного періоду в Україні. *Проблеми сучасних трансформацій. Серія: право, публічне управління та адміністрування*. 2021. № 1. С. 53–57.
13. Перун Т. С. Адміністративно-правовий механізм забезпечення інформаційної безпеки в Україні : дис. … канд. юрид. наук: спец.: 12.00.07. Львів, 2019. 268 с.
14. Єсімов С., Ковалів М., Скриньковський Р., Сопільник Р. Гарантії прав людини та громадянина при забезпеченні інформаційної *безпеки. Traektoriâ Nauki = Path of Science*. 2018. Vol. 4. № 5. S. 1008–1016.
15. Сопільник Л., Ковалів М., Єсімов С., Скриньковський Р. і інші. Розвиток цифрової економіки в контексті забезпечення інформаційної безпеки в Україні. *Traektoriâ Nauki = Path of Science*. 2020. Vol. 6. № 5. S. 2023–2032.
16. Про електронні комунікації : Закон України від 16.12.2020 р. № 1089-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/1089-20
17. Про критичну інфраструктуру : Закон України від 16.11.2021 р. № 1882-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1882-20#Text

УДК 342.413+342.415+341.485
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/52

КОНТРПРОПАГАНДА VS ПРОПАГАНДА В УМОВАХ ШИРОКОМАСШТАБНОГО ЗБРОЙНОГО ВТОРГНЕННЯ РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ В УКРАЇНУ

COUNTERPROPAGANDA VS PROPAGANDA IN THE CONDITIONS OF LARGE-SCALE ARMED INVASION OF THE RUSSIAN FEDERATION IN UKRAINE

Бєлкін Л.М., к. т. н., старший науковий співробітник, адвокат

Юринець Ю.Л., д. ю. н., професор, професор кафедри конституційного і адміністративного права
Національний авіаційний університет

Сопілко І.М., д. ю. н., професор, декан юридичного факультету
Національний авіаційний університет

Бєлкін М.Л., к. ю. н., адвокат

У статті розглядаються підходи і напрями контрпропаганди з метою протидії російській антиукраїнській пропаганді в умовах широкомасштабного збройного вторгнення Російської Федерації в Україну. Наголошено, що є велика потреба у контрпропаганді, спрямованій на іноземну аудиторію, адже лише в одній Німеччині – до трьох мільйонів російськомовних жителів, і російська дезінформація не шкодує ресурсів для роботи з ними, що, відповідно, позначається на політиці. Звертається увага, що пропаганда відрізняється від звичайної інформації тим, що ставить за мету не так передачу деяких відомостей і змісту про факти, події, процеси і явища нашого життя, скільки нав'язує запрограмовану оцінку, щоб підштовхнути суспільство до певного уявлення і дії, нав'язавши помилкове судження. Звернена увага на необхідність протидії тим наративам, які безпосередньо проголошував президент В. Путін в обґрунтування російського вторгнення 24.02.2022 року: Україна влаштувала «геноцид на Донбасі»; Україна створена на «історичних російських землях», і Росія прагне повернути їх назад; українці і росіяни – один народ, українці прагнуть жити разом із росіянами, але цьому перешкоджають «нацисти», «фашисти», «бандерівці». Розглянуті тези контрпропаганди щодо таких антиукраїнських наративів: «в Україні – бандерівці та нацисти»; «бандерівці на Майдані 2014-го захопили владу внаслідок військового перевороту»; «Крим пішов у Росію, злякавшись бандерівців»; «бандерівці спалили людей в Одесі»; «бандерівці та Україна напали на Донбас у 2014 році»; «бандерівці спровокували війну у 22-му році». Доводяться ознаки здійснення геноциду Росією проти населення України, а також фактична фашизація Росії. Зазначені напрями можуть бути покладені в основу відповідних стратегічних наративів.

Ключові слова: достовірна інформація, пропаганда, контрпропаганда, геноцид проти українського населення, фашизація Росії.

The article considers the approaches and directions of counter-propaganda in order to counter Russian anti-Ukrainian propaganda in the context of a large-scale armed invasion of the Russian Federation into Ukraine. It is stressed that there is a great need for counter-propaganda aimed at foreign audiences, because in Germany alone – up to three million Russian-speaking people, and Russian disinformation does not spare resources to work with them, which, accordingly, affects policy. It is noteworthy that propaganda differs from ordinary information in that it aims not so much to convey some information and content about the facts, events, processes and phenomena of our lives, but to impose a programmed assessment to push society to a certain idea and action, making a misjudgment. Attention is drawn to the need to counteract the narratives directly proclaimed by President Vladimir Putin in justifying the Russian invasion on February 24, 2022: Ukraine staged the «genocide in Donbas»; Ukraine was created on «historical Russian lands», and Russia seeks to bring them back; Ukrainians and Russians are one people, Ukrainians want to live with Russians, but this is prevented by «Nazis», «fascists», «Bandera supporters». Theses of counter-propaganda concerning such anti-Ukrainian narratives are considered: «in Ukraine – Bandera supporters and Nazis»; «Bandera supporters on the Maidan in 2014 seized power as a result of a military coup»; «Crimea went to Russia, afraid of Bandera supporters»; «Bandera supporters burned people in Odessa»; «Bandera supporters and Ukraine attacked Donbas in 2014»; «Bandera supporters provoked war in the 22nd year». There are signs of Russia's genocide against the population of Ukraine, as well as the actual fascism of Russia. These areas can be the basis of relevant strategic narratives.

Key words: reliable information, propaganda, counter-propaganda, genocide against the Ukrainian population, fascism of Russia.

Актуальність проблеми. У Стратегії воєнної безпеки України, прийнятій Радою національної безпеки і оборони (РНБО) України 25.03.2021 р. та затвердженій Указом Президента України від 25.03.2021 р. № 121/2021, серед іншого, зазначається, що пропаганда є одним із засобів ведення розв'язаної Російською Федерацією (РФ) війни проти України. Широкомасштабне військове вторгнення РФ в Україну 24.02.2022 р. поставила у сфері протидії ворожій пропаганді нові виклики. Зокрема, якщо до вторгнення небезпеки ворожої пропаганди «простежувалися» у тому, що «через пресу, радіо, телебачення, інтернет-видання, соціальні мережі проводився ***масований інформаційний вплив на громадян України***» [1, с. 49], то після такого вторгнення Україна, яка гостро потребує міжнародної допомоги, раптом з'ясувала, що в світовій політиці вистачає, за визначенням А. Сенченка, «мерзенних циніків»[1], готових явно чи неявно підтримувати російську агресію і принести інтереси України у жертву РФ. Так, перед президентськими виборами в Угорщині з'ясувалося, що чверть виборців угорської партії влади звинувачує саме Україну у війні[2]. Тому угорська влада потурає РФ, бо втратить ці голоси.

За даними соціологічного опитування громадян Сербії[3], проведеного з 04 по 14 березня 2022 р., 35 % опитаних вважає, що агресія РФ проти України є ***виправданою***. 76 % опитаних вважають, що Сербія не повинна вводити санкції проти РФ. Також до 40–45 % громадян Греції налаштовані проросійськи[4].

23.04.2022 року стало відомо, що низка німецьких, як їм здається, лідерів думок звернулася з відкритим листом

[1] https://news.obozrevatel.com/politics/vosem-dnej-vosmiletnej-vojnyi-chto-dalshe.htm

[2] https://www.pravda.com.ua/rus/news/2022/03/25/7334348/

[3] https://www.facebook.com/BalkanObserverforUkraine/posts/1313953009085617 https://www.eurointegration.com.ua/news/2022/04/19/7138039/

[4] https://realnoevremya.ru/articles/249365-nashi-v-grecii-avtoritarnye-smi-poteryaturistov-i-ustalost-ot-rosta-cen

до уряду Німеччини, де вимагає примусити Україну до капітуляції на умовах В. Путіна, вивести війська з великих міст, перш за все, з Києва, Одеси та Харкова, – нібито заради самої ж України: уникнення людських жертв та руйнування великих міст[5]. Лист явно ґрунтується на тезах держави-агресора. 29.04.2022 року також стало відомо, що група знаменитостей зі сфери культури та ЗМІ Німеччини звернулася з аналогічним відкритим листом із закликом не постачати Україні важке озброєння, – нібито задля уникнення «ядерного конфлікту»[6], хоча В. Путін і порушив міжнародне право, розпочавши вторгнення.

Ці ж проросійські наративи просувають і окремі інтелектуали. Ноам Хомський в інтерв'ю Current Affairs закликав США примусити Україну до виконання путінських вимог: нейтральний статус, особливий статус окремих територій, визнання Криму російським. Інакше нас може чекати сценарій ядерної війни. Юрген Хабермас написав есе в Süddeutsche Zeitung, в якому критикує політику підтримки України[7]. Наприкінці травня 2022 р. колишній держсекретар США Генрі Кіссінджер заявив на Всесвітньому економічному форумі в Давосі, що Україна має поступитися Росії частиною території, а США і Захід – не розраховувати на російську поразку у війні[8].

Отже, А. Сенченко «дочекався» «мерзенних циніків» раніше, ніж, очевидно, розраховував. Автор і керівник проекту «Анатомия фейка» Вадим Міський зазначає[9], що «якщо за уми росіян у Росії боротися практично беззмістовно, то за уми ***російськомовних європейців*** – це критично необхідно», адже «лише в одній Німеччині – до трьох мільйонів російськомовних жителів, і російська дезінформація не шкодує ресурсів для роботи з ними…».

Отже, маємо очевидні об'єкти контрпропагандистської діяльності у зовнішньому світі. Тому тема статті є актуальною.

Аналіз наукових джерел і публікацій. У 1937 р. у Бостоні (США) під керівництвом Е. Філена (Edward Filene) було створено Інститут аналізу пропаганди, щоб систематично викривати пропагандистські прийоми [2; 3]. В подальшому, у виданні [4] зазначається, що мистецтво введення в оману було значно удосконалено в процесі ведення пропаганди засобами електронних комунікацій. Британський журналіст Пітер Померанцев, який спеціалізується на викритті методів російської пропаганди[10], констатує: «Глядачі зачаровані російськими каналами. Кремль стирає межі між фактом та вигадкою». Як зазначає Ю. О. Горбань [5, с. 140], в інформаційній війні проти України РФ застосовує практично весь арсенал впливу на свідомість людей. Професор Г. Почепцов наголошує, що до подій 2013–2014 рр. 60 % дорослого населення України отримувало суспільно-політичну інформацію через телебачення. У той же час, 54,5 % населення віддавали перевагу інформаційно-аналітичним програмам російського телебачення [6]. Г. Г. Почепцов присвятив сфері пропаганди та інформаційних війн велику кількість інших робіт [7–9 та ін.].

А. Михайличенко [10] звертає увагу на те, що у пропагандистській роботі Росія використовує наступальні механізми впливу, створюючи великий пласт брехні, фейків, спеціально спланованих телевізійних новин та політичних ток-шоу. Україна ж займає лише оборонну позицію. Наша держава робить тільки перші кроки у відповідь на численні та регулярні пропагандистські заходи російського агресора [10, с. 63]. Окремі питання контрпропагандистської роботи розглядалися у працях [1; 11; 12], а також у статтях співавторів [13–15].

Мета роботи – проаналізувати напрями контрпропаганди в умовах широкомасштабного збройного вторгнення Російської Федерації в Україну.

Результати досліджень. Як зазначено у статтях [14; 15] співавторів, пропагандистські штампи стали підставою і джерелом живлення війни РФ проти України. При цьому пропаганді ці штампи вдалося нав'язати переважній більшості росіян. В результаті сотні тисяч росіян готові вбивати українців, щиро вважаючи їх фашистами, нацистами, бандерівцями, а мільйони готові ці дії підтримувати. Знак «Z» – зловісний символ військового вторгнення РФ в Україну, символ агресії, загарбництва і вбивств – став майже національним символом росіян, як фашистська свастика у гітлерівській Німеччині.

Український письменник Я. Валетов наголошує, що «російська пропаганда намагається пробудити в суспільстві агресію та спрямувати злість та ненависть люмпена зовні – на чужу державу [Україну], на чужий спосіб життя, на українців як націю, на їхній європейський вибір, на всю західну цивілізацію» [16]. Але ще до широкомасштабного збройного вторгнення РФ в Україну існувало усвідомлення небезпеки інформаційних впливів. Так, у статті [17] зазначається, що «інформаційний вплив на державу, суспільство, громадянина зараз більш ефективний і економний, ніж політичний, економічний і навіть воєнний» [17, с. 58–59].

Варто наголосити, що за останні десятиліття поняття «інформація» міцно увійшло у наукову та філософську мову [18]. Сам термін «інформація» байдужий до істинності змісту. Інформація може бути правдивою, хибною або відвертою брехнею[11]. Однак щоб бути об'єктивно корисною саме для споживача інформації, така інформація повинна мати певні властивості, наприклад: достовірність – здатність інформації об'єктивно відбивати процеси та явища, що відбуваються в навколишньому світі. Як правило, такою вважається насамперед інформація, яка несе у собі ***безпомилкові та істинні*** дані. Цінність інформації для її отримувача визначається корисністю та здатністю її забезпечити суб'єкта необхідними умовами[12] для досягнення ним поставленої мети.

Однак проблема полягає у тому, що об'єкт, який є джерелом інформації (комунікатор), часто не обов'язково зацікавлений донести до відома свого візаві правдиву, корисну останньому інформацію, яка б відповідала інтересам отримувача інформації. Іноді, навпаки, у такого комунікатора виникає потреба передати саме викривлену, недостовірну інформацію, наприклад, донести таку інформацію, яка б спонукала отримувача інформації діяти в інтересах комунікатора. Більше того, по відношенню до певного отримувача інформації можуть бути декілька комунікаторів, інтереси яких відрізняються між собою і від інтересів отримувача інформації і які зацікавлені донести інформацію, яка за суттєвим змістом відрізняється одна від одної. В такому випадку комунікатори здійснюють інформаційні операції, необхідні для нав'язування позиції саме даного комунікатора. Як зазначає Г. Г. Почепцов, інформаційні операції потрібні для того, щоб рішення було прийнято на користь комунікатора, тому досить часто ***вони будуються на хибній інформації*** [7].

З іншого боку, як зазначає професор С. С. Сулакшин, «пропаганда відрізняється від звичайної інформації тим, що ставить за мету не так передачу деяких відомостей і змісту про факти, події, процеси і явища нашого життя, ***скільки нав'язує запрограмовану оцінку***, щоб підштов-

[5] https://www.pravda.com.ua/ukr/news/2022/04/23/7341624/

[6] https://www.pravda.com.ua/ukr/news/2022/04/29/7342995/

[7] Ноам Хомський – американський філософ і публіцист.

Юрген Хабермас – німецький філософ і соціолог.

[8] https://www.ukrinform.ua/rubric-polytics/3493034-derzdep-pro-zaavi-kissindzera-lise-ukraina-viznacatime-vlasne-majbutne.html

[9] https://detector.media/infospace/article/198873/2022-05-05-anatomyya-feyka-po-kakym-retseptam-gotovyat-postpravdu-dlya-golodnykh-rossyyan/

[10] https://nashformat.ua/authors/piter-pomerantsev-books

[11] https://uk.wikipedia.org/wiki/Інформація

[12] https://economic-definition.com/Images/Forex_Otzovik/270/970/994297008-svoystva_informacii.jpg

хнути суспільство до певного уявлення і дії, ***нав'язавши помилкове судження***, наприклад, то, що російські правителі – найрозумніші та найпрофесійніші. На цьому тлі з'являється політична цензура, за якої забороняється і карається будь-яке критичне висловлювання» [19].

Таким чином, на відміну від передачі отримувачам достовірної інформації з об'єктивними відомостями, пропаганда покликана не просто передавати, а нав'язувати отримувачам помилкові судження, які об'єктивно можуть шкодити такому отримувачу інформації або його бенефіціарам.

Під час великих воєн у Європі пропаганда прямо використовувалася задля забезпечення військових перемог. Найефективнішу і найпотужнішу пропаганду, як у період між війнами, так і в ході Другої світової війни, використовували германські нацисти. За наслідками Другої світової війни поняття пропаганди отримало однозначно негативне забарвлення. Щоб якось відрізнити переконання від пропаганди, психолог Роджер Браун запропонував такий критерій: «пропаганда – це переконання, ***корисне для того, хто переконує***, але не завжди відповідає інтересам тих, кого переконують». Таке визначення ***виключає можливість реабілітації цього поняття у його позитивному сенсі*** [18] і підтверджує, що в ході пропагандистських атак на отримувача інформації спрямовується неправдива агресивна інформація, яка покликана нав'язати адресату хибну позицію чи життєву поведінку, але вигідну поширювачеві інформації.

Загальновизнаного юридичного або наукового визначення поняття «пропаганда» не існує. Спроба узагальнити відомі дефініції зроблені у монографії О. О. Смирнова [20, с. 11–12], однак аналіз наведених дефініцій свідчить про те, що вони не у повній мірі визначають сутність «пропаганди», яка спрямована не на поширення поглядів та ідей як таких, а саме на нав'язування цих поглядів та ідей, при цьому поданих у викривленому вигляді. Наведені О. О. Смирновим визначення, скоріш, відповідають поняттю переконання, за Роджером Брауном. В цьому сенсі об'єктивному визначенню «пропаганда» в негативному розумінні відповідає визначення, наведене в енциклопедії «Britannica»[13]: пропаганда – це поширення інформації – фактів, аргументів, чуток, напівправди чи брехні – з метою впливу на громадську думку. Пропаганда – це більш-менш систематичне намагання маніпулювати переконаннями, ставленням чи діями інших людей.

Тобто, у цьому визначенні у найбільш повній мірі враховується поширення інформації саме викривленої, неправдивої, з метою маніпулювання переконаннями, ставленням чи діями інших людей, нав'язування їм поведінки, на яку б вони самі не наважилися. Як зазначає професор В. А. Ліпкан, сучасна пропаганда виступає формою систематичного цілеспрямованого переконування, яке намагається вплинути на емоції, погляди, думки й дії визначеної цільової аудиторії з політичною, ідеологічною або іншою метою через контрольовану передачу односторонніх повідомлень, які можуть узгоджуватися із фактами або ні, безпосередньо або каналами мас-медіа [21].

Згаданий вище професор Г. Г. Почепцов стверджує, що пропаганда робить ментальну операцію, замінюючи одні сенси на інші, причому робить це непомітно для «пацієнта»… При цьому, іноді цей сенс буде потрібен не сьогодні, а завтра, але для цього його слід запустити вже сьогодні [8]. На сьогоднішній день явним ворогом російської пропаганди є західна цивілізація, її цінності, культура, політична система та ідеологія [22].

Разом із тим, особливо негативну роль зіграла російська пропаганда безпосередньо напередодні та у період широкомасштабної агресії РФ проти України. Влада Росії вперто бреше, називаючи війну в Україні «спеціальною військовою операцією», головною метою якої є «денацифікація і демілітаризація» сусідньої країни. На суб'єктивну думку Путіна, Україна завдячує існуванням Радянському Союзу, тому її незалежність є незаконною, тим паче, що нині нею керують «неонацисти» та «наркомани», які виконують всі накази Вашингтону. Всім цим, по колу, оперують російські телевізійні служби так званих «новин» й ток-шоу на прокремлівських каналах. Все сучасне російське телебачення переповнене воєнним промиванням мізків [23].

За інформацією медіа-аналітика Ксенії Ілюк, у перші дні вторгнення РФ в Україну Кремль намагався заповнити інфопростір фейками та сміттям. Спеціалісти ресурсу «Детектор медіа» в перші дні наступу виловили щонайменше 25 унікальних зразків російської дезінформації [24]. Незважаючи на постійні спростування, російська пропаганда продукує усе нові фейки[14].

Як зазначає А. Лушницький, так звана «спеціальна військова операція» в Україні настільки переповнена брехливими російськими наративами, що вони знаменують собою режим, який перебуває у стані повного заперечення реальності. Щоденні коментарі московських лідерів дедалі більше віддаляються від будь-якої розумної інтерпретації теперішніх чи минулих подій. Ними активно конструюється альтернативна реальність для себе і для свого народу [25]. З цього приводу згаданий вище український письменник Ян Валетов наголошує: «Чи бреше російська пропаганда? Майже завжди і з самого початку. І в цій брехні немає жодної доброї мети. Російська пропаганда – це відбиток злої волі однієї людини, що у своє чергу є відбитком соціального запиту російського глибинного народу… Причини війни вигадані російськими пропагандистами. Привід для війни – вигаданий. Цілі – вигадані. Втрати – ховаються. Звірства – ховаються. Методи ведення війни – ховаються. Фейкова недоімперія плодить фейки саме для внутрішнього споживання» [16].

Засобом протидії ворожій пропаганді є контрпропаганда [13]. Контрпропаганда в дискурсі гібридної агресії в цілому визначається як тактика та стратегія враження ворожої пропаганди, а конкретніше – як ті психологічні операції, що ідентифікують пропаганду суперника та слугують для викриття його спроб впливати на суспільну думку [26, с. 149].

Поняття «контрпропаганда» створюється приставкою «контр-» (від лат. contra – проти), що вказує на «протилежність чи протидію будь-чому, на протиставлення поняттю, вираженому у другій частині слова, наприклад контрреволюція, контррозвідка, контрудар». Тобто, контрпропаганда – це протидія пропаганді супротивника, її ворожому впливу [20, с. 13]. «Контрпропаганда спрямована на розвінчання думок та меседжів супротивника чи опонента» [12]. В монографії [20] контрпропаганда визначена як діяльність з інформаційно-психологічного впливу на людей і соціальні групи з метою нейтралізації пропаганди противника [20, с. 14]. І пропаганда, і контрпропаганда – зброя інформаційно-психологічних війн, тобто протиборства сторін, «яке виникає через конфлікт інтересів і здійснюється шляхом навмисного впливу на свідомість супротивника (народу, колективу або окремої особи) для його когнітивного придушення і/або підпорядкування, а також за допомогою використання заходів інформаційно-психологічного захисту від такого впливу» [27, с. 48].

Сутність контрпропаганди – це активні дії, що розкривають облудність пропаганди опонентів, які поширюють негативно критичну інформацію. Головні принципи контрпропаганди – наступальність і послідовність. Завданням контрпропаганди є формування стійкої громадської думки і імунітету до пропаганди суб'єктів, що поширюють негативно критичну інформацію [27, с. 48].

[13] https://www.britannica.com/topic/propaganda

[14] https://detector.media/tag/31815/

Контрпропаганда – найважливіша складова в інформаційній протидії, добре продумана та ефективна діяльність державних та приватних структур, громадських активістів, що являє собою сукупність засобів, прийомів і методів, спрямованих на нейтралізацію та протидію пропаганди ворожої сторони з метою протистояння її негативного впливу на свідомість громадян (власної держави, ворогуючої держави, світового співтовариства) [1, с. 50].

Розглядаючи конкретні напрями української контрпропаганди проти російської пропаганди, необхідно, перш за все, звернути увагу на ті російські та проросійські наративи, які безпосередньо проголошував президент РФ В. Путін в обґрунтування російського вторгнення 24.02.2022 року [14; 15]:

– Україна влаштувала «геноцид на Донбасі»;

– Україна створена на «історичних російських землях», і Росія прагне повернути їх назад;

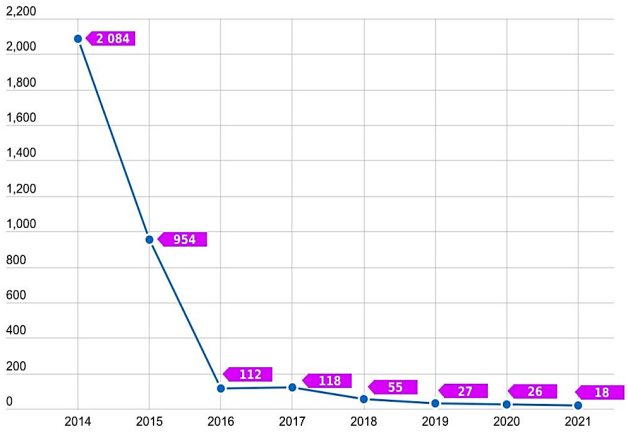
– українці і росіяни – один народ, українці прагнуть жити разом із росіянами, але цьому перешкоджають «нацисти», «фашисти», «бандерівці».

В контексті спростування цих тверджень слід, перш за все, наголосити, що так званий «геноцид на Донбасі» заперечений у судовому порядку Міжнародним судом ООН у Гаазі. У пунктах 59, 60 рішення від 16.03.2022 року Суд дійшов висновку, що він «***не володіє доказами***», які б підтверджували твердження РФ ***про вчинення геноциду*** на території України. Суд наголосив, що Конвенція про запобігання злочину геноциду не передбачає право будь-якої сторони Конвенції[15] «***одностороннє застосування сили на території іншої держави з метою запобігання або покарання передбачуваного геноциду***». За цих обставин Суд вважає, що Україна ***має*** правдоподібне право ***не піддаватися військовим операціям Російської Федерації з метою запобігання і покарання ймовірного геноциду на території України***» [14, с. 14].

Є абсолютно неправдивими використовувані антиукраїнськими спікерами відомості про 13.000 загиблих цивільних осіб на Донбасі. Насправді, за даними ООН, з цих загиблих «лише» 3.901 цивільна особа, а інші – комбатанти. Звичайно, і 3.901 смерть – теж велика цифра, однак слід порівняти цю кількість з масовим цілеспрямованим, саме за етнічною ознакою, вбивством (липень 1995 р.) постійними партнерами Росії сербами понад ***8000*** мусульманських чоловіків та хлопчиків у м. Сребрениці (Боснія та Герцеговина), хоча в наступному Росія ветувала резолюцію Ради Безпеки ООН щодо визнання цього масового вбивства «геноцидом» [28].

З іншого боку, слід взяти до уваги, що, по-перше, ця цифра втрат мирних жителів – по обидві сторони лінії зіткнення; по-друге, протягом тривалого часу; по-третє, не було жодної вибірковості за національністю, мовою та будь-якою іншою ознак серед загиблих; по-четверте, бойовики регулярно стріляли у бік території, які самі контролювали, щоб обвинуватити у цьому Збройні Сили України (ЗСУ), а окрім того, вели обстріли ЗСУ, ховаючись у житлових кварталах і викликаючи вогонь на мирних жителів; по-п'яте, кількість загиблих була найбільшою у 2014–2015 рр., а як раз у 2019–2021 рр. стала мінімальною, тому підстав «боротися» з «геноцидом» саме у період найбільшої тиші не було зовсім [14, с. 14–15], по-шосте, 60 % загиблих цивільних осіб постраждали від мін і боєприпасів, що не розірвалися, при спробі їх розібрати і здати на металобрухт, а не внаслідок цілеспрямованих дій військових. Такі жертви навряд можна назвати жертвами геноциду. До того ж, часто складно визначити, якою зі сторін були закладені міни або випущені артилерійські снаряди[16].

Додатково слід розглянути динаміку зміни кількості жертв серед мирного населення по роках на Донбасі протягом 2014–2021 рр.[17]. 89,5 % жертв припало на перші півтора роки конфлікту (3038 осіб). З початку 2016 року кількість жертв почала різко знижуватися. За 2021 рік було зафіксовано 18 загиблих.



Тобто російське вторгнення в Україну для захисту населення Донбасу від «геноциду», коли кількість загиблих не перевищувала 18 осіб за рік, є особливо безглуздим. Якби на Донбасі мав місце цілеспрямований восьмирічний геноцид, швидше за все, кількість жертв з роками не зменшувалася б. Докладно російський наратив про «геноцид на Донбасі» спростований у статтях [14: 29].

Разом із тим, питання геноциду на території України слід розглядати з прямо контраверсійних обставин, а саме: масштабний геноцид проти населення Україні влаштувала саме РФ під час військового вторгнення. Так, в авторитетному Звіті [30] робиться обґрунтований висновок, що РФ порушила Конвенцію про геноцид за двома статтями. У Звіті відзначається застосування владою РФ принципу «дзеркального звинувачення» («Accusation in a mirror»), який автори Звіту називають потужною, історично повторюваною формою підбурювання до геноциду: злочинець звинувачує потенційну жертву в плануванні або в скоєнні таких звірств, які злочинець планує проти жертви, уявляючи передбачуваних жертв як екзистенційну загрозу і роблячи насильство проти неї нібито захисним і необхідним. У Звіті вказується, що офіційна російська пропаганда, яка заперечує існування української національної групи, імпліцитно позначає тих, хто вважає себе українцями, такими, що погрожують єдності Росії, а отже, винними у зраді або у потуранні нацизму. Слід зазначити, що заперечення існування захищених груп або елементів їхньої ідентичності є індикатором специфічного ризику геноциду. Існують переконливі докази того, що російські солдати засвоїли державну пропаганду і або висловлювали намір геноциду, або вчинили звірства у відповідь на це, хоча причинно-наслідковий зв'язок не є обов'язковим для встановлення підбурювання. Є обґрунтовані підстави вважати, роблять висновок автори, що ескалаційна пропагандистська кампанія РФ є прямим і публічним підбурюванням до вчинення геноциду проти українців. Поведінка діячів, які поширюють підбурюючі повідомлення, приписується державі, оскільки всі вони де-юре або де-факто є державними органами, включаючи главу держави, ключових членів Державної думи, керівників силових структур або державних ЗМІ. Отже, є обґрунтовані підстави для висновку, що РФ несе відповідальність

[15] Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (далі – Конвенція про геноцид).

[16] https://web.archive.org/web/20220303133459/https://provereno.media/2022/02/27/podvergalis-li-zhiteli-donbassa-genocidu-so-storony-ukrainy/

[17] https://web.archive.org/web/20220303133459/https://provereno.media/2022/02/27/podvergalis-li-zhiteli-donbassa-genocidu-so-storony-ukrainy/

держави за порушення ст. III (c) Конвенції про геноцид (пряме та публічне підбурювання до скоєння геноциду).

Автори Звіту також роблять висновок, що РФ допустила порушення усіх пунктів ст. II Конвенції:

a) вбивство членів групи, що піддається геноциду (масові вбивства цивільних осіб (Ірпінь, Буча, Ворзель, Мотижин тощо), невибіркове бомбардування житлових районів, навмисні напади на укриття, шляхи евакуації та гуманітарні коридори);

b) заподіяння серйозних тілесних ушкоджень чи розумового розладу членам такої групи (масові тортури українців);

c) навмисне створення для будь-якої групи таких життєвих умов, які розраховані на повне чи часткове фізичне знищення її (руйнування життєво важливої інфраструктури, знищення та вилучення предметів першої необхідності, гуманітарної допомоги та зерна, перешкоджання доступу до води, зокрема, питної);

d) заходи, розраховані на запобігання дітонародженням у середовищі такої групи (зґвалтування та сексуальне насильство, які спричиняють добре задокументовані довгострокові фізичні та біологічні руйнування через екстремальні травми, що призводять до самогубств, захворювань, що передаються статевим шляхом, і нездатності чи небажання продовжувати рід. Зокрема, російські військові розповіли жінкам і дівчатам, що «вони зґвалтують їх до такої міри, що вони не захочуть сексуального контакту з жодним чоловіком», щоб не дати їм народити українських дітей. У 2016 році слідча комісія визнала зґвалтування геноцидом як заходом запобігання народженню відповідно до ст. II, d, що також визнано Міжнародним судом, оскільки «впливає на здатність членів групи до розмноження»;

e) насильницька передача дітей із однієї людської групи до іншої (масове насильницьке виведення українських дітей в РФ).

Твердження про створення України на «історичних російських землях» однозначно спростовується географічними картами Європи, починаючи з XVII ст.: карта Литви М.-Х. Радзивілла (1613), карти французького військового інженера і картографа Ґ. Боплана (1648), карта «Україна – земля козаків…» Й. Б. Гоманна (1720), карта С. Л. Рудницького (кінець XIX ст.) [15]. За Бопланом, тодішня територія України повністю збігається із нинішніми державними кордонами України і чітко відмежовується від російських земель[18].

З іншого боку, російсько-американський історик Г. В. Вернадський у монографію «Монголи і Русь» [31] помістив карту «Східна Росія у XV столітті», з якої видно, що Росія не мала жодного відношення до українських земель, тобто Україна не створювалася на так званих «російських землях»[19].

У статті [32] приріст території Російської держави розглядається в проекції цих територій на сучасну карту світу, зокрема, України. З цією статті видно, що ***вперше*** землі ***сучасної*** України (нинішні Сумська та Чернігівська області) потрапили у склад Російської держави у 1500–1503 рр. в результаті російсько-литовської війни[20]. В подальшому, дійсно, внаслідок загарбницьких дій саме Російська держава включала у свій склад українські землі. Отже, Україна не створювалася на «історичних російських землях» (див. мапу).

Зазначене прямо і недвозначно спростовує псевдоісторичні марення В. Путіна, озвучені ним 17.06.2022 р. у ході Петербурзького міжнародного економічного форуму: «Україна прийшла в Російську імперію з трьома територіями – Київ, Житомир і Чернігів, решта дісталася їй потім, у тому числі від Леніна»[21]. Насправді ж це Росія силою або підступністю захоплювала історичні українські землі, які Україна забрала із собою при розриві із імперією. Жодних «історичних російських земель» на території сучасної України не було.

Що стосується концепції щодо українців та росіян як одного народу, братніх народів, то на фоні тих злочинів геноциду, які творить РФ проти українського народу, здавалося б, ця концепція давно повинна була б вмерти. Однак, виявляється, що ні. Так, 13.04.2022 року Президент Франції Е. Макрон відмовився назвати злочини РФ в Україні геноцидом, обґрунтовуючи це тим, що два народи – українці та росіяни – браття[22]. У відеозверненні 15.04.2022 року Президент України В. О. Зеленський заперечив тезу про «братні народи». У коментарі до цього звернення, зокрема, зазначається, що помилкову тезу про «братні» народи ***використовує*** президент РФ В. Путін, ***спекулюючи нею*** у ЗМІ та із закордонними політиками». Українська влада та український народ вважають ці тези помилкою та образою, тому що, зокрема, не може бути «братнім» народ, який творить геноцид і воює проти сусідньої країни [33]. Коментуючи наведену вище тезу Е. Макрона про «братні народи», речник МЗС України О. Ніколенко наголосив, що міф про «братні народи»… остаточно зруйнувався, коли перші російські ракети полетіли на українські міста… До звірств проти беззахисних людей не вдаються навіть найзатятіші вороги[23].

Науковій критиці концепцію «одного народу» піддав ще у 1861 році український історик М. І. Костомаров. Вчений зазначив (мовою оригіналу): «Итак те, которые говорили: русская народность, и понимали под нею что-то единственное, самосущее, ошибались; они должны были говорить: русские народности. Оказывается, что русская народность не едина; их две…» [34, с. 34]. М. І. Костомаров наголошував на ***неприродності об'єднання цих двох народів*** [34, с. 49]. Р. Лемкін, розробник Конвенції про геноцид, зазначав[24], що «***українець не є і ніколи не був росіянином…***». Ґенеза спростування «теорії» «єдності» досліджена співавторами у статті [35].

Публіцист Д. Самигін вказує на окремі напрямки антиукраїнської обробки населення Росії і напрямки протидії цим впливам [36]:

a) «в Україні – бандерівці та нацисти». Всупереч цьому твердженню, жодна міжнародна організація не звинуватила Україну у нацизмі; на вільних виборах громадяни України обирають у керівні органи не тільки етнічних українців; на парламентських виборах в Україні у 2019 р. коаліція націоналістичних партій – «Національний корпус», «Свобода» та «Правий сектор» – набрала лише 2 % голосів і не потрапила до парламенту [36]. У цьому сенсі, як і у випадку із геноцидом, існує суттєва контраверсійна обставина: саме сучасна Росія набула усіх ознак фашистської держави. Так, американський історик, автор книг про фашизм і тоталітаризм Тімоті Снайдер за наслідками свого дослідження прямо наголошує: «Ми повинні сказати це вголос: Росія – фашистська держава»[25]. Г. Обухов наводить п'ять характерних симптомів, які були у Німеччині з 1933 по 1945 рік, притаманні фашизму як соціально-політичному явищу і мають місце у сьогоднішній Росії: великодержавний шовінізм; злиття всіх гілок влади – виконавчої, законодавчої та судової – з силовими структурами, ЗМІ та бізнес-елітою; агресія по відно-

[18] http://kievrus-ua.com/article/6340/

[19] http://gumilevica.kulichki.net/maps/vgv35.html

[20] https://ru.wikipedia.org/wiki/Російсько-литовська_війна_(1500-1503)

[21] https://news.obozrevatel.com/russia/putin-oboznachil-svoi-territorialnyie-pretenzii-ukraina-prishla-s-tremya-oblastyami-ostalnoe-dobavil-lenin.htm

[22] https://www.pravda.com.ua/rus/news/2022/04/13/7339264/

[23] https://zn.ua/POLITICS/makron-vse-eshche-schitaet-ukraintsev-i-rossijan-bratskimi-narodami-v-mid-napomnili-o-sobytijakh-svidetelstvujushchikh-ob-obratnom.html

[24] https://www.istpravda.com.ua/columns/2010/11/26/6400/

[25] https://meduza.io/feature/2022/05/21/my-dolzhny-skazat-eto-vsluh-rossiya-fashistskoe-gosudarstvo

шенню до сусідніх держав та захоплення суміжних територій; переслідування дисидентів та політичні вбивства; схиляння перед фюрером;

б) «бандерівці на Майдані 2014-го захопили владу внаслідок військового перевороту». Всупереч цьому твердженню, зміна влади внаслідок Революції Гідності 2013–2014 рр. не може вважатися військовим переворотом чи державним переворотом, оскільки наступництво влади гарантувалося збереження діяльності легітимної Верховної Ради України, яка вільним голосуванням, конституційною більшістю відсторонила тодішнього президента Януковича від виконання повноважень через його втечу з країни, відновила дію Конституції України, незаконно зміненої під тиском Януковича та призначила перевибори президента. При цьому після незаконної зміни Конституції правління Януковича було нелегітимним, оскільки він не обирався під отримані повноваження.

У статті співавторів [37] вказується, що антиукраїнська критика подій 2013–2014 рр. пов'язується із 6 російськими (проросійськими) міфами: міф про інспірування протестів 2013–2014 рр. ззовні (так зване «активне пряме втручання іноземних держав»); міф про «державний переворот», «хунту», «озброєний заколот» тощо; міф про «український фашизм»; міф про право кримського, донецького, луганського «народів» на самовизначення; міф про незаконність антитерористичної операції (АТО) і «карателів»; міф про неможливість європейського вибору України і про «вічну єдність» з Росією. Ці міфи системно спростовуються у статті [37], а також у даній статті;

в) «Крим пішов у Росію, злякавшись бандерівців». Насправді Росія розпочала захоплення Криму ще 20.02.2014, коли Янукович був легітимним президентом. Про це «проговорилася» сама російська влада, вказавши на медалі «За повернення Криму» дату 20.02.14–18.03.14 [36];

г) «бандерівці спалили людей в Одесі». Насправді, ні про яку цілеспрямовану операцію зі спалення людей з подальшим добиванням тих, хто намагався рятуватися, як про це твердить російська пропаганда, не може бути й мови. Навпаки, є відео, як із даху самої будівлі кидають коктейлі ***саме у прихильників України***. Є відео як проукраїнські протестуючі рятують людей. При цьому особи, які, ймовірно, винні в тому, що пожежники неефективно рятували людей, на даний момент ховаються в РФ. Протистояння в Одесі розпочалося з актів насильства над українцями [36]. Фактично, 02 травня 2014 року в Одесі проросійські сили тестували Одесу на створення чергової народної республіки. Опір проукраїнських одеситів спричинив протистояння, яке закінчилося трагедією, фактично спровокованою проросійськими силами;

д) «бандерівці та Україна напали на Донбас у 2014 році». Насправді ініціатором конфлікту на Донбасі була РФ, що неодноразово добре задокументовано, як, наприклад, описано у статті співавторів [14];

е) «бандерівці спровокували війну у 22-му році». Насправді тривалу підготовку Росії до війни фіксували розвідки різних країн. 141 країна ООН засудила напад РФ на Україну. Лише 4 країни підтримали РФ [36]. Сьогодні, при сучасному розвитку комунікаційних систем, уся війна фактично відбувається у прямому ефірі, тому усі усе добре бачать і розуміють, якщо хочуть бачити і розуміти. Є абсолютним безглуздям припускати, що Україна 8 років терпляче чекала добру волю РФ на врегулювання ситуації на Донбасі, а воювати вирішила, коли РФ зібрала під кордонами України 200-тисяче військо.

Висновки. Здійснена ґенеза пропаганди взагалі і російської, зокрема, як систематичного інформаційного впливу на свідомість людей шляхом поширення саме викривленої, неправдивої іншормації, з метою маніпулювання переконаннями, ставленням чи діями інших людей, нав'язування їм поведінки, на яку б вони самі не наважилися. З метою протидії такій пропаганді необхідна активна контрпропагандистська діяльність. Визначені ключові напрями такої контрпропагандистської діяльності проти російської пропаганди. Зазначені напрями можуть бути покладені в основу відповідних стратегічних наративів в розумінні Стратегії інформаційної безпеки, прийнятій РНБО України 15.10.2021 р. та затвердженій Указом Президента України від 28.12.2021 р. № 685/2021.

ЛІТЕРАТУРА

1. Близнюк А. С. Пропаганда та контрпропаганда в умовах сучасної гібридної війни. *Наукові* записки Інституту журналістики. 2015. Т. 60. С. 49–54.
2. Dzyaloshinskiy I. M. Иосиф Михайлович Дзялошинский: Пропаганда и информация. Гуманитарный портал 19.11.2007. URL: https://gtmarket.ru/library/articles/5940
3. Propaganda Techniques. Virtual English Notebook. – URL: https://sites.google.com/site/thevirtualenglishnotebook/propaganda-techniques
4. Scot Macdonald. Propaganda and Information Warfare in the Twenty-First Century: Altered Images and Deception Operations. Contemporary Security Studies. 224 p.
5. Горбань Ю. О. Інформаційна війна проти України та засоби її ведення. *Вісник* НАДУ. 2015. № 1. С. 136–141.
6. Почепцов Г. Г. Информационные войны. М., Рефл-бук; К., Ваклер, 2000. 576 с.
7. Почепцов Г. Пропаганда vs информационные операции: сходства и различия. Детектор медіа. 17.04.2016. – URL: https://ms.detector.media/mediaanalitika/post/16443/2016-04-17-propaganda-vs-ynformatsyonnye-operatsyy-skhodstva-y-razlychyya/
8. Почепцов Г. Метапропаганда как доминирование пропаганды над идеологией, а не наоборот. Хвиля. 17.09.2018. – URL: https://hvylya.net/analytics/society/metapropaganda-kak-dominirovanie-propagandyi-nad-ideologiey-a-ne-naoborot.html
9. Почепцов Г. Г. Пропаганда 2.0. Харьков. Фолио, 2018. 796 с.
10. Михайличенко А. Контрпропаганда в українських ЗМІ, реалії сьогодення. Science and Education a New Dimension. Humanities and Social Sciences, V (21), I.: 130, 2017. P. 59–64.
11. Гібридна війна і журналістика. Проблеми інформаційної безпеки : навчальний посібник / за заг. ред. В. О. Жадька; ред.-упор. О. І. Харитоненко, Ю. С. Полтавець. К. : Вид-во НПУ імені М. П. Драгоманова, 2018. 356 с.
12. Почепцов Г. Контр- не всегда плохо, особенно если это контрпропаганда. Детектор медіа. 02.06.2019. – URL: https://ms.detector.media/mediaanalitika/post/22973/2019-06-02-kontr-ne-vsegda-plokho-osobenno-esly-jeto-kontrpropaganda/
13. Юринець Ю. Л. Прикладні проблеми забезпечення контрпропагандистської діяльності в Україні. Права людини в епоху цифрових трансформацій : [Матеріали XII Міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, Національний авіаційний університет, 25 лютого 2022 р.] Том 1. – Тернопіль : Вектор, 2022. С. 244–246.
14. Бєлкін Л. М., Юринець Ю. Л., Сопілко І. М., Бєлкін М. Л. Спростування «геноциду» на Донбасі як напрям контрпропаганди під час агресії Російської Федерації проти України. *Юридичний науковий електронний журнал*. Електронне наукове фахове видання. 2022. № 3. С. 12–17.
15. Бєлкін Л. М., Юринець Ю. Л., Сопілко І. М. Спростування на підставі картографічних даних створення України за рахунок «історичних російських земель» як напрям контрпропаганди під час агресії Російської Федерації проти України. Право і суспільство. 2022. № 2. С. 135–142.
16. Валетов Я. Что будет после войны? Украинская правда. 17.04.2022. – URL: https://www.pravda.com.ua/rus/columns/2022/04/17/7340267/
17. Коваленко Є. В., Плетньов О. В. Передумови загроз у сфері інформаційної безпеки та перспективи їх подолання. У зб.: Актуальні проблеми управління інформаційною безпекою держави : зб. тез наук. доп. наук.-практ. конф. (Київ, 4 квітня 2019 р.). [Електронне видання]. Київ. Нац. акад. СБУ, 2019. С. 58–59.
18. Дзялошинский И. М. Пропаганда и информация. Гуманитарный портал. 19.11.2007. URL: https://gtmarket.ru/library/articles/5940
19. Сулакшин С. С. Информация и пропаганда: развитие или деградация. Центр Сулакшина. 31.08.2015. – URL: https://rusrand.ru/actuals/informatsija-i-propaganda-razvitie-ili-degradatsija
20. Смирнов А. А. Организация контрпропаганды в области борьбы с терроризмом и экстремизмом : научно-практическое пособие; под ред. А. П. Новикова. М. : АТЦ СНГ, 2020. 232 с.
21. Ліпкан В. Зміст пропаганди на сучасному етапі. Глобальна організація союзницького лідерства. 2016. – URL: http://goal-int.org/zmist-propagandi-na-suchasnomu-etapi/
22. Jānis Bērziņš. Russia's New Generation Warfare in Ukraine: Implications for Latvian Defense Policy. Policy Paper. April 2014. No. 02. P. 5–13.
23. Коалсон Р. «Промивання мізків»: російські державні телеканали з усіх сил просувають наративи Кремля щодо війни в Україні. Радіо «Сводода». 30.03.2022. – URL: https://www.radiosvoboda.org/a/rosia-propahanda-viyna-ukrayina/31778004.html
24. Ілюк К. Чого чекати від Росії на інформаційному фронті? Детектор медіа. 16.03.2022. – URL: https://ms.detector.media/trendi/post/29186/2022-03-16-chogo-chekaty-vid-rosii-na-informatsiynomu-fronti/
25. Лушницкий А. Мифы и догмы о 9 мая. О чем молчит Россия. НВ. 10.05.2022. – URL: https://nv.ua/opinion/vtoraya-mirovaya-o-chem-lgut-v-rossii-v-den-pobedy-9-maya-poslednie-novosti-50240698.html
26. Чернишова Т. О. Контрпропаганда в Україні реалії та перспективи. V Міжнародна наукова конференція Харківського національного університету Повітряних Сил імені Івана Кожедуба «Сучасна війна: гуманітарний аспект»: збірник матеріалів, 25–26 травня 2021 року. Х. : Факт, 2021. С. 149–152.
27. Денисюк Ж. З. Пропаганда та контрпропаганда в контексті стратегій державної інформаційної політики. Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія: Державне управління. 2021. Том 32 (71). № 2. С. 46–51.
28. Резня в Сребренице и Путин: какова была роль России и Украины. BBC.news.Україна. 11.12.2019. – URL: https://www.bbc.com/ukrainian/features-russian-50742853
29. Belkin L. M., Iurynets J. L., Sopilko I. M., Belkin M. L. Denial of the «genocide» in the Donbas as a cause of the aggression of the Russian Federation against Ukraine. Modern directions of scientific research development. Proceedings of the 12th International scientific and practical conference. BoScience Publisher. Chicago, USA. 2022. P. 832–841.
30. An Independent Legal Analysis of the Russian Federation's Breaches of the Genocide Convention in Ukraine and the Duty to Prevent. The New Lines Institute and Raoul Wallenberg Centre. May 2022. – URL: https://newlinesinstitute.org/an-independent-legal-analysis-of-the-russian-federations-breaches-of-the-genocide-convention-in-ukraine-and-the-duty-to-prevent/
31. Вернадский Г. В. Монголы и Русь. – URL: http://gumilevica.kulichki.net/VGV/vgv3.htm
32. Формирование территории Русского государства. – URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Формирование_территории_Русского_государства
33. Мазуренко А. Зеленский отверг тезис об общих исторических корнях с РФ: «Какая вы Русь, вы – орда». Украинская правда. 15.04.2022. – URL: https://www.pravda.com.ua/rus/news/2022/04/15/7339688/
34. Костомаров Н. Две русские народности. Основа. СПб., 1861. № 3. С. 33–80. – URL: http://litopys.org.ua/kostomar/kos38.htm
35. Бєлкін Л. М., Юринець Ю. Л., Сопілко І. М. Ґенеза становлення України та Росії: порівняльно-правовий аспект в контексті інформаційних воєн. *Юридичний науковий електронний журнал*. Електронне наукове фахове видання. 2021. № 11. С. 780–785.
36. Самыгин Д. «Старые дезы о главном» рашистской пропаганды. Украинская правда. 24.03.2022. – URL: https://www.pravda.com.ua/rus/columns/2022/03/24/7334203/
37. Бєлкін Л. М., Юринець Ю. Л. Анализ событий 2013–2014 гг. в Украине: юридический и социологический аспекты. *Часопис* Академії адвокатури України, 2014, № 3 (24). С. 3–31.

УДК 342.347.988.85
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/53

ПИТАННЯ ПОДІБНОСТІ ПРАВОВІДНОСИН

THE QUESTIONS OF SIMILARITY OF LEGAL RELATIONS

Волох О.К., к. ю. н.,
доцент кафедри публічного управління та адміністрування
Національна академія внутрішніх справ

Гезет І.С., студент ІІ курсу
Навчально-науковий інститут № 1
Національної академії внутрішніх справ

Статтю присвячено розкриттю змісту терміну «подібні правовідносини». Аналіз судової практики свідчить про суперечливе відношення до тлумачення даного терміну з боку представників суддівського корпусу.

Після прийняття у 2017 році у новій редакції Кодексу адміністративного судочинства України, Цивільного процесуального кодексу України та Господарського процесуального кодексу України можна говорити про досягнення певною мірою уніфікації судової процедури.

Ще у Пояснювальній записці до відповідного законопроекту (№ 6232 від 23.03.2017 р.) одне із завдань, на виконання якого було спрямоване викладення в новій редакції трьох процесуальних кодексів, сформульоване як *гармонізація правил цивільного, господарського та адміністративного судочинства із збереженням специфіки кожного*.

Зокрема, однакові правила було запроваджено і на стадії апеляційного розгляду, і на стадії перегляду справи судом касаційної інстанції.

Законом України від 15.01.2020 р. № 460-IX – знов-таки до всіх трьох кодексів – було внесено чергові доповнення щодо можливості касаційного оскарження судових рішень. Йдеться про так звані «касаційні фільтри».

Станом на сьогодні підставами касаційного оскарження рішення суду першої інстанції після апеляційного перегляду справи та постанови суду апеляційної інстанції, є неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права виключно в таких випадках:

1) якщо суд апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні застосував норму права без урахування висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду, крім випадку наявності постанови Верховного Суду про відступлення від такого висновку;

2) якщо скаржник вмотивовано обґрунтував необхідність відступлення від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду та застосованого судом апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні;

3) якщо відсутній висновок Верховного Суду щодо питання застосування норми права у подібних правовідносинах.

Четвертий випадок пов'язаний з недослідженням судом зібраних у справі доказів, але тільки за умови висновку про обґрунтованість заявлених у касаційній скарзі підстав касаційного оскарження (хоча б однієї з трьох вказаних вище).

Ключові слова: правовідносини, подібність правовідносин, касаційний перегляд, суд касаційної інстанції.

The article is dedicated to revealing the meaning of the term «similar legal relationship». The analysis of judicial practice shows a contradictory attitude to the interpretation of this term by representatives of the judicial corps.

After the adoption in 2017 of the new version of the Code of Administrative Procedure of Ukraine, the Civil Procedure Code of Ukraine and the Economic Procedure Code of Ukraine, we can talk about the achievement of a certain degree of unification of the judicial procedure.

Even in the Explanatory Note to the relevant draft law (No. 6232 dated 23.03.2017), one of the tasks aimed at the implementation of the new edition of the three procedural codes was formulated as the harmonization of the rules of civil, economic and administrative proceedings while preserving the specifics of each.

In particular, the same rules were introduced both at the stage of appeal proceedings and at the stage of review of the case by the court of cassation instance.

Law of Ukraine dated January 15, 2020 No. 460-IX – once again to all three codes – made further additions regarding the possibility of cassation appeal of court decisions. We are talking about the so-called «cassation filters».

As of today, grounds for a cassation appeal against the decision of the court of first instance after an appellate review of the case and the decision of the court of appeal are the incorrect application by the court of the norms of substantive law or violation of the norms of procedural law exclusively in the following cases:

1) if the appellate court in the contested court decision applied the rule of law without taking into account the conclusion on the application of the rule of law in similar legal relations, set out in the Supreme Court's decision, except in the case of the Supreme Court's decision to depart from such a conclusion;

2) if the complainant substantiated the need to deviate from the conclusion regarding the application of the rule of law in similar legal relations, set forth in the Supreme Court decision and applied by the appellate court in the contested court decision;

3) if there is no opinion of the Supreme Court regarding the application of the rule of law in similar legal relations.

The fourth case is related to the failure of the court to investigate the evidence collected in the case, but only on the condition of a conclusion on the validity of the grounds for cassation appeal stated in the cassation complaint (at least one of the three specified above).

Key words: legal relations, similarity of legal relations, cassation review, court of cassation instance.

У Кодексі адміністративного судочинства України, наприклад, вказані вище додаткові «правила гри» викладено у статті 328.

Отже, необхідно, по-перше, для того, щоб довести подібність правовідносини у справах, насамперед, слід з'ясувати саме поняття *«подібності правовідносин»*.

Так, наприклад в ухвалі Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 02.12.2021 р. у справі № 160/1/21 вказується:

«Подібність правовідносин означає, зокрема, тотожність суб'єктного складу учасників відносин, об'єкта та предмета правового регулювання, а також умов застосування правових норм (зокрема, часу, місця, підстав виникнення, припинення та зміни відповідних правовідносин). Зміст правовідносин з метою з'ясування їх подібності в різних рішеннях суду (судів) визначається обставинами кожної конкретної справи» [1].

Таким чином, в ухвалі відтворено правову позицію, раніше висловлену і вже повторювану у постановах Великої Палати Верховного Суду та Касаційних судів (див., наприклад, постанови Великої Палати Верховного Суду від 27 березня 2018 року у справі № 910/17999/16, від 25 квітня 2018 року у справі № 910/24257/16, постанову Касаційного адміністративного суду у складі

Верховного Суду від 23 червня 2020 року у справі № 1.380.2019.000591).

Така правова позиція є дійсно зручною, якщо метою діяльності Верховного Суду є відхилення касаційних скарг, де присутні аргументи заявників – громадян України про «подібність» правовідносин.

Адже у наведеній вище формулі термін «подібність» правовідносин визначається через *тотожність* їх елементів.

У свою чергу, після перевірки правовідносин на «тотожність» у переважній більшості справ неодмінно виявляється їх невідповідність даному критерію (хоча у КАС України про «тотожні правовідносини» жодного слова немає), що є формальною підставою для повернення касаційної скарги заявнику.

Прирівнювання «подібних» правовідносин до «тотожних» є помилковим. В даному випадку очевидною є підміна понять.

Крім того, і практика Великої Палати Верховного Суду є неоднозначною у даному відношенні. Причиною цього, на нашу думку, могло стати також недостатнє розуміння значення застосовуваних термінів.

Так, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 16 травня 2018 року у справі № 910/5394/15-г було вказано:

*«**8.2.** ...При цьому під судовими рішеннями в **подібних правовідносинах** слід розуміти такі, де **тотожними** є предмет спору, підстави позову, зміст позовних вимог та встановлені фактичні обставини, а також має місце однакове матеріально-правове регулювання спірних відносин»* [2].

Натомість, у п. 5.5 постанови Великої Палати Верховного Суду від 19 червня 2018 року у справі № 922/2383/16 та у п. 6.30 постанови Великої Палати Верховного Суду від 19 травня 2020 року у справі № 910/719/19 – вказано:

*«При цьому під судовими рішеннями в **подібних правовідносинах** слід розуміти такі рішення, де **подібними** є предмети спору, підстави позову, зміст позовних вимог та встановлені фактичні обставини, а також має місце однакове матеріально-правове регулювання спірних відносин»* [3; 4].

А у постановах Великої Палати Верховного Суду від 12 грудня 2018 року у справі № 2-3007/11 та від 16 січня 2019 року у справі № 757/31606/15-ц, а також в ухвалах Великої Палати Верховного Суду від 11 лютого 2020 року у справі № 760/18364/16-ц, від 25 березня 2020 року у справі № 307/3957/14-ц, від 28 квітня 2020 року у справі № 554/6777/17 – зазначається:

*«При цьому під судовими рішеннями в **подібних правовідносинах** слід розуміти такі, де **аналогічними** є предмет спору, підстави позову, зміст позовних вимог та встановлені фактичні обставини, а також має місце однакове матеріально-правове регулювання спірних відносин»* [5–9].

Оскільки терміни «подібний», «тотожний», «аналогічний» є загальновживаними, необхідно звернутися до їх визначень, зафіксованих у тлумачних словниках.

Визначення терміну ***«тотожний»*** практично збігається у Великому тлумачному словнику української мови та Новому тлумачному словнику української мови і звучить, як:

1) такий самий, однаковий з чимсь, цілком подібний до чогось, схожий один з одним за своєю суттю й зовнішніми ознаками та виявом. // Відповідний чому-небудь, цілком схожий на щось [10, с. 1259];

2) такий самий, однаковий з чимсь, цілком подібний до чогось, схожий один з одним за своєю суттю й зовнішніми ознаками та виявом; однаковий, цілком подібний, ідентичний, такий самий [11, с. 557).

Крім того, у Філософському енциклопедичному словнику термін ***«тотожність»*** прирівнюється до терміну ***«ідентичність»*** і тлумачиться як «однаковість, повне співпадіння чого-небудь з чим-небудь. А. є ідентичним, якщо воно за всіх найрізноманітніших ситуацій і обставин завжди залишається одним і тим самим, так що може бути ідентифіковане як таке саме [12, с. 170].

На відміну від терміну ***«тотожний»*** термін ***«подібний»*** тлумачиться таким чином:

1) який має спільні риси з ким-, чим-небудь, схожий на когось, щось. 2. Такий самий; такий, як той (про якого йде мова). 3. У математиці: який має подібність (у другому знач.) [10, с. 822];

2) який має спільні риси з ким-, чим-небудь, схожий на когось, щось. *Сухе* [мамине] *тіло гріло мене теплом, таким знайомим і ні на що не подібним* (Коцюб.). 2. Такий самий; такий, як той (про якого йде мова); аналогічний, тотожний, ідентичний. *Наче в такт природі серце моє стрепенулось од бажання подібної ж гармонії в людському житті* (Коцюб.). 3. У математиці: який має подібність (у другому знач.) [11, с. 743].

Термін ***«аналогія»*** в енциклопедичних джерелах має такі визначення:

1) АНАЛОГІЯ – 1. Подібність, схожість відмінних у цілому предметів, явищ за певними властивостями, ознаками або відношеннями. 2. У логіці – умовивід, коли на основі схожості предметів за одними ознаками роблять висновок про можливу схожість цих предметів за іншими ознаками [13, с. 56];

2) АНАЛОГІЯ (від грецьк. відповідність, подібність) – міркування, в якому робиться висновок про наявність деякої ознаки у досліджуваного одиничного предмета (ситуації, події) на підставі його подібності за суттєвими рисами з іншим одиничним предметом (ситуацією, подією)… Аналогія відношень – це міркування, в якому об'єктом уподібнення виступають схожі відношення між двома парами предметів, а переносною ознакою – властивості цих відношень [14, с. 21–22];

3) АНАЛОГИЧНЫЙ, -ая, -ое, -чен, -чна. Сходный, подобный;

АНАЛОГИЯ, -и. Сходство в каком-нибудь отношении между явлениями, предметами, понятиями [15, с. 26];

4) АНАЛОГИЯ (греч. analogia – соответствие, сходство), сходство предметов (явлений, процессов) в каких-либо свойствах [16, с. 51].

Отже, виходячи з наведених визначень, слід констатувати таке.

По-перше, терміни *«тотожний»* і *«подібний»* лише у літературному, поетичному, контексті (але необов'язково) і в математиці (наприклад, *подібні* трикутники) можуть мати однакове значення.

По-друге, термін *«аналогічний»* може вважатися синонімом тільки відносно терміну *«подібний»*, і в жодному разі не може означати *«тотожний»*.

Таким чином, висновки, неодноразово повторені у постановах та ухвалах Великої Палати Верховного Суду та Касаційних судів у складі Верховного Суду (у т. ч. і в ухвалі Касаційного адміністративного суду в моїй справі, № 160/1/21) щодо іменування *подібних* правовідносин *тотожними*, є хибними.

У загальній теорії права, **правовідносини** розуміються як різновид передбачених юридичними нормами чи зумовлених принципами права ідеологічних суспільних відносин, що встановлюються між суб'єктами права щодо об'єктів права на підставі юридичних фактів і виражаються у взаємних правах і обов'язках цих суб'єктів [18, с. 334–350].

Правові відносини – це свідомі вольові суспільні відносини, що виникають і здійснюються на основі норм права, учасники яких пов'язані закріпленими в нормах права взаємними правами та обов'язками, реалізація яких забезпечується можливістю застосування державного примусу [19, с. 66].

Правові відносини – це врегульовані нормами права суспільні відносини (соціальні зв'язки), учасники яких виступають носіями суб'єктивних прав, юридичних обов'язків, повноважень та юридичної відповідальності [20, с. 254].

Отже, до структури правовідносин включають їх суб'єктів, об'єкти та їх юридичний зміст (взаємні права й обов'язки цих суб'єктів).

З огляду на це може скластися враження, що для цілей застосування ч. 4 ст. 328 КАС України подібність правовідносин слід встановлювати одночасно за трьома критеріями: суб'єктним, об'єктним і змістовним.

Проте *подібність* правовідносин, виявлена одночасно за трьома критеріями, об'єктивно буде свідчити про їх *тотожність* (однаковий вид суб'єктів, однаковий вид об'єкта й однакові права та обов'язки щодо нього).

Слід наголосити, що **процесуальний закон не вимагає встановлення такої тотожності**.

Навіть при визначенні терміну «типова справа» – де важливим є високий ступінь схожості певних ознак у різних справах – законодавець використовує термін «аналогічний». Тобто, необхідною умовою для визнання справи типовою по відношенню до зразкової є з'ясування того, що спір у такій адміністративній справі «виник з аналогічних підстав, у відносинах, що регулюються одними нормами права, та у яких позивачами заявлено аналогічні вимоги» (п. 21 ч. 1 ст. 4 КАС України).

З іншого боку, сутність терміну «аналогічний» вище з'ясовано за допомогою різних тлумачних словників, а головне – доведено те, що він аж ніяк не означає «тотожний».

Якщо ж при вирішенні питання про те, чи відкривати касаційне провадження, в якості наріжного каменю ставиться ***подібність*** правовідносин, то неправомірно, несправедливо звужувати їх до ***тотожних (тобто, ідентичних)*** правовідносин.

Врешті-решт, саме в такий спосіб – шляхом прирівнювання *подібності* і *тотожності* правовідносин – звужується обсяг права на доступ до правосуддя.

Як констатується у Висновку № 11(2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень:

«3. Чітке обґрунтування та аналіз є базовими вимогами до судових рішень та важливим аспектом права на справедливий суд…

31. Щоб бути якісним, судове рішення повинно сприйматися сторонами та суспільством у цілому як таке, що стало результатом коректного застосування юридичних правил, справедливого процесу та правильної оцінки фактів, а також як таке, що може бути ефективно реалізованим. Лише в такому випадку сторони будуть переконані, що їхню справу було розглянуто й вирішено справедливо, а суспільство сприйме ухвалене рішення як фактор відновлення суспільної гармонії. Для досягнення цих цілей необхідно виконання низки вимог.

а) Чіткість

32. Усі судові рішення повинні бути зрозумілими, викладеними чіткою і простою мовою – це необхідна передумова розуміння рішення сторонами та громадськістю».

б) Обґрунтування

34. Судові рішення повинні, у принципі, бути обґрунтованими. Якість судового рішення залежить головним чином від якості його обґрунтування. Належне обґрунтування є імперативом, яким не можна нехтувати в інтересах швидкості розгляду

<…>

42. Щодо змісту, то судове рішення повинно містити дослідження фактичних обставин та питань права, що лежать в основі спору…

46. У багатьох випадках дослідження питань права тягне за собою тлумачення юридичних норм.

47. Визнаючи повноваження судді тлумачити закон, слід пам'ятати також і про обов'язок судді сприяти юридичній визначеності. Адже юридична визначеність гарантує передбачуваність змісту та застосування юридичних норм, сприяючи тим самим забезпеченню високоякісної судової системи.

48. Пам'ятаючи про цю мету, судді застосовуватимуть принципи тлумачення, прийняті як у національному, так і в міжнародному праві» [21].

Відповідні висновки наявні у рішенні Європейського суду з прав людини від 21 жовтня 2010 року у справі «"Дія-97" проти України», заява № 19164/04, § 46, 47:

«Суд повторює, що право на справедливий судовий розгляд, гарантоване пунктом 1 статті 6 Конвенції, слід тлумачити з урахуванням преамбули Конвенції, у відповідній частині якої верховенство права оголошується частиною спільної спадщини Договірних Сторін. Суд також постановляв, що процесуальні правила призначені для забезпечення належного відправлення правосуддя та дотримання принципу юридичної визначеності, а також, що учасники судового провадження повинні мати право розраховувати на те, що ці правила застосовуватимуться. *Цей принцип застосовується до усіх – не лише до сторін провадження, але й до національних судів*» [22].

На підтримку даних аргументів свідчить і правова позиція Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду, сформульована у постанові від 5 липня 2017 року у справі № 761/15791/15-ц, про те, що *«відсутність доступного і розумно передбачуваного судового тлумачення призводить до порушень прав особи»* [23].

І це має пряме відношення до наведених вище доводів про помилковість практики Верховного Суду щодо іменування *подібних* правовідносин *тотожними*.

Виходячи із вказаного вище:

1. Подібними правовідносинами слід вважати правовідносини, які мають спільні риси між собою, аналогічні правовідносини, ті, що схожі між собою за певними ознаками, але при цьому виникають у відмінних в цілому умовах, обставинах.

2. Терміни *«тотожний»* і *«подібний»* лише у літературному, поетичному, контексті (але необов'язково) і в математиці (наприклад, *подібні* трикутники) можуть мати однакове значення.

3. Термін *«аналогічний»* може вважатися синонімом тільки відносно терміну *«подібний»*, і в жодному разі не може означати *«тотожний»*.

4. Подібні, по суті, правовідносини неправомірно іменують *тотожними* у деяких постановах та ухвалах Верховного Суду. У зв'язку із цим є можливість застосування певного механізму недопущення відповідної справи до касаційного перегляду:

а) нормами Закону України «Про судоустрій та статус суддів» (ч. 6 ст. 13) та відповідними нормами КАС України (ч. 5 ст. 242), ЦПК України (ч. 4 ст. 263) та ГПК України (ч. 4 ст. 236) передбачено, що висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права;

б) оскільки суди мають приймати рішення з дотриманням норм процесуального права, вони можуть з метою відмови у відкритті касаційного провадження посилатися на висновки Верховного Суду у справах, де подібні правовідносини визнано тотожними.

5. Таким чином, шляхом прирівнювання *подібності* і *тотожності* правовідносин звужується обсяг права особи на касаційний перегляд справи, тобто, фактично, на доступ до правосуддя.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ухвала Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 02.12.2021 р. у справі № 160/1/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/101568573 (дата звернення: 30.06.2022).
2. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 травня 2018 року у справі № 910/5394/15-г. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/74537190 (дата звернення: 30.06.2022).
3. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 19 червня 2018 року у справі № 922/2383/16. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/75241935 (дата звернення: 30.06.2022).
4. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 19 травня 2020 року у справі № 910/719/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89961609 (дата звернення: 30.06.2022).
5. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 12 грудня 2018 року у справі № 2-3007/11. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/82998289 (дата звернення: 30.06.2022).
6. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 16 січня 2019 року у справі № 757/31606/15-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79250496 (дата звернення: 30.06.2022).
7. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 11 лютого 2020 року у справі № 760/18364/16-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87857807 (дата звернення: 30.06.2022).
8. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 25 березня 2020 року у справі № 307/3957/14-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88570896 (дата звернення: 30.06.2022).
9. Ухвала Великої Палати Верховного Суду від 28 квітня 2020 року у справі № 554/6777/17. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89035064 (дата звернення: 30.06.2022).
10. Великий тлумачний словник української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. – 1728 с.
11. Новий тлумачний словник української мови (у 3 томах). Близько 200 тис. слів. Київ : Аконіт. Головредактор: Василь Яременко, Оксана Сліпушко. 2003. – Т. 3: П–Я. – 862 с.
12. Философский энциклопедический словарь. – М. : ИНФРА-М, 1997. – 569 с.
13. Словник іншомовних слів за ред. О. С. Мельничука. – 2-е видання, випр. і доп. Київ : Головна редакція «Українська радянська енциклопедія» (УРЕ), 1985. – 966 с.
14. Філософський енциклопедичний словник. – К. : Абрис, 2002. – 742 с.
15. Ожегов Сергей Иванович Словарь русского языка. Около 57 000 слов. Изд. 10-е, стереотип. Под ред. д-ра филолог. Наук Н. Ю. Шведовой. – М. : Сов. энциклопедия, 1973. – 846 с.
16. Большой энциклопедический словарь: В 2-х т. / Гл. ред. А. М. Прохоров. – М. : Сов. энциклопедия, 1991. – Т. 1. – 862 с.
17. Загальна теорія держави і права : [Підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів] / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; За ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. Харків : Право, 2009. – 584 с.
18. Теорія держави та права : [навчальний посібник] / Є. В. Білозьоров, О. Б. Горова, В. П. Власенко, А. М. Завальний, Н. В. Заяць та ін.; за заг. ред. С. Д. Гусарєва, О. Д. Тихомирова. – К. : НАВС, Освіта України, 2017. – 268 с.
19. Теорія держави та права України : підручник для курсантів та студентів вищих навч. закл. / О. М. Бандурка, М. Ю. Бурдін, О. М. Головко та ін.; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. – Харків : Майдан, 2018. – 436 с.
20. Висновок № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень. URL: https://court.gov.ua/userfiles/visn_11_2008.pdf (дата звернення: 30.06.2022).
21. Рішення Європейського суду з прав людини від 21 жовтня 2010 року у справі «“Дія-97” проти України», заява № 19164/04. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_932#Text (дата звернення: 30.06.2022).
22. Постанова Верховного Суду від 5 липня 2017 року у справі № 761/15791/15-ц. URL: https://ips.ligazakon.net/document/VS170392 (дата звернення: 30.06.2022).

УДК 351.95
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/54

ВИМОГА ПРОКУРОРА ЯК ЗАПОРУКА ДОТРИМАННЯ ЗАКОННОСТІ

THE PROSECUTOR'S REQUIREMENT AS A GUARANTEE OF COMPLIANCE WITH THE LAW

Волочій С.О., аспірант кафедри адміністративного права, процесу та адміністративної діяльності
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Потреба у створенні ефективного правового інструментарію прокурора вимагає осмислення сутності, призначення та проблем правової регламентації окремих правових ресурсів, одним з яких є вимога прокурора. Саме тому наукова стаття присвячена актуальній темі – вимога прокурора як запорука дотримання законності.

Вимога прокурора є одним із ключових інструментів відновлення законності, порушених прав і свобод людини та громадянина, які охороняються законом, інтересів суспільства та держави. Аналіз українського законодавства дозволяє зробити висновок, що вимога прокурора виступає як структурна складова акту прокурорського реагування (вказівки, доручення, постанови, тощо). Закон України «Про прокуратуру» та інші нормативно-правові акти України не виділяють вимогу прокурора в окремий акт прокурорського реагування та не містять визначення даної категорії.

У роботі до ознак вимоги прокурора віднесено законність, імперативність, опосередкованість, оперативність, переконливість. Наголошено, що вимога прокурора, як структурна складова акту прокурорського реагування, як правило, розміщується в резолютивній (заключній) частині такого акту та містить логічні висновки, на підставі яких висуваються владно-вольові пропозиції прокурора, теоретична та практична важливість яких пов'язана з їх безпосереднім ставленням до завдання відновлення законності.

Автором запропоновано визначення поняття «вимога прокурора, як складова засобу прокурорського реагування»: структурний, розташований у резолютивній частині засобу прокурорського реагування компонент, що є владно-розпорядчою позицією прокурора щодо забезпечення виконання закону, а також визначення порядку і терміну повідомлення прокурору про результати розгляду викладених вимог.

Також автор пропонує доповнити Закон України «Про прокуратуру» окремим розділом «Акти прокурорського реагування», який має висвітлювати сутність і особливості винесення та застосування актів прокурорського реагування: постанова, вказівка, доручення, адже досьогодні такого чіткого розмежування та законодавчого закріплення актів прокурора не відбулося.

Наостанок у роботі виділені загальні заходи підвищення ефективності актів прокурорського реагування.

Ключові слова: прокурор, вимога, законність, акт, реагування, нагляд, процес.

The need to create effective legal tools for the prosecutor requires understanding of the nature, purpose and problems of legal regulation of certain legal resources, one of which is the requirement of the prosecutor. That is why the scientific article is devoted to a topical issue – the requirement of the prosecutor as a guarantee of compliance with the law.

The prosecutor's requirement is one of the key tools to restore the rule of law, violated human and civil rights and freedoms protected by law, the interests of society and the state. An analysis of Ukrainian legislation allows us to conclude that the prosecutor's request acts as a structural component of the prosecutor's response act (instructions, instructions, resolutions, etc.). The Law of Ukraine "About the Prosecutor's Office" and other normative legal acts of Ukraine do not separate the prosecutor's request into a separate act of the prosecutor's response and do not contain a definition of this category.

In the work, the signs of the prosecutor's request include legality, imperativeness, indirectness, efficiency, persuasiveness. It is emphasized that the prosecutor's request, as a structural component of the prosecutor's response act, is usually placed in the operative (final) part of such an act and contains logical conclusions on the basis of which the prosecutor's proposals are made. direct relation to the task of restoring legality.

The author proposes the definition of «prosecutor's requirement as a component of the prosecutor's response»: a structural component located in the operative part of the prosecutor's response, which is the prosecutor's position on ensuring the implementation of the law, as well as determining the procedure and deadline requirements.

The author also proposes to supplement the Law of Ukraine «About the Prosecutor's Office» with a separate section «Acts of the Prosecutor's Response», which should highlight the nature and features of the issuance and application of acts of the prosecutor's response: resolutions, instructions, instructions.

Finally, general measures to increase the effectiveness of the prosecutor's response are highlighted.

Key words: prosecutor, requirement, legality, act, response, supervision, process.

Актуальність теми. Конституція України проголошує людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою соціальною цінністю [1]. Окремо Основний Закон України наголошує, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави [1]. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави [1].

Проте вивчення криміногенної ситуації в Україні дозволяє констатувати недостатню ефективність роботи державних органів у напрямку протидії злочинності. Згідно офіційних даних Національної поліції України впродовж 2020 року було зареєстровано більше, ніж 335 000 кримінальних правопорушень [2], а розкрито лише 164 000 [2], тобто приблизно половина, що говорить про низьку результативність діяльності правоохоронних органів.

У зв'язку з цим, розвиваючи тему вироблення ефективних засобів стримування зростання кількості кримінальних правопорушень та дієвого механізму забезпечення законності в Україні, варто звернути увагу на зміцнений правозахисний потенціал прокуратури, яка сьогодні здійснює як наглядову, так і ненаглядову діяльність, спрямовану на забезпечення виконання законів. Мета діяльності прокуратури сьогодні полягає у захисті прав і свобод людини, загальних інтересів суспільства та держави [3], яка досягається у тому числі шляхом виконання функції нагляду за додержанням законів [3].

Постановка проблеми. Відзначаючи в цілому позитивне значення модифікації повноважень прокурора, в той же час не можна не помітити наявність важливих невирішених питань прокурорської діяльності. На тлі безперервних дискусій про необхідність розширення повноважень прокурора практично не йдеться про те, що потрібно детальніше регламентувати вже існуючі. Недостатня юридична техніка, що використовується при закріпленні повноважень прокурора у правових нормах, у поєднанні з недостатнім обсягом повноважень для ефек-

тивного усунення порушень закону, дотримання прав і свобод людини і громадянина, які охороняються законом, інтересів суспільства і держави в кінцевому рахунку негативно позначається на результативності дій прокуратури щодо виконання закону.

Потреба ж у створенні ефективного правового інструментарію прокурора вимагає осмислення сутності, призначення та проблем правової регламентації окремих правових ресурсів, одним з яких є вимога прокурора.

Стан дослідження проблеми. Неодноразово предметом дослідження вітчизняних вчених були особливості діяльності прокуратури в цілому та вплив прокурора на діяльність посадових осіб в рамках реалізації ним наглядових повноважень зокрема. Окремо варто виділити роботи корифеїв вітчизняної правової науки: Д. І. Голосніченка, В. В. Долежана, В. С. Зеленецького, О. М. Литвака, Л. М. Лобойка та інших.

Водночас безпосередньо теоретичного дослідження категорії «вимога прокурора» з точки зору дотримання законності проведено не було. Саме тому **мета написання наукової статті** – дослідити правову категорію «вимога прокурора» як інструменту прокурорської діяльності, спрямованої на забезпечення закону. Під час досягнення мети нами будуть виділені ознаки та види вимог прокурора, досліджена структура вимоги прокурора, а також сформульоване поняття досліджуваної категорії.

Виклад основного матеріалу. Вимога прокурора є одним із ключових інструментів відновлення законності, порушених прав і свобод людини та громадянина, які охороняються законом, інтересів суспільства та держави. Аналіз українського законодавства дозволяє зробити висновок, що вимога прокурора виступає як структурна складова акту прокурорського реагування (вказівки, доручення, постанови, тощо). Закон України «Про прокуратуру» та інші нормативно-правові акти України не виділяють вимогу прокурора в окремий акт прокурорського реагування та не містять визначення даної категорії.

Відповідно, можна зробити умовивід, що як структурній складовій акту прокурорського реагування, вимозі прокурора притаманні ознаки, які зумовлені конкретним видом акту прокурорського реагування. Водночас до загальних же ознак можемо віднести такі: законність, імперативність, опосередкованість, оперативність, переконливість [4]. Розглянемо кожну з них детальніше.

Отже, вимога прокурора має бути законною, тобто її зміст має відповідати букві закону, ґрунтуватися на нормах чинного законодавства та не суперечити їм. Законність, як провідний принцип діяльності прокуратури [3], реалізується і під час висування вимог прокурором. Порушення даного принципу тягне відповідні наслідки для прокурора, який висунув незаконну вимогу.

Імперативність вимоги прокурора являє собою її обов'язковість, неухильне виконання тими особами, до яких звернута вимога. Виконання вимоги прокурора не передбачає можливості дискутування з приводу її змісту або доцільності виконання. Виключення може становити лише невиконання вимоги прокурора щодо прибуття в орган прокуратури через поважні причини, які офіційно мають бути підтверджені.

Опосередкованість вимоги прокурора означає те, що вона виражається не самостійно, а в акті реагування прокурора. Тобто такого акту, як вимога, в діяльності прокуратури не передбачено. Вимога прокурора міститься в інших різних актах прокурора і являється їх частиною, структурним елементом.

Оперативність вимоги прокурора вимагає від субєктів, до яких вона звернута, термінового її виконання у визначені прокурором строки.

Переконливість вимоги прокурора вбачається нами у форматі, в якому вона викладена. Чіткість фраз, їх змістовність, юридична грамотність, підкріплена посиланнями на нормативно-правові акти мають у своїй сукупності донести до свідомості суб'єктів, до яких звернута вимога прокурора, необхідність неухильного виконання даної вимоги.

Крім того, ми виділяємо такі структурні ознаки вимоги прокурора, як владно-розпорядчий характер, форма та суб'єктність. Владно-розпорядчий характер вимоги прокурора підтверджує наявність компетенції прокурора на прийняття рішень, викладених у вимозі, а також полягає у прийняття відповідного рішення, організації його виконання та здійсненні контролю за його виконанням. Владно-розпорядчий характер вимоги прокурора обумовлений тими повноваженнями, якими наділений сам суб'єкт її видання.

В свою чергу форма вимоги прокурора має бути офіційною, тобто її видання передбачає письмову форму. Усні розпорядження прокурора, хоча і мають обов'язковий характер, але для притягнення у подальшому осіб, які ухиляються від виконання вимог прокурора, до адміністративної відповідальності письмова форма виступатиме доказом у справі.

Вимога прокурора може бути пред'явлена прокурором, його заступником, помічником прокурора, якому доручено проведення перевірки, що визначає суб'єктність вимоги прокурора Так, вимога прокурора містить вказівку необхідність усунення виявлених порушень закону, на винних осіб, на притягнення їх, зазвичай, до дисциплінарної відповідальності.

Також варто наголосити, що вимога прокурора, як структурна складова акту прокурорського реагування, як правило, розміщується в резолютивній (заключній) частині такого акту та містить логічні висновки, на підставі яких висуваються владно-вольові пропозиції прокурора, теоретична та практична важливість яких пов'язана з їх безпосереднім ставленням до завдання відновлення законності [4].

Вимоги про усунення виявлених порушень закону, що містяться в актах прокурорського реагування, обов'язкові для розгляду всіма піднаглядними суб'єктами (органами, організаціями, установами, посадовими та іншими особами), яким вони адресовані. Саме в цьому полягає ґрунтоване на законі юридичне значення вимог прокурорів.

Вимоги прокурора повинні викладатися коротко, як пропозиції щодо усунення порушень закону, відновлення законності, порядку та термінів виконання вимог. Слід звернути увагу, що без даних пропозицій втрачається якість і ознаки будь-якого акту прокурорського реагування. Без вимог прокурора акт буде звичайною інформацією, що юридично нікого і ні до чого не зобов'язує.

Аналіз чинного законодавства дозволяє здійснити класифікацію вимог прокурора як складової засобів прокурорського реагування. За суб'єктами, до яких звернута вимога, на загальні (до фізичних осіб про прибуття до органу прокуратури) та спеціальні (до посадових осіб). Слід констатувати, що більшість вимог прокурора є спеціальними, адже в основному звернуті до посадових осіб Національної поліції, Служби безпеки України та інших.

За напрямами прокурорського нагляду вимоги прокурора пропонуємо поділити на наглядові (пов'язані зі здійсненням прокурором нагляду за дотриманням законів відповідними органами) та ненаглядові (не пов'язані зі здійсненням прокурором нагляду за дотриманням законів відповідними органами, наприклад вимога прокурора щодо прибуття в орган прокуратури) [4]. Звісно, що більшість вимог прокурора є наглядовими, але другий вид так само має місце в діяльності прокурора.

За джерелом законодавчого закріплення вимоги прокурора можна поділити на процесуальні та непроцесуальні, тобто ті, які приймаються в процесі кримінального провадження, та інші.

Відповідно до викладеного пропонуємо під поняттям «вимога прокурора, як складова засобу прокурорського реагування» розуміти структурний, розташований у резолютивній частині засобу прокурорського реагування компонент, що є владно-розпорядчою позицією прокурора щодо забезпечення виконання закону, а також визначення порядку і терміну повідомлення прокурору про результати розгляду викладених вимог.

Водночас, зважаючи на невизначеність деяких законодавчих положень, ми пропонуємо доповнити Закон України «Про прокуратуру» окремим розділом «Акти прокурорського реагування», який має висвітлювати сутність і особливості винесення та застосування актів прокурорського реагування: постанова, вказівка, доручення, адже досьогодні такого чіткого розмежування та законодавчого закріплення актів прокурора не відбулося.

Крім того, вважаємо за потрібне розглянути можливість віднесення вимоги прокурора до виду самостійного наглядового акту прокурорського реагування при здійсненні прокурорського нагляду за виконанням закону органами дізнання та досудового слідства. Відповідно у запропонованому нами розділі Закону України «Про прокуратуру» також необхідно передбачити положення, які стосуватимуться поняття та ознак вимоги прокурора, для того, щоб на законодавчому рівні вирішити дискусійні питання.

Для повного нормативно-правового вирішення окресленого нами питання також, на наш погляд, необхідно у відомчих актах Генерального прокурора України закріпити детально поняття, види, способи підготовки та реалізації процесуальних та інших вимог прокурора, а також загальні методики підготовки та реалізації актів прокурорського реагування з визначенням принципів їх підготовки та реалізації.

На наш погляд, вимога прокурора, як засобу прокурорського реагування, – це акт прокурорського реагування, що виноситься прокурором суб'єкту, уповноваженому усунути виявлені порушення закону, що містить розпорядження прокурора про усунення конкретних порушень закону або скасування чи зміну правового акту.

Тобто, ми вважаємо, що вимога прокурора, як акт реагування, має відрізнятися від інших подібних актів тим, що містить рішення прокурора про усунення порушень закон. Але інші, притаманні актам прокурорського реагування, ознаки також властиві вимозі прокурора: є письмовим документом; суб'єкт видання – уповноважена посадова особа органів прокуратури; містить вимоги про усунення порушень закону; виражає позицію суб'єкта видання; має превентивний, запобіжний або каральний характер. Також вимога прокурора не має містити вказівки на причини та умови, що призвели до виявлених порушень закону.

У випадку висування прокурором вимоги про усунення порушень закону складається з трьох частин: вступної, описово-мотивувальної та резолютивної, що обумовлено характером порушень, на які воно вноситься, та необхідністю системного викладу правової позиції прокурора.

Висновки. Серед загальних заходів підвищення ефективності актів прокурорського реагування, зокрема вимог прокурора, слід назвати: створення та спрямування у всі ланки прокурорської системи загальної методики підготовки та реалізації актів прокурорського реагування, у тому числі вимог прокурора, в якій мають бути окреслені принципи підготовки та реалізації актів прокурорського реагування, чітко розмежовані підстави їх внесення, викладено їх структуру, позначено типові порушення, що допускаються при їх підготовці та інше; включення до планів методичних семінарів, стажувань та курсів підвищення кваліфікації прокурорських працівників питань підвищення якості підготовки актів прокурорського реагування; наукову організацію праці прокурорських працівників, часом найбільш раціональним є розподіл обов'язків між працівниками прокуратур нижчої ланки; орієнтування органів прокуратури на посилення якісної, а не кількісної сторони їхньої діяльності; посилення контролю вищих прокуратур за якістю актів прокурорського реагування разом із наданням практичної допомоги підлеглим прокурорським працівникам; застосування до працівників прокуратури заходів заохочення та стягнення за ефективність прокурорського реагування та принциповість у досягненні відновлення законності, порушених прав і свобод людини і громадянина, охоронюваних законом інтересів суспільства та держави. Звісно ж, що реалізація зазначених заходів здатна позитивно позначитися на якості винесених вимог прокурора, інших актів реагування і ефективності прокурорського реагування загалом.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text
2. Звіт Національної поліції України про результати роботи у 2020 році. URL: https://www.kmu.gov.ua/storage/app/sites/1/17-civik-2018/zvit2020/npu-zvit-2020.pdf
3. Про прокуратуру : Закон України від 14.10.2014 № 1697-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text
4. Пригорща П. А. Требование прокурора как средство обеспечения исполнения закона: теоретические и практические аспекты : автореф. дис. на получение науч. степени канд. юр. наук: спец. 12.00.11 «судебная власть; прокурорский надзор; организация правоохранительной деятельности; адвокатура» / Пригорща Петр Александрович. – Екатеринбург, 2011. – 28 с.

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/55

АДМІНІСТРАТИВНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОРУШЕННЯ ВСТАНОВЛЕНИХ ОБМЕЖЕНЬ В УМОВАХ ДІЇ ВОЄННОГО СТАНУ

THE ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY FOR VIOLATION OF ESTABLISHED RESTRICTIONS IN MARTIAL LAW

Дрок І.С., к. ю. н., доцент,
науковий співробітник навчально-наукової лабораторії
з дослідження проблем превентивної діяльності
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Мета наукової статті – це дослідити правові засади встановлення адміністративної відповідальності за порушення встановлених обмежень в умовах дії режиму воєнного стану, а також сформулювати власні пропозиції та зауваження щодо удосконалення конкретних норм КУпАП.

У роботі проаналізовано проєкт Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо запровадження адміністративної відповідальності за порушення встановлених обмежень в умовах дії воєнного стану» (реєстр. № 7356 від 09.05.2022). У науковій статті здійснено адміністративно-правову характеристику правопорушення, за яке буде передбачена відповідальність статтею 210-2 КУпАП. Акцентована увага на тому, що склад даного адміністративного правопорушення є формальним.

Автором сформульовані пропозиції та зауваження щодо удосконалення адміністративної відповідальності за порушення встановлених обмежень в умовах дії воєнного стану. Зокрема наголошено на необхідності формування нормативно-правових засад режиму комендантської години та спеціального режиму світломаскування. Запропоновано окремо запровадити адміністративну відповідальність за порушення комендантської години у межах прифронтової зони, при чому дане поняття нове для чинного законодавства, а тому потребує на погляд автора введення в обіг та відповідного наукового та законодавчого тлумачення. Приналежність конкретних територій України такі зоні має визначатися нормативно, наприклад, відповідною Постановою Кабінету Міністрів України, у кожному конкретному випадку.

Автор акцентує на необхідності доповнити статтю 255 КУпАП і наділити уповноважених осіб Національної поліції повноваженням щодо складання протоколу про адміністративне правопорушення за статтею 210-2 КУпАП.

У висновку наголошено на необхідності вироблення достатньої підзаконної нормативно-правової бази для унеможливлення підміни понять та використання правових прогалин в судовій практиці оскарження прийнятих поліцейськими рішень, а також на необхідності удосконалення процесуального механізму реалізації запропонованих матеріальних норм права.

Ключові слова: адміністративна відповідальність, воєнний стан, обмеження, поліція, комендантська година, режим світломаскування, прикордонна смуга, прифронтова зона.

The purpose of the scientific article is to explore the legal basis for establishing administrative liability for violating the restrictions under martial law, as well as to formulate their own suggestions and comments on improving specific rules of the Code of Administrative Offenses.

The paper analyzes the draft Law of Ukraine «About Amendments to the Code of Ukraine on Administrative Offenses to Introduce Administrative Liability for Violation of Restrictions under Martial Law» (Reg. № 7356 of 09.05.2022). The scientific article describes the administrative and legal characteristics of the offense, for which liability will be provided by Article 210-2 of the Code of Administrative Offenses. Emphasis is placed on the fact that the composition of this administrative offense is formal.

The author formulates proposals and remarks on the improvement of administrative liability for violation of the established restrictions under martial law. In particular, the need to form the legal framework of the curfew regime and a special regime of light masking was emphasized. It is proposed to introduce separate administrative liability for curfew violations within the frontline zone, and this concept is new to current legislation, and therefore requires in the opinion of the author to put into circulation and appropriate scientific and legislative interpretation. The affiliation of specific territories of Ukraine to such zones should be determined by law, for example, by the relevant Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine, in each case.

The author emphasizes the need to supplement Article 255 of the Code of Administrative Offenses and to empower the authorized persons of the National Police to draw up a report on an administrative offense under Article 210-2 of the Code of Administrative Offenses.

The conclusion emphasizes the need to develop a sufficient legal framework to prevent substitution of concepts and the use of legal gaps in the judicial practice of appealing against police decisions, as well as the need to improve the procedural mechanism for implementing the proposed substantive law.

Key words: administrative responsibility, martial law, restrictions, police, curfew, light masking regime, border strip, front zone.

Актуальність теми. Запровадження режиму воєнного стану в Україні, починаючи з 24 лютого 2022 року [1], спричинило цілий ряд обмежень, які стосуються правил поведінки цивільних осіб. Наслідками порушень встановлених обмежень можуть стати людські втрати, перепони для проведення військових дій силами ЗСУ, надання пасивної допомоги збройним силам російської федерації, невиконання положень Закону України «про мобілізаційну підготовку та мобілізацію», тощо. Відповідно застосування з боку держави засобів для унеможливлення вказаних дій – першочергове завдання, яке мало бути реалізоване ще від початку військового вторгнення.

Постановка проблеми. У межах даної роботи ми зупинимося на встановленні адміністративної відповідальності за порушення таких обмежень, як комендантська година та спеціальний режим світломаскування, що запропонована авторами проєкту Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо запровадження адміністративної відповідальності за порушення встановлених обмежень в умовах дії воєнного стану» (реєстр. № 7356 від 09.05.2022) [2].

Стан дослідження проблеми. Актуальні питання адміністративної відповідальності були досліджені у роботах таких провідних науковців, як: В. Б. Авер'янов, О. А. Банчук, К. В. Броннікова, І. В. Гаврущенко, І. П. Голосніченко, С. Т. Гончарук, А. В. Гуржій, С. Л. Дембіцька, Н. М. Зільник, С. В. Ківалов, Т. О. Коломоєць, В. К. Колпаков, Т. П. Мінка та багатьох інших.

Окремі питання, пов'язані з проблематикою роботи державних органів в умовах дії воєнного стану, розглядались у роботах таких вітчизняних учених: А. Н. Артеменко, Г. І. Вісич, С. М. Возняк, Г. П. Воробйов, В. К. Горовенко, О. І. Затинайко, А. М. Іващенко, В. Й. Пашинський, Л. І. Приполова, А. М. Сиротенко, П. П. Скиба, О. І. Сухоніс, В. П. Тютюнник та інших.

Однак новели законодавства та умови сьогодення спонукають до подальшого наукового дослідження порушень, які з'явилися разом із вторгненням військ російської федерації на територію України та вимагають відповідної реакції з боку держави у формі запровадження адміністративної відповідальності.

Мета наукової статті – дослідити правові засади встановлення адміністративної відповідальності за порушення встановлених обмежень в умовах дії режиму воєнного стану, а також сформулювати власні пропозиції та зауваження щодо удосконалення конкретних норм КУпАП.

Виклад основного матеріалу. Аналіз норм, запропонованих авторами проєкту Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо запровадження адміністративної відповідальності за порушення встановлених обмежень в умовах дії воєнного стану» (реєстр. № 7356 від 09.05.2022), дозволяє зробити висновок про його актуальність та своєчасність. Найбільш доречним, на наш погляд, є положення щодо доповнення КУпАП статтею 210-2, яка встановлює адміністративну відповідальність за порушення встановлених обмежень в умовах дії воєнного стану.

Вивчення норми в цілому дозволяє здійснити адміністративно-правову характеристику правопорушення. Так, родовим об'єктом правопорушення є суспільні відносини у сфері встановленого порядку управління, а безпосередньо правопорушення посягає на встановлений режим комендантської години та спеціальний режим світломаскування.

Об'єктивна сторона виявляється у двох діях: порушення комендантської години (частина перша) та порушення спеціального режиму світломаскування (частина друга). Обов'язковим елементом об'єктивної сторони даного правопорушення є умови, за яких вчиняється правопорушення – під час дії воєнного стану. Режим воєнного стану вводиться в дію Указом Президента України на всій території держави або на окремій його частині у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності [5].

Склад адміністративного правопорушення, відповідальність за яке буде передбачена статтею 210-2 КУпАП, є формальним, тобто для кваліфікації діянь правопорушника не потрібне настання наслідків, достатньо вчинюваних дій. Саме активних дій, а не бездіяльності.

Суб'єктивна сторона характеризується виною у формі прямого умислу, адже в умовах дії воєнного стану може бути лише свідоме порушення встановлених обмежень. Мотив, мета та емоційний стан особи не впливають на кваліфікацію правопорушення.

Суб'єкт даного правопорушення – загальний, тобто фізична осудна особа, яка на момент вчинення правопорушення досягла віку, з якого настає адміністративна відповідальність (16 років).

Аналіз норми дозволяє запропонувати декілька напрямків її удосконалення. Варто відзначити, що на нормативному рівні поняття «комендантська година» та «спеціальний режим світломаскування» не визначено. Практика введених обмежень під час запровадження комендантської години в Україні дозволяє акцентувати на тому, що не тільки обмежене пересування людей та рух автотранспорту складає зміст такого режиму, на чому наголошено в запропонованій нормі. Змінився режим роботи підприємств, установ, організацій, транспортна розв'язка, тощо. Тобто намагання авторів визначити у нормі статті КУпАП поняття «комендантська година» є неповним, а на наш погляд, і не є потрібним, адже бланкетний характер норми дає можливість окремо розкрити зміст поняття комендантської години, особливості та умови запровадження такого режиму, суб'єктів його встановлення та інші докладні питання в окремому законі або підзаконному акті з метою унеможливлення підміни понять або створення юридичних прогалин у майбутньому. Крім того, зважаючи на назву статті, формулювання «під час дії воєнного стану» варто залишити у першій її частині.

Те саме стосується спеціального режиму світломаскування, адже визначення поняття нормотворці не дають, які обмеження – не зрозуміло (наприклад, чи дозволяється приглушене світло, наскільки саме воно може бути яскравим, чи дозволяється світлова сигналізація автомобілів, тощо). Також не встановлено, який суб'єкт має приймати рішення про встановлення такого режиму. Знову ж таки бланкетний характер норми дозволяє формулювання, використане авторами, проте потребує подальшого нормативного відпрацювання шляхом прийняття додаткових актів з метою роз'яснення понять та їх особливостей.

Окремо автори аналізованого нами законопроєкту пропонують встановити адміністративну відповідальність за порушення комендантської години у межах прикордонної смуги, доповнивши відповідною частиною статтю 202 КУпАП. Згідно пункту 2 підпункту 3 Положення про прикордонний режим, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України «Про прикордонний режим» від 27 липня 1998 р. № 1147, прикордонна смуга – ділянка місцевості, яка встановлюється безпосередньо вздовж державного кордону на його сухопутних ділянках або вздовж берегів прикордонних річок, озер та інших водойм, завширшки 5 кілометрів від лінії державного кордону, але не може бути меншою від ширини смуги місцевості, що розташована в межах від лінії державного кордону до лінії прикордонних інженерних споруд. При цьому до прикордонної смуги не включаються населені пункти і місця масового відпочинку населення [4].

Водночас в умовах дії воєнного стану більшого значення для контролю виконання умов запровадження комендантської години набувають території, які вважаються не прикордонною смугою, а прифронтовою зоною. Проте після закінчення бойових дій та відведення військ агресора на територію російської федерації, можливо і прикордонна смуга потребуватиме більш ретельного контролю виконання умов комендантської години. З огляду на викладене пропонуємо не прибирати із запропонованої норми термін «прикордонна смуга», а доповнити норму ще й словами «та прифронтової зони» після слова «смуги» у диспозиції аналізованої нами частини статті. Поняття прифронтової зони та приналежність конкретних територій України такій зоні також має бути визначено нормативно, наприклад, відповідною Постановою Кабінету Міністрів України у кожному конкретному випадку.

Водночас варто зауважити і на інших обмеженнях, які пов'язані із введенням режиму воєнного стану в Україні, за порушенння яких має бути встанволена адміністративна відповідальність. Зокрема доповнюючи зміст статті 156 КУпАП кваліфікуючою частиною, автори законопроєкту встановлюють адміністративну відповідальність за порушення встановлених обмежень щодо продажу алкогольних напоїв під час дії воєнного стану. Не зрозумілою видається висловлена позиція, адже стаття в цілому передбачає відповідальність за порушення правил торгівлі пивом, алкогольними, слабоалкогольними напоями. Враховуючи бланкетний характер норми, можемо констатувати, що під час дії воєнного стану можуть бути прийняті уповноваженими особами рішення щодо обмеження продажу не тільки алкогольних напоїв, а й пива та слабоалкогольних напоїв. Саме тому пропонуємо доповнити частину 5 статті 156 КУпАП словами «пива» після слів «продажу», а також «та слабоалкогольних» після слова «алкогольних» в диспозиції названої частини. Тобто розширити зміст запропонованої редакції частини статті.

Подальший аналіз законопроєкту дає змогу констатувати доречність та необхідність запровадження адміністративної відповідальності за порушення встановлених обмежень в умовах дії воєнного стану шляхом введення

у зміст КУпАП статті 210-2. Це матеріальна частина адміністративного права, але для забезпечення її реалізації необхідно створити відповідний механізм.

Автори законопроєкту наділили повноваженнями щодо розгляду справ про такі правопорушення уповноважених осіб Національної поліції України, запропонувавши внести зміни до статті 222 КУпАП. Проте поза увагою залишаються суб'єкти, які мають складати протоколи про такі адміністративні правопорушення, адже зміни до статті 255 КУпАП запропоновані не були.

Згідно частини 2 статті 258 КУпАП «Випадки, коли протокол про адміністративне правопорушення не складається» протокол не складається у разі вчинення адміністративних правопорушень, розгляд яких віднесено до компетенції Національної поліції. Але частина 5 цієї ж норми говорить нам про те, що, якщо під час складання постанови у справі про адміністративне правопорушення особа оспорить допущене порушення і адміністративне стягнення, що на неї накладається, то уповноважена посадова особа зобов'язана скласти протокол про адміністративне правопорушення відповідно до вимог статті 256 КУпАП, крім випадків притягнення особи до адміністративної відповідальності за вчинення адміністративного правопорушення, передбаченого статтею 185^{-3} цього Кодексу, правопорушень у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, у тому числі зафіксованих в автоматичному режимі, безпеки на автомобільному транспорті, зафіксовані за допомогою засобів фото- і кінозйомки, відеозапису, у тому числі в автоматичному режимі, та правопорушень, передбачених статтею 132^{-2} цього Кодексу, або порушень правил зупинки, стоянки, паркування транспортних засобів, зафіксованих у режимі фотозйомки (відеозапису). Цей протокол є додатком до постанови у справі про адміністративне правопорушення.

Як бачимо, запропонована стаття 210-2 КУпАП не є виключенням для того, щоб не складати протокол у випадку оскарження постанови, яку виносить поліцейський. Якщо не буде надано компетенції поліцейському щодо складання протоколу про таке адміністративне правопорушення, буде існувати можливість виникнення правової прогалини, коли постанови поліцейських будуть оскаржуватися, а норма не працюватиме. З огляду на викладене пропонуємо доповнити статтю 255 КУпАП і наділити уповноважених осіб Національної поліції повноваженням щодо складання протоколу про адміністративне правопорушення за статтею 210-2 КУпАП.

Висновки. Визначені нами проблемні питання підкреслюють актуальність обраного напрямку дослідження, а також вимагають негайного нормативного встановлення адміністративної відповідальності за порушення встановлених обмежень в умовах війни. Водночас ще раз варто наголосити на необхідності вироблення достатньої підзаконної нормативно-правової бази для унеможливлення підміни понять та використання правових прогалин в судовій практиці оскарження прийнятих поліцейськими рішень, а також на необхідності удосконалення процесуального механізму реалізації запропонованих матеріальних норм права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про введення воєнного стану : Указ Президента України від 24.02.2022 № 64/2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#n2 (дата звернення: 10.05.2022).

2. Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо запровадження адміністративної відповідальності за порушення встановлених обмежень в умовах дії воєнного стану : проєкт Закону України від 09.05.2022 реєстр. № 7356. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39569 (дата звернення: 10.05.2022).

3. Використовувати. Словник української мови: в 11 томах. – Том 1, 1970. – Стор. 412. URL: http://sum.in.ua/s/vykorystovuvaty

4. Про прикордонний режим : Постанова Кабінету Міністрів України від 27.07.1998 № 1147. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1147-98-п#Text (дата звернення: 10.05.2022).

5. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12.05.2015 № 389-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text (дата звернення: 10.05.2022).

УДК 347.77:004(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/56

ОСВІТНІЙ КОМПОНЕНТ ІТ-ПРАВА В УКРАЇНІ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

EDUCATIONAL COMPONENT OF IT LAW IN UKRAINE: CURRENT STATE AND DEVELOPMENT PROSPECTS

Жевелєва І.С., к. ю. н., доцент, доцент
Навчально-науковий інститут інформаційної безпеки та стратегічних комунікацій Національної академії Служби безпеки України

Статтю присвячено актуальній проблемі сьогодення – сучасному стану та перспективам розвитку освітнього компоненту ІТ-права в Україні.

Автором з'ясовано особливості розвитку ІТ-сфери в Україні. Аргументовано стрімкий розвиток галузі інформаційних технологій на державному і приватному рівні. Акцентовно увагу на тому, що розвиток ринку ІТ-послуг неможливий без належного правового регулювання ІТ-сфери. Наведено основні міжнародні і вітчизняні дослідження галузі ІТ-права. Значну увагу приділено характеристиці сучасного стану забезпечення ІТ-ринку праці кваліфікованими спеціалістами з ІТ-права.

Обґрунтовано ідею про те, що створення належних умов для розвитку ІТ-сфери – це шанс для України швидше досягти рівня країн із високим розвитком суспільства і рівнем добробуту. Акцентовано увагу на необхідності налагодження дієвої системи організації підготовки спеціалістів закладами вищої освіти, підтримки і навчання талановитої молоді.

Даний напрямок доповнюється детальним розглядом впровадження інформаційних технологій на державному рівні. Наведено правові засади, основні завдання та досягнення Міністерства цифрової трансформації України. Акцентовано увагу на прогнозах розвитку галузі. Узагальнено основні тенденції та перспективи розвитку ІТ-сфери в Україні.

Проаналізовано положення Національної економічної стратегії до 2030 року в частині розвитку сфери інформаційних технологій. Наведено положення щодо потреби України у збільшення підготовки ІТ-фахівців у закладах вищої освіти, включаючи державне (регіональне) замовлення.

Констатовано, що в Україні на сьогоднішній день підготовці ІТ-юристів на державному рівні приділяється недостатньо уваги.

У статті викладено характерні особливості правовідносин у сфері ІТ. розглянуто основні види юридичних послуг, у яких виникає потреба для забезпечення розвитку державної та недержавної ІТ-сфери.

Автором дано узагальнену характеристику основних освітніх можливостей для підготовки фахівців з ІТ-права в Україні. З'ясовано, що в Україні немає профільної вищої освіти з ІТ права.

Автором доведено необхідність розробки нової освітньої програми «ІТ-право» у рамках спеціальності 081 «Право». На основі вивчення зарубіжного досвіду встановлено основні освітні компоненти, які мають бути включені до цієї освітньої програми.

Ключові слова: ІТ-право, право інформаційних технологій, ІТ, ІТ освіта, ІТ юрист.

The article is devoted to the current problem of today – the current state and development prospects of the educational component of IT law in Ukraine.

The author clarifies the peculiarities of the development of the IT sphere in Ukraine. The rapid development of the information technology industry at the public and private levels is argued. Emphasis is placed on the fact that the development of the IT services market is impossible without proper legal regulation of the IT sector.

The main international and domestic research in the field of IT law is given. Considerable attention is paid to the characteristics of the current state of providing the IT labor market with qualified specialists in IT law.

The idea that the creation of appropriate conditions for the development of the IT sphere is a chance for Ukraine to reach the level of countries with high development of society and level of well-being is substantiated. Emphasis is placed on the need to establish an effective system of training specialists in higher education institutions, support and training of talented youth.

This area is complemented by a detailed consideration of the introduction of information technology at the state level. The legal bases, main tasks and achievements of the Ministry of Digital Transformation of Ukraine are given. Emphasis is placed on industry development forecasts. The main trends and prospects of IT development in Ukraine are summarized.

The provisions of the National Economic Strategy until 2030 in terms of information technology development are analyzed. Provisions on Ukraine's need to increase the training of IT specialists in higher education institutions, including state (regional) procurement, are presented.

It is stated that in Ukraine today insufficient attention is paid to the training of IT lawyers at the state level. The article describes the characteristics of legal relations in the field of IT. the main types of legal services that need to ensure the development of public and private IT are considered.

The author gives a generalized description of the main educational opportunities for the training of specialists in IT law in Ukraine. It was found that there is no specialized higher education in IT law in Ukraine.

The author proved the need to develop a new educational program «IT Law» in the specialty 081 «Law». Based on the study of foreign experience, the main educational components that should be included in this educational program are identified.

Key words: IT law, information technology law, IT, IT education, IT lawyer.

Постановка проблеми. Сектор ІТ в Україні налічує понад 200 тис. спеціалістів – друге місце у регіоні Центрально-Східної Європи. При цьому, за чотири роки кількість фахівців подвоїлась. Українська освіта щороку випускає близько 27 тис. ІТ-фахівців, що значно більше за показники Польщі (17 тис.), Румунії (8 тис.) чи Болгарії (4 тис.). Нішу ІТ-освіти заповнює неформальна освіта та підготовчі курси – їх щороку проходять понад 43 тис. українців. Але навіть такі цифри не задовольняють внутрішній попит [1].

Україна впевнено стала на шлях провідних європейських держав із діджиталізації державних послуг та впровадження інформаційних технологій у діяльність державного сектору. Запуск порталу «Дія», «Дія Сіті», впровадження електронного резидентства для ІТ-бізнесу, спроби правового регулювання ринку криптовалют – все це спрямоване на збільшення інвестиційної привабливості держави, розвиток економіки, розширення ІТ-бізнесу.

Розвиток ринку ІТ-послуг неможливий без належного правового регулювання ІТ-сфери. Сам ринок потребує виокремлення нової галузі – ІТ-права і підготовки достатньої кількості юристів, які спеціалізуються на ІТ-праві.

Разом із тим, на сьогодні в Україні на рівні вищої освіти немає освітніх програм з ІТ права. Підготовка ІТ-юристів

здійснюється лише на короткострокових курсах та спеціалізованих сертифікатних програмах.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. ІТ-право є предметом дослідження вітчизняних та зарубіжних науковців порівняно нещодавно. Ґрунтовні дослідження проводились на базі Оксфордського університету [2, 3], іноземними вченими [4; 5]. Серед українських науковців, які досліджували різні аспекти ІТ-права, можна назвати Євгена та Олену Харитонових [6], Олександру Яворську [7], Ольгу Сімсон [8] та інших.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Автором у даній науковій статті за мету ставиться визначити окремі проблеми, пов'язані з ІТ-правом, та визначити основні перспективи ІТ-права в Україні.

Виклад основного матеріалу. У XXI столітті рекордсменами світового й вітчизняного ринків праці впевнено стають ІТ-професії, а сама ІТ-галузь гостро відчуває потребу у фахівцях для різних сфер ІТ-індустрії. Так, у 2021 р. за даними українського Центру економічної стратегії відсоток вакансій в ІТ-галузі перевищує показники поданих резюме на 39 %, за даними сайту Djinni – на 34 % [9], а за інформацією Асоціації IT Ukraine, на одного працевлаштованого в ІТ-галузі фахівця припадає до 40 вакансій [10]. Водночас, за даними Державної служби зайнятості, у 2021 році 52 % зареєстрованих в Україні безробітних мають вищу освіту. Отже, з одного боку, український ринок праці має серйозний дефіцит ІТ-фахівців, а з іншого, – дуже великий відсоток безробітних із вищою освітою.

Створення належних умов для розвитку ІТ-сфери – це шанс для України швидше досягти рівня країн із високим розвитком суспільства і рівнем добробуту. Такий шлях обрали Ізраїль, Китай, Індія, Південна Корея, Японія. Через певну близькість менталітету та умов розвитку (наявність збройного конфлікту, високий рівень інтелектуального потенціалу населення) ми можемо взяти за приклад шлях Ізраїлю, який нині займає у світі провідні позиції з упровадження інновацій і доведення нових ідей до промислового виробництва. Там створено систему організації університетської підготовки, підтримки і навчання талановитої молоді та впровадження, супроводження і фінансування винаходів та стартапів від зародження ідей до їх промислового використання [11]. Велику роль у цьому відіграє ефективна організація підготовки молодих спеціалістів саме в ІТ-галузі та закріплена на рівні законів діяльність ІТ-компаній. Є багато статей і досліджень, присвячених аналізу рівня підготовки ІТ-спеціалістів та проблем з якими вони стикаються під час ведення господарської діяльності в Україні.

Протягом останніх років Україна стала помітним гравцем на глобальному ринку ІТ-послуг. У масштабному галузевому звіті компанії Betroot "Ukraine: The Home of Great Devs. 2021 Tech Market Report" зазначено, що Україна демонструє темпи зростання ринку ІТ-послуг на рівні 20–25 % [12]. Роль України у світовій економіці та поточні зусилля з інформатизації всіх сфер життя суспільства будуть посилюватися і надалі.

Впровадження інформаційних технологій зазнало стрімкого розвитку і на державному рівні. 2 вересня 2019 року на базі Державного агентства з питань електронного урядування України було створене Міністерство цифрової трансформації України (далі – Мінцифри). Постановою Кабінету Міністрів України від 18 вересня 2019 р. № 856 «Питання Міністерства цифрової трансформації» було затверджене Положення про Міністерство цифрової трансформації України. Цей документ є правовою основою для функціонування Міністерства, визначає засади, цілі та принципи діяльності.

Мінцифри є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної політики: у сферах цифровізації, цифрового розвитку, цифрової економіки, цифрових інновацій та технологій, електронного урядування та електронної демократії, розвитку інформаційного суспільства, інформатизації; у сфері впровадження електронного документообігу; у сфері розвитку цифрових навичок та цифрових прав громадян; у сферах відкритих даних, розвитку національних електронних інформаційних ресурсів та інтероперабельності, розвитку інфраструктури широкосмугового доступу до Інтернету та телекомунікацій, електронної комерції та бізнесу; у сфері надання електронних та адміністративних послуг; у сферах електронних довірчих послуг та електронної ідентифікації; у сфері розвитку ІТ-індустрії [13].

Серед основних досягнень Міністерства цифрової трансформації України щодо цифровізації та створення бізнес-клімату в Україні можемо сформулювати наступні.

1) запуск у лютому 2020 року мобільного застосунку «Дія» – доступ громадян до цифрових документів і пріоритетних адміністративних державних послуг;

2) створення Єдиного порталу державних послуг «Дія» (https://diia.gov.ua/), де можна для отримати 38 публічних онлайн-послуг. Зокрема, оформлення, зміна чи припинення підприємницької діяльності, отримання послуги «єМалятко»; реєстрація ТОВ, оформлення документів для початку будівництва та введення об'єкту в експлуатацію; оформлення довідки про несудимість; отримання витягів з реєстрів тощо;

3) запуск національного проєкту із розвитку підприємництва «Дія. Бізнес»;

4) впровадження електронного резидентства. Кабінет Міністрів України прийняв постанову «Про проведення експерименту із запровадження і реалізації в Україні електронного резидентства». Е-резидентство – це онлайн-сервіси для іноземців, що надають їм можливість отримання дистанційного доступу до державних послуг і ведення бізнесу в Україні, перебуваючи за кордоном;

5) створення віртуальної економічної зони «Дія Сіті» для спрощення умов ведення бізнесу та залучення іноземних інвестицій;

6) проєкт «Дія. Цифрова освіта» для підвищення рівня цифрової грамотності населення. Мета проєкту – за 3 роки навчити цифрової грамотності 6 млн українців. Проєкт складається з двох напрямків: онлайн-складова – платформа (https://osvita.diia.gov.ua/), на якій розміщені безкоштовні курси з цифрової грамотності, і офлайн-складова – мережа партнерських хабів цифрової освіти по всій країні, які надають доступ до інтернету та цифрових технологій [14].

Ці етапи перевірні досвідом Естонії яка на сьогодні є єдиною країною, яка майже 100 % державних послуг перевела у цифрові технології.

Національною економічною стратегією на період до 2030 року одним з основних орієнтирів, принципів та цінностей в економічній політиці визнано ефективну цифрову сервісну державу та компактні державні інститути (розвиток цифрової економіки як одного із драйверів економічного зростання України) [15]. Разом із тим, основними перешкодами на шляху досягнення стратегічних цілей у сфері ІТ названі:

– слабка координація між ІТ-сектором та освітньою галуззю;
– брак фахівців у перспективних сферах;
– відсутність якісної освітньої програми у сфері ІТ;
– випадки незаконного втручання посадових осіб правоохоронних органів та органів державної влади у діяльність ІТ-компаній та інші.

Національна економічна стратегія на період до 2030 року серед основних завдань визначає збільшення підготовки ІТ-фахівців у закладах фахової передвищої освіти, вищої освіти, включаючи державне (регіональне) замовлення, підвищення якості ІТ-освіти.

Узагальнимо основні тенденції та перспективи розвитку ІТ-сфери в Україні.

1. Впровадження державних стандартів регулювання ІТ-галузі в Україні шляхом створення спеціального правового режиму для ІТ-галузі «Дія Сіті». 15 липня 2021 року прийнято Закон України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» [16], за яким ІТ-компанії отримають спеціальну модель оподаткування, гнучкі умови працевлаштування та окремий порядок взаємодії з державними контролюючими органами. Цей закон є ключовий з трьох законопроєктів, з яких повинен складатися «Дія Сіті» – спеціальний правовий режим для ІТ-галузі.

2. Запровадження правового регулювання ринку криптовалют. 8 вересня 2021 року було прийнято Закон України «Про віртуальні активи», який регулює правовідносини, що виникають у зв'язку з оборотом віртуальних активів в Україні, визначає права та обов'язки учасників ринку віртуальних активів, засади державної політики у сфері обороту віртуальних активів. Президент України ветував даний закон через невизначеність регулятора даного ринку. Проте вже зараз можна говорити про близьку перспективу легалізації ринку криптовалют в Україні.

3. Важливим фактором розвитку ІТ-права України є спрямування державної політики на залучення іноземних ІТ-фахівців.

4. Закріплення на законодавчому рівні положень щодо дистанційної роботи. 4 лютого 2021 року прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення правового регулювання дистанційної, надомної роботи та роботи із застосуванням гнучкого режиму робочого часу» [17]. Цим законом було внесено зміни до Кодексу законів України про працю, якими визначенно поняття дистанційної та надомної роботи. Погодимось із Є. Кашатинським, що, хоча дані нововведення прямо не впливають на ІТ-право, проте опосередковано впливають на всю ІТ галузь. Законодавче закріплення норм щодо дистанційної роботи створює правове підґрунтя правового регулювання віддаленої праці [18].

5. Важливим кроком є впровадження електронного резидентства в Україні. Інститут е-резидентства вже майже сім років діє у Естонії. За цей період електронні резиденти заплатили більше 63 млн євро податків до державного бюджету країни.

Електронне резиденство дозволить іноземцям віддалено вести бізнес в Україні, підвищить інвестиційну привабливість України, покращить імідж України на міжнародному ІТ-ринку. 25 червня 2020 р. затверджено постанову Кабінету Міністрів України № 648 «Про реалізацію експериментального проекту із запровадження та реалізації в Україні електронного резидентства» [19]. А у 2021 році Верховна Рада прийняла в першому читанні законопроєкт № 5270 «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо особливостей оподаткування підприємницької діяльності електронних резидентів». Метою законопроєкту є оптимізація податкової системи України для створення більш привабливого бізнес-іміджу шляхом надання прозорого та швидкого доступу до процедури отримання електронного резидентства. Це буде стимулом для збільшення кількості іноземних ІТ-підприємців, які будуть вести бізнес в Україні та, відповідно, сплачувати податки в державний бюджет.

6. Зростання ринку електронної комерції (e-commerce) в Україні. Ринок e-commerce в Україні в 2020 році замість прогнозованих 15 % зріс на 40 %.

Як бачимо, сфера інформаційних технологій в Україні набуває стрімкого розвитку. Однією з цілей Мінцифри до 2024 року є підвищення частки ІТ у ВВП країни до 10 %. За прогнозами експертів, 25 % вакансій найближчих років будуть пов'язані зі сферою ІТ.

Національною економічною стратегією на період до 2030 року прогнозується до 2030 року зростання кількості фахівців у ІТ-сфері до 700 тис. осіб, підвищення обсягу експорту ІТ-послуг до 15,5 млрд доларів США, а обсягу іноземних інвестицій в ІТ-сектор до 5 млрд доларів США на рік, збільшення кількості міжнародних компаній-розробників сегменту високої якості в Україні до 20.

Ефективне функціонування всіх цих процесів неможливо без належного правового регулювання ІТ-сфери. Сам ринок потребує виокремлення нової галузі – ІТ-права і підготовки достатньої кількості юристів, які спеціалізуються на ІТ-праві. Можемо констатувати, що в Україні на сьогоднішній день підготовці ІТ-юристів на державному рівні приділяється недостатньо уваги.

ІТ-право, або право інформаційних технологій, виникло порівняно недавно, у зв'язку із потребою правового супроводу розвитку ІТ-галузі.

Сімсон О. Е. характеризує відносини в ІТ певними особливостями. По-перше, слід враховувати, що об'єктом таких відносин виступає нематеріальне благо – інформація в електронному вигляді як ресурс, продукт, інформаційна послуга, інформаційна технологія. По-друге, Сімсон О. Е. акцентує увагу на міждисциплінарному характері ІТ відносин – тому їх дослідження та регулювання потребує не тільки юридичних, а й технологічних знань. По-третє, зважаючи на глобальність таких відносин, слід будувати їх регулювання, спираючись не тільки на національне законодавство, але й на міжнародне право [8]. Ці особливості вказують на нагальну потребу ґрунтовної підготовки ІТ-юристів.

Зараз на часі нагальна потреба у якісному юридичному супроводі компаній, що працюють в сфері інформаційних технологій.

З практики ІТ-права, більшість компаній потребують правового регулювання взаємовідносин щодо здійснення інформаційних послуг для іноземних контрагентів та контрактів на розробку програмного забезпечення. Крім того, надзвичайно актуальними є питання охорони та захисту інтелектуальної власності в ІТ та укладання ліцензійних договорів, структурування, фінансування та податкової оптимізації ІТ-бізнесу, нерозголошення конфіденційної інформації. Для ринку ІТ-фрілансу важливими є послуги з укладання угод про заборону конкуренції і «переманювання» працівників (Non-competition and Non-solicitation agreements).

Передумовою стрімкого розвитку державної та недержавної ІТ-сфери є кваліфіковане надання фахівцями у галузі ІТ-права наступних юридичних послуг.

– Юридичний супровід ІТ-бізнесу, стартапів.
– Правова експертиза документів та договорів.
– Підготовка правових експертних висновків.
– Захист прав інтелектуальної власності.
– Розробка правових механізмів та договорів про захист персональних даних та інформації відповідно до GDPR.
– Податкове планування та оптимізація оподаткування ІТ-бізнесу.
– Супровід електронної комерції (комплексна допомога у веденні e-commerce).
– Розробка проєктів ліцензійних угод на програмне забезпечення, договорів про спільну розробку програмного забезпечення, договорів різних моделей сервісів на базі хмарних обчислень (IaaS, PaaS, SaaS і інших моделей).
– Розробка NDA угод.
– Юридичний супровід впровадження криптовалют в господарській діяльності.
– Юридичний супровід створення вебсайтів.
– Працевлаштування іноземних спеціалістів.
– Консультації з питань укладення міжнародних договорів, угод, контрактів, зокрема, про використання програмного забезпечення.
– Надання оперативних консультацій ІТ-компаніям.
– Аналіз спорів у галузі ІТ, включаючи юридичний супровід у судових та арбітражних процесах.

– Надання консультацій із питань управління ризиками, кібербезпеки та ін.

У недалекому майбутньому до таких послуг буде додане і правове регулювання прав роботів, штучного інтелекту, інтернету речей тощо.

Для забезпечення потреби у кваліфікованих ІТ-юристах провідні університети світу у США, Канаді, Великобританії, Нідерландах, Німеччині, Сингапурі, Естонії вже запустили спеціалізовані магістерські програми з ІТ-права.

В Україні, незважаючи на обраний вектор цифровізації, спеціалізованої вищої освіти з ІТ-права немає. Лише у окремі освітні програми спеціальності 081 «Право» включена навчальна дисципліна «ІТ право», яка, з огляду на відведений обсяг навчального часу, носить лише загальний, ознайомчий характер.

Наразі на ринку освітніх послуг України представлені лише короткострокові курси та сертифікатна програма з ІТ-права «Information Technology Law: KMA & IT Ukraine» на базі факультету правничих наук Національного університету «Києво-Могилянська академія» та Асоціації «ІТ України». Як бачимо, в Україні немає профільної освіти з ІТ права, що, на нашу думку, є бар'єром на шляху до розвитку всієї галузі.

Необхідність впровадження освітніх програм у вищу освіту зумовлена високим попитом на спеціалістів із ІТ-права у приватному та державному секторах в Україні і у всьому світі, а також амбіціями України як технологічно розвиненої країни. Висококваліфіковані фахівці-експерти із права в галузі ІТ потрібні в юридичних фірмах, ІТ-компаніях, державних установах, міжнародних організаціях та консалтингових фірмах.

Для цієї галузі крім глибоких знань цивільного, господарського, податкового, міжнародного права та процесу необхідне вільне володіння англійською мовою, знання специфічного правового регулювання в сфері ІТ, міжнародного законодавства та базові знання технічних особливостей галузі.

Якісна підготовка спеціалістів з ІТ-права повинна ґрунтуватися на забезпеченні тісної взаємодії стейкхолдерів: закладів вищої освіти з регіональними лідерами ІТ-бізнесу, та організації гнучкого освітнього процесу із залученням як економічних, так і інтелектуальних ресурсів роботодавців і безпосередній їх участі в усіх видах освітньої діяльності. Крім того, викладачі потребують проходження стажувань закордоном для підвищення кваліфікації в галузі інноваційних технологій освітніх та особливостей їх використання.

Висновки і перспективи подальших досліджень у даному напрямку. ІТ-галузь в Україні впевнено перетворюється на одного із флагманів економіки та стає невід'ємною складовою її міжнародного іміджу. Ефективне функціонування всіх цих процесів неможливо без належного правового регулювання ІТ-сфери, тому за порівняно недовгий період з'явилася нова галузь права – ІТ-право. Зараз на часі нагальна потреба у якісному юридичному супроводі компаній, що працюють в сфері інформаційних технологій. Сам ринок потребує виокремлення нової галузі – ІТ-права і підготовки достатньої кількості юристів, які спеціалізуються на ІТ-праві. Проте, на даний час в Україні, на відміну від передових країн світу, вищої освіти за даною спеціальністю немає. На ринку освітніх послуг представлені лише короткострокові курси та сертифікатна програма з ІТ-права.

Для задоволення потреб ринку, враховуючи курс України на інформатизацію, вважаємо за доцільне розробку освітньої програми «ІТ право» у рамках спеціальності 081 «Право» другого (магістерського) рівня вищої освіти. За досвідом розробки подібних освітніх програм у зарубіжних країнах, до освітньої програми пропонуємо включити технічний та юридичний блоки, а також курс з англійської мови професійного спрямування.

Перспективи подальшого вивчення заявленої проблеми вбачаємо у дослідженні законодавчого регулювання ІТ-права в Україні та провідних країнах світу, а також розробку пропозицій щодо наповнення запропонованої освітньої програми.

ЛІТЕРАТУРА

1. Національна економічна стратегія на період до 2030 року. Постанова Кабінету Міністрів України від 3 березня 2021 р. № 179. URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennya-nacionalnoyi-eko-a179 (дата звернення: 11.11.2021).
2. Information Technology Law: 6th Edition by Ian J. Lloyd : Oxford University Press, USA; 6 edition, 2011. 640 p.
3. Information Technology Law: The Law and Society by Andrew Murray: OUP Oxford; 3 edition, 2016. 696 p.
4. Information Technology Law by Diane Rowland, Uta Kohl, Andrew Charlesworth : Routledge; 5 edition, 2016. 614 p.
5. Cyber Laws & Information Technology (For LL. B.) by Dr. Jyoti Rattan Bharat Law House Pvt. Ltd., 6th edn., 2017. 752 p.
6. Харитонов Є., Харитонова О. ІТ-право у системі права України. *Право України*, 2018. № 1. С. 18–29.
7. ІТ право / за заг. ред. проф. О. С. Яворської. Львів : Видавництво «Левада», 2017. 470 с.
8. Сімсон О. Е. ІТ-право VS інформаційного права: на зламі епох. *ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні (друга міжнародна щорічна конференція)*. Львів, 17 листопада 2017 р. URL: http://aphd.ua/publication-389/ (дата звернення: 11.11.2021).
9. Цифра дня. веб-сайт Open Data in Ukrainian now. URL: https://www.facebook.com/Opendatabot/posts/1152670585145122 (дата звернення: 11.11.2021).
10. Вітчизняний ІТ-сектор зіткнувся з гострою нестачею фахівців, що призвело до небувалого зростання зарплат у цій сфері та виснажливого полювання за досвідченими кадрами. *НВ. Бізнес*, 2021. URL: https://biz.nv.ua/ukr/tech/it-robota-ye-lyudey-nevistachaye-skilki-budut-rosti-zarplati-v-ukrajinieksperti-50172994.html (дата звернення: 11.11.2021).
11. Конина М. Что делать с дефицитом ІТ-кадров: опыт Израиля. URL: https://dou.ua/forums/topic/21376/ (дата звернення: 11.11.2021).
12. Ukraine: the Home of Great Devs 2021 Tech Market Report. URL: www.beetroot.se (дата звернення: 11.11.2021).
13. Положення про Міністерство цифрової трансформації України : постанова Кабінету Міністрів України від 18.09.2019 № 856. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/856-2019-п#Text (дата звернення: 12.11.2021).
14. Досягнення і подальші кроки Міністерства цифрової трансформації України щодо цифровізації та створення комфортного бізнес-клімату в Україні. URL: https://korea.mfa.gov.ua/news/dosyagnennya-i-podalshi-kroki-ministerstva-cifrovoyi-transformaciyi-ukrayini-shchodo-cifrovizaciyi-ta-stvorennya-komfortnogo-biznes-klimatu-v-ukrayini (дата звернення: 11.11.2021).
15. Національна економічна стратегія на період до 2030 року : постанова Кабінету Міністрів України від 3 березня 2021 р. № 179. URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennya-nacionalnoyi-eko-a179 (дата звернення: 11.11.2021).
16. Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні : Закон України від 15 липня 2021 року № 1667-IX. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20#Text (дата звернення: 11.11.2021).
17. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення правового регулювання дистанційної, надомної роботи та роботи із застосуванням гнучкого режиму робочого часу : Закон України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1213-20#Text (дата звернення: 11.11.2021).
18. Євген Кашатинський. Тренди права 2021: які закони та ініціативи безпосередньо вплинуть на ринок ІТ. *The Page*: ділове видання. 2021. URL: https://thepage.ua/ua/experts/trendi-2021-yaki-zakoni-bezposeredno-vplinut-na-rinok-it (дата звернення: 11.11.2021).
19. Про реалізацію експериментального проекту із запровадження та реалізації в Україні електронного резидентства : постанова Кабінету Міністрів України від 25 червня 2020 р. № 648. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/648-2020-п#Text (дата звернення: 11.11.2021).

УДК 349
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/57

ДІЯЛЬНІСТЬ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ

ACTIVITIES OF THE NATIONAL POLICE IN THE CONDITIONS OF MARTIME: SOME PROBLEMS

Ковбаса В.М., к. ю. н.,
доцент кафедри загальноправових дисциплін
Навчально-науковий інститут права та інноваційної освіти
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

Кусько Р.В., викладач кафедри загальноправових дисциплін
Навчально-науковий інститут права та інноваційної освіти
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

Дрозд Т.В., викладач кафедри загальноправових дисциплін
Навчально-науковий інститут права та інноваційної освіти
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

Стаття присвячена висвітленню окремих проблемних питань в організації діяльності Національної поліції України за умов воєнного стану. Досліджуються проблемні аспекти виконання поліцією своїх службових завдань та покладених на неї державою повноважень в умовах дії правового режиму воєнного стану. Зазначається, що воєнний стан в Україні є особливим правовим режимом діяльності не тільки органів поліції, але й в цілому органів державної влади, місцевого самоврядування у виняткових обставинах, які пов'язані не тільки з обставинами зовнішнього характеру – необхідністю відбиття агресії проти України, але й потребами забезпечувати громадський порядок та безпеку всередині держави, що на сьогодні визначено першочерговими завданнями органів Національної поліції України. Зауважується, що організація діяльності Національної поліції в умовах воєнного стану визначається чинним законодавством, насамперед законами України «Про правовий режим воєнного стану», «Про Національну поліцію» і залежать безпосередньо від тих завдань, які покладено на Національну поліцію. Звертається увага на те, що в умовах воєнного стану Національна поліція виконує загальні і спеціальні завдання як захисного, так і правоохоронного спрямування, що потребує вжиття заходів, направлених на оптимізацію її діяльності для забезпечення ефективного виконання визначених державою повноважень. Досліджуються питання щодо наданих поліції додаткових повноваженнь, необхідність у яких виникає на період дії воєнного стану в країні. Здійснюється аналіз окремих ноормативно-правових актів, спрямованих на регламентацію діяльності Національної поліції в складних умовах сьогодення. Акцентується увага на необхідності вдосконалення, конкретизації та систематизації нормативно-правової бази з метою створення комплексної в системі військового управління і забезпечення функціонування її складових в умовах правового режиму воєнного стану. Досліджено і виокремлено ці завдання. Обґрунтовується необхідність удосконалення механізмів взаємодії та розмежування повноважень поліції з органами державної влади та місцевого самоврядування в умовах воєнного стану.

Ключові слова: поліція, Національна поліція, воєнний стан, діяльність, проблеми.

The article is devoted to the coverage of some problematic issues of the National Police in martial law. It is noted that martial law in Ukraine is a special legal regime not only for the police, but also for public authorities, local governments in exceptional circumstances, which are related not only to external circumstances – the need to repel aggression against Ukraine, but also the need to ensure public order and security in the middle of the state, which is now the responsibility of the National Police of Ukraine. Attention is drawn to the fact that under martial law the National Police performs general and special tasks, both protective and law enforcement. These tasks are researched and singled out. The necessity of improving the mechanisms of interaction and delimitation of the powers of the police with the bodies of state power and local self-government in the conditions of martial law is substantiated.

The regulation of the main issues of the introduction and operation of the martial law regime in Ukraine has been carried out in considerable detail. However, issues related to the organization of police activities and their performance of official duties in the martial law need to be developed, specified and systematized in order to create a comprehensive system of legal acts aimed at detailed regulation of the National Police in military management and functioning. its components in the legal regime of martial law. One of the main tasks is to prevent excessive restriction of constitutional rights and freedoms of man and citizen, abuse of power by police officers in the implementation of police tasks in the legal regime of martial law.

The solution to the problem could be a comprehensive, accurate and clear definition, formulation and normative consolidation in a single legal act of the range of tasks, functions and boundaries of activities, rights and responsibilities and procedures of the National Police during martial law. This would improve the interaction and delimitation of competencies of the police, military and law enforcement agencies and improve the organizational framework for ensuring the effective implementation of martial law.

Key words: police, National police, martial law, activity, problems.

Постановка проблеми. Воєнний стан – це особливий правовий режим, що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню, військовим адміністраціям та органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина, та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень [1].

У зв'язку із військовою агресією Російської Федерації, указом Президента України № 64/2022 було введено на території України воєнний стан [1] строком на 30 днів. З цього часу дія воєнного стану на території України неодноразово продовжувалася. Зокрема, указом Президента України «Про продовження строку дії воєнного стану в Україні» від 17.05.2022 № 341 строк дії воєнного стану продовжено з 05 години 30 хвилин 25 травня 2022 року строком на 90 діб [2].

Слід зазначити, що воєнний стан в Україні є особливим правовим режимом діяльності не тільки поліції, але й органів державної влади, місцевого самоврядування у виняткових обставинах, які пов'язані не тільки з обставинами зовнішнього характеру – необхідністю відбиття агресії проти України, але й потребами забезпечувати громадський порядок та безпеку в середині держави. Ці функції наразі покладено на органи Національної поліції.

Аналіз публікацій, в яких започатковано вирішення цієї проблеми. Питання щодо діяльності Національної поліції України в умовах воєнного стану розглядались у наукових працях Ю. Г. Барабаша, В. В. Бєлєвцевої, С. С. Засунька, І. В. Кириленка, М. П. Кучерявенка, С. О. Кузнічена, М. М. Медвідь, В. А. Молотай, В. І. Олефіра, К. М. Пасинчука, Х. П. Ярмакі та інших вчених. Однак проблеми дослідження діяльності Національної поліції у сучасних умовах існуючого воєнного стану не були предметом наукових досліджень.

Метою наукової розвідки є з'ясування особливостей діяльності Національної поліції в умовах воєнного стану та висвітлення проблемних питань, які виникають під час виконання завдань та функцій поліції.

Викладення основного матеріалу. Діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування в умовах введення воєнного стану зводиться до сприяння військовому командуванню та військовим адміністраціям у запровадженні та здійсненні заходів правового режиму воєнного стану, а також у безпосередньому вирішенні завдань оборони держави та певної території. Національній поліції у цій ситуації відведено особливе місце, зумовлене змістом її завдань і функцій не тільки в умовах воєнного стану, але й тих, які визначені Законом України «Про Національну поліцію» [3]. Адже саме від ефективності роботи Національної поліції залежить безпосереднє забезпечення внутрішньої безпеки держави в умовах існуючого воєнного стану.

Особливості організації діяльності Національної поліції в умовах воєнного стану визначено чинним законодавством, насамперед законами України «Про правовий режим воєнного стану» [4], «Про Національну поліцію» і залежать безпосередньо від завдань, які покладені на поліцію. З урахуванням заходів правового режиму воєнного стану, наявної інформації, інших факторів, ці завдання можуть корегуватися.

Так, Законом України «Про внесення змін до законів України «Про Національну поліцію» та «Про Дисциплінарний статут Національної поліції України», з метою оптимізації діяльності поліції, у тому числі під час дії режиму воєнного стану», внесено доповнення до ст. 23 (поліцію наділено новими повноваженнями), зокрема:

1) за письмовим запитом безоплатно одержує від державних органів, органів місцевого самоврядування, юридичних осіб державної форми власності інформацію, необхідну для виконання визначених цим Законом завдань та повноважень поліції, у тому числі стосовно військовополонених, у вигляді та у формі, що зазначені в такому запиті. Суб'єкти, яким адресовано відповідний запит, зобов'язані протягом трьох днів, а в разі неможливості – не пізніше 10-денного строку з дня отримання запиту, надати відповідну інформацію або повідомити про причини, що перешкоджають її наданню;

2) здійснює конвоювання осіб, затриманих за підозрою в учиненні кримінального правопорушення, узятих під варту, обвинувачених або засуджених до позбавлення волі, а також охороняє їх у залі суду. Перелік місцевих загальних судів, відповідних установ попереднього ув'язнення (крім гауптвахт) та ізоляторів тимчасового тримання, з/до яких поліцією здійснюється конвоювання таких осіб, визначається Міністром внутрішніх справ України;

3) у випадках, передбачених законом, утримує в ізоляторах тимчасового тримання осіб, затриманих за вчинення кримінальних або адміністративних правопорушень, осіб, щодо яких як запобіжний захід застосовано тримання під вартою, осіб, підданих адміністративному арешту, а також обвинувачених і засуджених;

4) у межах визначеної законодавством компетенції здійснює розмінування, що має оперативний характер, у частині виявлення, знешкодження та знищення вибухонебезпечних предметів щодо яких є підстави вважати, що вони є предметами, знаряддями чи засобами вчинення адміністративних або кримінальних правопорушень;

5) організовує роботу з надання, позбавлення та підтвердження допуску поліцейських до проведення спеціальних вибухотехнічних робіт;

6) здійснює техніко-криміналістичне забезпечення огляду місця події, в тому числі пов'язаної з пожежами, та спеціальні вибухотехнічні роботи за фактами скоєння вибухів, надходження повідомлень про виявлення підозрілих вибухонебезпечних предметів, загрозу вибуху;

7) здійснює представництво та забезпечує виконання зобов'язань України в Міжнародній організації кримінальної поліції – Інтерполі та виступає як Національне центральне бюро Інтерполу;

8) здійснює співробітництво з Європейським поліцейським офісом (Європол) та діє як Національний контактний пункт між компетентними органами України та Європолом;

9) організовує взаємодію правоохоронних та інших державних органів України з Міжнародною організацією кримінальної поліції – Інтерполом, Європейським поліцейським офісом (Європолом), а також компетентними органами інших держав з питань, що належать до сфери діяльності Інтерполу та Європолу;

10) здійснює збирання біометричних даних осіб, у тому числі шляхом дактилоскопіювання;

11) здійснює адміністративний нагляд відповідно до Закону [3].

Крім того, розширено підстави для перевірки поліцейським документів особи та зупинення транспортного засобу. Так, документи підлягають перевірці у разі: якщо особа володіє зовнішніми ознаками, схожими на зовнішні ознаки особи, яка перебуває в розшуку, або безвісно зниклої особи, або самовільно залишила місце для утримання військовополонених; якщо наявна інформація, яка свідчить про те, що водій або пасажир транспортного засобу є особою, яка самовільно залишила місце для утримання військовополонених.

Також передбачено, що під час дії режиму воєнного стану поліцейським гарантується безоплатне медичне забезпечення в закладах охорони здоров'я будь-якої форми власності [5].

Забезпечуючи охорону публічного порядку та безпеки в умовах воєнного стану, поліцейські використовують такі методи впливу як переконання, припинення та примус. Роз'яснювальна робота, як основний метод правоохоронної діяльності поліції [10; 11; 12], переконання громадян у необхідності свідомого і добровільного виконання заходів правового режиму воєнного стану, недопущення не тільки їх порушення, але й вчинення будь-яких протиправних дій є необхідною умовою сприяння ефективному проведенню мобілізації, забезпечення стану правопорядку та дотримання заходів правового режиму воєнного стану.

Наприклад, особовий склад поліції Чернівецької області цілодобово забезпечує правовий режим воєнного стану, а також продовжує виконувати свої основні завдання: реагує на звернення громадян, охороняє правопорядок, попереджає та припиняє порушення, документує і розкриває злочини. Спільно з військовослужбовцями та добровольцями поліцейські контролюють в'їзд і виїзд до Чернівецької області на 5 блокпостах, стежать за переміщенням людей, транспорту і вантажів, оглядають і пере-

віряють їх. Так, від початку запровадження воєнного стану правоохоронці перевірили на блокпостах більше 38 тисяч громадян. Для належної життєдіяльності регіону наряди поліції посилено охороняють об'єкти критичної інфраструктури, будівлі органів державної влади, залізничні шляхи, а також патрулюють населені пункти області [6].

Крім того, працівники Національної поліції України продовжують виконувати свої функції і безпосередньо на лінії зіткнення: допомагають людям евакуйовуватися, рятують з-під обстрілів та доставляють місцевим мешканцям гуманітарну допомогу. Від початку повномасштабного російського вторгнення підрозділи поліції отримали та опрацювали понад 2 млн 100 тисяч повідомлень від громадян, розпочали майже 14 тисяч кримінальних проваджень за фактами злочинів, вчинених військовослужбовцями Російської Федерації, зареєстрували понад 53 тисячі кримінальних правопорушень, розпочали понад 550 кримінальних проваджень за колабораціонізм (90 осіб вже отримали повідомлення про підозру), затримали 779 осіб за підозрою у диверсійній діяльності, зафіксували майже 11 тисяч майнових злочинів, з яких більше 10 тисяч – крадіжки. Понад 2300 підозрюваних осіб встановлені. Зареєстрували понад 11 тисяч ДТП, в яких загинуло 444 особи. Заблокували понад 2800 «ворожих інформканалів» із загальною аудиторією більш ніж 23 млн користувачів [7].

Отже, можна зазначити, що в умовах воєнного стану Національна поліція виконує загальні і спеціальні завдання як захисного, так і правоохоронного спрямування.

Навіть якщо Національна поліція забезпечує правопорядок в умовах воєнного стану, дотримання законності є необхідною умовою їх діяльності. Дотримання законності забезпечується систематичним контролем з боку вищих органів управління, правом адміністративного та судового оскарження, контролем громадськості та засобів масової інформації. Дії Національної поліції в умовах воєнного стану повинні бути юридично грамотними, сприйматись громадянами, чиї права та свободи обмежуються, як справедливі і законні. Незаконні дії працівників поліції можуть завдати значної шкоди.

Наступне питання, яке варто розглянути, стосується взаємодії Національної поліції з військовою адміністрацією, іншими правоохоронними органами та органами територіальної оборони і розмежування між ними повноважень.

На нашу думку, можна виокремити такі форми взаємодії поліції в умовах правового режиму воєнного стану: оперативний обмін інформацією; проведення (участь у проведенні) спільних оперативних нарад керівного складу поліції з військовою адміністрацією, іншими правоохоронними органами тощо з питань підготовки до виконання службових завдань; здійснення спільних заходів з виконання спеціальних службових завдань; проведення спільних навчань, тренувань та занять; регулярний обмін (корегування) розрахунку сил та засобів Національної поліції, що залучаються до спільного виконання завдань під час воєнного стану, забезпечення поліції іншою необхідною інформацією; спільне патрулювання; проведення спільних заходів з метою забезпечення режиму воєнного стану в межах території однієї чи декількох адміністративно-територіальних одиниць.

Належна правова регламентація правового режиму воєнного стану є основою для ефективного розмежування повноважень поліції, військової адміністрації, державних і правоохоронних органів, інших суб'єктів. Залежно від результатів цього розподілу може проводитися визначення раціонального складу та функціональної структури системи управління військового командування в умовах воєнного стану.

Правовими засадами діяльності Національної поліції, як суб'єкта забезпечення правового режиму воєнного стану, є система нормативно-правових актів (законодавче поле), які визначають юридичні підстави, порядок, межі діяльності Національної поліції, а також особливості її взаємодії з іншими органами державної влади та місцевого самоврядування. Поряд з цим, на сьогодні можливо доцільним є прийняття спеціального, окремого нормативно-правового акта, який би визначав особливості взаємодії поліції з військовими адміністраціями, правоохоронними органами, Збройними Силами, територіальною обороною з питань забезпечення публічного порядку і безпеки в умовах дії режиму воєнного стану.

Наступне питання стосується забезпечення особистої безпеки поліцейських під час виконання завдань в умовах воєнного стану. Особиста безпека працівників поліції наразі є одним з важливих чинників для успішного вирішення їх службових завдань, особливо в умовах виникнення надзвичайних ситуацій. Особисту безпеку працівників поліції слід розглядати як їх обов'язок, а не право. Забезпечення особистої безпеки – одна з основних функцій, яку виконують працівники поліції та яка може врятувати їм життя в умовах виникнення надзвичайних ситуацій. Тому саме забезпечення безпеки працівників поліції в умовах виникнення надзвичайних ситуацій є пріоритетним завданням як для самих працівників поліції, так і для суспільства та держави [8].

Крім того, важливо забезпечити поліцейським належні умови для отримання практичних навиків щодо надання домедичної допомоги та розуміння тих процесів, які будуть при цьому відбуватися в організмі постраждалого. При цьому ці знання та навички обов'язково повинні спиратись на усвідомлення ризику опинитись в екстремальних умовах, зокрема, так званого «вогневого» контакту з правопорушником [9].

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що регламентація основних питань запровадження та дії правового режиму воєнного стану в Україні проведена доволі детально. Однак питання, пов'язані з організацією діяльності поліції та виконання нею службових завдань в умовах дії правового режиму воєнного стану потребують розвитку, конкретизації та систематизації з метою створення комплексної системи ноормативно-правових актів, спрямованих на детальну регламентацію діяльності Національної поліції в системі військового управління і забезпечення функціонування її складових в умовах правового режиму воєнного стану. Одним із головних завдань необхідно визначити недопущення надмірного обмеження конституційних прав та свобод людини і громадянина, зловживання повноваженнями з боку працівників поліції у процесі реалізації завдань поліції в умовах дії правового режиму воєнного стану, удосконалення механізмів взаємодії та розмежування повноважень поліції з органами державної влади та місцевого самоврядування в умовах воєнного стану. Шляхом вирішення проблеми могло б бути комплексне, точне й чітке визначення, формулювання і нормативне закріплення у єдиному нормативно-правовому акті кола завдань, функцій і меж діяльності, прав та обов'язків і порядку дій Національної поліції під час воєнного стану. Це дозволило б удосконалити взаємодію та розмежування компетенції поліції, військових та правоохоронних органів та вдосконалити організаційні основи щодо забезпечення ефективного виконання заходів правового режиму воєнного стану.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про введення воєнного стану : указ Президента України від 24.02.2022 № 64. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#n2
2. Про продовження строку дії воєнного стану в Україні : указ Президента України від 17.05.2022 № 341. URL: https://www.president.gov.ua/documents/3412022-42617
3. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#top
4. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12.05.2015. URL: https://www.zakon.cc/law/document/read/389-19
5. Нові підстави для перевірки поліцейським документів осіб та зупинення транспортних засобів. URL: https://lexinform.com.ua/zakonodavstvo/novi-pidstavy-perevirky-politsejskym-dokumentiv-osib-ta-zupynennya-transportnyh-zasobiv
6. За 100 діб воєнного стану перевірили більше 38 тисяч громадян, які перетинали межі Буковини. URL: https://pogliad.ua/ru/news/crime/za-100-dib-voennogo-stanu-perevirili-bilshe-38-tis-gromadyan-yaki-peretinali-mezhi-bukovini-424638
7. У Нацполіції прозвітували про злочини і кримінальні справи за час воєнного стану. URL: https://www.radiosvoboda.org/a/news-politsiya-viyna-spravy/31870345.html
8. Безпека працівників Національної поліції в умовах надзвичайних ситуацій : навчальний посібник (В. Г. Грибан, А. Є. Фоменко, Д. Г. Казначеєв, О. І. Бойко / за заг. ред. В. Г. Грибана). Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2018. 100 с.
9. Oksana Myslyva, Olena Nykyforova, Iuliia Kuntsevych. The modern methods of first aid (premedical care) teaching in the police institutions. *Philosophy, economics and law review*. 2021. Volume 1. No. 2. URL: https://phelr.dduvs.in.ua/wp-ontent/uploads/2022/04/2nd/Pherl%20Review_3_2-12122021-6%20(2)-15022022-219-231.pdf
10. Nalyvaiko L., Chanysheva G., Kozin S. Remuneration Of Public Servants In The Federal Republic Of Germany. *Baltic Journal of Economic Studies.* 2018. № 4 (5). P. 228–232.
11. Nalyvaiko L., Marchenko O., Ilkov V. Conceptualisation of the Phenomenon of Corruption: International Practices and Ukrainian Experience. *Economic Annals – XXI*. 2018. № 172 (7–8). P. 32–37.
12. Kondratiuk O., Fedchak I., Lepekha O., Senyk S., Marets B. War on crime: From passive behaviour of an undercover agent to active forms of covert influence on accomplices of criminal activities. *Philosophy, economics and law review.* 2021. Volume 1. № 2. P. 150–172.

УДК 342.551:851
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/58

КОГНІТИВНИЙ АНАЛІЗ НЕЗАКОННОГО ВИКОРИСТАННЯ ІНФОРМАЦІЇ У КОНТЕКСТІ ПРАВОПОРУШЕННЯ, ПОВ'ЯЗАНОГО З КОРУПЦІЄЮ

COGNITIVE ANALYSIS OF ILLEGAL USE OF INFORMATION IN THE CONTEXT OF A CORRUPTION OFFENSE

Кушнір І.П., д. ю. н.,
заступник начальника кафедри адміністративної діяльності
Національна академія Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

Царенко О.М., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри адміністративної діяльності
Національна академія Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

Царенко С.І., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри теорії права та кримінально-процесуальної діяльності
Національна академія Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

Стаття присвячена висвітленню особливостей відповідальності за незаконне використання інформації як адміністративне правопорушення, пов'язане з корупцією. В статті досліджуються питання використання та маніпулювання інформацією, яка стала відома особі у зв'язку із виконанням службових та інших обов'язків. З'ясовано, що прогалини інформаційного законодавства створюють небезпеку для охорони й захисту інформації, а також використовуються посадовими особами для власної вигоди тощо.

Встановлено, що статті 22, 43 Закону України «Про запобігання корупції» визначають заборони розголошення інформації, що стала відома особі у зв'язку з виконанням своїх службових повноважень та професійних обов'язків. Зокрема, стосується інформації, яка обмежена у доступі (конфіденційна та службова). Незаконне розголошення інформації посадовою особою означає порушення нею мети збору, обробки й захисту інформації та надання відомостей третім особам, які вона не мала права поширювати. Але разом з тим у статті 172-8 КУпАП йдеться про головну визначальну рису – використання інформації з порушенням вимог законодавства з урахуванням та задоволенням власних потреб (посадовою особою), отримання вигоди від інформації, якою володіє чи розпоряджається, а також від службового становища.

Окрему увагу акцентовано на аналізі судової практики. Наголошено на тому, що розголошення інформації має місце тоді, коли службова особа надала чи повідомила відому (у зв'язку із службовим становищем) їй інформацію третім особам, які нею не володіють. Зазначено, що терміни обробки та зберігання інформації можуть бути різні, тому за розголошення інформації, до якої особа була допущена під час виконання обов'язків, вона повинна нести відповідальність незалежно від моменту припинення перебування на посаді.

Охарактеризовано, що корупційне діяння має місце, коли наявні такі елементи: сам державний службовець; владні повноваження, якими він може розпоряджатися на власний розсуд; факт зловживання цими повноваженнями; вигода (у грошовому чи іншому вигляді), що її державний службовець отримує внаслідок такого зловживання. У висновку зазначаються проблеми кваліфікації адміністративного правопорушення за статтею 172-8 КУпАП.

Ключові слова: корупція, адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією, склад правопорушення, запобігання корупції, відповідальність, інформація, незаконне використання інформації.

The article focuses on the specifics of liability for illegal use of information as an administrative offense related to corruption. The article examines the use and manipulation of information that has become known to a person in connection with the performance of official and other duties. It has been found that gaps in information legislation pose a danger to the protection and security of information, as well as being used by officials for their own benefit, and so on.

It is established that Articles 22 and 43 of the Law of Ukraine «On Prevention of Corruption» prohibit the disclosure of information that has become known to a person in connection with the performance of his official duties and professional duties. In particular, it concerns information that is restricted in access (confidential and official).

Illegal disclosure of information by an official means that he violates the purpose of collecting, processing and protecting information and providing information to third parties, which he had no right to disseminate. However, Article 172-8 of the Code of Administrative Offenses deals with the main defining feature – the use of information in violation of the law, taking into account and meeting their own needs (official), benefiting from information he owns or disposes of, as well as official position.

Particular attention is paid to the analysis of judicial practice. It is emphasized that the disclosure of information occurs when an official has provided or communicated information known (due to official position) to third parties who do not own it. It is noted that the terms of processing and storage of information may be different, so for the disclosure of information to which a person was admitted during the performance of duties, he should be responsible regardless of the moment of termination of office.

It is described that an act of corruption occurs when the following elements are present: the civil servant himself; powers that he may dispose of at his own discretion; the fact of abuse of these powers; the benefit (in cash or otherwise) that a civil servant receives as a result of such abuse. In the conclusion problems of qualification of an administrative offense according to article 172-8 Code of Ukraine on Administrative Offenses are noted.

Key words: corruption, administrative offenses related to corruption, corpus delicti, prevention of corruption, responsibility, information, illegal use of information.

Важливим завданням, вирішення якого вимагає перед державною владою українське суспільство, а також Європейський Союз, є подолання корупції. Одним із оптимальних кроків, стало встановлення жорстких обмежень діяльності та відповідальності за діяння, які є не тільки корупційними, але й ті, які тим чи іншим чином пов'язані з корупцією. Багатоманітність корупційних проявів зумовлюють використання правопорушниками різних методів, способів, засобів їх учинення, у тому числі використання та маніпулювання інформацією, яка стала відома у зв'язку із виконанням службових та інших обов'язків.

Правове регулювання відносин, об'єктом яких є інформація знайшло закріплення у законах України «Про інформацію», «Про державну таємницю», «Про захист персональних даних», «Про доступ до публічної інфор-

мації», «Про звернення громадян» та багатьох інших. Значний обсяг нормативно-правових актів, що врегульовують інформаційні відносини не повною мірою охоплює сучасні інформаційні та цифрові реалії повсякденного життя українців та органів державної влади. Так, на розгляді Верховної Ради України знаходиться Проект Закону про захист персональних даних, який більше враховує реалії, ніж чинний. Прогалини інформаційного законодавства створюють небезпеку для охорони й захисту інформації, а також використовуються посадовими особами для власної вигоди тощо.

Включення до Кодексу України про адміністративні правопорушення у межах глави 13-А «Адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією» статті 172-8 «Незаконне використання інформації, що стала відома особі у зв'язку з виконанням службових або інших визначених законом повноважень» не привернуло окремої уваги науковців. Фрагментарно це питання розкрито у межах дослідження інформаційних деліктів такими науковцями, як Н. П. Бортник, Л. В. Білінська О. В. Кохановською, І. П. Сторожук; О. О. Дудоровим здійснено аналіз судової практик; О. О. Дудоров, Р. О. Мовчан, В. Г. Сеник кваліфікували адміністративні правопорушення, пов'язані з корупціє. Разом з тим, дане правопорушення проаналізоване у контексті складу правопорушення, що пов'язаного з корупцією С. С. Чернявським, Р. А. Сербиним, І. Д. Пастухом, В. Л. Костюком, В. О. Мартиненком, О. М. Стрільцовим, М. В. Пашковською, Н. В. Федоровською, В. Г. Сюравчиком та іншими.

Метою статті є когнітивний аналіз адміністративної відповідальності за незаконне використання інформації у контексті правопорушення, пов'язаного з корупцією.

Виклад основного матеріалу. Установлені правові режими інформації передбачають дотримання відповідних умов її обробки та захисту. Правовий режим інформації з обмеженим доступом стосується виключно тих видів, які визначені у ч. 1 ст. 21 Закону України «Про інформацію» [1]. В умовах сучасного інформаційного суспільства найбільшою загрозою неправомірного поширення інформації, яка обмежена у доступі, залишається людина, а, отже, створює небезпеку правовому режиму інформації. Найбільш важливу та вразливу інформацію може поширити особа, якій така інформація стала відомою та була довірена у зв'язку із виконанням нею службових та посадових обов'язків.

Законодавець у главі 13-А КУпАП встановив, що таке правопорушення як «незаконне використання інформації, що стала відома особі у зв'язку з виконанням службових або інших визначених законом повноважень» [2, ст. 172-8] є не просто адміністративним правопорушенням, а й таким, що пов'язане із корупцією. Установлення відповідальності забезпечує дієвість заборон, передбачених у статтях 22, 43 Закону України «Про запобігання корупції» [3]. У статті 22 цього Закону чітко визначена заборона будь-якого використання службового становища (можливостей) у приватних інтересах та одержання неправомірної вигоди [3, ст. 22]. Стаття 43 цього Закону містить пряму вказівку на заборону розголошення інформації, що стала відома особі у зв'язку з виконанням своїх службових повноважень та професійних обов'язків [3, ст. 43].

Дана заборона установлена у Конвенції ООН проти корупції, у якому зазначено, що заходи, спрямовані на запобігання виникненню конфлікту інтересів, можуть включати установлення обмежень, у належних випадках і на обґрунтований строк, стосовно професійної діяльності колишніх державних посадових осіб у приватному секторі після їхнього виходу у відставку або на пенсію, якщо така діяльність або робота безпосередньо пов'язана з функціями, що такі державні посадові особи виконували в період їхнього перебування на посаді або за виконанням яких вони здійснювали нагляд» [4, с. 187]. Такі обмеження застосовуються також після залишення служби (п. 10 Міжнародного кодексу поведінки державних посадових осіб (ООН, 1996)). Державний службовець не повинен використовувати інформацію, яку він може отримати під час або внаслідок своєї роботи, неналежним чином (статті 11, 22 Кодексу поведінки державних службовців (Рекомендації КМРЄ, 2000)) [5, с. 47].

Диспозиція ч. 1 ст. 172-8 КУпАП встановлює відповідальність за «*незаконне розголошення або використання в інший спосіб особою у своїх інтересах інформації, яка стала їй відома у зв'язку з виконанням службових або інших визначених законом повноважень»* [2]. Зокрема, стосується інформації, яка обмежена у доступі [3, ст. 43] (конфіденційна та службова), інша інформація є відкритою. За розголошення державної таємниці, службової інформації (зібраної у процесі оперативно-розшукової інформації, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони) передбачена кримінальна відповідальність тощо [6, ст.ст. 328, 330, 422].

Незаконне розголошення інформації посадовою особою означає порушення нею мети збору, обробки й захисту інформації та надання відомостей третім особам, які вона не мала права поширювати. Частина 2 статті 19 Конституції України беззаперечно установила, що «*органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України*». Отже, для з'ясування обсягу змісту «незаконне розголошення інформації» необхідно розмежувати підстави правомірного поширення інформації.

Поширення інформації посадовою особою можливо на законних підставах у разі, коли:

є обов'язком розпорядників інформації надавати та оприлюднювати публічну інформацію;

у разі виконання повноважень як представника прес служби органу влади;

у разі делегування повноважень керівником надати коментар, роз'яснення, обґрунтування тощо;

реагування на парламентський, громадський та державний контроль за дотриманням прав на доступ до публічної інформації;

у межах реагування на запити на інформацію;

надання інформації правоохоронним та іншим компетентним органам;

інформація є загальновідомою, перебуває у загальному доступі та/або поширена іншими особами;

інформація яка стала відомою не у зв'язку із виконанням посадових обов'язків;

у разі надання особою згоди на розголошення її даних;

щодо надання адміністративних послуг тощо.

Загалом О. О. Дудоров зазначає на відсутності у законодавстві терміну «незаконного розголошення» інформації. Разом з тим використовуються терміни:

передача відомостей (ст. 6 Закону України «Про психіатричну допомогу»);

надання відомостей (ст. 26 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб»);

повідомлення про захворювання (ст. 30 Сімейного Кодексу України; ст. 18 Закону України «Про протидію захворюванню на туберкульоз»)

здійснення розкриття банківської таємниці (ст. 62 Закону України «Про банки і банківську діяльність»).

Крім цього, науковець робить висновок, про те, що «у досліджуваній статті відсутня відповідна вказівка на незаконність такого діяння, як використання в інший спосіб відповідної інформації, що є вадою нормотворчої техніки, яку слід усунути у диспозиції ст. 172-8 КУпАП. На користь такої пропозиції вказує і назва цій статті, в якій йдеться саме про «незаконне» використання інформації» [7, с. 230].

У контексті етимології «незаконний» словник української мови надає такі значення: який забороняється законом, порушує закон; який суперечить законові, йде врозріз з ним [8]. Отже, законодавець застосував узагальнену категорію діям, вчинення яких буде порушенням правового режиму інформації. Зокрема, під ними необхідно розуміти передачу, надання, повідомлення відомостей, розкриття таємниці тощо, які заборонені чи не передбачені законодавством. З урахуванням цього, незаконне використання інформації є проявом активної поведінки посадової особи, про що також зазначає О. О. Дудоров [7, с. 206]. Але разом з тим у статті 172-8 КУпАП йдеться про «незаконне використання» інформації. Під «використанням» розуміють застосовувати, вживати що-небудь з користю, користуватися чимсь [9]. Тобто головною визначальною рисою є використання інформації з порушенням вимог законодавства з урахуванням та задоволенням власних потреб (посадовою особою), отримання вигоди від інформації, якою володіє чи розпоряджається, а також від службового становища, щось від цього мати.

При складанні протоколів уповноважені органи мають чітко відображати в них – яка саме інформація була розголошена або незаконно використана в інший спосіб. У протилежному випадку суди закривають відповідні матеріали через відсутність складу правопорушення, зокрема, його предмету [7, с. 220].

Як засвідчує аналіз судової практики, найчастіше предметом аналізованого правопорушення стає:

інформація про проведення планових та позапланових перевірок суб'єктів господарювання;

інформація, необхідна для уникнення відповідальності за незаконний вилов водних ресурсів, незаконне видобування корисних копалин, незаконне перетинання державного кордону;

інформація про персональні дані особи;

про вільні земельні ділянки тощо [7, ст. 220].

Посадова особа, як суб'єкт правопорушення, яка розголошує або використовує інформацію, має діяти перш за усе в своїх інтересах, мати чіткий корисливий мотив, як суб'єкт складу правопорушення за ст. 172-8 КУпАП.

Розголошення інформації має місце тоді, коли службова особа надала чи повідомила відому (у зв'язку із службовим становищем) їй інформацію третім особам, які нею не володіють. Під володінням розуміється не юридична правомочність, що є складовою права власності (володіння, користування, розпорядження), а характеристика фактичного стану, тобто факт контролю суб'єкта над певною інформацією як нематеріальним об'єктом (інформація зберігається у суб'єкта в зафіксованому на матеріальному носії вигляді або іншим чином доступна йому) [10, с. 78]. Тому термін «розпорядник» лише позначає, що інформація знаходиться у фізичному контролі суб'єкта, а не те, що він має право розпоряджатися і визначати долю інформації на свій розсуд [11].

Розголошення інформації може відбуватись будь-яким доступним комунікаційним шляхом: усне повідомлення (особисто під час зустрічі так і із використанням мобільного зв'язку), письмово (у паперовому вигляді, за допомогою месенджерів, соціальних мереж, електронної пошти, соціальних мереж). Важливий сам факт передачі інформації.

Окремої уваги заслуговує той факт, що коли особа звільнилась з роботи/служби, поширила відому їй за місцем попередньої посади інформацію обмежену у доступі, при цьому вона не підлягає відповідальності. Таке положення випливає з примітки статті 172-8 КУпАП (хто є суб'єктом даного правопорушення), хоча у диспозиції цієї статті визначено, що інформацію отримує особа під час виконання службових чи інших обов'язків. Терміни обробки та зберігання інформації можуть бути різні, тому за розголошення інформації, до якої особа була допущена під час виконання обов'язків, вона повинна нести відповідальність незалежно від моменту припинення перебування на посаді. Примітка статті 172-8 КУпАП суперечить положенню статті 26 (Обмеження після припинення діяльності, пов'язаної з виконанням функцій держави, місцевого самоврядування) Закону України «Про запобігання корупції». Ця норма забороняє особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, які звільнилися або іншим чином припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави або місцевого самоврядування, розголошувати або використовувати в інший спосіб у своїх інтересах інформацію, яка стала їм відома у зв'язку з виконанням службових повноважень, крім випадків, встановлених законом [3, п. 2 ч. 1 ст. 26].

Для притягнення до відповідальності за незаконне використання інформації, що стала відома особі у зв'язку з виконанням службових або інших визначених законом повноважень, як і для інших правопорушень передбачених у главі 13-А важливою умовою є наявність чотирьох обов'язкових елементів: об'єкта посягання, об'єктивної та суб'єктивної сторони і суб'єкта правопорушення. Тобто, щоб корупційне діяння відбулося, мають бути наявні такі елементи: сам державний службовець; владні повноваження, якими він може розпоряджатися на власний розсуд; факт зловживання цими повноваженнями; вигода (у грошовому чи іншому вигляді), що її державний службовець отримує внаслідок такого зловживання [12, с. 32].

Висновки. Сьогодні у інформаційному суспільстві поширення інформації, у тому числі, яка стала відома у *зв'язку з виконанням службових повноважень* має соціально-правовий аспект.

По-перше, сама особа, як суб'єкт різноманітних відносин, у тому числі як користувач соціальними мережами, доволі часто поширює про себе інформацію. Отже, у такому випадку важко встановити джерело поширення інформації та встановити вину посадової особи.

По-друге, посадові особи можуть поширити інформацію, що стала їм відома у зв'язку із виконанням обов'язків, своїм знайомим з виправдовуванням, на кшталт «так це ж своїм», при цьому можливий відсутній корупційний аспект.

По-третє, через складність процедури доказування незаконного розголошення або використання інформації, громадяни не бажають виявляти претензії до посадових осіб щодо відновлення порушеного права чи притягнення винних до відповідальності.

По-четверте, недостатня зрілість інформаційної приватності у суспільстві призводить до того, що особи взагалі не бажають «утаємничувтись» й не вважають поширення такої інформації чимось протиправним, негативним.

По-п'яте, не завжди розголошення інформації пов'язано з особистою вигодою, тому не може підпадати під відповідальність за цією статтею.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 07 грудня 1984 року. № 8073-X. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10
3. Про запобігання корупції : Закону України від 14 жовтня 2014 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 49. Ст. 2056.
4. Настільна книга детектива, прокурора, судді: коментар антикорупційного законодавства / за ред. М. І. Хавронюка. 2 вид., переробл. і допов. Київ : ВД «Дакор», 2017. С. 420.
5. Адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією : наук.-практ. комент. / С. С. Чернявський, Р. А. Сербин, І. Д. Пастух та ін. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2020. 90 с.

6. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2001. № 25–26. Ст. 131. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/ show/2341-14/page7

7. Узагальнення судової практики у справах про адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією (статті 172-4–172-9 КУпАП): д. ю. н., проф. Дудоров О. О. Київ 2019 р., 263 с.

8. Словник української мови. В 11 томах. Том 5. 1974. С. 308. URL: http://sum.in.ua/s/nezakonnyj

9. Словник української мови. В 11 томах. Том 1. 1970. С. 412. URL: http://sum.in.ua/s/vykorystovuvaty

10. Кушнір І. П. Нормативно-правове регулювання інформаційних відносин у діяльності Державної прикордонної служби України: теоретичні та організаційні аспекти : монографія / за заг. ред. д-ра юрид наук Р. М. Ляшука, Хмельницький. Вид-во: ПП «Монускрипт», 2020. 528 с.

11. Розпорядники інформації. Методичні рекомендації Головного територіального управління юстиції у Донецькій області м. Краматорськ, 2016. URL: http://justice-dn.gov.ua/index.php/19-publichna-informatsiya/1077-rozporyadniki-informatsiji

12. Бортник Н. П., Білінська Л. В. Адміністративна відповідальність за правопорушення, пов'язані з корупцією. *Вісник* Національного університету «Львівська політехніка». Серія: *Юридичні науки*. Вип. 3. № 845 (10). 2016. С. 28–33.

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/59

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПОРЯДКУ ВЗАЄМОДІЇ ПЛАТНИКА ПОДАТКУ НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ – НЕРЕЗИДЕНТА І КОНТРОЛЮЮЧОГО ОРГАНУ

PROBLEM ISSUES RELATING TO THE ORDER OF INTERACTION BETWEEN A NON-RESIDENT VALUE ADDED TAX PAYER AND A CONTROLLING AUTHORITY

Лабадін В.І., аспірант кафедри адміністративного та фінансового права
Навчально-науковий інститут «Юридичний інститут Державного вищого навчального закладу «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»

Статтю присвячено проблемним питанням, пов'язаним із порядком взаємодії платника податку на додану вартість (далі – ПДВ) – нерезидента і контролюючого органу.

Встановлено, що в Україні запроваджено правила оподаткування ПДВ електронних послуг, які постачаються нерезидентами на користь українських споживачів – фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб – підприємців, які не зареєстровані платниками ПДВ. Згідно з цими правилами, нерезидент – постачальник електронних послуг повинен зареєструватися платником ПДВ і самостійно виконувати податкові обов'язки і реалізовувати права. У зв'язку з цим набуває актуальності питання забезпечення належного порядку взаємодії між платником податку – нерезидентом і контролюючим органом в Україні, у тому числі з урахуванням специфіки статусу нерезидента як платника податку.

З'ясовано, що необхідність забезпечення такого належного порядку взаємодії обумовлюється необхідністю дотримання принципу рівності усіх платників перед законом і недопущення будь-яких проявів податкової дискримінації, а також для забезпечення належного податкового адміністрування і фіскальної ефективності. Зокрема, мають бути враховані особливості статусу нерезидента як платника податку порівняно із платником податку – резидентом, оскільки такі платники можуть мати різні можливості по реалізації одних і тих же податкових обов'язків і прав.

Встановлено, що чинне податкове законодавство України переважно враховує відповідну специфіку нерезидента і передбачає зручний механізм електронної взаємодії між платником податку – нерезидентом і контролюючим органом, який повинен дозволити такому платнику належним чином реалізовувати податкові обов'язки і права.

Водночас були виявлені недоліки правового регулювання такого порядку взаємодії як технічного, так і сутнісного характеру. З'ясовано, що такі недоліки можуть бути усунені шляхом внесення змін до Податкового кодексу України (далі – ПК України). У зв'язку з цим у статті запропоновано напрямки внесення змін до ПК України для усунення таких недоліків.

Ключові слова: оподаткування, ПДВ, нерезидент, контролюючий орган, електронні сервіси.

The article is devoted to problematic issues related to the procedure of interaction between a non-resident payer of value added tax (hereinafter – VAT) and a controlling authority during the tax administration of VAT.

It is established that the rules for taxation by VAT of electronic services supplied by non-residents in favor of Ukrainian consumers – individuals, including individual entrepreneurs who are not registered as VAT payers, have been introduced in Ukraine. According to these rules, a non-resident supplier of electronic services must register as a VAT payer and personally perform its tax obligations and exercise its rights. Considering this, the issue of ensuring proper interaction between the non-resident taxpayer and the controlling body in Ukraine, in particular taking into account the specifics of the status of a non-resident as a taxpayer, becomes relevant.

It was found that the need to ensure such a proper order of interaction is substantiated, inter alia, by the need to comply with the principle of equality of all taxpayers before the law and to prevent tax discrimination, as well as to ensure proper tax administration and fiscal efficiency. In particular, the peculiarities of the status of a non-resident as a taxpayer compared to a resident taxpayer should be taken into account since such taxpayers may have different opportunities to exercise their tax rights and obligations.

It is established that the current tax legislation of Ukraine mainly takes into account such peculiarities and provides a convenient mechanism for electronic interaction between a non-resident taxpayer and a controlling authority, which should allow such a taxpayer to properly exercise its tax rights and obligations.

At the same time, gaps in the legal regulation of this order of interaction, both technical and substantive, were identified. It was found that such gaps can be eliminated by amending the Tax Code of Ukraine (hereinafter – the TCU). Considering this, the article proposes ways for amending the TCU to eliminate such gaps.

Key words: taxation, VAT, non-resident, controlling authority, electronic services.

Актуальність дослідження. В Україні запроваджено правила оподаткування ПДВ електронних послуг, які постачаються нерезидентами на користь українських споживачів – фізичних осіб. Такі правила почали діяти з 1 січня 2022 року і полягають у необхідності реєстрації нерезидентів – постачальників електронних послуг платниками ПДВ в Україні і самостійному виконанні ними відповідних податкових обов'язків. У зв'язку з цим постає необхідність забезпечення належної взаємодії платника ПДВ – нерезидента та контролюючого органу, зокрема із метою дотримання основних засад податкового законодавства, а також для забезпечення належного податкового адміністрування і фіскальної ефективності.

Огляд останніх публікацій. Питання основних засад податкового законодавства вивчали такі дослідники як Р. Г. Браславський, О. І. Баїк, М. В. Кармаліта та інші. Питання, пов'язані з податковим адмініструванням та (або) фіскальною ефективністю, вивчали такі дослідники як К. П. Проскура, М. І. Крупка, В. М. Кміть, Р. Ю. Паславська, Т. Є. Дугар та інші. Водночас питання належності передбаченого законодавством України порядку взаємодії платника ПДВ – нерезидента та контролюючого органу потребує подальшої наукової розробки.

Мета статті. Метою статті є з'ясування поточного стану законодавчого регулювання порядку взаємодії платника ПДВ – нерезидента та контролюючого органу, визначення актуальних проблем у такому регулюванні і можливих шляхів їх вирішення.

Аналіз. У зв'язку із зростанням масштабів цифрової економіки та пов'язаних з цим змін у способах ведення підприємницької діяльності відбувається зміна окремих підходів до оподаткування операцій з постачання товарів і послуг. Однією із таких змін є зобов'язання постачальників електронних товарів та (або) послуг нараховувати та сплачувати ПДВ у юрисдикціях, де знаходяться кінцеві споживачі таких послуг, насамперед фізичні особи,

незалежно від того, чи мають такі постачальники фізичну присутність (офіси (представництва), філії тощо) у таких юрисдикціях. Подібна концепція оподаткування була запроваджена і в Україні.

Відповідно до Закону України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо скасування оподаткування доходів, отриманих нерезидентами у вигляді виплати за виробництво та/або розповсюдження реклами, та удосконалення порядку оподаткування податком на додану вартість операцій з постачання нерезидентами електронних послуг фізичним особам» № 1525-IX від 03.06.2021 р. (далі – Закон) [1] були внесені зміни до ПК України, які встановлюють правила оподаткування ПДВ операцій з постачання електронних послуг нерезидентами українським споживачам.

Зокрема, відповідно до Закону ПК України доповнено новим пп. 14.1.56–5 п. 14.1 ст. 14, у якому передбачається визначення поняття «електронні послуги». Відповідно до пп. 9 п. 180.1 ст. 180 ПК України встановлено, що платником ПДВ є особа-нерезидент, яка не має постійного представництва та постачає на митній території України фізичним особам, у тому числі фізичним особам – підприємцям, не зареєстрованим платниками ПДВ, електронні послуги. Відповідно до п. 186.3-1 ст. 186 ПК України встановлено, що місцем постачання електронних послуг вважається місцезнаходження отримувача послуг [2].

Крім цього, ПК України доповнено новою статтею 208-1, а також окремими іншими положеннями, згідно з якими встановлюється порядок оподаткування електронних послуг, що постачаються нерезидентами на митній території України. Такий порядок заснований на необхідності обов'язкової (якщо досягається встановлений ПК України обсяг постачання електронних послуг) або добровільної реєстрації нерезидента – постачальника електронних послуг платником ПДВ та самостійного виконання таким нерезидентом податкових обов'язків і реалізації прав. Такі нерезиденти підлягають взяттю на облік контролюючими органами України [2].

Отже, підсумовуючи вказане, Законом були внесені зміни до ПК України, згідно з якими нерезиденти, які постачають електронні послуги фізичним особам на митній території України, підлягають обов'язковій або добровільній реєстрації платниками ПДВ і зобов'язані самостійно виконувати обов'язки по нарахуванню і сплаті ПДВ у зв'язку з таким постачанням електронних послуг та інші обов'язки як платника податків, а також реалізовувати пов'язані з цим права.

Водночас, оскільки виконання окремих податкових обов'язків і реалізація прав тісно пов'язана із взаємодією платника податків і контролюючого органу, постає питання, наскільки чинне законодавство враховує специфіку статусу нерезидента як платника ПДВ при встановленні способів та процедури взаємодії платника податків – нерезидента і контролюючого органу в Україні.

Зазначимо, що необхідність врахування такої специфіки обумовлюється насамперед необхідністю дотримання основних засад податкового законодавства України.

Зокрема, відповідно до ст. 4 ПК України однією із засад податкового законодавства є рівність усіх платників перед законом і недопущення будь-яких проявів податкової дискримінації, яка полягає у необхідності забезпечення однакового підходу до всіх платників податків незалежно від соціальної, расової, національної, релігійної приналежності, форми власності юридичної особи, громадянства фізичної особи, місця походження капіталу [2].

Аналізуючи принципи податкового законодавства Р. Г. Браславський наводить класифікацію таких принципів за змістом із їх поділом на принципи установчого та регулятивного характеру. Автор зазначає, що установчі принципи мають на меті забезпечити належний та однаковий підхід до нормативного закріплення елементів і механізму сплати загальнообов'язкових платежів і спрямовані як на забезпечення алгоритмізації податково-процедурної діяльності з встановлення загальнообов'язкових платежів (податків і зборів), так і на забезпечення уніфікованих підходів до закріплення змістових (матеріальних) аспектів податків та зборів. Натомість, регулятивні принципи мають на меті забезпечити єдині підходи до алгоритмізації діяльності суб'єктів податкових відносин і повинні забезпечити належний рівень організації «живих» (об'єктивізованих у дійсних суспільних реаліях) відносин, які мають місце у сфері оподаткування. Принцип рівності усіх платників перед законом і недопущення будь-яких проявів податкової дискримінації автор відносить саме до регулятивних принципів [3, с. 14].

О. І. Баїк за результатом аналізу розуміння принципів податкового права, зокрема із посиланням на О. А. Музику-Стефанчук, зазначає, що принципи податкового права – це виражені в правових нормах та сформовані юридичною доктриною взаємопов'язані вихідні основи, керівні ідеї, що відображають основні напрями фінансової політики держави у сфері регулювання податкових відносин, а також фундаментальні засади, на яких має ґрунтуватися податкова система держави та система оподаткування загалом. Вказані принципи мають регулятивне призначення, оскільки впливають на процес реалізації та захисту податково-правових норм [4, с. 15].

М. В. Кармаліта вказує, що запорукою ефективного функціонування механізму правового регулювання відносин у сфері оподаткування є наявність своєрідних фільтрів як засобів протидії впливам незаконних інтересів і пропонує розглядати принципи податкового права як систему вихідних засад, які забезпечують баланс у процесі реалізації суб'єктами податкового права приватного та публічного інтересу. Крім цього авторка зазначає, зокрема із посиланням на Н. Шаптала, що принцип рівності в податкових правовідносинах ідейно випливає з положення ст. 24 Конституції України, відповідно до якої громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом, однак у контексті податково-правового регулювання доцільно вести мову не лише про рівність у правах, але і про рівність у обов'язках [5, с. 58–61].

Зазначимо, що ідея регулятивного характеру принципів податкового права обумовлюється ознакою релятивності принципів права загалом. У цьому відношенні варто навести позицію А. М. Колодія, який зазначає, що до найсуттєвіших ознак принципів права треба віднести, насамперед, їх регулятивність. Нормативно-регулятивний характер принципів права вбачається у тому, що принципи, зафіксовані у праві, набувають значення загальних правил поведінки, які мають загальнообов'язковий, владний характер. При цьому, такий характер стає притаманним як безпосередньо нормам-принципам, так і принципам, які виводяться з норм [6, с. 43].

Водночас, доцільно звернути увагу на таку характеристику принципу рівності у праві як рівність можливостей і результатів. Аналізуючи принцип рівності А. Чемодурова за результатом дослідження різних позицій узагальнює, що головними аспектами принципу рівності, які характеризують його зміст, є справедлива рівність можливостей та рівність результатів. Сутність поняття рівності можливостей полягає в забезпеченні кожному однакових умов для досягнення цілей. Також це виявляється в тому, що ніхто не має права перешкоджати іншим використовувати свої шанси для досягнення певної особистої мети. Ідея рівності результатів полягає у вимозі, згідно з якою процес розподілу благ повинен забезпечити однакові кінцеві умови для кожної особистості [7, с. 206].

Варто погодитись, що принципи права, у тому числі принципи податкового права, є вихідними керівними ідеями, які лежать в основі правового регулювання суспільних відносин. Таким чином, принцип рівності платників

податків і заборони дискримінації, який прямо закріплений у ПК України, повинен враховуватись при зміні існуючого та встановленні нового правового регулювання податкових правовідносин.

З урахуванням зазначеного вище доцільно стверджувати, що принцип рівності у податковому праві повинен враховувати не тільки рівність прав і обов'язків платників податків, але і рівність можливостей їх реалізації. Таким чином, при запровадженні податкових обов'язків і прав необхідно враховувати специфіку відповідних податкових правовідносин із метою забезпечення реальних можливостей реалізації їх суб'єктами обов'язків і прав.

Відповідна специфіка повинна бути врахована і при встановлені обов'язків і прав для нерезидентів як платників податку, які повинні самостійно їх реалізовувати. Специфіка правовідносин за участі нерезидентів полягає у тому, що такі суб'єкти можуть бути обмежені у можливості самостійної реалізації обов'язків і прав у такому ж порядку, як і платники податку – резиденти. Це обумовлюється серед іншого, можливою відсутністю представників нерезидента (філій, представництв, довірених осіб тощо) в Україні, мовними відмінностями, обмеженим доступом до українського законодавства тощо. У зв'язку з цим виникає необхідність встановлення таких механізмів реалізації нерезидентами обов'язків і прав, завдяки яким він міг би їх реалізовувати у тому ж обсязі і з можливістю досягнення тих же результатів, як і платник податку – резидент. У випадку неврахування такої специфіки суб'єктного складу правовідносин існує ризик недотримання засади рівності усіх платників перед законом і недопущення будь-яких проявів податкової дискримінації.

Іншим аспектом необхідності забезпечення належних можливостей платників ПДВ – нерезидентів реалізовувати податкові обов'язки і права є необхідність забезпечення належного податкового адміністрування і фіскальної ефективності.

Погоджуємось із К. П. Проскурою, яка визначає податкове адміністрування як нормативно регламентовану організаційно-розпорядчу діяльність повноважних державних органів у сфері управління процесами оподаткування, основною метою якої є забезпечення виконання вимог податкового законодавства учасниками податкових відносин [8, с. 165]. Досліджуючи питання ефективності податкового адміністрування авторка розмежовує вказану категорію із категорією фіскальної ефективності, вказуючи що в першому випадку йдеться про ефективність діяльності державних органів (органу), а у другому – про внутрішню властивість податкової системи (податку), яка адмініструється в конкретних суспільних умовах. Фіскальну ефективність авторка пропонує розуміти як здатність генерувати економічні ефекти, які полягають у забезпеченні належних (за обсягом) та своєчасних (у встановлені строки) надходжень податкових платежів при допустимих витратах на підтримку процесу адміністрування [8, с. 170].

М. І. Крупка, В. М. Кміть, Р. Ю. Паславська, аналізуючи стан, проблеми і перспективи системи адміністрування податків в Україні пропонують розглянути, серед іншого, такі напрями вдосконалення вітчизняної системи адміністрування податків: налагодження партнерських взаємовідносин між фіскальними органами та платниками податків, що ґрунтуються на якісно новій філософії розуміння місця громадянина в державі й у податковому адмініструванні, повазі до його прав та інтересів; удосконалення процедур обліку платників податків та обліку платежів податкового характеру й поліпшення обслуговування платників податків, підвищення податкової культури, податкової та службової дисциплін [9, с. 222–223].

Зважаючи на участь нерезидента у податкових правовідносинах як самостійного платника податків, реалізація податкових обов'язків і прав нерезидентами у такому ж самому порядку, який встановлений для резидентів, може бути ускладненою або взагалі неможливою. Тому такі критерії вдосконалення податкового адміністрування, направлені на забезпечення належної взаємодії і партнерських відносин між контролюючим органом і платником податків, набувають особливої актуальності при запровадженні і реалізації податкового адміністрування ПДВ, який повинен нараховуватися і сплачуватися нерезидентами.

При дослідженні питання належного адміністрування ПДВ, який справляється з нерезидентів, доцільно звернути увагу і на міжнародно визнані підходи. Зазначимо, що однією з основних міжнародних платформ, на базі якої здійснюється дослідження податкового адміністрування ПДВ, який справляється з нерезидентів, є Організація Економічного Співробітництва і Розвитку (далі – ОЕСР).

Одним із останніх комплексних документів ОЕСР з цього питання є «Міжнародні керівництва з ПДВ / податку на товари і послуги». У цьому документі вказується, що проведена ОЕСР та іншими міжнародними організаціями робота, а також досвід окремих країн свідчать про те, що в даний час найбільш ефективним та дієвим підходом для забезпечення належного стягнення ПДВ з транскордонних поставок між бізнесом і кінцевим споживачем є реєстрація нерезидента-постачальника та облік ним ПДВ у юрисдикції оподаткування (тобто, юрисдикції знаходження споживача). Запроваджуючи такий механізм, юрисдикціям рекомендується розглянути можливість встановлення спрощеного режиму реєстрації та дотримання податкових вимог, щоб полегшити належне виконання обов'язків постачальниками-нерезидентами. Вважається, що найбільш високий рівень дотримання нерезидентами податкових вимог у юрисдикції реєстрації буде досягатися, якщо відповідні податкові вимоги обмежені лише тим, що обов'язково потрібно для ефективного стягнення податку. Досвід роботи таких спрощених режимів засвідчив, що вони забезпечують практичний та відносно ефективний спосіб збереження податкових надходжень від постачання послуг та нематеріальних товарів нерезидентами на користь кінцевих споживачів, зменшуючи економічні викривлення та зберігаючи нейтральність між платниками податку нерезидентами та резидентами. З іншого боку такі режими дозволяють податковим органам охопити вагомі обсяги податкових надходжень, понісши при цьому порівняно обмежені витрати на податкове адміністрування [10, с. 71–72].

Серед основних заходів, які сприяють встановленню належного спрощеного режиму реєстрації та виконання податкових вимог для нерезидентів – платників ПДВ, зазначаються наступні: встановлення спрощених процедур реєстрації нерезидентів платниками податку, зокрема з використанням електронних сервісів; відсутність відшкодування податку, з можливістю збереження такої опції для нерезидентів, які зареєстровані у звичайному порядку; подання спрощеної податкової звітності; можливість сплати податків за допомогою електронних платіжних методів; використання спрощеного документообігу для обліку і стягнення податку (зокрема, з використанням електронного документообігу); відсутність або спрощені вимоги до податкових накладних; онлайн доступність інформації про реєстрацію і дотримання податкових вимог (зокрема, з викладенням інформації мовами країн, із якими країна має значні торгівельні обороти); можливість призначити представника для виконання окремих податкових обов'язків нерезидента; пропорційність запроваджених механізмів стягнення податку у співвідношенні з поставленими цілями (зокрема, відсутність непомірного адміністративного навантаження на нерезидентів) [10, с. 73–77].

Тобто, ОЕСР звертає увагу насамперед на необхідність запровадження належного податкового адміністрування ПДВ, який справляється з нерезидентів, завдяки запровадженню спрощеного режиму реєстрації та дотримання

податкових вимог. Водночас такий режим має сприяти і досягненню фіскальної ефективності, за якої обсяги податкових надходжень мають суттєво перевищувати витрати на адміністрування податку.

Отже, із наведеного дослідження слідує, що для сприяння належному виконанню нерезидентами податкових обов'язків у юрисдикціях їх реєстрації платниками податку для цілей стягнення ПДВ з операцій по постачанню послуг і нематеріальних товарів кінцевим споживачам важливо належним чином врахувати специфіку відносин за участі такого нерезидента у порівнянні з резидентами. Для цього доцільно запровадити спрощені процедури реєстрації таких нерезидентів платниками податку і виконання ними податкових обов'язків.

З урахуванням вказаного вище варто зазначити, що аналізуючи ПК України на предмет врахування специфіки статусу нерезидента при встановленні правового регулювання вбачається, що ПК України переважно враховує таку специфіку. Основним показником врахування такої специфіки є законодавче закріплення спрощеного порядку взаємодії платника податків – нерезидента і контролюючого органу порівняно із резидентами. Переважно така взаємодія здійснюється в електронній формі через спеціальне портальне рішення для користувачів нерезидентів.

Зокрема, відповідно до ст.ст. 58-1, 208-1 ПК України таке спеціальне портальне рішення повинно дозволити виконувати наступні обов'язки і реалізовувати права нерезидента в електронній формі: подання нерезидентом заяви про реєстрацію та отримання від контролюючого органу інформації про підтвердження реєстрації; подання нерезидентом повідомлення про зміни в облікових відомостях; подання нерезидентом заяви про анулювання реєстрації платником податку та отримання інформації від контролюючого органу про таке анулювання або відмову в анулюванні; подання нерезидентом спрощеної податкової декларації та уточнюючого розрахунку до неї; отримання від контролюючого органу запитів про надання узагальненої інформації про постачання на митній території України електронних послуг фізичним особам, про вартість поставлених послуг та терміни їх оплати, та надання нерезидентом відповідей на такі запити; отримання від контролюючого органу повідомлень про необхідність подання спрощеної податкової декларації та/або сплати податку, застосування штрафних (фінансових) санкцій за порушення вимог ПК України, за яке передбачена така відповідальність; подання нерезидентами скарг на такі повідомлення, надіслані контролюючим органом, та отримання рішень за результатами розгляду скарг [2].

Водночас, окремі положення ПК України сформульовано таким чином, що передбачають ризик порушення належного порядку взаємодії контролюючого органу та нерезидента – платника ПДВ.

Зокрема, відповідно до ПК України окремі документи та інформація надсилаються контролюючим органом нерезиденту – платнику ПДВ через спеціальне портальне рішення для користувачів нерезидентів з одночасним повідомленням на електронну адресу, зазначену таким нерезидентом при реєстрації платником податків. Такий порядок передбачений, серед іншого, для надсилання таких документів та інформації: рішення за скаргою на податкове повідомлення особі-нерезиденту, зареєстрованій платником ПДВ, яке надсилається відповідно до пп. 56.24.3 п. 56.24 ст. 56 ПК України; податкове повідомлення особі-нерезиденту, зареєстрованій як ПДВ вартість, яке надсилається відповідно до п. 58-1.2 ст. 58-1 ПК України; запити на надання узагальненої інформації, які надсилаються відповідно до п. 208-1.11 ст. 208-1 ПК України [2].

При цьому вказівка на необхідність надсилання повідомлення нерезиденту саме на електронну адресу, зазначену ним при реєстрації, є недоцільною, оскільки після реєстрації нерезидента платником податку його облікові відомості можуть змінюватись, зокрема і електронна адреса. У зв'язку з такою зміною адреси, нерезидент може мати обмежений доступ або взагалі не мати доступу до електронної адреси, яка була зазначена ним при реєстрації.

Такий підхід до правового регулювання, з одного боку, може спричинити ситуацію, за якої нерезидент у зв'язку зі зміною ним електронної адреси не буде обізнаний про надсилання йому контролюючим органом такого повідомлення. З іншого боку, такі положення ПК України зобов'язують контролюючий орган у будь-якому разі надсилати повідомлення на електронну адресу нерезидента, зазначену ним при реєстрації, навіть якщо у подальшому така адреса стане неактуальною. Для вирішення цієї неточності доцільно внести зміни до ПК України, згідно з якими передбачити, що відповідні повідомлення надсилаються на чинну електронну адресу нерезидента, зокрема у разі повідомлення нерезидентом контролюючому органу про зміну такої електронної адреси у встановленому ПК України порядку, повідомлення повинні надсилатися на таку останню повідомлену нерезидентом електронну адресу.

Крім цього, відповідно до п. 208-1.2 ст. 208-1 ПК України передбачено, що центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику, відмовляє в реєстрації нерезидента платником податку, якщо за результатами розгляду заяви про реєстрацію платником податку та/або поданих документів встановлено, що особа не відповідає вимогам, визначеним ПК України, або існують обставини, які є підставою для анулювання реєстрації, або якщо під час подання заяви не дотримано порядок, встановлений цим пунктом [2]. При цьому, у ПК України не визначено, у який спосіб має бути оформлене волевиявлення вказаного органу влади про відмову у реєстрації нерезидента платником податку, а також у який спосіб таке волевиявлення повинно бути доведене до нерезидента (наприклад, через спеціальне портальне рішення для користувачів-нерезидентів тощо). Це, у свою чергу, передбачає невизначеність у правовому регулюванні і допускає ризик порушення прав нерезидента. Для усунення цього недоліку доцільно передбачити, що відмова у реєстрації нерезидента платником податку оформлюється вмотивованим рішенням центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику, реквізити і електронна копія якого надсилаються нерезиденту на електронну адресу, вказану ним у заяві про реєстрацію платником податків.

Також проблематика полягає у недостатньому врегулюванні питання взаємодії нерезидента – платника ПДВ та контролюючого органу англійською мовою. Зокрема, у ПК України передбачено, що форма заяви про реєстрацію особи-нерезидента платником податку та форма внесення змін до облікових відомостей встановлюються державною та англійською мовами (п. 208-1.2 ст. 208-1 ПК України); спрощена податкова декларація, уточнюючий розрахунок до неї та скарга на податкове повідомлення особі-нерезиденту, зареєстрованій платником ПДВ, можуть подаватися державною або англійською мовою (п. 208-1.8 ст. 208-1, пп. 56.24.1 п. 56.24 ст. 56 ПК України); форма податкового повідомлення особі-нерезиденту і розрахунку грошового зобов'язання, рішення за скаргою на податкове повідомлення особі-нерезиденту встановлюються державною та англійською мовами (п. 58-1.3 ст. 58-1, пп. 56.24.3 п. 56.24 ст. 56 ПК України); офіційний переклад англійською мовою порядку електронної ідентифікації, порядку прийняття рішення про анулювання реєстрації як платника податку особи-нерезидента та рішення про відмову в анулюванні реєстрації як платника податку, особливостей складання та подання спрощеної податкової декларації та уточнюючого розрахунку розміщуються

на спеціальному портальному рішенні для користувачів нерезидентів (п. 208-1.2, 208-1.3, 208-1.8 ст. 208-1) [2].

Водночас, в ПК України прямо не передбачено, що: форма заяви про анулювання реєстрації нерезидента платником податку має бути встановлена англійською мовою; офіційний переклад англійською мовою ПК України (щонайменше в частині регулювання обов'язків і прав нерезидентів як платників податку), порядку розгляду скарги особи-нерезидента на податкове повідомлення особі-нерезиденту має бути розміщено на спеціальному портальному рішенні для користувачів нерезидентів. Для повноти правового регулювання і забезпечення прав нерезидента – платника ПДВ необхідно усунути вказані недоліки шляхом внесення змін до ПК України, якими передбачити необхідність встановлення форми заяви про анулювання реєстрації нерезидента платником податку англійською мовою та викладення офіційного перекладу англійською мовою щодо вказаних документів на спеціальному портальному рішенні для користувачів нерезидентів.

Також в ПК України не передбачені особливості порядку отримання нерезидентами – платниками ПДВ індивідуальних податкових консультацій (далі – **ІПК**). Зокрема, відповідно до п. 52.1, 52.3 ст. 52 ПК України передбачено, що звернення про отримання ІПК може подаватися платником податків, а ІПК може надаватися в електронній формі [2]. Водночас, порядок подання звернення на отримання ІПК і надання ІПК контролюючим органом не враховує специфіку для нерезидента – платника ПДВ, насамперед ПК України не передбачено можливості подавати таке звернення англійською мовою та обов'язок контролюючого органу надавати ІПК англійською мовою. Такий підхід до правового регулювання ставить у нерівне становище платників податку резидентів і нерезидентів, оскільки нерезидент для отримання ІПК може бути вимушений залучати додаткові ресурси (послуги українських представників, перекладачів тощо). Для виправлення такого становища доцільно прямо передбачити в ПК України можливість подання нерезидентом звернення на отримання ІПК англійською мовою через спеціальне портальне рішення для користувачів нерезидентів та обов'язок контролюючого органу надавати ІПК, рішення про продовження строку розгляду звернення на отримання ІПК та відповідь про невідповідність вимогам ПК України звернення на отримання ІПК англійською мовою через вказане спеціальне портальне рішення.

Висновки. Отже, належна взаємодія платника ПДВ – нерезидента і контролюючого органу може бути забезпечена лише у разі врахування специфіки статусу нерезидента порівняно з платником податку – резидентом при встановленні і реалізації правового регулювання відповідних податкових правовідносин. Необхідність врахування такої специфіки обумовлюється як необхідністю дотримання основних засад податкового законодавства, так і необхідністю забезпечення належного податкового адміністрування і фіскальної ефективності. Встановлено, що ПК України при встановленні правового регулювання справляння ПДВ з платника податку – нерезидента переважно враховує таку специфіку шляхом забезпечення можливості електронної взаємодії між платником податку і контролюючим органом через спеціальне портальне рішення. При цьому, чинне правове регулювання містить окремі недоліки як технічного, так і сутнісного характеру. Такі недоліки можуть бути усунені шляхом внесення змін до ПК України, які запропоновані у цій статті.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо скасування оподаткування доходів, отриманих нерезидентами у вигляді виплати за виробництво та/або розповсюдження реклами, та удосконалення порядку оподаткування податком на додану вартість операцій з постачання нерезидентами електронних послуг фізичним особам : Закон України № 1525-IX від 03.06.2021 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1525-20#Text (дата звернення: 29.06.2022).

2. Податковий кодекс України : Закон України від 02.12.2010 № 2755-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17 (дата звернення: 29.06.2022).

3. Браславський Р. Г. Принципи податкового права України : автореф. дис. … докт. юрид. наук: спец.: 12.00.07. Запоріжжя, 2019. 41 с.

4. Баїк О. І. Про системність принципів у податковому праві України. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки»*. 2016. № 845. С. 12–19.

5. Кармаліта М. В. Принципи податкового права як прояв балансу приватного та публічного інтересу. *Право та державне управління.* 2020. № 1, том 1. С. 56–62.

6. Колодій А. М. Принципи права: генеза, поняття, класифікація та реалізація. *Альманах права.* 2012. Вип. 3. С. 42–46.

7. Чемодурова А. Поняття та зміст принципу рівності у праві. *Підприємництво, господарство і право.* 2020. № 11. С. 204–207.

8. Проскура К. П. Податкове адміністрування в Україні в посткризовий період: ефективність та напрями модернізації : монографія. К. : ТОВ «Емкон», 2014. 376 с.

9. Крупка М. І., Кміть В. М., Паславська Р. Ю. Система адміністрування податків в Україні: стан, проблеми та перспективи. *Науковий вісник НЛТУ України*. 2016. Вип. 26.2. С. 217–224.

10. OECD (2017). International VAT/GST Guidelines. *OECD Publishing, Paris*. URL https://doi.org/10.1787/9789264271401-en (дата звернення: 29.06.2022).

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/60

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ПОДАТКОВИХ ОРГАНІВ У ПЕРІОД ВОЄННОГО СТАНУ

LEGAL REGULATION OF THE ACTIVITIES OF TAX AUTHORITIES DURING MARTIME

Мізіна І.В., к.н. з держ. упр., доцент,
доцент кафедри європейського та міжнародного права
Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара

Стаття присвячена аналізу основних законодавчих змін, внесених до податкового законодавства у період введення в Україні правового режиму воєнного стану. Теоретично обґрунтовано, що наслідки військової агресії Російської Федерації вже сьогодні суттєво гальмують економічний розвиток, який досить швидко сповільнюється через високу інфляцію, яка безпосередньо впливає на доходи. З'ясовано, яким чином наслідки військової агресії вплинуть як на економічний розвиток України, так і країн світу. Констатовано, що військові операції ніколи не проходили безболісно для бюджету конфліктуючих країн. Здійснено аналіз статистики зниження динаміки рівня ВВП на душу населення під час військових конфліктів у період з 1990 до 2016 років, а також прогнозів Міжнародного валютного фонду щодо темпів зростання ВВП внаслідок російської агресії проти України.

Констатовано, що у період дії правового режиму воєнного стану прийнято закони України, нормами яких зменшено податкове навантаження з метою урегулювання якнайшвидшої адаптації економіки країни до реалій воєнного стану, а також забезпечення її швидкого відновлення після війни (від 03.03.2022 № 2118-IX, від 14.03.2022 № 2120-IX, від 22.03.2022 № 2142-IX, від 12.05.2022 № 2260-IX). Серед найбільш глобальних норм доцільно виокремити: надання на період з 01.04.2022 до припинення/скасування воєнного стану права на використання спрощеної системи оподаткування підприємницької діяльності; право платників податків 1 та 2 групи не сплачувати єдиний податок; державний контроль (нагляд) та спостереження у сфері ціноутворення; передумови щодо звільнення платників податків від відповідальності за несвоєчасно виконані податкові зобов'язання. Обґрунтовано деякі законодавчі невідповідності при застосуванні зазначених вище норм. Розглянуто особливості проведення фактичних перевірок. Надано пропозиції щодо удосконалення даного напряму діяльності. Теоретично обґрунтовано, що часті зміни у правозастовчій практиці, окрім позитивних наслідків, спричиняють нові проблеми, так як багато норм суперечать одна одній, що негативно відображається як на стані регулювання відповідних суспільних відносин, так і дотриманні прав та інтересів осіб.

Ключові слова: Податковий кодекс України, закони України, правовий режим воєнного стану, податок, спрощена система оподаткування, інфляція, державний контроль, відповідальність.

The article is devoted to the analysis of the main legislative changes introduced to the tax legislation during the introduction of the martial law regime in Ukraine. It is theoretically substantiated that the consequences of the military aggression of the Russian Federation are already significantly hampering economic development, which is slowing down rather quickly due to high inflation, which directly affects incomes. It is clarified how the consequences of military aggression will affect the economic development of Ukraine and the world. It was stated that military operations have never been painless for the budgets of the conflicting countries. An analysis of statistics on the decline in GDP per capita during the military conflicts in the period from 1990 to 2016, as well as forecasts of the International Monetary Fund on GDP growth due to Russian aggression against Ukraine.

It is stated that during the martial law the laws of Ukraine were adopted, the norms of which reduced the tax burden in order to regulate the country's economy as soon as possible to the realities of martial law, as well as ensuring its rapid recovery after the war (from 03.03.2022 № 2118-IX, from 14.03.2022 № 2120-IX, from 22.03.2022 № 2142-IX, from 12.05.2022 № 2260-IX). Among the most global norms it is expedient to single out: granting the right to use the simplified system of business taxation for the period from 01.04.2022 until the termination/abolition of martial law; the right of taxpayers of groups 1 and 2 not to pay a single tax; state control (supervision) and supervision in the field of pricing; preconditions for exempting taxpayers from liability for late tax obligations. Some legislative inconsistencies in the application of the above rules are substantiated. Peculiarities of conducting actual inspections are considered. Suggestions for improving this area of activity are given. It is theoretically substantiated that frequent changes in law practice, in addition to positive consequences, cause new problems, as many norms contradict each other, which negatively affects the state of regulation of public relations and respect for the rights and interests of individuals.

Key words: Tax Code of Ukraine, laws of Ukraine, martial law, tax, simplified taxation system, inflation, state control, responsibility.

Постановка проблеми. У зв'язку з військовою агресією Російської Федерації проти України 24 лютого 2022 року Указом Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» № 64/2022, затвердженим Законом України № 2102-IX [1], в Україні введено правовий режим воєнного стану. Усі війни – це в першу чергу війни у сфері економіки як країни, так і світової економіки. Військові операції ніколи не проходили безболісно для бюджету конфліктуючих країн. Це, як правило, обумовлено тим, що з початком збройного протистояння суттєво збільшуються видатки на безпеку та оборону, ремонт та відбудову зруйнованої інфраструктури. На думку британського професора Пол Кольєра: «…орієнтовна вартість війни становить 2,2 % ВВП щорічно через ефект економічного зростання. Якщо війна триває близько 7 років, то наприкінці війни економіка буде на 15 % нижче довоєнного показника» [2]. Аналіз переважної більшості військових конфліктів у період з 1990 до 2016 років також свідчить про зниження динаміки рівня ВВП на душу населення від 0,5 % до 64,3 %. Для прикладу, наведемо зміни ВВП на душу населення в деяких збройних конфліктах з початку до кінця збройного протистояння: Ірак (2003) – до 691$, після – 637$; Лівія (2011) – до 13 400$, після – 6650$; Грузія – до 2900$, після – 2446$; Україна (2014–2015) – до 4030$, після – 2115$ [3].

За прогнозами МВФ, цього року українська економіка скоротиться на 35 %. «За оцінками Організації економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР), внаслідок російської агресії проти України зростання світового ВВП скоротиться на 1 %, що еквівалентно приблизно $1 трлн. За оцінками Fitch очікування за темпами зростання ВВП країн єврозони погіршилися з 4,5 % до 3 %, у США – з 3,7 % до 3,5 %, у Великобританії – з 5 % до 3,8 %» [4]. У разі, якщо бойові дії затягнуться, зниження світового ВВП продовжиться.

Як бачимо, наслідки військової агресії Російської Федерації вже сьогодні суттєво гальмують економічний розвиток, який досить швидко сповільнюється через високу інфляцію, яка безпосередньо впливає на доходи. Крім того, відчувається вплив глобальних перебоїв у постачанні енергоносіїв, продовольства та сировини» [5]. Рівень інфляції у економічно розвинених кра-

їнах може зрости до 5,7 %, а в країнах, що розвиваються до 8,7 %. Суттєве підвищення інфляції разом із іншими факторами може посилити бідність. Для боротьби з інфляцією як правило підвищуються відсоткові ставки, що, як наслідок, гальмує економічний розвиток.

Визначення шляхів удосконалення правового регулювання податкової системи в умовах правового режиму воєнного стану вимагає, у першу чергу, дослідження основних змін, внесених до податкового законодавства у період з 24 лютого 2022 року.

Аналіз останніх досліджень. Теоретичні засади та практичні аспекти розвитку податкової системи досліджували такі науковці як В. Андрущенко, В. Баранова, Ю. Іванов, П. Мельник, О. Підхомний, С. Рибак, А. Соколовська, В. Федосов та інші. Разом з тим, питання щодо правового регулювання податкового законодавства в умовах воєнного стану залишилося поза увагою, а тому потребує додаткового розгляду.

Мета статті – проаналізувати основні законодавчі зміни, внесені до податкового законодавства у період введення в Україні правового режиму воєнного стану, визначити проблемні питання, а також з'ясувати, яким чином наслідки військової агресії вплинуть на економічний розвиток країни.

Результати дослідження. Економія під час воєнного стану відбувається як на державному рівні, так і на рівні рядових громадян, як наслідок – підвищення податків та девальвація валюти. З метою врегулювання дії деяких норм Податкового кодексу України, законів, нормативно-правових актів, контроль за дотриманням яких покладено на контролюючі органи у період дії правового режиму воєнного стану, Верховною Радою України прийнято декілька законів України, нормами яких зменшено податкове навантаження з метою урегулювання якнайшвидшої адаптації економіки країни до реалій воєнного стану, а також забезпечення її швидкого відновлення після війни.

Так, зокрема, 07 березня 2022 року набув чинності Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей оподаткування та подання звітності у період дії воєнного стану» від 03.03.2022 № 2118-IX (ЗУ-2118-IX) [6]. Даним документом передбачено: зупинення перебігу строків, передбачених податковим та іншим законодавством, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи; мораторій на податкові перевірки; звільнення від відповідальності за порушення податкового законодавства у період воєнного стану.

Разом з тим, вже 17 березня 2022 року набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо норм на період дії воєнного стану» від 14.03.2022 № 2120-IX [7], яким регламентовано: дозвіл на проведення камеральних перевірок у разі бюджетного відшкодування ПДВ та фактичних перевірок; право платників податків 1 та 2 групи не сплачувати єдиний податок; можливість переходу платників податків на систему сплати єдиного податку 3 групи зі ставкою 2 %; податкові пільги для благодійників; правила формування податкового кредиту та реєстрації податкових накладних під час дії воєнного стану.

Найбільш глобальною новелою, на наш погляд, є рішення про надання на період з 01.04.2022 до припинення/скасування воєнного стану права на використання спрощеної системи оподаткування підприємницької діяльності (фізичним особам-підприємцям та юридичним особам) з оборот до 10 млрд грн. Тобто ставка єдиного податку становитиме 2 % від обороту без ПДВ, а не 3 % з ПДВ чи 5 % без ПДВ [7]. Разом з тим, автоматичного переходу на вказану модель «спрощеної системи» не передбачено. Крім того, Кабінету Міністрів України надано право щодо визначення особливостей нарахування та сплати єдиного податку. Як бачимо, деякі питання щодо запропонованої моделі «спрощеної системи» потребують додаткового врегулювання. Також прийнято рішення щодо відновлення проведення фактичних перевірок, а також камеральних перевірок декларацій або уточнення розрахунків до них (було накладено мораторій ЗУ-2118-IX), на які подано заяву про повернення суми бюджетного відшкодування ПДВ, так як даний вид перевірок фактично розблокує здійснення бюджетного відшкодування ПДВ, тому що без результатів таких перевірок одержати його було неможливо. На період воєнного стану також зменшено податки на пальне та товари для оборони (звільнено від оподаткування акцизним збором, ставку ПДВ зменшено до 7 %) та розширено податкові пільги при наданні благодійної допомоги.

05 квітня 2022 року набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства на період воєнного стану» від 22.03.2022 № 2142-IX [8], яким передбачено: звільнення імпорту від мита та ПДВ товарів, які ввозяться підприємствами, а також звільнення від митних платежів транспортних засобів, які ввозяться громадянами, окрім товарів, які мають походження з держави-агресора; за рішенням Кабінету Міністрів України дозвіл протягом періоду воєнного стану ввозити окремі категорії товарів без надання митникам дозвільних документів; призупинення реєстрації платником ПДВ, для нових платників єдиного податку на час воєнного стану, замість анулювання; продовження з трьох до шести місяців терміну, протягом якого після війни необхідно подати звітність, яка не була подана; звільнення від ПДВ операції з ввезення товарів «спрощенцями» 1–3 груп; звільнення від сплати податку на житлову нерухомість, розташовану на територіях бойових дій за 2021 та 2022 роки.

16 квітня набув чинності Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо адміністрування окремих податків у період воєнного, надзвичайного стану» від 01.04.2022 № 2173-IX, яким доповнено п. 69 підрозділу 10 розділу XX «Перехідні положення» Податкового кодексу України новим пп. 69.27, яким передбачено, що «…на період до припинення або скасування воєнного стану в Україні, податкові органи здійснюють державний контроль (нагляд) та спостереження у сфері ціноутворення відповідно до Закону України «Про ціни і ціноутворення» з урахуванням особливостей, встановлених цим пунктом» [9].

27 травня 2022 року набув чинності Закон України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо особливостей податкового адміністрування податків, зборів та єдиного внеску під час дії воєнного, надзвичайного стану» від 12.05.2022 № 2260-IX [10], яким внесено наступні зміни до Податкового кодексу України: відновлено податковий обов'язок платників податків, у яких є можливість виконувати свої податкові обов'язки, в частині дотримання термінів реєстрації податкових накладних та розрахунків коригування в Єдиному реєстрі податкових накладних, подання податкової звітності, сплати податків; відновлено камеральні, фактичні та документальні позапланові перевірки податкової звітності; відновлено відшкодування сум податку на додану вартість з бюджету. Також встановлено особливості щодо звільнення від відповідальності за несвоєчасно виконані податкові зобов'язання платників податків щодо подання звітності, сплати податків і зборів, реєстрації податкових та акцизних накладних. Визначено категорії платників податків [10].

Зазначеним законом також внесено зміни до Закону України «Про деякі питання ввезення на митну територію України та проведення першої державної реєстрації транспортних засобів» від 06.07.2005 № 2739-IV [11].

Так, статтею 3-3 передбачено, що до 31.12.2022 включно митне оформлення для вільного обігу та перша державна реєстрація транспортних засобів в Україні під товарними кодами 8702, 8704 та 8705, згідно з УКТ ЗЕД, як вироблених в Україні, так і тих, що ввозяться на митну територію України, здійснюються за умови їх відповідності екологічним нормам не нижчим за рівень «ЄВРО-3» (передбачалося попередньо «ЄВРО-4»), а також за умови, що такі транспортні засоби ввозяться на митну територію України юридичними особами для власного користування і не можуть бути відчужені такими особами протягом 1095 днів з дати їхньої першої державної реєстрації в Україні [10]. Варто звернути увагу на те, що дане положення не застосовується до імпорту в Україну товарів, які мають походження з країни, визнаної державою-окупантом або державою-агресором або ввозяться з території держави-окупанта (агресора) та/або з окупованої території України.

Окрім чинних законів України, з метою надання пільг для бізнесу та врегулювання окремих питань, розроблено ряд законопроєктів (№№ 7234, 7232, 7233, 7137, 7150, 7158, 7177, 7216, 7219, 7249, 7254, 7274), які наразі перебувають на розгляді. Разом з тим, незважаючи на те, що за такий короткий період часу проведено суттєву роботу у напрямі врегулювання окремих норм податкового законодавства в умовах правового режиму воєнного стану, мають місце і проблемні питання. Так, у період з 24.02.2022 по 31.05.2022 податкові органи отримали понад 450 скарг, що стосуються проведення розрахунків, ліцензування, роздрібної торгівлі підакцизними товарами та оформлення трудових відносин.

Законом України 2118-IX передбачено звільнення від відповідальності за порушення податкового законодавства у період воєнного стану. Разом з тим, у разі, якщо порушення законодавства будуть виявлені саме за результатами податкових перевірок, проведення яких дозволено Законом України 2120-IX під час воєнного стану, штрафні санкції нараховуватимуться у загальному порядку. Тобто закон 2120-IX скасував мораторій на проведення фактичних перевірок представників бізнесу, що продають товари першої необхідності. Зазначимо, що фактична перевірка проводиться на підставі хоча б однієї з причин: отримання інформації, що свідчить про необґрунтоване завищення цін на ті чи інші товари; отримання інформації щодо неможливості розрахуватися за товар чи послугу карткою; отримання письмового звернення покупця про завищені ціни або неможливість розрахуватися карткою [7]. Зазначимо, що податкові інспектори не попереджають про фактичні перевірки, вони не можуть перевищувати 10 діб, але керівництво ДПС може подовжити її строк не більш як на 5 діб.

Висновок. Підсумовуючи, зазначимо, що процес становлення і розвитку податкового законодавства в Україні завжди був складним, суперечливим, інколи непослідовним. Введення воєнного стану не тільки суттєво ускладнило цей процес, але й вимагає негайного зменшення податкового навантаження як з метою урегулювання якнайшвидшої адаптації економіки країни до реалій воєнного стану, так і забезпечення її швидкого відновлення у подальшому. Лише упродовж трьох місяців прийнято п'ять законів України, якими внесено зміни до Податкового кодексу України, деяких законів України, на розгляді перебуває 12 законопроєктів. Разом з тим, як показує практика правозастосування, часті зміни, окрім позитивних наслідків, спричиняють нові проблеми, так як багато норм суперечать одна одній, що негативно відображається як на стані регулювання відповідних суспільних відносин, так і дотриманні прав та інтересів осіб. І, як наслідок, це призводить в окремих випадках не до спрощення, а ускладнення діяльності податкових органів, негативно позначається на діяльності суб'єктів підприємництва.

Перспективи подальших наукових розвідок, на наш погляд, полягають у подальшому науковому дослідженні питань, що стосуються удосконалення податкового законодавства в умовах воєнного стану.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 24 лютого 2022 року № 64/2022 / *Верховна Рада України*. URL: htth://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text (дата звернення: 08.06.2022).
2. Як військові конфлікти впливають на економіку. Київ. 2022. URL: htth://mind.ua/openmind/20173685-yak-vijskovi-konflikti-vplivayut-na-ekonomiku (дата звернення: 10.06.2022).
3. Зміни ВВП на душу населення в деяких збройних конфліктах: статистичні відомості. Київ. 2022. URL: htth://www.be5.biz/makroekonomika/ebook.html (дата звернення: 09.06.2022).
4. Вплив агресії: що чекає світову економіку із-за війни Російської Федерації та України. Київ. 2022. URL: htth://gmk.center/posts/vliyanie-agressii-chto-zhdet-mirovuju-ekonomiku-iz-za-vojny-rf-i-ukrainy (дата звернення: 08.06.2022).
5. Події в Україні не тільки гальмують світову економіку, а й переорієнтовують її – огляд аналітиків. Одеса. 2022. URL: htth://nv.ua/ukr/world/geopolitics/viyna-v-ukrajini-galmuye-svitovu-ekonomiku-shcho-vidbuvayetsya-u-sviti-ostanni-novini-50235983 (дата звернення: 12.06.2022).
6. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо особливостей оподаткування та подання звітності у період дії воєнного стану : Закон України від 03 березня 2022 року № 2118-IX / *Верховна Рада України*. URL: htth://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2118-20#Text (дата звернення: 10.06.2022).
7. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо норм на період дії воєнного стану : Закон України від 14 березня 2022 року № 2120-IX / *Верховна Рада України*. URL: htth:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/2120-20#Text (дата звернення: 13.06.2022).
8. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо вдосконалення законодавства на період воєнного стану : Закон України від 22 березня 2022 року № 2142-IX / *Верховна Рада України*. URL: htth:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/2142-20#Text (дата звернення: 14.06.2022).
9. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законодавчих актів України щодо адміністрування окремих податків у період воєнного, надзвичайного стану : Закон України від 01 квітня 2022 року № 2173-IX / *Верховна Рада України*. URL: htth://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2173-20#Text (дата звернення: 13.06.2022).
10. Про внесення змін до Податкового кодексу України та інших законів України щодо особливостей податкового адміністрування податків, зборів та єдиного внеску під час дії воєнного, надзвичайного стану : Закон України від 12 травня 2022 року № 2260-IX / *Верховна Рада України*. URL: htth://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2260-20#Text (дата звернення: 08.06.2022).
11. Про деякі питання ввезення на митну територію України та проведення першої державної реєстрації транспортних засобів : Закон України від 06 липня 2005 року № 2739-IV (у редакції від 27.05.2022) / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2739-15#Text (дата звернення: 14.06.2022).

УДК 342
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/61

ВІД ФІНАНСОВОГО ПРАВА ДО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПУБЛІЧНИХ ФІНАНСІВ (НАЦІОНАЛЬНИЙ, ЗАРУБІЖНИЙ ТА МІЖНАРОДНИЙ АСПЕКТ)

FROM FINANCIAL LAW TO LEGAL FRAMEWORKS OF PUBLIC FINANCES (NATIONAL, FOREIGN AND INTERNATIONAL ASPECTS)

Музика-Стефанчук О.А., д. ю. н., професор,
завідувач кафедри фінансового права
Науково-навчальний інститут права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
провідний науковий співробітник
Науково-дослідний інститут інтелектуальної власності
Національної академії правових наук України

Доктринальні положення будь-якої галузі права потребують опрацювань, перегляду, оновлення. Фінансове право не є виключенням, з огляду хоча б на чималі зміни в законодавстві, на виникнення нових суб'єктів, нових фінансових інструментів тощо.

Мета статті полягає власне у перегляді деяких доктринальних фінансово-правових положень, враховуючи національний, зарубіжний та міжнародний досвід.

Поєднання публічних фінансів та публічного фінансового інтересу розкривається у межах публічної фінансової діяльності та її правового регулювання. Стверджується, що фінансове право – це сукупність правових норм, що регулюють суспільні відносини, які виникають у процесі публічної фінансової діяльності, а також фінансової діяльності інших суб'єктів, на яких державою покладені завдання з реалізації публічних фінансових інтересів.

Розглядаються доктринальні погляди на стосовно того, а що саме являє собою фінансове право, яким терміном коректніше оперувати «фінансове право» чи «публічні фінанси». Аргументовано, що коли говоримо про традиційний для української правничої школи підхід (здебільшого він є успадкованим від радянської науки фінансового права), то звичним поняттям є власне «фінансове право».

У зарубіжній юридичній науці зустрічаються інші назви, пов'язані із фінансово-правовим регулюванням, із публічними фінансами тощо. І загалом саме другий підхід поступово, повільно знаходить свій прояв у фінансовому праві України як навчальній дисципліні. Йдеться власне про поєднання фінансового права та публічних фінансів.

Наголошується на необхідності перегляду системи фінансового права як навчальної дисципліни.

Розглядається вплив політики на фінансові відносин. Такий вплив виявився у формуванні нових фінансових правовідносин, а саме – у сфері політичних фінансів. Окрема увага приділяється фінансовим правовідносинам у сфері публічно-приватного партнерства, публічних закупівель.

Ключові слова: фінансове право, публічні фінанси, публічно-приватне партнерство, публічні закупівлі, правове регулювання, публічні кошти, бюджет, податки, банк.

Doctrinal provisions of any branch of law need to be worked out, revised, updated. Financial law is no exception, given at least significant changes in legislation, the emergence of new entities, new financial instruments etc.

The purpose of the article is to review some doctrinal financial and legal provisions, taking into account national, foreign and international experience.

The combination of public finance and public financial interest is revealed within the framework of public financial activity and its legal regulation. It is argued that financial law is a set of legal norms governing public relations that arise in the process of public financial activities, as well as the financial activities of other entities on which the state is tasked to implement public financial interests.

Doctrinal views are considered on what exactly is financial law, which term is more correct – financial law or public finance. It is argued that when we talk about the traditional approach for the Ukrainian law school (mostly it is inherited from the Soviet science of financial law), the usual concept is «financial law».

There are other names related to financial and legal regulation, public finance, etc. In foreign legal science. In general, the second approach is gradually, slowly finding its manifestation in the financial law of Ukraine as a study discipline. It is actually a combination of financial law and public finance.

Emphasis is placed on the necessity to review the system of financial law as a study discipline.

The impact of policy on financial relations is considered. Such influence was manifested in the formation of new financial relations, namely in the field of political finance. Particular attention is paid to financial relations in the field of public-private partnership, public procurement etc.

Key words: financial law, public finance, public-private partnership, public procurement, legal regulation, public funds, budget, taxes, bank.

Доктринальні положення будь-якої галузі права так чи інакше потребують опрацювань, перегляду, оновлення. Фінансове право не є виключенням, з огляду хоча б на чималі зміни в законодавстві, на виникнення нових суб'єктів, нових фінансових інструментів тощо.

Мета нашої статті полягає власне у перегляді деяких доктринальних фінансово-правових положень, враховуючи національний, зарубіжний та міжнародний досвід.

Держава потребує коштів для того, щоб була фінансова можливість реалізації соціальних прав та державних соціальних гарантій громадян, визначених Конституцією України; щоб органи державної влади та органи місцевого самоврядування могли належним чином виконувати покладені на них завдання. Також функціонування органів публічної влади без наявності фінансових та матеріальних ресурсів є неможливим. Природньо, що акумулювання, розподіл та використання фінансових ресурсів у сучасній демократичній здійснюється у правовому полі. Йдеться власне про обіг ресурсів, пов'язаних із публічним фінансовим інтересом. Тут можна вести мову про правове регулювання відносин у сфері публічних фінансів. Там, де присутній публічний фінансовий інтерес, правове регулювання відповідних відносин здійснюється в імперативному порядку, де такий інтерес відсутній – у диспозитивному порядку.

Поєднання публічних фінансів та публічного фінансового інтересу яскраво розкривається у межах публічної фінансової діяльності та її правового регулювання. Можна стверджувати, що сукупність правових норм, що регулюють суспільні відносини, які виникають у процесі публічної фінансової діяльності, а також фінансової діяльності інших суб'єктів, на яких державою покладені завдання

з реалізації публічних фінансових інтересів, охоплюється **поняттям «фінансове право»**.

Вчені можуть по-різному можуть визначати фінансове право, а саме: як самостійну галузь права, галузь законодавства, комплексну галузь права чи комплексне законодавство. Загалом, такі дискусії породжуються внаслідок глибшого занурення в теорію права країн, що належать до різних правових систем. Очевидно, що для юриста передусім має значення правозастосовна діяльність, правильність застосування норм матеріального та процесуального законодавства. З огляду на це, важливо чітко розуміти, що являє собою конкретне галузеве законодавство, які відносини регулюються його нормами.

Варто зазначити, що в юридичній науці тривають дискусії стосовно того, а що саме являє собою фінансове право, яким терміном коректніше оперувати «фінансове право» чи «публічні фінанси». Коли говоримо про традиційний для української правничої школи підхід (здебільшого він є успадкованим від радянської науки фінансового права), то звичним поняттям є власне «фінансове право».

Відмітимо, що зарубіжні автори ще XX ст. використовували у своїх роботах терміни «публічні фінанси», «публічні фонди», «публічні видатки», «публічні доходи», які у радянській літературі перекладалися як «державні фінанси», «державні фонди», «державні видатки», «державні доходи» заради відповідності термінології, що використовувалася в радянському фінансовому праві. У ті часи все «публічне» фактично стало ототожнюватися з «державним», внаслідок чого термін «державне» повністю замінив собою термін «публічне». Прикладом такої трансформації термінів при їх перекладі є робота відомого класика фінансового права – французького вченого П.-М. Годме, яка мовою оригіналу має назву «Finances publiques, politique financière, budget et trésor» (при дослівному перекладі – «Публічні фінанси, фінансова політика, бюджет і казначейство»). Ця праця вийшла друком також в перекладі російською мовою у видавництві «Прогрес» у 1978 р. під назвою «Фінансове право». І цю роботу досі рекомендують у курсі фінансового права у багатьох вітчизняних закладах вищої освіти саме у перекладеному, адаптованому до радянських правових конструкцій варіанті. Нині варто з особливою увагою ставитись до перекладів юридичної літератури.

Якщо звернутися до зарубіжної юридичної науки, то можна зустріти інші назви, пов'язані із фінансово-правовим регулюванням, із публічними фінансами тощо. І загалом саме другий підхід поступово, повільно знаходить свій прояв у фінансовому праві України як навчальній дисципліні. Йдеться власне про поєднання фінансового права та публічних фінансів.

Так, у Навчально-науковому інституті права Київського національного університету імені Тараса Шевченка для здобувачів вищої освіти першого (бакалаврського) рівня на другому та четвертому курсах пропонуються навчальні дисципліни «Фінансове право» та «Правове регулювання публічних фінансів». Друга дисципліна передбачає поглиблене вивчення новітніх фінансових правовідносин з урахуванням, зокрема, європейських підходів до їх регулювання. У Міжрегіональній академії управління персоналом студентам пропонується одна навчальна дисципліна «Фінансове право (публічні фінанси)» (програма дисципліни спирається на типову для вітчизняних вузів систему фінансового права); у Міжнародному гуманітарному університеті для здобувачів вищої освіти другого (магістерського) рівня пропонується навчальна дисципліна «Адміністрування публічних фінансів», яка також здебільшого йде за програмою фінансового права.

На факультетах економічного спрямування та публічного управління пропонуються для вивчення навчальні дисципліни на кшталт «Публічні фінанси», «Теорія публічних фінансів», «Управління публічними фінансами», «Публічне адміністрування у сфері фінансів» тощо.

Якщо звертатися до зарубіжної літератури, то слід вкрай обережно її використовувати, зважаючи на вітчизняне фінансово-правове регулювання. Наприклад, зарубіжні вчені Марк Вільямс, Лу Гаїті, Онг Чін-Аун підготували фундаментальну працю, що має назву «Охоронне фінансове право в Китаї та Гонконгу» («Secured Finance Law in China and Hong Kong» [1]). Виходячи з назви роботи, можна припустити, що в ній розглядаються особливості фінансово-контрольних правовідносин, охорона та захист прав суб'єктів фінансових правовідносин. Водночас, ознайомлення зі змістом цієї праці дає уявлення про зовсім інше розуміння фінансового права, оскільки вчені розглядають існуючі системи кредитування під забезпечення в Китаї та Гонконгу, де компанії або приватні особи пропонують індивідуальну нерухомість як забезпечення кредиту. В Україні подібні питання регулюються здебільшого нормами приватноправового характеру. Термінологічні розбіжності зустрічаються й в інших назвах, в інших працях.

Очевидно, що вже давно назріла потреба перегляду системи фінансового права як навчальної дисципліни. І потрібно розширювати вивчення фінансово-правових відносин, відходити від застарілих бачень та спираючись на публічне фінансово-правове регулювання.

Відмітимо, що українське законодавство не дає визначення поняття «публічні фінанси», натомість у Законі України «Про відкритість використання публічних коштів» від 11 лютого 2015 р. [2] є визначення іншого поняття – «публічні кошти» – це кошти державного бюджету (крім таємних видатків), бюджету Автономної Республіки Крим та місцевих бюджетів, кредитні ресурси, надані під державні та місцеві гарантії, кошти Національного банку України, державних банків, державних цільових фондів, Пенсійного фонду України, фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, а також кошти суб'єктів господарювання державної і комунальної власності, отримані ними від їхньої господарської діяльності. Інформація саме про такі кошти оприлюднюється на Єдиному веб-порталі використання публічних коштів, що є офіційним державним інформаційним ресурсом у мережі Інтернет. Відповідно до розпорядження Кабінету Міністрів України від 14 вересня 2015 р. № 911-р «Деякі питання створення і функціонування єдиного веб-порталу використання публічних коштів» створено державну установу «Відкриті публічні фінанси», що належить до сфери управління Міністерства фінансів України та забезпечує адміністрування єдиного веб-порталу використання публічних коштів. Про публічні фінанси згадується також у Стратегії реформування системи управління державними фінансами на 2022–2025 роки, схваленій розпорядженням Кабінету Міністрів України від 29 грудня 2021 р. № 1805-р [3].

З метою порівняння наведемо Закон Польщі «Про публічні фінанси» (Ustawa o finansach publicznych) від 27 серпня 2009 р. з подальшими змінами. У ст. 3 цього Закону зазначається, що публічні фінанси охоплюють процеси, пов'язані зі збором державних коштів та їх розподілом, зокрема: 1) стягнення доходів і публічних надходжень; 2) витрачання публічних коштів; 3) фінансування запозичень державного бюджету; 4) прийняття зобов'язань за публічними коштами; 5) управління публічними коштами; 6) управління публічним боргом; 7) розрахунки з бюджетом Європейського Союзу.

Отже, публічні кошти – це певні ресурси, а публічні фінанси – це і ресурси, і відносини. Тобто публічні фінанси охоплюють, зокрема, публічні кошти. Фінансове право має справу саме із публічними фінансами (у їх найширшому розумінні).

Предметом галузі фінансового права є суспільні відносини, що виникають, змінюються, припиняються

у сфері публічної фінансової діяльності, а також фінансової діяльності інших суб'єктів, на яких державою покладені завдання з реалізації публічних фінансових інтересів. Коли говоримо про саме такі суспільні відносини, то слід чітко розуміти, що вони пов'язані із процесом формування, розподілу та використання коштів публічних грошових фондів як державних, так і недержавних. Кошти цих фондів спрямовуються на вирішення різного роду публічних завдань. Сучасне визначення предмета фінансового права через публічні фінанси та публічну фінансову діяльність дозволяє повною мірою охопити сучасні фінансові відносини.

Доволі часто предмет фінансового права визначається як суспільні відносини у сфері публічної фінансової діяльності. Водночас таке розуміння фінансового права є усіченим і вкотре повторимось – архаїчним. При вивченні фінансового права, слід чітко розуміти розвиток фінансових відносин, трансформації та інновації у цих відносинах. Не варто беззаперечно використовувати постулати, запропоновані у різних підручниках з фінансового права, які інколи переписуються роками без внесення будь-яких змін по структурі навчальної дисципліни. Якщо йти таким ненауковим шляхом, то це призведе до занепаду відповідної навчальної дисципліни, яка вже подекуди відстає від практичної діяльності. З огляду на це, міркуючи про предмет фінансового права, варто відштовхуватись від сучасних економічних, політичних, глобалізаційних, євроінтеграційних реалій.

Нині суспільні відносини, які становлять предмет фінансового права, досить різноманітні. Вони пов'язані, зокрема із: акумулюванням, розподілом та використанням коштів публічних грошових фондів; контролем за рухом коштів публічних грошових фондів; державним контролем за приватними фінансами; обов'язковим аудитом; емісією грошей; здійсненням державних і місцевих запозичень; міжбюджетними відносинами; фінансуванням публічних видатків; фінансуванням публічних потреб за рахунок небюджетних коштів; гарантуванням вкладів фізичних осіб; публічними закупівлями; публічно-приватним партнерством; фінансовими інструментами; фінансовими технологіями; міжнародними фінансами тощо. При всьому різноманітті фінансових правовідносин, предмет фінансового права доволі часто обмежують бюджетними, податковими та банківськими правовідносинами.

У тих відносинах, які складають предмет фінансового права, виявляється владно-організаційна роль держави в розподілі та перерозподілі внутрішнього валового продукту і національного доходу, оскільки ці відносини мають владно-майновий, грошовий характер. Також неможна ігнорувати особливості розглядуваних правовідносин, оскільки вони формуються та розвиваються під впливом економічних та політичних процесів, тому в них поєднуються певні ознаки, притаманні таким процесам й відповідним відносинам. Йдеться про опосередкування обігу (руху) коштів, зміну власника таких коштів, забезпечення соціальної стабільності і цілісності суспільства, зумовленість культурним рівнем суспільства (існує навіть таке явище, як фінансова культура та фінансова грамотність), безперебійне функціонування державного апарату, вплив на функціонування цілісної структури політичної системи, втілення та використання у правозастосовній діяльності актів управління (у контексті цього виникає потреба у формуванні цілісної концепції управління публічними фінансами).

Вплив політики на фінансові відносин виявився у формуванні своєрідного пласту фінансових правовідносин, а саме – у сфері політичних фінансів (фінансування політичних партій, їх фінансова звітність тощо). Варто згадати Закон України «Про політичні партії в Україні» від 5 квітня 2001 р. [4], ст. 14 якого передбачає, що однією із форм надання матеріальної та фінансової підтримки політичним партіям є державне фінансування статутної діяльності політичних партій у визначеному порядку. У Законі також є окремий Розділ IV^{-1} «Державне фінансування політичних партій».

Відносини у сфері публічно-приватного партнерства також належать до предмета фінансово-правового регулювання. У цьому контексті варто згадати Закон України «Про державно-приватне партнерство» від 1 липня 2010 р. [5], ст. 9 якого передбачає, що фінансування державно-приватного партнерства може здійснюватися за рахунок: фінансових ресурсів приватного партнера; фінансових ресурсів, запозичених в установленому порядку; коштів державного та місцевих бюджетів; інших джерел, не заборонених законодавством. Там, де є бюджетні кошти, там діють норми бюджетного, тобто фінансового права.

З розвитком ринку публічних закупівель, відносини у цій галузі також потрапили під фінансово-правове регулювання. Законом України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 р. [6] регулюються питання здійснення закупівель за бюджетні кошти.

Коли говоримо про фінансуванням публічних потреб за рахунок небюджетних коштів у контексті фінансово-правового регулювання, то маємо на увазі залучення коштів від міжнародних організацій, зарубіжних країн. Особливо яскраво це виявляється під час війни, пандемії тощо.

У предметі фінансового права також з'явилися відносини у сфері сталого фінансування. Йдеться, зокрема про політику НБУ щодо розвитку сталого фінансування на період до 2025 р. [7]. Документ було розроблено у співпраці з Міжнародною фінансовою корпорацією (IFC) та презентовано у листопаді 2021 р. У ньому викладено детальний опис задач та нового інструментарію для наближення діяльності українських фінансових установ до кращих світових стандартів інтеграції екологічних, соціальних та управлінських критеріїв (ESG) у фінансові послуги. Стале фінансування визначається як інтеграція екологічних, соціальних та управлінських критеріїв (ESG) у фінансові послуги для досягнення результатів сталого розвитку, включаючи пом'якшення та адаптацію до несприятливих наслідків зміни клімату.

Дорожня карта реалізації Політики щодо розвитку сталого фінансування передбачає:

- удосконалення корпоративного управління в банках та НФУ щодо факторів ESG (environmental, social and governance). Охоплює огляд передових міжнародних стандартів і практики щодо включення факторів ESG до нормативно-правових/розпорядчих актів із питань корпоративного управління в банківській діяльності та небанківських фінансових установах (НФУ), та внесення відповідних необхідних змін до вітчизняного законодавства;
- розроблення стандартів із розкриття банками та НФУ інформації про ESG;
- розроблення вимог з управління банками та НФУ екологічними та соціальними ризиками;
- встановлення фінансовим установам критеріїв оцінки та відбору проєктів для фінансування з урахуванням їх ролі в сталому розвитку;
- забезпечення розкриття фінансовими установами інформації про те, наскільки сталою є їх діяльність;
- інтеграцію кліматичних аспектів у систему забезпечення фінансової стабільності;
- організацію роботи та здійснення заходів із підвищення рівня фінансової обізнаності суб'єктів економічної діяльності в питаннях розвитку в Україні сталого фінансування.

Як бачимо, участь НБУ у відносинах сталого розвитку та сталого фінансування задає новий вектор розвитку фінансових правовідносин. Це і перспективний напрям для наукових досліджень, і напрям формування нового правозастосування комплексного характеру.

У фінансово-правовій науці тривалий час панівним був підхід, відповідно до якого предмет фінансового права

розглядався виключно крізь призму публічної фінансової діяльності (а ще раніше – через фінансову діяльність держави). Водночас реалії сучасності змусили переглянути предмет цієї галузі права, адже виникли публічні відносини, пов'язані із приватними фінансами. Йдеться, зокрема, про відносини у сфері державного фінансового моніторингу та державного контролю за приватними фінансами відповідно до Закону України від 6 грудня 2019 р. «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» [8]. Також контроль за приватними фінансами здійснюється відповідно до Закону України від 14 жовтня 2014 р. «Про запобігання корупції» [9]. Отже, кошти фізичних осіб також у певних випадках стають об'єктами фінансово-контрольних правовідносин.

Ще одна велика сфера публічних фінансових відносин – це міжнародні фінанси. Дійсно, в умовах зростання міжнародного співробітництва у публічній та приватній фінансовій сфері особливо актуальним є питання формування міжнародного фінансового права. В Україні є відповідні навчальні матеріали з цих питань: Л. Л. Лазебник [10], О. І. Виговського [11], О. А. Музики-Стефанчук [12]. Є й окремі публікації, де висвітлюються міжнародні аспекти, що мають місце в тих чи інших фінансових відносинах, зокрема у сфері фінансових і банківських послуг, публічного фінансового контролю, податкових відносинах тощо. У навчальних закладах запроваджують відповідні навчальні дисципліни. При цьому більша частина досліджень здійснюється у контексті фінансово-правових порівняльних досліджень та міжнародно-правових досліджень. Водночас очевидно, що фінансово-правових досліджень у міжнародному, а не лише у порівняльно-правовому аспекті, вкрай мало.

Часто міжнародне фінансове право розглядається у межах міжнародного публічного та міжнародного економічного права. Примітно, що у західних країнах питання міжнародного фінансового права висвітлюються переважно у межах таких предметів, як «Бізнес та економіка», «Міжнародна економіка», «Міжнародні фінанси». У цьому контексті слід згадати західних науковців, наприклад, Роберта С. Ренделла [13], Філіпа Р. Вудда [14; 15], Ендрю Макнайта [16]. Ознайомлення зі змістом робіт цих авторів дає уявлення про міжнародне фінансове право як про правові норми, що регулюють фінансові відносини на міжнародному рівні; розглядаються питання конфлікту законів, що регулюють фінансові контракти, юрисдикції, міжнародні грошові перекази та платіжні системи. При чому під таке регулювання підпадають як приватні, так і публічні фінансові відносини. Не випадково Ендрю Макнайт назвав свою працю «Право міжнародних фінансів», що більше відповідає західному баченню міжнародного фінансового права.

Колін Бемфорд у праці «Принципи міжнародного фінансового права» [17] під предметом міжнародного фінансового права розуміє певні фінансові операції, які регулюються нормами законів різних держав.

З міжнародним фінансовим правом тісно взаємопов'язане і внутрішнє національне фінансове право. Такий зв'язок пояснюється тим, що норми внутрішньодержавного права відповідного галузевого спрямування регулюють питання імплементації міжнародно-правових норм у національне законодавство, визначають способи приведення їх у дію.

Норми міжнародного фінансового права регулюють відносини, пов'язані із міжнародними фінансами, що мають публічно-правову природу. У контексті цього синонімами поняття «міжнародне фінансове право» можуть бути «правове регулювання міжнародних публічних фінансів» та «публічно-правове регулювання міжнародних фінансових відносин».

Отже, міжнародні фінансові відносини публічного характеру також є предметом фінансово-правового регулювання та фінансового права.

Є й інші приклади трансформації предмету фінансового права, причому здебільшого у бік розширення фінансово-правового регулювання. Таким чином, можна констатувати, що предмет фінансового права зазнає змін, що, у свою чергу, викликано процесами різного характеру (економічними, політичними, державними, міжнародними тощо).

Як самостійна галузь публічного права фінансове право має свій **метод правового регулювання**, що являє собою органічну сукупність прийомів і способів правового впливу на поведінку учасників фінансових відносин, на характер зв'язків між ними. Саме за допомогою методу правового регулювання забезпечується необхідна поведінка суб'єктів фінансових правовідносин. Знову ж таки, йдеться про традиційний для вітчизняної теорії права підхід. У підручниках з фінансового права (чи фінансово-правового регулювання, публічних фінансів тощо) іноземних країн ми не зустрічаємо детального опису такої звичної для нас правової категорії. Водночас, поки вітчизняна юридична наука не виробила власного бачення того, чи потрібно і як саме розмежовувати галузі права, ми говоримо про метод правого регулювання.

Отже, для фінансового права основним методом є імперативний метод – ***метод владних (або державно-владних) приписів***, який характерний для публічних галузей права (конституційного, адміністративного, кримінального). Виявляється у тому, що державно-владні суб'єкти (суб'єкти публічної фінансової діяльності) у межах наданих їм повноважень у письмовій формі виражають свої вольові бажання, обов'язкові для всіх юридичних і фізичних осіб – суб'єктів фінансових правовідносин.

Владні приписи у фінансовому праві стосуються передусім забезпечення публічної фінансової діяльності: визначення розміру та порядку справляння податків та зборів до бюджетів; визначення повноважень розпорядників бюджетних коштів; здійснення міжбюджетних трансфертів; здійснення грошово-кредитної діяльності тощо.

Особливості владних приписів *у* сфері публічної фінансової діяльності полягають у тому, що їм характерні *категоричний характер* (наприклад, невчасна сплата (чи несплата) податків тягне за собою обов'язкове застосування санкцій з боку податкових органів) і *відсутність оперативної самостійності* (наприклад, податківець – працівник органу державної податкової служби не має права обрати будь-який вид санкції за вчинене правопорушення у сфері податкових правовідносин, адже за кожне з них передбачено конкретну санкцію). Це пояснюється значенням, яке держава надає публічним фінансам для її стабільного функціонування, забезпечення суверенітету.

Отже, розглядуваний метод передбачає відносини влади та підпорядкування, недопустимість заміни правила поведінки за домовленістю сторін. Всі питання взаємовідносин чітко прописані у відповідних нормах. Водночас, треба зважати на зміни у приватних і публічних відносинах, на взаємопроникненні норм різногалузевого законодавства.

Також не варто ігнорувати інші – другорядні методи фінансово-правового регулювання. Зазвичай до них відносять такі: ***субординація, рекомендація, узгодження*** тощо. Ці методи стосуються, насамперед, сфери місцевих (муніципальних) фінансів, у якій органи місцевої влади та самоврядування діють більш самостійно при реалізації своїх повноважень, а також фінансових правовідносин між різними органами влади, різних рівнів тощо. Зазначені методи часто застосовуються разом з основним методом фінансового права – методом владних приписів. За допомогою названих другорядних методів суб'єкти публічної

фінансової діяльності радять, рекомендують підпорядкованим суб'єктам фінансових правовідносин виконувати ті чи інші дії, але прямо не зобов'язують їх виконувати.

Отже, що стосується методу фінансово-правового регулювання, то змін зазнають все ж таки так звані «другорядні» методи, зокрема, внаслідок процесів, пов'язаних із децентралізацією влади.

Висновок. Підсумовуючи викладене, зазначимо, що фінансове право вже перейшло у площину правового регулювання відносин, пов'язаних із публічною фінансовою діяльністю та публічними фінансами. Ці сфери відносин існуватимуть разом із державою, водночас вони є та будуть динамічними.

Фінансове право як навчальна дисципліна має перейти у площину викладання та вивчення правового регулювання публічних фінансів, оскільки це відповідає сучасним реаліям розвитку публічних фінансових відносин, цього потребує практична юриспруденція.

ЛІТЕРАТУРА

1. Secured Finance Law in China and Hong Kong / Mark Williams, Lu Haitian, Ong Chin-Aun. Cambridge University Press, 2010. 451 p.
2. Про відкритість використання публічних коштів : Закон України 11 лютого 2015 р. *Відомості Верховної Ради*. 2015. № 16. Ст. 109.
3. Про схвалення Стратегії реформування системи управління державними фінансами на 2022–2025 роки та плану заходів з її реалізації : розпорядження. Кабінету Міністрів України від 29 грудня 2021 р. № 1805-р. *Офіційний вісник України*. 2022. № 10. Стор. 90. Ст. 540.
4. Про політичні партії в Україні : Закон України 5 квітня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 23. Ст. 118.
5. Про державно-приватне партнерство : Закон України від 1 липня 2010 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 40. Ст. 524.
6. Про публічні закупівлі : Закон України від 25 грудня 2015 р. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 9. Ст. 89.
7. Політика НБУ щодо розвитку сталого фінансування на період до 2025 р. 29 с. URL: https://bank.gov.ua/admin_uploads/article/Policy_rozvytok-stalogo-finansuvannja_2025.pdf?v=4
8. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 6 грудня 2019 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 25. Ст. 171.
9. Про запобігання корупції : Закон України від 14 жовтня 2014 р. *Відомості Верховної Ради*. 2014. № 49. Ст. 2056.
10. Лазебник Л. Л. Міжнародне фінансове право : навч. посіб. К. : Центр учбової літератури, 2008. 312 с.
11. Vygovskyy O. I. Textbook on International Financial Law. K. : Publishing and Poligraphic Centr «The University of Kyiv», 2017. 511 p.
12. Музика-Стефанчук О. А. Фінансово-правова основа місцевого самоврядування в зарубіжних країнах : навчальний посібник. К. : Алерта, 2009. 224 с.
13. Rendell Robert S. International financial law. Vol. 2. Ed. 2. London : Euromoney Publications, 1983. 636 p.
14. Philip R. Wood. Law and practice of international finance. London : Sweet & Maxwell, 2008. 600 p.
15. Philip R. Wood. Comparative financial law. Law and Practice of International Finance Series, Law and Practice of International Finance Series. London : Sweet & Maxwell, Limited, 1995. 415 p.
16. McKnight Andrew. The Law of International Finance. Oxford USA Trade, 2008. 1125 p.
17. Bamford Colin. Principles of International Financial Law. London : Oxford University Press, 2011. 364 p.

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/62

ДО ПИТАННЯ ОБІГУ ВІРТУАЛЬНИХ АКТИВІВ У ФОРМІ БЛАГОДІЙНОЇ ДОПОМОГИ

ON THE ISSUE OF VIRTUAL ASSET TURNOVER IN THE FORM OF CHARITABLE ASSISTANCE

Присташ С.С., аспірант відділу аспірантури та докторантури
Національна академія Служби безпеки України

У статті крізь призму національної нормативно-правової бази здійснено аналіз можливостей використання віртуальних активів як засобів надання благодійної допомоги в умовах дії воєнного стану на території України. Окреслено правову основу здійснення благодійної діяльності відповідно до чинного законодавства та описано особливості публічного збору благодійних пожертв у формі віртуальних активів. Крім цього, зважаючи на велику кількість інвестицій та благодійної допомоги, що надходять до України у формі віртуальних активів, виокремлено основні тенденції розвитку ринку віртуальних активів у розрізі їх використання саме як форми надання благодійної допомоги.

У статті проаналізовано практичний механізм розпорядження віртуальними активами кінцевими бенефіціарами благодійної допомоги, а також співставлено його із правовим підґрунтям відповідно до профільних Законів України «Про віртуальні активи» та «Про благодійну діяльність та благодійні організації». Розкрито зміст юридичної колізії, що виникла у зв'язку із неадаптованістю чинного законодавства до реальній сьогодення. Встановлено, що фінансові операції з купівлі/продажу товарів, робіт чи послуг не можуть відбуватися з використанням віртуальних активів, а той же час, надходження благодійних пожертв у віртуальній валюті передбачає придбання товарів та послуг за відповідним цільовим призначенням. Оскільки для розпорядження благодійними внесками, отриманими у віртуальних активах, необхідно здійснювати їх конвертацію у фіатні гроші, процес надання благодійної допомоги ускладнюється.

Таким чином, обґрунтовано думку про те, що деякі чинні нормативно-правові акти потребують вдосконалення та внесення змін. Зокрема це стосується Законів України «Про віртуальні активи», «Про благодійну діяльність та благодійні організації», а також «Про валюту і валютні операції», оскільки випадки використання віртуальних активів, в тому числі і як форми надання благодійної допомоги, стають все частішими, а відтак потребують правового регулювання.

Ключові слова: віртуальні активи, криптовалюта, благодійна допомога, фінансові операції, обмін валюти, конвертація, благодійник, бенефіціар.

The article analyzes the possibilities of using virtual assets as a means of providing charitable assistance under martial law conditions in Ukraine through the prism of the national legal and regulatory framework. This article outlines the legal basis for charitable activities in accordance with current legislation as well as describes the features of public collection of charitable donations in the form of virtual assets. In addition, taking into account the large number of investments and charitable assistance coming to Ukraine in the form of virtual assets, the main trends in the development of the market for virtual assets in terms of their use as a form of charitable assistance are defined.

The article analyzes the practical mechanism of disposal of virtual assets by the final beneficiaries of charitable assistance and compares it with the legal basis in accordance with the relevant Laws of Ukraine "On Virtual Assets" and "On Charitable Activities and Charitable Organizations". It reveals the content of the legal conflict that arose due to the inadequacy of current legislation to the real present. It is found out that financial transactions for the purchase / sale of goods, works or services cannot take place with the use of virtual assets, while the receipt of charitable donations in virtual currency involves the purchase of goods and services due to their intended use. Since it is necessary to convert charitable donations received in virtual assets into fiat money to dispose them, the process of providing charitable assistance is complicated.

Thus, the idea that some current regulations need to be improved and amended is substantiated. In particular, this applies to the Laws of Ukraine "On Virtual Assets", "On Charitable Activities and Charitable Organizations", as well as "On Currency and Currency Operations", since cases of using virtual assets, including their usage as a form of charitable assistance, are becoming more frequent and therefore need legal regulation.

Key words: virtual assets, cryptocurrency, charitable assistance, financial transactions, currency exchange, conversion, philanthropist, beneficiary.

Вступ. З моменту підписання Закону України «Про віртуальні активи» Україна стала однією з небагатьох держав, які офіційно легалізували ринок віртуальних активів та їх обіг. І хоча від набрання чинності Закон відділяє прийняття змін до Податкового та Цивільного кодексів, на території України, особливо з початком війни в Україні введенням дії воєнного стану, спостерігаємо збільшення кількості фінансових операцій з використанням віртуальної валюти, які, безумовно, мають свою специфіку.

Мета статті полягає у аналізі можливостей використання віртуальних активів як засобів надання благодійної допомоги та вивченні перспектив вдосконалення правового регулювання подібних фінансових операцій.

Виклад матеріалу. 15 березня 2022 року Президент України підписав Закон України «Про віртуальні активи», який передбачає легалізацію ринку віртуальних активів, а також установлює регулювання правовідносин у сфері обігу віртуальних активів в Україні [5]. Попри підписання Закону «Про віртуальні активи», він вступить у дію лише з внесенням відповідних змін до Податкового та Цивільного кодексів України. У зв'язку з цим здійснення фінансових операцій з використанням віртуальних активів все ще комплексно не регулюються у правовому полі.

В умовах дії воєнного стану на території України кількість фінансових операцій із використанням віртуальних активів не просто не зменшилася, а й значно збільшилася. Якщо у мирний час ринок віртуальних активів цікавив здебільшого представників бізнесу, то станом на сьогоднішній день доцільно говорити про дві нові категорії учасників правовідносин у сфері обігу віртуальних активів – благодійники та бенефіціари, які отримують благодійну допомогу.

В умовах сьогодення кожен свідомий повнолітній громадянин України так чи інакше допомагає країні в боротьбі з агресором. Зокрема громадяни України та особи з громадянством/підданством інших країн сприяють обороноздатності та мобілізаційній готовності України, захисту населення у надзвичайних ситуаціях воєнного стану та допомагають постраждалим внаслідок катастроф, збройних конфліктів і нещасних випадків, а також біженцям та особам, які перебувають у складних життєвих обставинах [3] шляхом надання благодійної допомоги, яка, як показує практика, доволі часто реалізується через фінансові операції з використанням віртуальних активів.

Правову основу благодійної діяльності в Україні на сьогоднішній день становлять профільний Закон Укра-

їни «Про благодійну діяльність та благодійні організації» № 5073-VI від 05.07.2021 р. [3] Цивільний кодекс України [9], Бюджетний кодекс України [1] та інші нормативно-правові акти.

Для легалізації коштів, що надходять у рамках благодійної допомоги Україні, з початком повномасштабної війни урядом було ініційовано відкриття державного криптовалютного фонду, запуск якого організував сервіс обміну криптовалют Kuna [2]. На сьогоднішній день відповідно до Закону України «Про віртуальні активи» криптокомпанії мають право відкривати рахунки у банківських установах, що суттєво спрощує процедуру легалізації віртуальних активів та у даному випадку робить благодійну діяльність більш прозорою [5].

Аналітики компанії Crystal, що займається аналізом транзакцій з віртуальними активами, опублікували доповідь, у якій зазначають, що станом на 12 травня 2022 року благодійники пожертвували більше $125 млн у цифровій валюті [11]. За даними компанії Crystal 52 % ($65 тис.) благодійної допомоги, зібраної спеціальним криптовалютним фондом передано на потреби армії, а 48; ($6,2 тис.) – на гуманітарні потреби. Розпорядниками коштів є Міністерство цифрової інформації та Міністерство оборони України.

Крім цього, 17 травня 2022 року Президент України підписав Указ № 3344/2022 «Про невідкладні заходи щодо об'єднання зусиль для підтримки України» [7], яким регламентується запуск національної фандрейзингової платформи UNITED 24, що зокрема має на меті запровадження «єдиного вікна» для пожертв від благодійних організацій, міжнародних партнерів та громадян з метою підтримки України, зокрема за такими напрямками, як: допомога Збройним Силам України; гуманітарна, медична допомога і допомога дітям; відновлення інфраструктури; цифрова та інформаційна протидія збройні агресії. Кошти, зібрані у формі благодійних внесків на цифровій платформі UNITED 24, також надходять на спеціальні рахунки Національного Банку України для збору коштів на підтримку Збройних Сил України (Міністерство оборони), для забезпечення потреб охорони здоров'я (Міністерство охорони здоров'я) та для збору коштів на підтримку Фонду відновлення зруйнованого майна та інфраструктури.

Таким чином, головними суб'єктами благодійної діяльності на сьогоднішній день є урядові установи України, оскільки саме ними проводиться найбільш масштабна інформаційна фандрейзингова кампанія, створено спеціальні рахунки в Національному Банку та ведеться постійна звітність по отриманим та витраченим коштам. Зокрема на цифровій платформі UNITED 24 з моменту її запуску було зібрано $51 330 630, а відповідно до звітності, оприлюдненої на офіційному веб-сайті у період з 5 травня по 3 червня кінцеві бенефіціари витратили на оборону та розмінування і надання гуманітарної та медичної допомоги $37 532 174 та $906 856 відповідно [10].

В той же час, суб'єктами благодійної діяльності є і громадські організації та благодійні фонди України, які виконують п. 1 ст. 17 Закону «Про благодійну діяльність та благодійні організації» – надають фінансову, статистичну та іншу обов'язкову звітність за результатами своєї діяльності. Зокрема це такі найбільші громадські організації та благодійні фонди України, як «Повернись живим», благодійний фонд Сергія Притули, «Армія SOS» тощо. Адаптуючись до нових реалій та загальних тенденцій розвитку ринку, зазначені суб'єкти ведення благодійної діяльності дають можливість благодійникам зробити внесок і у криптовалюті.

Таким чином, бачимо, що на сьогоднішній день публічний збір благодійних пожертв, тобто безоплатна передача благодійником коштів, іншого майна, майнових прав у власність бенефіціарів для досягнення певних, наперед обумовлених цілей благодійної діяльності [3] відбувається не лише у національній та іноземній валютах, а і з використанням віртуальних активів.

Водночас, аналізу потребує механізм практичного здійснення публічного збору благодійних пожертв у криптовалюті, оскільки ця норма станом на тепер не закріплена законодавцем у відповідних законодавчих актах. А оскільки операції з криптовалютою, особливо з використанням криптовалюти як форми благодійної допомоги, все ще недостатньо регламентуються законодавством, шахраї мають великий простір для вчинення фінансових злочинів, які на сьогоднішній день не лише наносять економічних збитків суб'єктам благодійної діяльності, а й підривають національну безпеку.

Відповідно до Закону України «Про віртуальні активи», віртуальні активи можуть посвідчувати майнові права, зокрема права вимоги на інші об'єкти цивільних прав, або ні. Благодійники можуть зробити благодійний внесок на допомогу Україні як незабезпеченими віртуальними активами, так і забезпеченими, що свідчить про високий рівень адаптації ринку віртуальних активів до викликів та загроз сучасності [5].

Найпопулярнішими криптовалютами, за допомогою яких сьогодні надходить благодійна допомога Україні, є Bitcoin та альткоїни Ethereum, Tether, Solana, TrueUSD, Dogecoin тощо.

Урядові установи, благодійні фонди та громадські організації, що займаються публічним збором благодійних пожертв в умовах воєнного стану перераховують зібрані кошти, зокрема і криптовалюту, кінцевим бенефіціарам залежно від цільового призначення збору.

Однак, відповідно до Закону України «Про віртуальні активи» віртуальні активи забороняється використовувати в якості засобу платежу на території України та обмінювати їх на майно (товари), роботи (послуги) [5]. Таким чином, проведення розрахунків із використанням коштів зібраних у формі благодійної допомоги у формі криптовалюти є неможливим.

З цього випливає, що до урядових установ, благодійних фондів та громадських організацій, які здійснюють публічний збір благодійних пожертв у криптовалюті, переходить тільки право розпорядження віртуальними активами без можливості їх використання як засобу платежу.

У зв'язку з вищезгаданим положенням Закону «Про віртуальні активи» виникає практична проблема, яка гальмує процес отримання благодійної допомоги кінцевими бенефіціарами та розпорядження коштами, зібраними у формі благодійних пожертв.

Юридично фінансові операції з купівлі/продажу товарів, робіт чи послуг не можуть відбуватися з використанням віртуальних активів. В той же час, зважаючи на велику кількість благодійних пожертв, що надходять саме у віртуальній валюті, за криптовалюту мають бути придбані певні товари, роботи чи послуги відповідно до цільового призначення публічного збору благодійних пожертв.

Водночас, законодавець передбачив практичний механізм, за допомогою якого зараз і відбувається легалізація благодійних пожертв, зібраних у криптовалюті. Розпорядники забезпечених та незабезпечених віртуальних активів, на рахунки яких благодійниками було переказано криптовалюту, мають обміняти її на інші валютні цінності, а потім переказати кошти у національній чи іноземній валюті кінцевим бенефіціарам.

Послуги з обміну віртуальних активів на інші віртуальні активи та валютні цінності може надавати обмежене коло постачальників-юридичних осіб. Законом України «Про віртуальні активи» чітко окреслено специфічні характеристики, яким мають відповідати юридичні особи (обов'язково лише фінансові установи) для того, щоб стати постачальником послуг, пов'язаних з оборотом віртуальних активів. Також законодавець у п. 4 ст. 9 «Про віртуальні активи» обмежив юридичних осіб, діяльність яких

якимось чином може бути пов'язаною з країною-агресором, у праві набуття статусу постачальника таких послуг, тим самим унеможливлюючи фінансування та наповнення її бюджету, що на сьогоднішній день є важливим елементом забезпечення національної безпеки. Тобто легалізація постачальників послуг унеможливлює використання криптовалют, що були задіяні у грошових потоках з відмиванням грошей, фінансуванням тероризму та іншими злочинами [5].

Постачальники зазначених послуг здійснюють процес конвертації віртуальної валюти на національну або іноземну валюту відповідно до потреб замовника. На практиці ця фінансова операція може бути реалізована шляхом обміну віртуального активу на фіатні гроші через криптовалютну біржу або онлайн обмінник криптовалют. І лише конвертовані віртуальні активи у вигляді фіатних коштів стають тією формою благодійної допомоги, за яку на території України можна придбати товари чи послуги.

Таким чином, кінцеві беніфіціари отримують на свої рахунки конвертовані віртуальні активи у формі фіатних грошей – в національній чи іноземній валюті, які лише потім стають засобом платежу.

Варто зазначити, що під час дії воєнного стану на території України запроваджено особливі умови ведення фінансової діяльності, що регулюються Постановою Правління Національного банку України № 18 від 24.02.2022 р. «Про роботу банківської системи в період запровадження воєнного стану» [8]. Однак ці положення адаптовано для максимально ефективного використання коштів, зібраних у якості благодійної допомоги. Відповідно до цієї Постанови, видача готівкових коштів в іноземній валюті обмежується в обсязі, що перевищує в еквіваленті 100 000 гривень у день. Винятком, якого не стосується дія зазначеного положення, є зокрема підприємства та установи, що забезпечують виконання мобілізаційних планів (завдань) Уряду України; філії та відділення банків, які розташовані на територіях, що перебувають під загрозою окупації державою-агресором; апарати військових аташе та апарати представників Міністерства оборони України при закордонних дипломатичних установах України; Фінансове управління Генерального штабу Збройних Сил України для забезпечення діяльності Збройних Сил України тощо. Тобто кінцеві беніфіціари благодійної допомоги мають змогу користуватися публічно зібраними благодійними пожертвами, зокрема і у формі віртуальних активів (згодом конвертованих у фіатні кошти) відповідно до їх потреб без добових лімітів. Саме таким чином на сьогоднішній день відбувається механізм цільового використання благодійної допомоги, отриманої у віртуальних активах.

Таким чином, можемо окреслити основні тенденції у розвитку ринку віртуальних активів в Україні з початку повномасштабної війни та введення дії воєнного стану у зв'язку з потребою збору благодійних пожертв у тому числі і у формі віртуальних активів: 1) було прийнято профільний Закон України «Про віртуальні активи», що став підґрунтям для легалізації фінансових операцій з обігом віртуальних активів; 2) банківську систему було адаптовано до запуску ринку віртуальних активів, відбулося відкриття спеціальних рахунків для здійснення розрахунків за операціями з віртуальними активами; 3) законодавець обмежив коло юридичних осіб, що можуть надавати послуги з обміну віртуальних активів на інші віртуальні активи та валютні цінності, таким чином, що унеможливлює потрапляння додаткових фінансових активів країні-агресору, підтримуючи обороноздатність України; 4) відкриття спеціальних платформ для публічного збору благодійних пожертв у формі віртуальних активів допомогло залучити більше коштів від осіб з громадянством/підданством інших держав.

В той же час, з огляду на практичний механізм використання віртуальних активів, що були зібрані як благодійна допомога Україні, бачимо, що удосконалення потребує низка нормативно-правових актів. Головним чином це стосується Закону України № 2473-VIII від 27.05.2022 р. «Про валюту і валютні операції» [4], де взагалі не зафіксовано термін «віртуальний актив», хоча на сьогоднішній день віртуальні активи становлять велику частину коштів, що надходять в Україну у якості благодійної допомоги та інвестицій. Доопрацювання потребує профільний Закон України № 2047-IX від 17.02.2022 р. «Про віртуальні активи» у частині, що регулювала б механізм реалізації віртуальних активів на території Україні, зокрема можливість купівлі чи обміну товарів/послуг за віртуальні активи без їх конвертації у фіатні гроші суттєво пришвидшила б велику кількість фінансових операцій, яку здійснюють власники віртуальних активів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бюджетний кодекс України : Закон України від 01.05.2022 р. № 2456-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 50–51. Ст. 572.
2. Криптовалютний фонд благодійних організацій України. *Kuna*. URL: https://my.kuna.io/en/kunaid-ukraine (дата звернення: 02.03.2022).
3. Про благодійну діяльність та благодійні організації від 05.07.2021 р. № 5073-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5073-17#Text (дата звернення: 01.06.2022).
4. Про валюту і валютні операції : Закон України від 27.05.2022 р. № 2473-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2473-19#Text (дата звернення: 04.06.2022).
5. Про віртуальні активи : Закон України від 17.02.2022 р. № 2047-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2074-20#Text (дата звернення: 01.06.2022).
6. Про невідкладні заходи щодо об'єднання зусиль для підтримки України : Указ Президента України від 17.05.2022 р. № 3344/2022. URL: https://www.president.gov.ua/documents/3442022-42561 (дата звернення: 01.03.2022).
7. Про невідкладні заходи щодо об'єднання зусиль для підтримки України : Указ Президента України від 17.05.2022 р. № 344/2022. URL: https://www.president.gov.ua/documents/3442022-42561 (дата звернення: 03.06.2022).
8. Про роботу банківської системи в період запровадження воєнного стану : Постанова Правління Національного банку України від 24.02.2022 р. № 18. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0018500-22#Text (дата звернення: 03.06.2022).
9. Цивільний кодекс України : Закон України від 07.05.2022 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 365.
10. UNITED 24: The initiative of the President of Ukraine. URL: https://u24.gov.ua/uk (дата звернення: 08.06.2022).
11. UPDATED: Report on Crypto Donations Raised in Support of Ukraine. *Crystal Blockchain*. URL: https://crystalblockchain.com/articles/report-on-crypto-donations-raised-in-support-of-ukraine// (дата звернення: 02.03.2022).

УДК 346.1:347.7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/63

ПРИНЦИПИ ПРАВА НЕСПРОМОЖНОСТІ (БАНКРУТСТВА) В ЮРИДИЧНІЙ ТА СУДОВІЙ ДОКТРИНІ: ПОСТАНОВКА ПИТАННЯ

PRINCIPLES OF INSOLVENCY (BANKRUPTCY) LAW IN LEGAL AND JUDICIAL DOCTRINE: QUESTION STATEMENT

Смолов К.В., адвокат, арбітражний керуючий

У статті досліджуються принципи права неспроможності (банкрутства) як вихідні засади правового регулювання відносин неспроможності, що надають злагодженості усьому його механізмові, відображають об'єктивно існуючі зв'язки між елементами правової системи, усувають суперечності, що виникають між ними, зумовлюють напрями нормотворчої та правозастосовчої діяльності. Розкривається зміст принципу конкурсного імунітету як одного з найважливіших принципів конкурсного процесу, що забезпечує досягнення головної мети конкурсних процедур – максимально рівномірне задоволення сукупності вимог кредиторів неплатоспроможного боржника, шляхом усунення переваг окремих кредиторів на шкоду інших та встановлення такого обмеження (конкурсний мораторій), за яким кредитор не має права задовольнити свої вимоги до боржника інакше, як в межах відкритого провадження у справі про банкрутство та за правилами конкретної конкурсної процедури. Даний принцип обумовлює наявність принципу судового нагляду, інтенсивність та вид якого суд у справі про банкрутство визначає самостійно з урахуванням обставин справи та процесуальних дій учасників. Цей принцип полягає у судовому контролі за дотриманням інтересів кредиторів стосовно збереження об'єктів конкурсної маси та інтересів боржника щодо обґрунтованості грошових претензій кредиторів, а також за збереженням балансу інтересів сторін, у тому числі під час продажу майна банкрута з метою реалізації за найвищу ціну та відповідно до встановленої законом процедури. Судовий контроль, в свою чергу, спричиняє необхідність концентрації всіх майнових спорів щодо боржника в межах спровадження у справі про банкрутство, яка виділяється як окремий принцип конкурсного процесу, що в цілому забезпечує залучення всього майна боржника до ліквідаційної маси, а також вимог до боржника в межах одного судового провадження та сприяє ефективності заходів, метою яких максимальне задоволення вимог кредиторів. Концентрація спорів, в свою чергу, забезпечує дотримання принципу процесуальної економії, специфіка якого в межах справи про банкрутство розкривається на прикладах судової доктрини Верховного Суду. Окрему увагу атвором присвячено принципу процесульного плюралізму, як визначає багатоманітну варіативність процедурних модифікацій в організації конкурсного процесу, відповідно до яких проблему неплатоспроможності конкретного боржника може бути врегульовано в залежності від специфіки ринку, на якому функціонує боржник та його положення на ньому, організаційно-правової форми боржника, наявності чи відсутності в нього активів тощо, що забезпечує гнучкість конкурсних процедур та баланс інтересів боржника і кредиторів.

Ключові слова: мета права неспроможності (банкрутства), принципи права неспроможності (банкрутства), судовий контроль, концентрація спорів, конкурсний імунітет, процесуальний плюралізм.

The article describes the principles of insolvency (bankruptcy) law as the initial principles of legal regulation of insolvency relations, which give coherence to all its mechanisms, reflect objectively existing connections among the elements of the legal system, eliminate contradictions that arise among them, determine the directions of rule-making and law enforcement activities. The article reveals the content of the principle of competitive immunity as one of the most important principles of the bankruptcy process, which ensures the achievement of the main goal of competitive procedures – the most uniform satisfaction of the set of claims by creditors of an insolvent debtor, by eliminating the advantages of individual creditors to the detriment of others and establishing such a restriction (competitive moratorium), according to which the creditor is not entitled to satisfy his claims against the debtor except within the framework of open bankruptcy proceedings and according to the rules of a specific competitive procedure. This principle determines the existence of the principle of judicial supervision, the intensity and type of which the bankruptcy court determines independently, taking into account the circumstances of the case and the procedural actions of the participants. This principle consists in judicial control over compliance with the interests of creditors regarding the preservation of the objects of the bankruptcy estate and the interests of the debtor regarding the validity of monetary claims of creditors, as well as maintaining the balance of interests of the parties, including during the sale of the bankrupt's property for the purpose of selling at the highest price and in accordance with the procedure established by law. Judicial control entails the need to concentrate all property disputes against the debtor within the framework of the bankruptcy proceedings, which stands out as a separate principle of the bankruptcy process, which generally ensures the attraction of all the debtor's property to the liquidation mass, as well as claims against the debtor within one court proceeding and contributes to the effectiveness of measures aimed at maximizing the satisfaction of creditors' claims. The concentration of disputesensures compliance with the principle of procedural economy, the specifics of which in the framework of a bankruptcy case are revealed using examples of the judicial doctrine of the Supreme Court. Special attention is paid to the principle of procedural pluralism, which determines the variety of variability of procedural modifications in the organization of the bankruptcy process, according to which the problem of insolvency of a particular debtor can be resolved depending on the specifics of the market in which the debtor operates and his position on it, the organizational and legal form of the debtor, the presence or absence of assets, etc., which ensures the flexibility of bankruptcy procedures and the balance of interests of the debtor and creditors.

Key words: purpose of insolvency (bankruptcy) law, principles of insolvency (bankruptcy) law, judicial control, dispute concentration, competitive immunity, procedural pluralism.

Постановка проблеми. Відповідно до преамбули Кодексу України з процедур банкрутства від 18.10.2018 року № 2597-VIII, що введено в дію 21.10.2019 року (надалі – КУзПБ) [1] цей Кодекс встановлює умови та порядок відновлення платоспроможності боржника – юридичної особи або визнання його банкрутом з метою задоволення вимог кредиторів, а також відновлення платоспроможності фізичної особи, тобто преамбула Кодексу визначає мету конкурсного провадження за диференційованим підходом: для юридичних осіб – задоволення вимог кредиторів, для фізичних осіб – відновлення платоспроможності.

В постанові Верховного Суду від 03.06.2020 у справі № 905/2030/19 констатовано, що метою відновлення платоспроможності боржника – юридичної особи або визнання його банкрутом через застосування процедур банкрутства передбачених КУзПБ, є *саме задоволення вимог кредиторів.* Обов'язок виконання господарського зобов'язання, у вигляді сплати грошових коштів, виникає не з моменту вчинення дій кредитора щодо стягнення заборгованості з боржника, а з моменту визначеного відповідно до закону, інших правових актів, договору, а за відсутності конкретних вимог щодо виконання зобов'язання – відповідно до вимог, що у певних умовах звичайно ставляться, що узгоджується з приписами ст. 193 ГК України. За таких обставин, можна дійти до висновку, що у разі відсутності належного виконання господарського грошового зобов'язання, у *кредитора є можливість, окрім*

звернення до суду з позовом до боржника, скористатися можливістю застосування щодо такого боржника процедур передбачених КУПБ для задоволення своїх кредиторських вимог у тому випадку, коли відсутній спір про право, який підлягає вирішенню у порядку позовного провадження. Можливість застосування щодо боржника процедур передбачених КУПБ є альтернативним способом задоволення грошових вимог кредитора у тому випадку, коли відсутній спір про право щодо вимог кредитора [43, п. 23–29].

В іншій постанові від 16.07.2020 у справі № 910/4475/19 Верховний Суд у складі судової палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду зазначив, що основною метою конкурсного процесу та процедури банкрутства є рівномірне і справедливе задоволення вимог кредиторів, саме тому правове регулювання статусу кредиторів у справах про банкрутство є одним із ключових питань цього процесу, адже, з одного боку, відкриття та провадження у справі про банкрутство впливає на права, інтереси, діяльність кредиторів та їх фінансовий стан, а з іншого – від волі кредиторів залежить і доля боржника [45, п. 56.2].

В науці, разом з тим, існує підхід, відповідно до якого система норм, що регламентує відносини, повязані із банкрутством, являє собою господарсько-правовий інститут, якому властиве поєднання публічно-правових та приватноправових засад, правове регулювання тут спрямовано на досягнення не приватного інтересу, а загальній меті – відновлення платоспроможності боржника й збереження господарюючого суб'єкта [19, с. 524].

Ярков В. В. зазначає, що необхідність існування спеціальних процесуальних норм при розгляді справ про банкрутство визначається двома основними особливостями даної категорії справ: публічністю та специфікою захисту права. Публічний характер цих справ заснований на тому, що встановлення факта неспроможності (банкрутства) учасника економічного обороту, як правило, тягне серйозні наслідки для великої кількості осіб: боржника, працівників боржника – юридичної особи або індивідуального підприємця, членів сім'ї боржника – громадянина, власників або учасників юридичної особи, що позбавляються в примусовому порядку свого майна, кредиторів боржника, заборгованість перед якими буде погашатись в особливому порядку, в багатьох випадках – для держави та адміністративно-територіальних утворень, що отримують після оголошення боржника – юридичної особи банкрутом додаткові соціально-економічні проблеми. Специфіка захисту права (боржника або кредиторів) при розгляді справ про банкрутство полягає у тому, що метою розгляду справи арбітражним судом є не вирішення спору, не встановлення факту, що має юридичне значення, а врегулювання конфлікту, що виник через нездатність учасника економічного обороту розрахуватися за власними боргами. При врегулюванні конфлікта суд повинен враховувати інтереси багатьох осіб: самого боржника, його працівників та власників майна, кредиторів, а також публічно-правові, соціально-економічні, а подекуди й політичні інтереси. Хоча зовнішньо правовою метою порушення провадження у справі про банкрутство є оголошення боржника банкрутом, тобто надання учаснику економічного обороту особливого статусу, що дозволяє здійснити розрахунки з кредиторами, фактично інститут банкрутства в проекції на його судову складову призваний забезпечити більш глубинні процеси, а саме збереження стабільності цивільного обороту. Саме тому процесуальні норми законодавства про банкрутство є особливими, спрямованими на створення умов, що дозволяють при наявності достатньо об'єктивно існуючого положення боржника як неспроможного плавно, з мінімальними втратами для суспільства вивести боржника тимчасово (громадянина) або назавжди (юридичну особу) з економічного обороту. Така багатоманітність завдань, що стоїть перед судом при розгляді справи про банкрутство, передбачає створення на рівні нормативного регулювання відповідних процесуальних умов та можливостей, що дозволяють врахувати специфіку цієї категорії справ. Це стосується порядку звернення з заявою й прийняття судом заяви до провадження, складу осіб, що беруть участь у справі, їх повноважень і правового статусу, підготовки справи до судового розгляду та строку розгляду справи, використання примирювальних процедур та виконання судового акту [3, с. 435–437].

Як слушно зауважує В. В. Джунь, за функціональною природою інституту неспроможності його визначальною метою не може не бути задоволення вимог кредиторів, причому як приватних, так і органів стягнення обов'язкових платежів. Тому ця мета органічно сполучає як приватні, так і публічні інтереси. Іншими дуже важливими цілями законодавства про неспроможність є стабілізація цивільного майнового обороту та руху платежів до державного бюджету. Відновлення платоспроможності боржників слід визнати лише субсидіарною метою законодавства про неспроможність, яка може бути досягнута, а може бути і не досягнута у результаті застосування реорганізаційних процедур цього інституту [7, с. 207].

В постанові від 09.07.2020 по справі № 910/26972/14 Верховний Суд зазначив, що відносини неплатоспроможності, які виникають з моменту порушення справи про банкрутство – це врегульовані законодавцем правовідносини щодо формування грошових вимог кредиторів до боржника, визначення їх черговості, призначення арбітражного керуючого на виконання певних повноважень у справах про банкрутство, введення щодо боржника передбаченої законодавством про банкрутство процедури (розпорядження майном, санації чи ліквідації), виявлення активів боржника, їх реалізації та справедливого розподілу грошових коштів, отриманих внаслідок продажу активів боржника. Відносинам неплатоспроможності характерно те, що вони не є інструментом вирішення окремого спору між боржником та його кредитором, а повинні забезпечити колективний механізм захисту інтересів різних кредиторів (конкурсних, заставних, поточних), інших учасників провадження у справі про банкрутство та справедливий розподіл активів боржника поміж цими кредиторами, справедливі умови реалізації майна боржника з метою пропорційного захисту майнових інтересів боржника та кредиторів [44, п. 33–34]. Аналогічний за змістом висновок підтримано Верховним Судом у складі палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду в постанові від 19.01.2021 у справі № 916/4181/14 [49].

Особливістю провадження у справі про банкрутство є те, що врегулювання правовідносин неплатоспроможності боржника вимагає поєднання в одній процедурі як цивільних, так і адміністративних правовідносин щодо його майна (майнових прав) з метою якнайповнішого задоволення у ній вимог кредиторів – приватних осіб та контролюючих органів з грошовими вимогами до боржника у черговості, визначеній КУзПБ. Специфіка правовідносин у процедурі банкрутства полягає у необхідності комплексного та збалансованого регулювання приватно-правових та публічно-правових інтересів щодо неплатоспроможної особи, що вимагає застосування приватно-правових та публічно-правових механізмів у ході провадження у справі про банкрутство. У різні періоди свого розвитку законодавець по-різному проводив межу між приватним та публічним інтересом в регулюванні відносин неплатоспроможності. Законодавство про неплатоспроможність є комплексним, воно об'єднує правові норми приватного та публічного права заради досягнення єдиної мети – найбільш повного задоволення у процедурі банкрутства вимог приватних та публічних кредиторів (податкових органів, органів соціального забезпечення),

оскільки по завершенню ліквідаційної процедури таке задоволення унеможливлюється ліквідацією юридичної особи чи використанням майна боржника для задоволення вимог інших кредиторів, які включені до реєстру вимог кредиторів в ході провадження у справі про банкрутство [26, п. 30, 36].

Між тим, відповідно до положень статті 39 КУзПБ законодавець, на відміну від Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», відмовився від таких умов відкриття провадження у справі про банкрутство, як обґрунтування ініціюючим кредитором (чи декількома кредиторами у випадку подання єдиної заяви про відкриття процедури банкрутства) доказів відкриття виконавчого провадження не менше трьох місяців до моменту відкриття процедури банкрутства. Відтак, Кодекс України з процедур банкрутства вже не можна вважати продовженням процедури виконавчого провадження судового рішення. А тому висновки апеляційного суду про те, що розпорядником майна вчинятимуться дії з виконання судового рішення, що унеможливлює задоволення вимог приватного виконавця про визнання у процедурі банкрутства грошових вимог приватного виконавця, які є частиною його основної винагороди, що не була стягнута у виконавчому провадженні, внаслідок часткового виконання рішення суду, колегія суддів касаційного суду вважає необґрунтованими, виходячи з іншого правового регулювання, яке передбачено КУзПБ. За своєю суттю виконавче провадження та процедури банкрутства є різними процедурами, які прямо не пов'язані між собою, мають різні способи та процедури регулювання, а також різний кінцевий результат (наслідки). Не кожне виконавче провадження має наслідком порушення провадження у справі про банкрутство, не кожне провадження у справі про банкрутство відкривається на підставі неможливості виконати рішення суду чи рішення інших органів (посадових осіб). Зазначена правова позиція викладена в постанові Верховного Суду від 06.08.2020 р. по справі № 910/126/20 [46].

Раніше в доктрині домінувала позиція, що конкурсне провадження є різновидом та певним продовженням виконавчого провадження. Так, Б. М. Поляков зазначав, що процедура банкрутства слідує за виконавчим провадженням, та саме незадовільні результати виконавчого провадження є передумовою виникнення процедури банкрутства. Разом з тим, Б. М. Поляков зауважував, що виконавче провадження не розраховане на задоволення великої кількості кредиторів при недостатності активів у боржника, а тому тут потрібне зовсім інше провадження зі своїми учасниками, механізмами та правилами гри. При цьому, на думку Б. М. Полякова, реальність неплатоспроможності повинна апробовуватись виконавчим провадженням. Лише виконавче провадження може свідчити про фактичну неплатоспроможність боржника і тоді на заміну виконавчому провадженню приходить процедура банкрутства [14, с. 151]. Аналогічної думки дотримується І. В. Ніколаєва, досліджуючи правовий зв'язок інституту неспроможності (банкрутства) та виконавчого провадження [12, с. 213–215]. Наразі для таких висновків відсутнє нормативне підґрунтя, оскільки за концепцією Кодексу передбачалось спрощення доступу до процедур неспроможності (банкрутства) та надання кредиторам більше можливостей вибору щодо шляхів повернення боргів.

Наведена позиція простежується в судовій практиці Верховного Суду. Так, в постанові Верховного Суду від 03.06.2020 у справі № 905/2030/19 вказано, що метою відновлення платоспроможності боржника – юридичної особи або визнання його банкрутом через застосування процедур банкрутства передбачених КУПБ, є саме задоволення вимог кредиторів. У разі відсутності належного виконання господарського грошового зобов'язання, у кредитора є можливість, окрім звернення до суду з позовом до боржника, скористатися можливістю застосування щодо такого боржника процедур передбачених КУПБ для задоволення своїх кредиторських вимог у тому випадку, коли відсутній спір про право, який підлягає вирішенню у порядку позовного провадження. Відсутність доказів вжиття заходів щодо стягнення з боржника суми боргу не є свідченням неправильного застосування господарським судом положень ст.ст. 1, 34, 35, 39 Кодексу України з процедур банкрутства, а також не вказує про передчасність, при ухваленні рішення про відкриття провадження у справі про банкрутство, оскільки можливість застосування щодо боржника процедур передбачених КУПБ є альтернативним способом задоволення грошових вимог кредитора у тому випадку, коли відсутній спір про право щодо вимог кредитора [43, п. 25–29].

Право банкрутства (неспроможності) має, на думку В. В. Радзивілюк, три основних цілі:

1) надання можливості життєздатному суб'єкту господарювання звільнитися від боргів, зберегти свій правовий статус та продовжувати свою господарську діяльність, тобто відновити свою платоспроможність;

2) справедливе та розмірне задоволення вимог кредиторів повністю або частково;

3) захист інтересів працівників неплатоспроможного боржника [2, с. 465].

Що стосується цілей процедури неспроможності фізичної особи, то Верховний Суд у складі палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду від 22.09.2021 у справі № 910/6639/20 зауважив, що з огляду на мету та цілі КУзПБ інститут неплатоспроможності фізичних осіб призначений для зняття з боржника – фізичної особи тягаря боргів, які мають значний розмір та не можуть бути погашені за рахунок поточних доходів та належного цій особі майна. Правове регулювання відносин, що виникають між боржником та іншими учасниками справи про неплатоспроможність, має на меті поетапно створити для боржника – фізичної особи найбільш сприятливі умови для погашення боргів шляхом їх реструктуризації, а при нерезультативності таких заходів – забезпечити ефективний механізм продажу активів боржника [56].

Зазначені цілі права банкрутства (неспроможності) тісно пов'язані з його принципами [2, с. 465] та обумовлюють їх формування та зміст.

Разом з тим, за слушним зауваженням В. Я. Погребняка, дещо нетиповим стосовно інших кодифікованих актів КУзПБ робить відсутність у розділі 1 «Загальні положення» Кодексу положень про принципи права як вихідні програмні ідеї його застосування. Фактично у зв'язку зі специфічністю предмета правового регулювання законодавець переклав це питання на плечі судової влади. Правова наука, на думку В. Я. Погребняка, разом із судовою практикою мають створювати правові інститути на основі норм і принципів, закладених у законодавстві, а за відсутності таких – створювати ці принципи самостійно [13].

Актуальність даного **дослідження** зумовлена відсутністю правових норм, якими врегульовано принципи права неспроможності (банкрутства), єдиної наукової концепції принципів та розрізненість правових позицій Верховного Суду як одного з основних суб'єктів творення судової доктрини з питань принципів права неспроможності (банкрутства).

Метою даної статті є висвітлити та систематизувати наявні в юридичній науці та судовій доктрині Верховного Суду думки та правові позиції щодо поняття, класифікації та змісту принципів права неспроможності (банкрутства) та сформувати подальший напрямок наукового пошуку в цьому надважливому питанні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню теоретичних та практичних питань права неспроможності та банкрутства присвячені роботи таких вче-

них, як О. А. Беляневич, О. М. Бірюков, І. О. Вечірко, Б. М. Грек, В. В. Джунь, Б. М. Поляков, П. Д. Пригуза, В. В. Радзивілюк, Г. Ф. Шершеневич та інших. Однак, аналіз останніх наукових досліджень та публікацій в сфері конкурсного процесу свідчить про відсутність окремого дослідження принципів права неспроможності (банкрутства), фрагментарність досліджень в цьому напрямку та втрату актуальності окремих досліджень з огляду на динамічність змін законодавства в сфері неспроможності (банкрутства) та «гнучкість» судової доктрини.

Виклад основного матеріалу. Аналізуючи норми КУзПБ, слід в першу чергу підкреслити відсутність в його тексті окремих статей, присвячених ***принципам*** конкурсного провадження. Разом з тим, деякі норми містять положення, з яких випливають засади конкурсних процедур (наприклад, приписи ст. 41, якою врегульовано мораторій на задоволення вимог кредиторів).

В теорії права під принципами права (від лат. principium – основа, засада) зазвичай розуміють загальноприйняті норми-ідеї найвищого авторитету, що слугують основними засадами правового регулювання суспільних відносин, спрямовують їх учасників на встановлення соціального компромісу і порядку, є універсальними за невизначеністю строку існування, є ідейною основою для об'єктивного права, концентровано виражають закономірності його розвитку, сутність і соціальне призначення; описують (конкретизують) установлене право, вносять однаковість у систему правових норм; слугують основними засадами правового регулювання суспільних відносин, надають злагодженості усьому його механізмові, виступають орієнтирами формування та вдосконалення правової системи, є її каркасом, опорою, відображають об'єктивно існуючі зв'язки між елементами правової системи та соціальної системи, усувають суперечності, що виникають між ними, зумовлюють напрями нормотворчої, правозастосовчої та інших форм правової діяльності [17, с. 242–243]. За сферою дії як правило розрізняють загальноправові (загальногалузеві), міжгалузеві, галузеві, підгалузеві та інституційні принципи права [17, с. 245–246].

В одній з постанов Судова палата з розгляду справ щодо податків, зборів та інших обов'язкових платежів Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду, коментуючи юридичне значення норм-принципів, зазначила таке: в теорії права норми права поділяють на типові норми (норми – правила поведінки) і спеціалізовані (нетипові) норми. Якщо типові норми спрямовані на безпосереднє регулювання суспільних відносин (встановлюють стандарт правомірної поведінки суб'єкта права або встановлюють наслідки відхилення від нього), то спеціалізовані норми зазвичай безпосередньо відносини між особами не регулюють, а сприяють реалізації норм – правил поведінки і у такий спосіб опосередковано беруть участь у правовому регулюванні суспільних відносин. До спеціалізованих норм відносяться, зокрема норми-принципи – найбільш загальні, стабільні та імперативні вимоги, закріплені у праві, які є концентрованим виразом найважливіших сутнісних рис та цінностей, що притаманні системі права і визначають її характер та напрямки подальшого розвитку. Галузеві принципи лежать в основі тієї чи іншої галузі права і виражають особливості конкретної галузі права. Як фундаментальні засади, вони відіграють значну роль у побудові галузевого законодавства, визначаючи основні вектори його розвитку [57].

Б. М. Поляков зазначав, що принципи права або прямо закріплюються в законодавчих актах (статтях, преамбулах законів), або безпосередньо випливають зі змісту правових норм. Автор звертав увагу на те, що відсутність в законі про банкрутство принципів правового регулювання відносин неспроможності (банкрутства) значно знижує єдність нормативного акта [15, с. 75–76].

В теорії права зазвичай виділяють три способи виникнення принципів права: 1) закріплюються в нормах права, що містяться у приписах законів та нормативно-правових договорів, тобто текстуально легалізуються (принципи-приписи); 2) виводяться зі змісту законодавства; 3) формулюються юридичною (здебільшого судовою) практикою [17, с. 244].

В. В. Джунь зауважує, що доктринальне опрацювання правових принципів вимагає врахування не лише зовнішніх ознак відповідного законодавства, але й виявлення його істотних, системних зв'язків, які визначають його юридичну природу, призначення та механізм застосування. Виходячи з наведених критеріїв науковець визначає три основоположні ідеї, які є системно-утворюючими для законодавства про неспроможність, а саме: принцип конкурсу кредиторів (характеризується такими процесуальними конструкціями та поняттями як конкурсний імунітет, мораторій на задоволення вимог кредиторів (конкурсний мораторій), конкурсна маса, конкурсні кредитори тощо, які фактично матеріалізують колективний характер задоволення вимог індивідуальних кредиторів у провадженні зі справ про неспроможність), процедурний порядок задоволення вимог кредиторів та принцип процесуального плюралізму (провадження у справах про неспроможність формується виключно з процедур, а його механізм визначає загальний та спеціальний порядок їх застосування; процедура є єдиною процесуальною формою для задоволення вимог сукупності кредиторів неплатоспроможного боржника в конкурсному провадженні, а можливість вибору найбільш раціонального процедурного варіанту врегулювання проблеми неплатоспроможності із наявної множини процедур конкурсного процесу характеризується саме принципом процесуального плюралізму), а також принцип узгодженості нормативних приписів законодавства про неспроможність із суміжними інститутами матеріального та процесуального права, який гарантує його сумісність та системний взаємозв'язок з іншими інститутами права, що опосередковують майновий оборот та пов'язані з цим оборотом відносини. В. В. Джунь особливо відзначає, що внутрішня організація кожної процедури підпорядковується загальним правилам конкурсного процесу, в чому простежується єдність системи принципів законодавства про неспроможність [7, с. 215–219].

Принципи права банкрутства (неспроможності), за визначенням В. В. Радзивілюк, це його основні засади, відправні ідеї, яким притаманна універсальність, найвища імперативність та загальна значущість. Вони пронизують зміст усіх складових системи права банкрутства (неспроможності), визначають усю специфічну юрисдикційну діяльність та втілюються у суб'єктивних правах та обов'язках учасників правовідносин банкрутства (неспроможності). Не завжди будучи закріпленими у конкретних нормативних положеннях, принципи права банкрутства (неспроможності) виводяться із аналізу усієї сукупності правових норм, які регулюють відносини банкрутства (неспроможності). Знання принципів дозволяє орієнтуватися у великому, розгалуженому законодавстві про банкрутство (неспроможність), вірно тлумачити та застосовувати на практиці його окремі норми, а також вирішувати питання, на які немає прямої відповіді у діючому законодавстві [2, с. 466].

М. С. Кельман зазначає, що незаперечним фактом є те, що будь-який принцип не діє сам по собі. Центральне місце у механізмі його забезпечення в демократичному суспільстві належить суду. І це цілком логічно. Адже саме суд ставить «останню крапку» у пошуку і утвердження права при вирішенні конкретних справ, саме він уособлює неупередженість і справедливість. Посилаючись на Ж.-Л. Бержеля М. С. Кельман вказує, що в усіх розвинених країнах право здебільшого, якщо не в усьому, похо-

дить із закону та судової практики, за якою визнають «нормативну владу» [8, с. 37].

В цьому сенсі не можна оминути увагою думку М. М. Коркунова, який свого часу зазначав, що «нормы, нашедшия себе выражение только в науке права, представляются лишенными всякой определенности в объеме их действия, а следовательно и науку нельзя признать источником права в техническом смысле, т. е. признаком обязательности. Признаком обязательности начал, выработанных наукой, может служить лишь усвоение их *судебной практикой*, другими словами: не теория, а только практика есть самостоятельный источник права» [10, с. 298].

За слушним твердженням проф. О. А. Беляневич, доктрина, тобто «згусток» правової науки, її концентрований результат у вигляді вчень, теорій, концепцій, викристалізованих правових ідей, принципів дає інтелектуальний інструментарій розуміння сутності права та його тлумачення. Зворотній зв'язок між наукою та юридичною практикою відбувається найчастіше опосередковано – від найбільш загального впливу ідей і теорій на державотворення до запровадження у практику конкретних наукових рекомендацій [5, с. 16]. Правова наука, на думку проф. О. А. Беляневич, сприяє подоланню правової невизначеності (подоланню неясностей та суперечностей у законодавстві для цілей правозастосування) за допомогою наукового інструментарію (насамперед, прийомів тлумачення, юридичної доктрини тощо). При цьому вона не може залишати поза увагою соціальний контекст дії права, адже реальний процес правозастосування, який може потребувати наукового супроводу, не зводиться до формально-логічних процесів пошуку та буквального витлумачення належної до застосування норми. Судові ж акти є тим науковим матеріалом, глибока та неупереджена обробка якого дає можливість правовій науці як творчому фактору права розвиватися та озброювати знаннями кожного, хто вільно та свідомо прагне до наукового знання [4, с. 24–25].

В сучасній доктрині вже неодноразово зверталась увага на квазірегуляторну функцію правових висновків Верховного Суду. Так, М. М. Шумило зазначає, що квазіпрецедентність як ознака правових висновків ВС має два наслідки: обов'язковість для судів нижчої інстанції та здатність до квазірегулювання. Здійснюючи квазірегулювання, Верховний Суд обмежений нормами позитивного права, тобто якщо відносини вже врегульовані, то квазірегулювання є неможливим, оскільки загрожує стабільності правопорядку. У разі, якщо Верховний Суд уже здійснив квазірегулювання, то воно стає як для нього, так і для місцевих та апеляційних судів імперативом (квазіджерелом). Неодмінною умовою квазірегулювання є наявність загальної норми права, її відсутність унеможливлює такий спосіб судового регулювання. Сутність такого підходу зводиться до того, що якщо Конституція передбачає певне право, ЦК його конкретизує в приватно-правовій сфері, то навіть за умови, коли відсутня спеціальна норма для вирішення конкретного спору, суд, у сукупності враховуючи фактичні обставини справи, а також принципи верховенства права та справедливості, може розтлумачити загальні положення та, враховуючи конкретну ситуацію, здійснити квазірегулювання цих відносин. Квазірегулювання – це не процес створення нової норми, а радше особливий процес тлумачення загальної норми, наслідком якого може бути її уточнення чи деталізація за існуючих фактичних обставин справи, тобто dicere et non dare legem (роз'яснювати, але не видавати закони). Квазірегулювання, яке здійснює Верховний Суд в окремих випадках своєю практикою, є наслідком кількох об'єктивних процесів, серед яких: конвергенція англосаксонської та романо-германської правових систем; трансформація національної правової системи від радянської авторитарної до демократичної; поступовий відхід від позитивістського тлумачення норм закону на користь верховенства права та справедливості (людиноцентричність); дедалі частіше застосування динамічного тлумачення норм права. Квазірегулювання є додатковим інструментом, щоб зміцнювати верховенство права в Україні. Особливо помітним цей інструмент є тоді, коли: 1) норми позитивного права цього не роблять; 2) існує необхідність у подоланні колізій та заповнення правовим регулюванням прогалин у законодавстві. Квазірегулювання сприяє розвитку доктрини права та є індикатором для законодавця, що ті чи ті відносини потрібно врегулювати, що суспільні відносини змінилися, ускладнилися і потребують нагального законодавчого регулювання і що законодавець уже запізнюється у їх унормуванні [20, с. 84–85].

Але в цьому контексті заслуговує також на увагу позиція Об'єднаної палати Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду, викладена в постанові від 18.06.2021 у справі № 927/491/19, яка знову ж таки не може не піддаватись обґрунтованій критиці, за змістом якої право тлумачити норму права є виключним правом суду. Роз'яснення державних органів (листи, рекомендації) не є нормою права і не мають юридичного значення [28, п. 112]. Не можна також оминути увагою позицію Великої Палати Верховного Суду, викладену в постанові від 21.09.2021 у справі № 910/10374/17 (провадження № 12-5гс21), за змістом якої будь-яке правозастосування є неможливим без тлумачення законодавства, бо тлумаченням законодавства є з'ясування його змісту. Водночас тлумачення законів України, яке здійснюється Конституційним Судом України в мотивувальній частині рішення, не є офіційним нормативним (загальнообов'язковим), оскільки відповідно до пункту 2 статті 150 Конституції України до повноважень Конституційного Суду України належить офіційне тлумачення тільки Конституції України [27, п. 69].

Разом з тим, наприклад, в постанові Верховного Суду у складі палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду від 20.05.2021 у справі № 922/3369/19 зазначено, що призначення Верховного Суду як найвищої судової установи в Україні – це, у першу чергу, сформувати обґрунтовану правову позицію стосовно застосування всіма судами у подальшій роботі конкретної норми матеріального права або дотримання норми процесуального права, що була неправильно використана судом і таким чином спрямувати судову практику в єдине і правильне правозастосування (вказати напрямок у якому слід здійснювати вибір правової норми); на прикладі конкретної справи роз'яснити зміст акта законодавства в аспекті його розуміння та реалізації на практиці в інших справах з вказівкою на обставини, що потрібно враховувати при застосуванні тієї чи іншої правової норми, але не нав'язуючи, при цьому, нижчестоящим судам результат вирішення конкретної судової справи. Переглядаючи справу в касаційному порядку, Верховний Суд виконує функцію «суду права», що розглядає справи, які мають найважливіше (найбільш принципове) значення для суспільства та держави, та не є «судом фактів», а тому не може здійснювати повторну оцінку доказів, належно досліджених судами попередніх інстанцій, та/або переоцінювати їх. Забезпечення єдності судової практики є реалізацією принципу правової визначеності, що є одним із фундаментальних аспектів верховенства права та гарантує розумну передбачуваність судового рішення. Крім того, саме така діяльність Верховного Суду забезпечує дотримання принципу рівності всіх громадян перед законом, який втілюється шляхом однакового застосування судом тієї самої норми закону в однакових справах щодо різних осіб [53, п. 70–71].

Єдність судової практики, як зазначено в постанові Великої Палати Верховного Суду від 25.05.2021 у справі № 461/9578/15-ц (провадження № 14-175цс20), є фунда-

ментальною засадою здійснення судочинства і визначається тим, що має гарантувати стабільність правопорядку, об'єктивність і прогнозованість правосуддя. Застосування ж судами різних підходів до тлумачення законодавства, навпаки, призводить до невизначеності закону, його суперечливого та довільного застосування. Також єдність судової практики є складовою вимогою принципу правової визначеності [25, п. 57].

Не зупиняючись на процесуальних механізмах забезпечення єдності та сталості судової практики, констатуємо, що у формуванні основоположних засад конкурсного процесу досить важливу роль відіграє судова доктрина, яка доповнює існуюче нормативне поле відповідними правовими позиціями й висновками, які «оживляють» відповідні правові норми, наповнюють їх ситуаційним сенсом, конкретизують спірні та оціночні положення, а в окремих випадках навіть формуть основоположні засади права неспроможності (банкрутства), приклади чого будуть наведені нижче.

Повертаючись до визначення основоположних засад конкурсного процесу, варто зазначити, що в сучасній доктрині відсутня єдність думок на основоположні засади конкурсного процесу.

Не заперечуючи погляди Полякова Б. М. і Джуня В. В. щодо принципів неспроможності, В. П. Козирєва до основних засад відносин неплатоспроможності та банкрутства відносить такі: законності, об'єктивної істини, принцип виключення всеохоплюючої компетенції господарського суду, державного регулювання відносин неспроможності, гласності, збереження господарюючого суб'єкта, справедливості у конкурсному процесі, принцип конкурсного оскарження, ліквідації господарюючого суб'єкта [9, с. 34].

З такою позицією важко погодитись, а тому в контексті виокремлення принципів слід навести також наступні доктринальні напрацювання, які в цілому знайшли своє подальше апробовування життям та втілення в практиці Верховного Суду з розгляду справ про банкрутство.

Наприклад, В. В. Радзивілюк, до числа основних принципів українського права банкрутства (неспроможності), що відбиваються у змісті його норм на сучасному етапі розвитку, відносить наступні:

- принцип реалізації відносин банкрутства (неспроможності) у певній процесуальній формі (у рамках провадження у справі про банкрутство);
- принцип застосування до неплатоспроможного боржника визначених процедур банкрутства (неспроможності);
- принцип впровадження та реалізації процедур банкрутства (неспроможності) під контролем державних органів;
- принцип порушення провадження у справі у банкрутство (неспроможність) за наявності необхідної та достатньої сукупності формальних та матеріально-правових фактичних підстав чітко визначених законодавчими приписами;
- принцип наявності у боржника декількох кредиторів (колективного або асоційованого кредитора) або принцип збігу вимог кредиторів на майно боржника;
- принцип усунення випадкових переваг одного кредитора перед іншими кредиторами боржника, «кредитори позбавляються можливості здійснювати свої права в іншому крім визначеного законом конкурсного порядку»;
- принцип рівномірного та розмірного задоволення вимог усіх кредиторів неспроможного боржника із належного йому майна;
- принцип визначення більшості кредиторів не їх кількістю, а розміром їх вимог;
- принцип обмеження правомочностей боржника (банкрута) щодо належного йому майна та незалежного керування справами боржника (банкрута) (за виключеннями встановленими законом);
- принцип єдиного, неподільного об'єкта задоволення;
- принцип задоволення вимог кредиторів лише у грошовій формі. Інший порядок поєднаний зі значними небезпеками для ідеї рівномірності і «способен внушить подозрение в неправильной оценке» [2, с. 465–466].

Разом з тим, у якості певного орієнтиру варто звернути увагу на позицію, викладену в Окремій думці від 15.04.2021 р. по справі № 904/3325/20, в якій окремо зауважено, що ***до принципів права, які характерні для правового інституту неспроможності*** можна віднести процесуальний плюралізм; оптимальне дотримання приватно-правових та публічно-правових інтересів; принцип загального, пропорційного та співрозмірного до черговості задоволення вимог кредиторів; принцип єдиного правового захисту інтересів кредиторів в межах процедур банкрутства; принцип належності та повноти дій ліквідатора під час здійснення ним ліквідаційної процедури; принцип судового контролю у процедурах банкрутства щодо повноти на належності дій учасників провадження у справі про банкрутство, що зобов'язує суд з достатньою повнотою встановити об'єктивні обставини правовідносин сторін по множинних предметах спорів, які виникають у процедурах банкрутства. Застосування судами законодавства про банкрутство зобов'язує суди відповідно до частини першої статті 3 ГПК України також використовувати відображені у нормах цього законодавства особливі принципи інституту неплатоспроможності для забезпечення мети законодавства про банкрутство – якнайповнішого задоволення вимог кредиторів боржника. Застосування судами принципів судового контролю у процедурах банкрутства щодо повноти та належності дій учасників справи про банкрутство, єдиного правового захисту інтересів кредиторів в межах процедур банкрутства та пропорційності надає суду у процедурі банкрутства правові важелі, які можуть забезпечити дотримання балансу інтересів кредиторів та боржника на кожному з етапів процедур банкрутства, у т. ч. і процедури досудової санації [58, п. 120–122].

Вважаємо за потрібне зупинитись на окремих принципах права неспроможності (банкрутства), які знайшли своє втілення як в юридичній науці, так і в сучасній судовій доктрині Верховного Суду, та слугують меті конкурсного процесу.

У першу чергу, вважаємо за необхідне зупинитись на одному з основних принципів права неспроможності (банкрутства), без якого неможливим є досягнення мети процедур банкрутства, та який в доктрині конкурсного процесу сформульовано як ***принцип конкурсного імунітету кредиторів.***

Верховний Суд, розкриваючи його зміст, зауважує, що процедура банкрутства за своєю суттю є конкурсним процесом, основною метою якого, зокрема, є рівномірне і справедливе задоволення вимог всієї сукупності кредиторів неплатоспроможного боржника. Досягнення цієї мети є можливим за умови гарантування: 1) охорони інтересів кредиторів від протизаконних дій інших кредиторів; 2) охорони інтересів кредиторів від недобросовісних дій боржника; 3) охорони боржника від протизаконних дій кредиторів. Унаслідок конкуренції прав кредиторів за умови недостатності майна боржника виникає необхідність спеціального правового регулювання. Тому в конкурсному процесі важливим є визначення статусу кредиторів у справі про банкрутство, оскільки від того, якими правами та обов'язками вони наділені і як ефективно їх використовують, залежить досягнення основної мети конкурсного провадження – задоволення/погашення вимог кредиторів. Статус кредиторів у справі про банкрутство визначають характер їх вимог до боржника, забезпеченість вимог, час виникнення зобов'язання, характер інтересу, що захищається, інші критерії. В п. 112 цієї ж постанови Верховний Суд звернув увагу на окремі принципи

конкурсного процесу, до яких віднесено, зокрема, заборону на індивідуальне задоволення вимог кредиторів; задоволення вимог кредиторів в порядку черговості; задоволення вимог кожної черги після повного задоволення вимог кредиторів попередньої черги; задоволення вимог кредиторів у разі недостатності коштів боржника для задоволення вимог кредиторів, однієї черги пропорційно сумам їх вимог. Дотримання цього порядку спрямоване на унеможливлення переважного задоволення вимог одних кредиторів на шкоду іншим [50, п. 112].

В вітчизняній науці конкурсного процесу принцип конкурсного імунітету виокремлював В. В. Джунь, зазначаючи, що ядро інструментарію належного забезпечення різних категорій вимог у конкурсному процесі становить саме принцип конкурсного імунітету, за якого після після порушення справи про неспроможність майнові активи боржника підпадають під захист закону від стягнень основної маси його кредиторів. За цим принципом забороняється задоволення якихось вимог з майна боржника поза рамками конкурсного процесу, а вимоги виявлених кредиторів задовольняються на колективній основі за правилами, що визначають пропорційний розподіл майнових активів боржника на користь усієї сукупності кредиторів з урахуванням аксіологічної оцінки їх вимог [7, с. 292]. Визначальною метою конкурсного імунітету, на думку В. В. Джуня, є забезпечення виключно колективного характеру задоволення вимог сукупності усіх виявлених кредиторів та унеможливлення задоволення ідивідуальних вимог окремих конкурсних кредиторів до неплатоспроможного боржника. Цей принцип буквально цементує усю конструкцію провадження у справі про банкрутство і спрямований на попередження або усунення будь-яких переваг або преференцій одних кредиторів на шкоду інших. Колективний характер задоволення вимог сукупності кредиторів реалізується в межах та за правилами провадження у справі про банкрутство, а також у суміжних нормах виконавчого провадження [7, с. 127–128].

Зазначений принцип безумовно знайшов свій прояв і в практиці Верховного Суду.

Так, Верховний Суд у складі судової палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду в постанові від 02.10.2019 у справі № 910/9535/18 також наголосив, що на відміну від позовного провадження, призначенням якого є визначення та задоволення індивідуальних вимог кредиторів, провадження у справі про банкрутство має за мету задоволення сукупності вимог кредиторів неплатоспроможного боржника. При цьому обов'язковим завданням провадження у справі про банкрутство є справедливе задоволення усієї сукупності кредиторів. Тому провадження у справах про банкрутство об'єктивно формується на засадах конкурсу кредиторів. Раціональність механізму конкурсної процедури полягає саме в тому, що вона надає інструментарій для узгодження прав та інтересів усіх кредиторів, а також забезпечує взаємні права та інтереси сукупності кредиторів і боржника. При цьому інструментом гарантування прав кожного із сукупності кредиторів є ***принцип конкурсного імунітету***, за яким кредитор не має права задовольнити свої вимоги до боржника інакше, як в межах відкритого провадження у справі про банкрутство. Кредитори можуть задовольнити свої вимоги за правилами конкретної конкурсної процедури. Визначальну роль у процедурі банкрутства відіграє дотримання ***принципу конкурсного імунітету кредиторів***, який спрямований на попередження та усунення будь-яких переваг одних кредиторів на шкоду інших. Важливе значення у дотриманні цього принципу має формування конкурсної маси, її реалізація та задоволення вимог кредиторів в установленій законом черговості [36, п. 90–93, 123].

При цьому, в постанові від 09.09.2021 у справі № 916/4644/15 Верховний Суд у складі судової палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду зазначив, що визначальну роль у забезпеченні гарантій справедливого задоволення усієї сукупності кредиторів відіграє особливий статус кредитора у процедурі банкрутства, за яким кредитор не має права задовольнити свої вимоги до боржника інакше, як в межах відкритого провадження у справі про банкрутство (принцип конкурсного імунітету кредиторів). Кредитори можуть задовольнити свої вимоги за правилами конкретної судової процедури. Зміст такого принципу полягає в обмеженні дій недобросовісних кредиторів, спрямованих на використання цивільно-правових засобів з метою отримання задоволення за своїми вимогами, що може зашкодити майновим інтересам інших кредиторів, а також боржника, який зі свого боку своїми діями може завдати шкоди інтересам кредиторів через формування кредиторської заборгованості із заінтересованим кредитором (так званий «дружній кредитор»), приховування майна тощо. Реалізація цих обмежень є можливою за умови надання учасникам, які беруть участь у розгляді заяви кредитора, а ними за змістом статті 23 Закону про банкрутство (статті 45 КУзПБ з 21.10.2019), зокрема є заявник (кредитор), боржник, інші визнані судом кредитори та розпорядник майна, ефективного інструменту реалізації наявних прав на заперечення щодо визнання вимог заяви кредитора. Вочевидь, що в такому процесі інститут позовної давності, який, з одного боку, дисциплінує учасників цивільного обігу, стимулює їх до активності у здійсненні належних їм прав, зміцнює договірну дисципліну, сталість господарських відносин, а з іншого – забезпечує визначеність, передбачуваність та стабільність цивільних правовідносин, є дієвим інструментом захисту прав та інтересів кредиторів проти несумлінних дій його боржника та інших кредиторів і навпаки [55, п. 120–124].

Дотримання засад конкурсу є об'єктивно неможливим без участі суду, який фактично контролює цю процедуру, що дає підстави стверджувати про досить тісний зв'язок принципу конкурсного імунітету з іншим принципом права неспроможності (банкрутства) – ***приницпом судового нагляду***.

На думку П. Д. Пригузи принцип судового нагляду вказує на те, що держава повинна наглядати за тим, кому вона передає чуже майно для здійснення управління ним. Судовий нагляд у справі про банкрутство розпочинається з призначення розпорядника майна боржника чи ліквідатора банкрута. Перш за все він полягає у нагляді за дотриманням інтересів кредиторів стосовно збереження об'єктів конкурсної маси, а також інтересів боржника щодо обґрунтованості грошових претензій кредиторів тощо. Суд не здійснює перманентного контролю та нагляду, але при необхідності може вимагати від арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора) звіту про стан справ. За заявою (клопотанням, скаргою) учасників провадження чи інших осіб суд може втрутитись у будь-який час для перевірки відповідності закону та інтересам справи дій не тільки арбітражного керуючого, але й дій та рішень комітету кредиторів, дій керівника боржника тощо і прийняти відповідне рішення щодо усунення порушень. Суд у справі про банкрутство повинен сам приймати рішення стосовно виду та інтенсивності нагляду з урахуванням процедури провадження, особи боржника та арбітражного керуючого, а також інших обставин справи. Усі дії ліквідатора стосовно ліквідаційної маси можуть бути перевірені з точки зору їх відповідності його обов'язкам у справі. Виходячи з цього принципу підлягають контролю та затвердженню витрати, які здійснюються за рахунок боржника та з його майна (оплата послуг, витрати арбітражного керуючого) тощо [16, с. 55].

Так, в постанові 13.08.2020 у справі № 910/4658/20 Верховний Суд зауважив, що процедура банкрутства щодо

боржника переслідує публічний та приватний інтерес. Захист публічного інтересу, зокрема, знаходить свій вияв у недопущенні фіктивного банкрутства (стаття 215 Господарського кодексу України, стаття 166-17 Кодексу України про адміністративні правопорушення), а також недопущення доведення боржника до банкрутства (стаття 219 Кримінального кодексу України). Захист приватного інтересу, в свою чергу, полягає в максимальному задоволенні вимог кредиторів, відновленні платоспроможності боржника або його ліквідації та продажу його майна у ліквідаційній процедурі з метою погашення вимог кредиторів. *Однією з основних функцій господарського суду під час провадження у справі про банкрутство є дотримання балансу захисту публічного та приватного інтересів* [47, п. 61–63]. Аналогічні висновки сформовано Верховним Судом також у постановах від 18.02.2021 у справі № 904/3251/20 [52, п. 37–39] та від 11.02.2021 у справі № 910/16593/19 [51, п. 24]. При цьому, в останній постанові Верховний Суд додатково зазначив, що процедура банкрутства, в основі якої лежить конкурсна природа, спрямована на забезпечення відстоювання обґрунтованості вимог конкурсних кредиторів до боржника на конкурентних засадах. Формально це не виключає наявності одного конкурсного кредитора, водночас відсутність конкурсних кредиторів взагалі унеможливлює формування зборів/комітету кредиторів як основної рушійної сили процедури банкрутства [51, п. 26].

Принцип судового нагляду знаходить своє втілення й у інших постановах Касаційного господарського суду. Так, Верховним Судом у складі судової палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду в постанові від 02.10.2019 у справі № 910/9535/18 зазначено, що поряд з іншими принципами правового регулювання відносин неплатоспроможності (галузевих принципів) суттєве значення має й ***принцип судового нагляду у відносинах неплатоспроможності та банкрутства***, який розпочинається з призначення розпорядника майна чи ліквідатора банкрута. Перш за все, наведений принцип полягає у нагляді за дотриманням інтересів кредиторів стосовно збереження об'єктів конкурсної маси, а також інтересів боржника щодо обґрунтованості грошових претензій кредиторів тощо. Суд у справі про банкрутство повинен сам приймати рішення стосовно виду та інтенсивності нагляду з урахуванням процедури провадження, особи боржника та арбітражного керуючого, а також інших обставин справи [36, п. 90–93, 123]. Аналогічна позиція викладена у постанові Верховного Суду у складі палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду від 14.05.2020 у справі № 903/69/18, в якій також вказано, що цей принцип полягає, серед іншого, у судовому контролі за дотриманням інтересів кредиторів стосовно збереження об'єктів конкурсної маси та інтересів боржника щодо обґрунтованості грошових претензій кредиторів, а також за збереженням балансу інтересів сторін у тому числі під час продажу майна банкрута з метою реалізації за найвищу ціну та відповідно до встановленої Законом про банкрутство процедури [42, п. 41].

Разом з тим, Судова палата для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду в постанові від 12.11.2019 у справі № 911/3848/15 зазначила, що відмінність у застосуванні колегіями суддів принципу диспозитивності, передбаченого статтею 14 ГПК України, що застосовується у позовному провадженні, та принципу повноти судового контролю процедур банкрутства, який реалізується у процедурах банкрутства та забезпечує дотримання балансу інтересів боржника, кредиторів та інших учасників справи про банкрутство, зокрема, й щодо реалізації майна боржника в ліквідаційній процедурі, відповідно до приписів статей 42, 44, 98 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», зумовлено різними фактичними обставинами у кожній справі, з яких виходить суд при прийнятті кожного окремого судового рішення, будь-то справа позовного провадження або справа про банкрутство. Ані чинним законодавством, ані судовою практикою не врегульовано єдині критерії застосування принципу судового контролю під час розгляду спорів щодо визнання недійсними результатів аукціонів у справі про банкрутство, отже, судам слід використовувати принцип судового контролю у поєднанні із дотриманням принципу балансу інтересів не тільки боржника та кредиторів, а також і переможця аукціону. *Сформована стала практика про застосування спеціальних принципів, що притаманні інституту банкрутства, у поєднанні з принципами господарського судочинства не повинні перешкоджати досягненню як цілей банкрутства, так і ефективному захисту прав та інтересів всіх без винятку учасників провадження у справі про банкрутство* [37, п. 58–60].

Як вже зазначено вище, в усталеній практиці Верховного Суду, зокрема, в постанові від 16.10.2018 у справі № 5/530-03, сформовано позицію, відповідно до якої *суд у справі про банкрутство повинен сам приймати рішення стосовно виду та інтенсивності нагляду з урахуванням процедури провадження, особи боржника та арбітражного керуючого, а також інших обставин справи*. Дотримуючись принципу процесуальної економії, не варто відмовляти учаснику провадження у справі в захисті порушеного права, спонукаючи його до звернення окрім скарги що й з окремим позовом до арбітражного керуючого у порядку цивільного судочинства, якщо таке право може бути відновлене в межах провадження у справі про банкрутство [30].

Як окремий прояв інтенсивності судового контролю в межах справи про банкрутство, можна навести постанову Верховного Суду у складі палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду від 20.05.2021 у справі № 922/3369/19, в якій окрім іншого вказано, що процедура відсторонення арбітражного керуючого від виконання повноважень в кінцевому підсумку охоплюється компетенцією суду. Рішення комітету кредиторів не може мати для господарського суду заздалегідь встановленої сили і має оцінюватися відповідно до статті 86 ГПК України. У разі надходження клопотання від комітету кредиторів про відсторонення арбітражного керуючого, господарський суд зобов'язаний щонайменше перевірити дотримання порядку скликання та проведення загальних зборів та/або комітету кредиторів, законність обрання/формування загальними зборами кредиторів комітету кредиторів, прийняте зборами кредиторів чи комітетом кредиторів рішення та реалізацію цього рішення через відповідне клопотання до господарського суду в порядку частини 4 статті 28 Кодексу [53, п. 132–135].

Ще одним досить вагомим проявом принципу судового нагляду в межах конкурсного процесу є ***концентрація окремих категорій судових спорів*** за участю боржника, щодо якого відкрито провадження у справі про банкрутство, саме в межах цієї справи. Підґрунтя даного принципу свого часу було закладено в практиці Верховного Суду України та згодом визначено в статті 7 КУзПБ. Так, в постанові від 19.06.2018 у справі № 908/4057/14 Верховний Суд зазначав, що на більш ефективну реалізацію вказаного принципу (мається на увазі судовий контроль, – прим. авт.), направлені й приписи процесуального Закону, зокрема ст.ст. 12, 16 ГПК України (в редакції Кодексу № 1798-XII від 06.11.1991), ст.ст. 20, 30 ГПК України (в редакції Закону України № 2147-VIII від 03.10.2017). Означений принцип та механізм його застосування також відстежується у приписах Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (в редакції Закону від 14.05.1992 № 2343-XII), проте нормативне своє відтворення він набув в редакції

Закону України від 22.12.2011 № 4212-VI (ст. 10). Виходячи з вимог ч. 9 ст. 16 ГПК України (виключна підсудність справ) в редакції, що діяла на момент звернення ліквідатора до суду з даним позовом (про стягнення шкоди, завданої неправомірними діями відділу державної виконавчої служби в процесі реалізації майна боржника, що підтверджено судовими рішеннями), справи у майнових спорах, передбачених п. 7 ч. 1 ст. 12 цього Кодексу, розглядаються господарським судом, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство. Отже, *за умови порушення провадження у справі про банкрутство боржника, особливістю вирішення таких спорів є те, що вони розглядаються та вирішуються господарським судом без порушення нових справ, що узгоджується із загальною спрямованістю Закону про банкрутство, який передбачає концентрацію всіх спорів у межах справи про банкрутство* ***задля судового контролю*** *у* ***межах цього провадження за діяльністю боржника****, залучення всього майна боржника до ліквідаційної маси та проведення інших заходів, метою яких є повне або часткове задоволення вимог кредиторів.* Враховуючи наведене та оскільки даний спір стосується наслідків реалізації майна боржника під час провадження у справі про банкрутство поза межами її процедур, а вимоги ліквідатора у вказаному спорі безпосередньо направлені на реалізацію визначених законом про банкрутство повноважень, апеляційний господарський дійшов правомірного висновку, що даний спір не підлягає вирішенню судом в порядку окремого позовного провадження, а повинен розглядатись в межах справи про банкрутство з метою реалізації принципу судового нагляду у відносинах неплатоспроможності та банкрутства за для більш ефективного захисту прав та законних інтересів кредиторів [29]. Аналогічну правову позицію сформовано Верховним Судом у складі судової палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду в постанові від 02.10.2019 у справі № 910/9535/18 відносно концентрації спорів боржника з кредиторами, які мають поточні вимоги до боржника, щодо якого здійснюється процедура розпорядження майном, саме в межах провадження у справі про банкрутство [36, п. 89].

Зазначена позиція є усталеною та послідовно знаходить своє відображення в практиці Верховного Суду, зокрема в постанові від 09.04.2019 у справі № Б8/180-10, в якій зазначено, спори з майновими вимогами до суб'єкта господарювання, який перебуває в процедурі банкрутства, та визначений позивачем в статусі відповідача у такому спорі, а також позови власників (учасників, акціонерів) юридичної особи-боржника про відшкодування збитків, заподіяних юридичній особі її посадовою особою, подані в інтересах такої юридичної особи в порядку статті 54 ГПК України, підлягають розгляду господарським судом, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство юридичної особи, без порушення окремих справ позовного провадження, що узгоджується із загальною спрямованістю Закону про банкрутство на забезпечення судового контролю в межах провадження у справі про банкрутство за діяльністю боржника під час здійснення щодо нього процедур банкрутства, формуванням активу та пасиву боржника та проведення інших заходів, метою яких є повне або часткове задоволення вимог кредиторів та відновлення платоспроможності боржника [34]. Аналогічні правові висновки викладені у постановах Великої Палати Верховного Суду від 15.01.2020 у справі № 607/6254/15-ц [21] та від 28.01.2020 у справі № 50/311-б [22]. В цьому аспекті, принцип судового контролю дуже тісно пов'язаний з принципом процесуальної економії, зміст якого буде викладено нижче.

Досить цікавим та водночас не менш дискусійним прикладом концентрації спорів в межах справи про банкрутство безумовно є постанова Великої Палати Верховного Суду від 21.09.2021 у справі № 905/2030/19 (905/1159/20) (провадження № 12-92гс20), в якій сформовано висновок про те, що вимога особи, щодо якої порушено справу про банкрутство, про визнання протиправним та скасування податкового повідомлення-рішення як майновий спір боржника, підлягає розгляду в межах провадження у справі про банкрутство з визначенням юрисдикційності розгляду такого спору господарському суду [26].

На думку проф. Беляневич О. А., концентрація справ у господарській юрисдикції має поглиблюватися з огляду на те, що господарські відносини виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності між суб'єктами господарювання, а також між цими суб'єктами та іншими учасниками відносин у сфері господарювання, тобто характеризуються організаційно-майновою єдністю. Штучне розірвання цього зв'язку на самостійну майнову та організаційну (публічно-правову) складові призводить до подальшого роз'єднання між різними судовими юрисдикціями вимог публічно-правового та приватноправового характеру, що значно ускладнює доступ фізичних та юридичних осіб до правосуддя [5, с. 25–28]. Між тим, проф. О. А. Беляневич, розглядаючи принцип концентрації як прояв принципу пропорційності в господарському процесі, зазначала, що термін «концентрація справ» не закріплений у законі, але саме таку назву він отримав у судовій практиці [5, с. 28]. Зазначена теза вкотре підкреслює важливість дослідження та вдосконалення судової практики Верховного Суду у справах про банкрутство.

З іншого боку, принцип концентрації майнових спорів щодо боржника в межах конкурсного провадження безпосередньо пов'язаний з особливим правовим режимом боржника, в якому останній перебуває з моменту порушення стосовно нього справи про банкрутство. Такий правовий режим змінює весь комплекс юридичних правовідносин боржника. Зазначена правова позиція є усталеною та послідовно простежується, зокрема, в постановах Верховного Суду від 19.06.2018 у справі № 908/4057/14 [29], від 30.01.2019 у справі № 912/2185/16(912/3192/17) [3 2], від 14.05.2020 у справі № 903/69/18 [42] та багатьох інших (наприклад, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 12.03.2019 у справі № 918/420/16, а також постановах Верховного Суду від 23.05.2018 у справі № 915/2069/15, від 11.07.2018 у справі № 922/3040/17, від 04.09.2018 у справі № 922/4379/16, від 29.11.2019 у справах № 908/130/15-г і № 923/1194/17, від 18.06.2019 у справі № 918/756/13, від 24.07.2019 у справі № 908/6183/15, від 27.08.2019 у справі № 913/982/14, від 02.10.2019 у справі № 5006/5/39б/2012, від 22.10.2019 у справі № 904/10560/17, від 05.02.2020 у справі № 921/557/15-г/10 та в низці інших постанов Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду у справах про банкрутство).

Очевидним є зв'язок принципу концентрації спорів та іншого міжгалузевого принципу, який в межах конкурсного процесу набуває певної специфіки, – ***принцип процесуальної економії***.

Зокрема, в постанові від 28.01.2020 у справі № 50/311-б (провадження № 12-143гс19) Велика Палата зауважила, що законодавець указав, що у Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» містяться процесуальні норми, які передбачають особливості розгляду справ указаної категорії. Закон № 2343-XII втратив чинність з 21 жовтня 2019 року, з набранням чинності Кодексом України з процедур банкрутства. Відтак можна зробити висновок, що вказаний Кодекс України з процедур банкрутства передбачає також особливості розгляду справ про банкрутство, що і підтверджено у статті 7 цього Кодексу. Відповідно до частини третьої статті 3 Господарського процесуального кодексу України судочинство у господарських судах здійснюється відповідно до закону, чинного на час вчинення

окремої процесуальної дії, розгляду і вирішення справи. Водночас Велика Палата Верховного Суду бере до уваги, що в разі скасування судових рішень із закриттям провадження у цій справі позивач буде змушений знову звернутися до суду тієї ж самої юрисдикції. Тому ***виходячи з принципу процесуальної економії*** Велика Палата Верховного Суду вважає можливим *визначити юрисдикцію у цій справі виходячи з процесуального законодавства, чинного на час касаційного розгляду, тобто застосувати норми Кодексу України з процедур банкротства.* Частина друга статті 7 Кодексу України з процедур банкрутства визначає підсудність спорів одному господарському суду, який акумулює усі майнові вимоги за участю боржника. Таким чином, з огляду на положення законодавства України, чинного на момент розгляду справи Великою Палатою Верховного Суду, розгляд усіх майнових спорів, стороною в яких є боржник у справі про банкрутство, повинен відбуватися саме і виключно господарським судом, у провадженні якого перебуває справа про банкрутство, в межах цієї справи [22, п. 55–60]. Схожа правова позиція також викладена Великою Палатою Верховного Суду в постанові від 15.01.2020 у справі № 607/6254/15-ц (провадження № 14-404цс19) [21].

Принцип процесуальної економії не є новим й для доктрини процесуального права.

Бучик А. Ю. вказує, що феномен економії часу у праві завжди привертав увагу дослідників, оскільки право є одним із ефективних соціальних інструментів економії останнього. Час за своєю природою є абсолютним, його не можна відчути на дотик, тому право регулює не час як такий, а часові виміри відповідної діяльності – тривалість, послідовність, швидкість тощо [6, с. 4].

Вихідним положенням для вдосконалення обсягу та порядку користування учасниками процесу своїми процесуальними правами в контексті добросовісності, на думку Смоли С. В., є процесуальна економія як спеціальний галузевий принцип господарського процесу [18, с. 42]. Схожої думки, але відносно адміністративного судочинства, дотримується також А. Ю. Бучик [6, с. 9–10].

На думку Смоли С. В., значення принципу процесуальної економії полягає у тому, щоб при вирішенні справи в господарському суді найбільш повно, доцільно та своєчасно використовувати всі встановлені законом засоби для правильного й швидкого вирішення спору та усунення недоліків у господарській діяльності, які виявлені при розгляді справи [18, с. 39]. Бучик А. Ю. вбачає, що ідея процесуальної економії спрямована на забезпечення спрощення, скорочення та здешевлення адміністративного судочинства [6, с. 6].

Безумовно серед практиків одним з недоліків провадження у справах про банкрутство виділяється тривалість розгляду, яка зумовлює знецінення грошових вимог кредиторів та яка частіш за все викликана недобросовісним використанням учасниками своїх процесуальних прав. Саме цим пояснюється поява в КУзПБ норми, яка прямо забороняє зупиняти провадження у справі про банкрутство (ч. 17 ст. 39) [1, ч. 17 ст. 39].

Коханська М. Л. зазначає, що у науці цивільного процесуального права темпоральні межі процесу пов'язуються з реалізацією вимог оперативності, швидкості, концентрації, процесуальної економії [11, с. 14].

Принцип концентрації хоча й не пойменований у чинному цивільному процесуальному законодавстві, проте, на думку М. Л. Коханської, по суті знайшов своє втілення через закріплені процесуальні засоби, спрямовані на виконання завдань цивільного судочинства, та оптимізацію процедури доказування: концентрація доказового матеріалу в суді першої інстанції, заборона надання доказів до суду апеляційної інстанції лише за деякими винятками, збалансовані з активністю сторін дискреційні повноваження суду, наявність достатніх повноважень суду впливати на недобросовісну поведінку учасників процесу, диференціація судових процедур тощо. Вимога процесуальної економії покликана раціоналізувати процес, а концентрація відбиває частину його змістової характеристики та спрямована на належне встановлення обставин справи з метою ухвалення правосудного рішення у розумні строки. У свою чергу, нормативне закріплення принципу розумності строків розгляду справи судом, а не швидкості чи оперативності, вочевидь, зумовлено виконанням завдання своєчасного розгляду та вирішення справ та підтримує баланс між строком вирішення справи та справедливістю рішення суду [11, с. 17–18].

На необхідність врахування принципу процесуальної економії під час здійснення господарського судочинства звертала увагу Велика Палата Верховного Суду, зокрема в постанові від 22.09.2020 року у справі № 910/3009/18 (провадження № 12-204гс19), в якій з посиланням на практику ЄСПЛ (пункт 145 рішення від 15 листопада 1996 року у справі «Чахал проти Об'єднаного Королівства» (Chahal v. The United Kingdom, заява № 22414/93) та пункт 75 рішення від 05 квітня 2005 року у справі «Афанасьєв проти України» (заява № 38722/02) зазначено, що в кінцевому результаті ефективний спосіб захисту прав повинен забезпечити поновлення порушеного права, а в разі неможливості такого поновлення – гарантувати особі можливість отримання нею відповідного відшкодування, тобто такий захист повинен бути повним та забезпечувати таким чином мету здійснення правосуддя та принцип процесуальної економії (*забезпечити відсутність необхідності звернення до суду для вжиття додаткових засобів захисту*) [23, п. 62–64].

В постанові ВП ВС від 19.01.2021 у справі № 916/1415/19 (провадження № 12-80гс20) Велика Палата Верховного Суду також розглядала принцип процесуальної економії в аспекті обрання ефективного способу судового захисту та зазначила, зокрема, що держава забезпечує захист порушених або оспорюваних прав суб'єктів господарювання. Такі права захищаються у спосіб, який передбачений законом або договором, та є ефективним для захисту конкретного порушеного або оспорюваного права позивача. Якщо закон або договір не визначають такого ефективного способу захисту, суд відповідно до викладеної в позові вимоги позивача може визначити у рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону. Отже, розглядаючи справу суд має з'ясувати: 1) чи передбачений обраний позивачем спосіб захисту законом або договором; 2) чи передбачений законом або договором ефективний спосіб захисту порушеного права позивача; 3) чи є спосіб захисту, обраний позивачем, ефективним для захисту його порушеного права у спірних правовідносинах. Якщо суд дійде висновку, що обраний позивачем спосіб захисту не передбачений законом або договором та/або є неефективним для захисту порушеного права позивача, у цих правовідносинах позовні вимоги останнього не підлягають задоволенню. Однак, якщо обраний позивачем спосіб захисту не передбачений законом або договором, проте є ефективним та не суперечить закону, а закон або договір у свою чергу не визначають іншого ефективного способу захисту, то порушене право позивача підлягає захисту обраним ним способом. Крім того, Велика Палата Верховного Суду вкотре звернула увагу, що *судовий захист повинен бути повним та відповідати принципу процесуальної економії, тобто забезпечити відсутність необхідності звернення до суду для вжиття додаткових засобів захисту.* Такі висновки сформульовані в пункті 63 постанови Великої Палати Верховного Суду від 22 вересня 2020 року у справі № 910/3009/18 (провадження № 12-204гс19) [24, п. 6.5–6.7, 6.10–6.13].

Разом з тим, в постанові від 16.01.2020 у справі № 910/17151/18 Верховним Судом сформовано висновок про те, що функція правосуддя полягає не лише у забез-

печенні сторонам можливості користуватися принципами диспозитивності, змагальності, іншими принципами правосуддя, а й, у свою чергу, обмежена принципами процесуальної економії та правової визначеності, проявом яких є неможливість скасування прийнятих судових рішень виключно з формальних підстав. Таке процесуальне порушення, як незалучення до участі у справі органу, уповноваженого управляти майном підприємства-боржника до участі у справі в якості третьої особи, у даному випадку, не призвело до постановлення неправомірного рішення суду по суті позовних вимог [38, п. 40].

В справах про банкрутство Верховний Суд визначає принцип процесуальної економії як загальне керівне положення, відповідно до якого господарський суд, учасники судового процесу економно і ефективно використовують всі встановлені законом процесуальні засоби для правильного та оперативного розгляду справ з дотриманням строків. Сутність принципу процесуальної економії полягає в тому, що б під час розгляду справи в господарському суді для найбільш повного та всебічного розгляду справи використовувати всі встановленні законом засоби з урахуванням строків визначених нормами процесуального права. Елементами змісту принципу процесуальної економії господарського судочинства слід вважати: а) вимога оперативного розгляду справи; б) вимога економного використання процесуальних засобів судом, учасниками справи для повного та всебічного розгляду справи у господарському суді. Прикладом можуть слугувати постанова ВС від 30.01.2019 у справі № 912/2185/16 (912/3192/17) [32], від 19.02.2020 р. у справі № 923/1945/15 [39], від 13.02.2019 у справі № 927/84/16 [33], від 14.01.2021 у справі № 905/1055/19 [48].

При цьому, посилаючись на принцип процесуальної економії суд, зокрема, обґрунтовує неможливість розгляду в порядку окремого позовного провадження майнових вимог щодо боржника, відносно якого відкрито провадження у справі про банкрутство. Також з посилання на згаданий принцип судами обґрунтовується неможливість призначення судової експертизи для обчислення розміру кредиторських вимог, оскільки вирішення цих питань не потребують особливих спеціальних знань, тому зацікавлена сторона може надати свій контррозрахунок вищевказаних нарахувань, складаний бухгалтером, економістом чи іншою особою, яка має повну освіту або надати висновок експерта з цих самих питань або висновки експертів, виконаних на замовлення зацікавленого учасника. При розгляді спірних грошових вимог кредитора суд не вправі призначати експертизу, предметом якої є дослідження документів на обґрунтування чи спростування грошових вимог кредитора, оскільки такі повноваження щодо дослідження повноти та належності документальних доказів, наданих конкурсним кредитором на обґрунтування своїх кредиторських вимог, законодавцем покладено на суд, який розглядає спірні вимоги кредитора у конкурсній процедурі. Суд не вправі перекладати свої повноваження щодо дослідження документальних доказів обґрунтованості спірних вимог на іншу особу (судового експерта). За відсутності обґрунтованих і документально підтверджених заперечень боржника та релевантних контррозрахунків розміру грошових вимог кредитора, призначення судової експертизи для додаткової перевірки обґрунтованості цих вимог призведе до затягування стадії розпорядження майном та не відповідатиме меті конкурсної процедури у справі про банкрутство. Зазначені висновки сформовано Верховним Судом в постановах від 19.02.2020 р. у справі № 923/1945/15 [39] та від 14.01.2021 у справі № 905/1055/19 [48].

Крім того, посиланням на вказаний принцип суд обґрунтовує необхідність застосування приписів ч. 4 ст. 27 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (аналогічні за змістом приписи містяться у ч. 4 ст. 49 КУПБ – прим. авт.), а саме за наявності ознак банкрутства та після закінчення термінів визначених вищевикладеним Законом щодо тривалості процедури розпорядження майном, а також за відсутності рішень зборів кредиторів боржника прийняття яких передбачено абз. абз. 2, 3, 4 ч. 2 ст. 27 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», судом апеляційної інстанції було вірно викладено в оскаржуваній постанові висновки про недоцільність введення процедури санації боржника та про можливість визнання боржника банкрутом та відкриття ліквідаційної процедури. Такий висновок сформовано у постанові ВС від 13.02.2019 у справі № 927/84/16 [33].

Одним з аспектів принципу процесуальної економії можна відзначити закріплені у процесуальному законі правила щодо преюдиціальності судових рішень. Так, в постанові ВС від 19.06.2019 у справі № 909/231/18 сформовано позицію, за змістом якої преюдиціальність – обов'язковість фактів, установлених судовим рішенням, що набрало законної сили в одній справі для суду при розгляді інших справ. Преюдиціально встановлені факти не підлягають доказуванню, оскільки вони вже встановлені у рішенні чи вироку і немає необхідності встановлювати їх знову, тобто піддавати сумніву істинність і стабільність судового акта, який вступив в законну силу. Суть преюдиції полягає в неприпустимості повторного розгляду судом одного й того ж питання між тими ж сторонами. Правила про преюдицію спрямовані не лише на заборону перегляду фактів і правовідносин, які встановлені в судовому акті, що вступив в законну силу. Вони також сприяють додержанню процесуальної економії в новому процесі. У випадку преюдиціального установлення певних обставин особам, які беруть участь у справі (за умови, що вони брали участь у справі при винесенні преюдиціального рішення), не доводиться витрачати час на збирання, витребування і подання доказів, а суду – на їх дослідження і оцінку. Усі ці дії вже здійснювалися у попередньому процесі, і їхнє повторення було б не лише недоцільним, але й неприпустимим з точки зору процесуальної економії [35, п. 43]. Аналогічна правова позиція викладена також у постанові ВС від 11.12.2018 у справі № 910/3055/18 [31].

Окремо слід зупинитись на такому принципі права неспроможності (банкрутства) як ***принцип процесуального плюралізму***.

Розкриваючи суть і призначення вказаного принципу, П. Д. Пригуза вказує, що слід виходити з того, що конкурсне провадження є непозовним провадженням, а тому процесуальні норми, передбачені положеннями ГПК України, не повною мірою охоплюють процесуальні дії, що здійснюються господарським судом при розгляді справи про банкрутство. В комплексі із ГПК України та іншими законами України Закон про банкрутство надає набагато більше правових і процесуальних можливостей для вирішення проблеми відновлення платоспроможності боржника, які приймаються у судових засіданнях і оформлюються відповідними судовими рішеннями [16, с. 56].

Процесуальний плюралізм, за твердженням Джунь В. В., визначає множину процедурних модифікацій в організації конкурсного процесу, відповідно до яких проблему неплатоспроможності конкретного боржника може бути врегульовано в залежності від особливостей ринку, на якому функціонує боржник та його положення на ньому, організаційно-правової форми боржника, профілю його виробництва, співвідношення його активів та пасивів тощо. Сукупність процедурних модифікацій створює гнучкий механізм для відбору оптимального варіанту реорганізації або ліквідації суб'єктів комерційного господарювання, що виявились неконкурентноспроможними на певному ринку товарів чи послуг і як наслідок стали збитковими та неплатоспроможними. Досвід законодавчого конструювання, на думку Джуня В. В.,

свідчить, що принцип процесуального плюралізму може бути втілено в організацію конкурсного провадження у різних формах та обсязі. У чинному законодавстві України про банкрутство процедурна множина простежується у двох визначених формах алгоритму цього провадження, а саме загальному та спеціальному. Спеціальні алгоритми використовуються для оптимізації врегулювання проблеми заборгованості окремих категорій боржників, які в силу особливостей статусу цих суб'єктів, унормованого режиму їх господарської діяльності чи положення на ринку певних товарів чи послуг потребують особливого порядку врегулювання. Спеціальні алгоритми вже самі по собі є формою реалізації принципу процесуального плюралізму. Однак цей принцип можливо плідно використовувати не лише у контексті спеціальних алгоритмів, але й у сенсі загального алгоритму конкурсного процесу. Загальний алгоритм провадження за чинним Законом про відновлення платоспроможності боржника містить цілу низку можливих варіантів врегулювання проблеми заборгованості неплатоспроможних боржників. Ці варіанти визначені у процедурах санації, ліквідації та мирової угоди. Розпорядження майном боржника є підготовчим і необхідним етапом для застосування однієї з цих процедур, а тому його процедурний механізм на даний час не містить жодного варіанту врегулювання проблеми заборгованості [7, с. 333–334].

Принцип процесуального плюралізму пов'язаний з іншими принципами права неспроможності, зокрема з принципом судового нагляду, завдяки якому знаходить свій прояв в межах окремих процедур.

Так, окрема судова процедура в межах провадження у справі про банкрутство може визначати специфіку форм судового нагляду. Ілюстрацією наведеного може слугувати постанова від 05.03.2020 у справі № 910/7295/18, в якій Верховний Суд звернув увагу на те, що частиною четвертою статті 17 Закону про банкрутство передбачено, що арешт на майно боржника та інші обмеження дій боржника щодо розпорядження його майном можуть бути накладені лише в межах процедури санації, у разі, якщо вони не перешкоджають виконанню плану санації та не суперечать інтересам конкурсних кредиторів. Зазначеною нормою встановлено межі судового контролю у процедурі санації за процесом відчуження майна боржника у залежності від змісту плану санації та інтересів конкурсних кредиторів. У межах судового контролю у процедурі санації встановлено дві форми судового впливу: накладення арешту та встановлення інших обмежень дій боржника щодо розпорядження його майном. Сутність встановлення таких форм судового контролю полягає у забезпеченні оптимального балансу майнових інтересів боржника, який виражається у можливості продовження виробничої діяльності, та його кредиторів. При цьому термін «встановлення обмежень дій боржника щодо розпорядження його майном» включає у себе такі обмеження, які суд вважає за потрібне встановити у залежності від індивідуальних економічних показників боржника з урахуванням можливості відновлення платоспроможності останнього як загальної мети процедури санації [41, п. 64–65].

Особливим проявом конкурсних механізмів слід вважати також спеціальний інститут визнання недійсними фраудаторних правочинів боржника, який разом з інститутами субсидіарної відповідальності контролюючих боржника осіб, а також інститутом солідарної відповідальності керівника боржника, може утворювати окремий принцип максимального та пріоритетного наповнення конкурсної маси з відповідними презумпціями (сумнівність правочинів, вчинених під час «підозрілого» періоду, вини контролюючих боржника осіб за доведення до банкрутства, тощо).

Так, в постанові Верховного Суду у складі судової палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду від 02.06.2021 у справі № 904/7905/16 визначено, що провадження у справі про банкрутство, на відміну від позовного провадження, призначенням якого є визначення та задоволення індивідуальних вимог кредиторів, має на меті задоволення сукупності вимог кредиторів неплатоспроможного боржника. Досягнення цієї мети є можливим за умови гарантування: 1) охорони інтересів кредиторів від протизаконних дій інших кредиторів; 2) охорони інтересів кредиторів від недобросовісних дій боржника, інших осіб; 3) охорони боржника від протизаконних дій кредиторів, інших осіб. Тож розгляд та захист порушених справ у межах справи про банкрутство має певні характерні особливості, що відрізняються від позовного провадження. Передусім це зумовлено специфікою провадження у справах про банкрутство, яка полягає у застосуванні *специфічних способів захисту її суб'єктів*, особливостях процедури, учасників стадій та інших елементів, які відрізняють це провадження від позовного. До таких засобів віднесено інститут визнання недійсними правочинів боржника у межах справи про банкрутство, закріплений у статті 42 КУзПБ, який є універсальним засобом захисту у відносинах неплатоспроможності та частиною єдиного механізму правового регулювання відносин неплатоспроможності, що спрямована на дотримання балансу інтересів не лише осіб, які беруть участь у справі про банкрутство, а й осіб, залучених у справу про банкрутство, наприклад, контрагентів боржника [54, п. 132–135].

Аналогічна правова позиція викладена в постанові Верховного Суду від 20.02.2020 у справі № 922/719/16, в якій також зауважено, що визнання недійсними правочинів боржника у межах справи про банкрутство спрямоване на досягнення однієї з основних цілей процедури неплатоспроможності – максимально можливе справедливе задоволення вимог кредиторів. З огляду на сферу регулювання Закону про банкрутство загалом і за змістом зазначеної норми статті 20, вона є спеціальною щодо загальних, установлених ЦК України підстав для визнання правочинів недійсними, тобто ця норма передбачає додаткові, специфічні підстави для визнання правочинів недійсними, які характерні виключно для правовідносин, що виникають між боржником і кредитором у процесі відновлення платоспроможності боржника чи визнання його банкрутом [40, п. 32.10–32.11].

Вище ми вже вказували на наявність в доктрині права неспроможності (банкрутства) ***принципу узгодженості нормативних приписів права із суміжними інститутами права*** [7, с. 215–219].

Даний принцип знайшов своє втілення також у судовій практиці Верховного Суду.

Зокрема, в постанові від 22.09.2021 у справі № 910/6639/20 Верховний Суд у складі Судової палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду зауважив, що поряд з іншими принципами правового регулювання відносин неплатоспроможності (галузевих принципів), суттєве значення має й *принцип узгодженості нормативних приписів права із суміжними інститутами права,* що має гарантувати інтеграцію законодавства у сфері неплатоспроможності/банкрутства до національної системи права. Так, КУзПБ як спеціальний нормативно-правовий акт має пріоритет перед іншими законодавчими актами України у регулюванні відносин, пов'язаних з банкрутством юридичних осіб та неплатоспроможністю фізичних осіб, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом. У справах про неплатоспроможність боржників – фізичних осіб поняття «член сім'ї боржника» закріплено в частині п'ятій статті 116 Кодексу України з процедур банкрутства. Означені норми самостійно і вичерпно врегульовують зміст поняття «член сім'ї боржника», яке є спеціальним, встановленим саме для цілей визначення змісту правовідносин щодо відновлення платоспроможності фізичної особи. У цьому кон-

тексті положення статті 3 Сімейного кодексу України для регулювання відносин у процедурі розгляду справ про неплатоспроможність фізичних осіб не застосовуються. Тлумачення частини п'ятої статті 116 Кодексу України з процедур банкрутства, з огляду на мету правового регулювання відносин неплатоспроможності боржників – фізичних осіб, дає підстави для висновку, що до членів сім'ї такого боржника в обов'язковому порядку необхідно віднести його дітей (у тому числі повнолітніх), батьків та осіб, які перебувають під опікою чи піклуванням боржника, незалежно від того, що вони не проживають з ним спільно, не пов'язані спільним побутом і не мають взаємних прав та обов'язків [56].

В науковій доктрині серед принципів господарського процесуального права також виділяється ***принцип пропорційності.*** Так, проф. Беляневич О. А. розглядає пропорційність у господарському судочинстві як: 1) закріплення у законі певних обмежень процесуальних можливостей учасників процесу; 2) право судді використовувати свої дискреційні повноваження щодо визначення порядку здійснення провадження з огляду на завдання господарського судочинства та його мету; 3) принцип правозастосування. Важливо визначити, вказує проф. Беляневич О. А., як «працює» пропорційність як співвідношення офіційності та диспозитивності – діалектичної пари принципів господарського процесу, межа між якими є рухливою та індивідуальною для кожної справи. Принцип пропорційності задає критерії суддівського керівництва, дискреції суду у визначенні порядку розгляду справи, зокрема, втручання у диспозитивність як можливість сторони розпоряджатися своїми процесуальними правами [5, с. 25–26].

Підтримуючи в цілому наведені думки, автор вважає, що впровадження зазначеного принципу пропорційності в нормативне підґрунтя та судову практику в частині реалізації принципу судового нагляду у справах про банкрутство може дати позитивний результат ефективності судочинства у цій категорії справ.

Оперативність господарського процесу, яка відповідає динамічності господарського обороту та швидкого відновлення порушеного правового господарського порядку, зазначає проф. Беляневич О. А., забезпечується також завдяки його концентрації, яка може розглядатись у вузькому та широкому сенсах [5, с. 26].

Щодо принципу концентрації, то автор вище розглядав його як елемент судового нагляду у справах про банкрутство.

Поряд з цим, в постанові від 04.02.2021 р. у справі № 904/1360/19 Верховний Суд у складі судової палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду зауважив, що одним із завдань Верховного Суду є тлумачення чинного законодавства, усунення недоліків законодавчої техніки та нормативних прогалин. Тлумачачи закон під час його застосування до конкретних правовідносин, суд повинен керуватися як завданням судочинства, так і загальними засадами цивільного законодавства, зокрема засадами справедливості, добросовісності та розумності [50, п. 89–90].

Висновки. Дослідження вищевикладеної проблематики дозволило автору дійти наступних висновків.

1. В науці права неспроможності (банкрутства) на теперішній час відсутня єдність думок щодо переліку принципів даної підгалузі права та їх змісту.

2. Разом з тим, окремі напрацювання науки вітчизняної науки конкурсного процесу досить вдало імплементовані в національну судову доктрину Верховного Суду в сфері розгляду справ про банкрутство (неплатоспроможність). Яскравим прикладом безумовно є принцип конкурсного імунітету та принцип судового нагляду.

3. Відсутність закріплення принципів права неспроможності (банкрутства) на законодавчому рівні (наприклад, в преамбулі Кодексу України з процедур банкрутства) безумовно є суттєвим недоліком, оскільки саме вони мали стати для Верховного Суду своєрідним орієнтиром, навіть «компасом», у правозастосовчій діяльності. Разом з тим, не можна вважати позитивним формування наведених принципів виключно на рівні судової доктрини, оскільки в такому разі Верховний Суд фактично генерує безмежний зміст кожного принципу права неспрожності (банкрутства), іноді спотворюючи його, хоча при цьому, безумовно, принципи сприяють змістовному наповненню прогалин у законодавстві з питань неспроможності (банкрутства).

4. Специфіка процесуальної форми провадження у справі про банкрутство та специфічність мети права неспроможності (банкрутства) зумовлюють необхідність виокремлення специфічних принципів, притаманних саме цій підгалузі, що не виключає застосування й міжгалузевих принципів, які в цьому разі все одно набувають відповідного забарвлення.

5. Специфічність цілей процедур неспроможності (банкрутства) фізичних осіб зумовлюють необхідність формування специфічних засад правового регулювання саме цих відносин. Наприклад, принцип безумовного звільнення від боргів (крім особистих зобов'язань), принцип правонаступництва боргів фізичної особи в межах спадкової маси, принцип безумовної реструктуризації окремих категорій зобов'язань тощо, які мають бути напрацьовані в першу чергу на науковому рівні та в подальшому імплементовані в законодавство.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кодекс України з процедур банкрутства від 18.10.2018 року № 2597-VIII (зі змінами та доповненнями станом на 12.01.2022). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text (дата звернення: 07.07.2022).
2. Актуальні проблеми господарського права : навч. посіб. / за ред. В. С. Щербини. Київ : Юрінком Інтер, 2013. 528 с.
3. Арбитражный процесс : учебник / отв. ред. В. В. Ярков. 6-е изд., перераб. и доп. Москва : Инфотропик Медиа, 2015. 848 с.
4. Беляневич В. Е., Беляневич О. А. *Наукові* висновки щодо застосування норм права та судова практика Верховного Суду 2018–2020 років. Київ : Юрінком Інтер, 2021. 460 с.
5. Беляневич О. А. Мета сучасного господарського процесуального права: доктринальний погляд. *Право України*, 2020. № 7. С. 13–31.
6. Бучик А. Ю. Аналіз принципу процесуальної економії у складовій адміністративного процесу. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право».* 2016. № 2 (14). С. 4. URL: https://lj.oa.edu.ua/articles/2016/n2/16baysap.pdf (дата звернення: 07.07.2022).
7. Джунь В. В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні : монографія. Київ : Юридическая практика, 2006. 384 с.
8. Кельман М. С., Кельман Р. М. Судова практика як безпосередній прояв реалізації верховенства права. *Вісник Львівського торговельно-економічного університету. Юридичні науки.* № 9, 2021. С. 37.
9. Козирєва В. П. Принципи правового регулювання неплатоспроможності та банкрутства. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право.* 2008. № 3. С. 34–39. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Npnau_2008_3_9 (дата звернення: 07.07.2022).
10. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права / [соч.] Н. М. Коркунова. СПб. : магазин Н. К. Мартынова, 1909. С. 298 (354 с.).
11. Коханська М. Л. Принципи цивільного судочинства, які забезпечують своєчасність судового захисту. *Підприємництво, господарство і право.* 2018. № 9. С. 14–18.
12. Ніколаєва І. В. Поняття неспроможності (банкрутства). Правовий взаємозв'язок інститутів неспроможності (банкрутства) та виконавчого провадження. *Санація та банкрутство*. 2012. № 3–4. С. 205–216.

13. Погребняк В. Я. Судова практика як джерело утворення принципів права у справах про банкрутство. URL: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pokazniki-diyalnosti/navch_suddiv_praciv_aparativ_2021/1283545/ (дата звернення: 07.07.2022).
14. Поляков Б. М. Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» від 14.05.1992 № 2343-XII в редакції Закону України від 22.12.2011 № 4212-VI (наково-практичний коментар). *Санація та банкрутство*. 2012. № 2. С. 148–152.
15. Поляков Б. М. Право неспроможності (банкрутства) в Україні : підруч. для студ. вищ. навч. закл. Київ : Ін Юре, 2011. 560 с.
16. Пригуза П. Д., Пригуза А. П. Науково-практичний коментар Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції з 18.01.2013 (доктринальне тлумачення норм права неплатоспроможності та статей 1–21). Херсон : Видавництво «ТДС», 2013, 304 с.
17. Скакун О. Ф. Теорія права і держави : підручник. Київ : Алерта, 2017. С. 242–243.
18. Смола С. В. Проблемні питання процесуальної економії в господарському процесі. *Науковий вісник Ужгородського національного університету, 2013. Серія Право.* Випуск 22. Частина І. Том 2. С. 39–43.
19. Хозяйственное право : учебник / В. К. Мамутов и др.; под ред. Мамутова В. К. Київ : Юринком Интер, 2002. 912 с.
20. Шумило М. М. Квазірегуляторна роль правових висновків Верховного Суду на прикладі справи про відшкодування моральної шкоди у сімейному спорі. *Наукові записки Національного університету «Києво-Могилянська академія». Юридичні науки.* 2021. Том 7. С. 84–85.
21. Постанова ВП ВС від 15.01.2020 у справі № 607/6254/15-ц (провадження № 14-404цс19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87115553 (дата звернення: 07.07.2022).
22. Постанова ВП ВС від 28.01.2020 у справі № 50/311-б. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87857857 (дата звернення: 07.07.2022).
23. Постанова ВП ВС від 22.09.2020 р. у справі № 910/3009/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91901363 (дата звернення: 07.07.2022).
24. Постанова ВП ВС від 19.01.2021 у справі № 916/1415/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94803669 (дата звернення: 07.07.2022).
25. Постанова ВП ВС від 25.05.2021 р. у справі № 461/9578/15-ц (провадження № 14-175цс20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97967339 (дата звернення: 07.07.2022).
26. Постанова ВП ВС від 21.09.2021 р. по справі № 905/2030/19 (905/1159/20) (провадження № 12-92гс20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100359355 (дата звернення: 07.07.2022).
27. Постанова ВП ВС від 21.09.2021 р. у справі № 910/10374/17 (провадження № 12-5гс21). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100428590 (дата звернення: 07.07.2022).
28. Постанова ОП КГС ВС від 18.06.2021 у справі № 927/491/19. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/97911848 (дата звернення: 07.07.2022).
29. Постанова ВС від 19.06.2018 у справі № 908/4057/14. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/74940761 (дата звернення: 07.07.2022).
30. Постанова ВС від 16.10.2018 у справі № 5/530-03. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/77748609 (дата звернення: 07.07.2022).
31. Постанова ВС від 11.12.2018 у справі № 910/3055/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/78518568 (дата звернення: 07.07.2022).
32. Постанова ВС від 30.01.2019 у справі № 912/2185/16(912/3192/17). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79718989 (дата звернення: 07.07.2022).
33. Постанова ВС від 13.02.2019 у справі № 927/84/16. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/79990944 (дата звернення: 07.07.2022).
34. Постанова ВС від 09.04.2019 у справі № Б8/180-10. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/81336692 (дата звернення: 07.07.2022).
35. Постанова ВС від 19.06.2019 у справі № 909/231/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/83030121 (дата звернення: 07.07.2022).
36. Постанова ВС від 02.10.2019 у справі № 910/9535/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/85211542 (дата звернення: 07.07.2022).
37. Постанова ВС від 12.11.2019 у справі № 911/3848/15. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/86141295 (дата звернення: 07.07.2022).
38. Постанова ВС від 16.01.2020 р. по справі № 910/17151/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87056378 (дата звернення: 07.07.2022).
39. Постанова ВС від 19.02.2020 у справі № 923/1945/15. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/87891067 (дата звернення: 07.07.2022).
40. Постанова ВС від 20.02.2020 у справі № 922/719/16. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88211046 (дата звернення: 07.07.2022).
41. Постанова ВС від 05.03.2020 у справі № 910/7295/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/88149865 (дата звернення: 07.07.2022).
42. Постанова ВС від 14.05.2020 у справі №№ 903/69/18. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89348440 (дата звернення: 07.07.2022).
43. Постанова ВС від 03.06.2020 у справі № 905/2030/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89707066 (дата звернення: 07.07.2022).
44. Постанова ВС від 09.07.2020 по справі № 910/26972/14. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90349380 (дата звернення: 07.07.2022).
45. Постанова ВС від 16.07.2020 у справі № 910/4475/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90743553 (дата звернення: 07.07.2022).
46. Постанова ВС від 06.08.2020 р. по справі № 910/126/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90882124 (дата звернення: 07.07.2022).
47. Постанова ВС від 13.08.2020 у справі № 910/4658/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94999344 (дата звернення: 07.07.2022).
48. Постанова ВС від 14.01.2021 у справі № 905/1055/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94417435 (дата звернення: 07.07.2022).
49. Постанова ВС від 19.01.2021 у справі № 916/4181/14. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94802503 (дата звернення: 07.07.2022).
50. Постанова ВС від 04.02.2021 у справі № 904/1360/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94999344 (дата звернення: 07.07.2022).
51. Постанова ВС від 11.02.2021 у справі № 910/16593/19. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/94999454 (дата звернення: 07.07.2022).
52. Постанова ВС від 18.02.2021 у справі № 904/3251/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/95103975 (дата звернення: 07.07.2022).
53. Постанова ВС від 20.05.2021 у справі № 922/3369/19. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/98083109 (дата звернення: 07.07.2022).

54. Постанова ВС від 02.06.2021 у справі № 904/7905/16. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97806436 (дата звернення: 07.07.2022).
55. Постанова ВС від 09.09.2021 у справі № 916/4644/15. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/100884643 (дата звернення: 07.07.2022).
56. Постанова ВС від 22.09.2021 у справі № 910/6639/20. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/100456026 (дата звернення: 07.07.2022).
57. Постанова ВС від 19.04.2022 у справі № 816/687/16 (адміністративне провадження № К/9901/33796/20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104044775 (дата звернення: 07.07.2022).
58. Окрема думка судді КГС ВС Банасько О. О. від 15.04.2021 у справі № 904/3325/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97770839 (дата звернення: 07.07.2022).

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/64

ПЕРЕДУМОВИ ВІДКРИТТЯ КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

PREREQUISITES FOR THE OPENING OF CASSATION PROCEEDINGS IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS OF UKRAINE

Стафійчук К.В., аспірантка кафедри адміністративного та фінансового права
Львівський національний університет імені Івана Франка

Стаття присвячена дослідженню питанням передумов відкриття касаційного провадження в адміністративному судочинстві України. У праці наголошено автором, що у випадку недотримання вимог до касаційної скарги, які встановлені законом, результатом може бути залишення без руху, повернення касаційної скарги або ж відмова у відкритті касаційного провадження. Це перешкоджає або унеможливлює відкриття касаційного провадження у справі. Авторкою виокремлено дві групи таких негативних наслідків щодо недотримання вимог до змісту касаційної скарги: недоліки, які можна усунути, що, можливо, матиме наслідком відкриття касаційного провадження у справі та недоліки та обставини, що унеможливлюють відкриття касаційного провадження, що має наслідком не прийняття до розгляду та повернення касаційної скарги або відмову у відкритті касаційного провадження.

Наголошено, що деякі недоліки касаційної скарги, яка не відповідає вимогам ст. 330 КАС України, наприклад, несплату судового збору або ж не зазначення відомостей щодо поважності причин пропуску строку на касаційне оскарження можуть бути усуненими. З цією метою суд постановляє ухвалу про залишення без руху касаційної скарги, надаючи додатковий час для усунення таких недоліків. На відміну від залишення без руху механізм повернення касаційної скарги передбачає, що провадження за касаційною скаргою не відкривається, проте скаржник не має можливості усунути недоліки такої скарги. Водночас повернення касаційної скарги не обмежує можливість скаржника повторно її подати, хоча у такому випадку необхідно буде обґрунтовувати пропуск строк на касаційне оскарження. Відмова у відкритті касаційного провадження має наслідком неможливість повторного звернення з касаційною скаргою у відповідній справі.

У статті обґрунтовано, що підстави для залишення без руху, повернення та відмови у відкритті касаційного провадження унеможливлюють його відкриття. Тому для вирішення питання про відкриття касаційного провадження у справі суд касаційної інстанції мусить перевірити всі наведені вище підстави і у разі їх відсутності відкриває провадження у справі.

Ключові слова: касаційне провадження, касація, відкриття провадження, адміністративне судочинство, Верховний Суд.

The article is devoted to the study of the preconditions for opening cassation proceedings in the administrative proceedings of Ukraine. The author emphasizes that in case of non-compliance with the requirements for a cassation appeal, which are established by law, the result may be leaving without motion, return of the cassation appeal or refusal to open cassation proceedings. This prevents or makes it impossible to initiate cassation proceedings in the case. The author singles out two groups of such negative consequences for non-compliance with the requirements for the content of the cassation appeal: shortcomings that can be eliminated, which may result in the opening of cassation proceedings and shortcomings and circumstances that make it impossible to open cassation proceedings. and return of the cassation appeal or refusal to initiate cassation proceedings.

It is emphasized that some shortcomings of the cassation appeal, which does not meet the requirements of Art. 330 CAS of Ukraine, for example, non-payment of court fees or failure to indicate information on the validity of the reasons for missing the deadline for cassation appeal can be eliminated. To this end, the court rules to leave the cassation appeal without motion, providing additional time to eliminate such shortcomings. In contrast to the dismissal, the mechanism for returning a cassation appeal provides that the proceedings on the cassation appeal are not opened, but the appellant is not able to eliminate the shortcomings of such an appeal. At the same time, the return of a cassation appeal does not limit the appellant's ability to resubmit it, although in this case it will be necessary to justify the omission of time for a cassation appeal. Refusal to initiate cassation proceedings results in the impossibility of re-filing a cassation appeal in the relevant case.

The article substantiates that the grounds for leaving without movement, return and refusal to open cassation proceedings make it impossible to open it. Therefore, in order to resolve the issue of initiating cassation proceedings in the case, the court of cassation must check all the above grounds and, in their absence, open proceedings in the case.

Key words: cassation proceedings, cassation, opening proceedings, administrative proceedings, Supreme Court.

Постановка проблеми та аналіз останніх досліджень. Конституція України гарантує, що кожен громадянин має право звертатись до суду з метою оскарження дій чи бездіяльності органів державної влади, зокрема і оскаржувати судові рішення в касаційному порядку, у випадках визначених процесуальним законом. Це право має захищатися та гарантуватися державою, адже ефективне процесуальне законодавство є фундаментом для здійснення судочинства в Україні. Особливе місце у механізмі захисту прав та свобод осіб приватного права має закріплена в адміністративному судочинстві процедура з перевірки законності судових рішень у касаційному порядку.

Дотримання вимог касаційної скарги, встановлених процесуальним законом, є визначальним для можливості відкриття касаційного провадження, адже їх недотримання тягне за собою негативні наслідки для скаржника (касатора). Водночас, такі негативні наслідки щодо недотримання вимог до змісту касаційної скарги умови можна поділити на дві групи:

1. Недоліки, які можна усунути, що в результаті їх виправлення, що, можливо, матиме наслідком відкриття касаційного провадження у справі, наприклад, несплата судового збору за подання касаційної скарги. У такому випадку суд касаційної інстанції залишає касаційну скаргу без руху і надає скаржнику час на усунення недоліків.

2. Недоліки та обставини, що унеможливлюють відкриття касаційного провадження, що має наслідком не прийняття до розгляду та повернення касаційної скарги або відмову у відкритті касаційного провадження.

Питання відкриття касаційного провадження в адміністративному судочинстві, а також роль і значення адміністративних судів у захисті прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб були предметом досліджень таких вітчизняних науковців та практиків, як-от: В. Б. Авер'янова, Ю. П. Битяка, В. М. Бевзенка, І. П. Голосніченка, О. В. Кузьменко, В. К. Колпакова, Т. О. Коломоєць, А. Т. Комзюка, С. В. Ківалова, І. Б. Коліушка, Р. О. Куйбіди, Р. С. Мельника, О. І. Миколенка, О. М. Пасенюка, Ю. С. Педька, В. Г. Перпелюка, А. О. Селіванова, В. С. Стефанюка, М. М. Тищенка, М. М. Ульмера та ін.

Метою цієї статті є дослідити передумови відкриття касаційного провадження в адміністративного судочинстві України, дослідити правові наслідки, що унеможливлюють відкриття такого провадження, що має суттєве

значення для захисту суб'єктивних публічних прав осіб приватного права.

Виклад основного матеріалу. У день надходження до суду касаційної інстанції касаційна скарга реєструється та не пізніше наступного робочого дня передається судді-доповідачу. Розподіл справ між суддями-доповідачами здійснюється за допомогою автоматизованого розподілу справ, що буде складовою Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, коли вона буде введена в експлуатацію.

Залишення касаційної скарги без руху

Не всі недоліки касаційної скарги матимуть невідворотні наслідки, що унеможливлюють відкриття касаційного провадження. Деякі з них суд надає можливість усунути, надсилаючи ухвалу про залишення без руху касаційної скарги, яка не відповідає вимогам ст. 330 КАС України. У цьому випадку суд касаційної інстанції постановляє ухвалу про залишення позовної заяви без руху протягом п'яти днів з дня подання касаційної скарги. Водночас суд у такій ухвалі вказує на недоліки касації, визначає спосіб та строк їх усунення, який не має перевищувати десяти днів з дня вручення ухвали про залишення касаційної скарги без руху. Одним із недоліків, що найчастіше трапляється в судовій практиці, є несплата або неправильна сплата судового збору, що визначається Законом України «Про судовий збір». У такому разі суд має зазначити в ухвалі точну суму судового збору, яку необхідно сплатити або доплатити. Також у таких ухвалах вказуються реквізити рахунку суду, на які має бути сплачений судовий збір.

Іншим випадком, коли суд залишає касаційну скаргу є передбачений у ч. 3 ст. 332 КАС України, коли скаржником порушено строки подання такої скарги, крім цього, у скарзі не порушується питання про поновлення таких строків або суд визнав такі підстави неповажними. Це надає можливість особі протягом десяти днів з дня вручення ухвали про залишення касації без руху звернутися із заявою про поновлення строків або вказати інші підстави для поновлення таких строків. Таку заяву розглядатиме колегія суддів суду касаційної інстанції, склад якої визначається у ст. 31 КАС України.

Питання щодо залишення касації без руху вирішується колегією суддів у складі трьох суддів не пізніше двадцяти днів з дня надходження такої касаційної скарги.

Позитивним наслідком для скаржника щодо усунення недоліків, визначених судом в ухвалі про залишення касаційної скарги без руху, є те, що вона вважається поданою у день первинного її подання до суду касаційної інстанції, якщо скаржник (касатор) зміг усунути недоліки касації у строк, встановлений судом.

Отже, можемо виокремити дві основні підстави залишення касаційної скарги без руху:

1) недотримання вимог щодо оформлення касаційної скарги, встановлених ст. 330 КАС України;

2) подання касаційної скарги після спливу строку на касаційне оскарження, визначеного ст. 329 КАС України, і, коли скаржник не порушує питання щодо поновлення цього строку або підстави, вказані у заяві, судом визнано неповажними.

Повернення касаційної скарги

Відповідно до положень ч. 2 ст. 332 КАС України до касаційної скарги, яка не оформлена відповідно до вимог ст. 330 КАС України, застосовуються положення ст. 169 КАС України. Відтак, у випадку, коли суд касаційної інстанції постановив ухвалу про залишення касаційної скарги без руху, а скаржник протягом часу, встановленого судом, не усунув недоліки касаційної скарги, то така скарга не приймається до розгляду та повертається скаржнику. Зокрема, ухвалою Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 05 квітня 2021 року у справі № 1.380.2019.006858 касаційну скаргу Західного офісу Держаудитслужби на постанову Восьмого апеляційного адміністративного суду від 13 жовтня 2020 року було повернуто скаржнику. Це було обумовлено тим, що ухвалою Верховного Суду від 10 лютого 2021 року касаційну скаргу залишено без руху з підстав несплати скаржником судового збору, зокрема ним було долучено до касаційної скарги платіжного доручення про сплату судового збору по інший справі, надано час на усунення цього недоліку. 16 лютого 2021 р. скаржник отримав ухвалу про залишення касаційної скарги без руху, проте до моменту постановляння ухвали про повернення скарги від нього будь-яких заяв чи клопотань не надходило, тому Верховний Суд ухвалив повернути таку касаційну скаргу скаржнику [1].

Інші підстави повернення касаційної скарги, визначені у ч. 5 ст. 332 КАС України:

1. Касаційна скарга подана особою, яка не має адміністративної процесуальної дієздатності, не підписана або ж підписана особою, яка не може її підписувати, або ж підписана особою, посадове становище якої не вказано. Наприклад, ухвалою Верховного Суду у складі Касаційного адміністративного суду від 12 липня 2021 р. у справі № 580/4761/20 вирішено касаційну скаргу Державної податкової служби України (далі – ДПС України) на постанову Шостого апеляційного адміністративного суду від 12 травня 2021 року повернути скаржнику, оскільки така скарга не була підписана представником ДПС України [2].

2. Касаційну скаргу подано в інший спосіб, ніж до Верховного Суду. Зокрема, ухвалою Верховного Суду у складі судді-доповідача Касаційного адміністративного суду Уханенка С. А. від 05 листопада 2019 року у справі № 440/2586/19 було повернуто касаційну скаргу, подану на постанову Другого апеляційного адміністративного суду від 23 вересня 2019 року про відмову у забезпеченні позову у справі за позовом приватного нотаріуса Полтавського міського нотаріального округу ОСОБА_1 до Міністерства юстиції України, треті особи: Нотаріальна палата України, Державне підприємство «Національні інформаційні системи», про визнання протиправним та скасування наказу. У цій справі ОСОБА_1 повторно подала касаційну скаргу до Вищого адміністративного суду України, який з 15 грудня 2017 року припинив свою процесуальну діяльність та перебуває у процедурі ліквідації. У зв'язку з тим, що така скарга не була подана до Верховного Суду, а до Вищого адміністративного суду України, то суддя-доповідач Верховного Суду ухвалив повернути її скаржнику [3].

3. Скаржник відкликав касаційну скаргу до надсилання ухвали про відкриття касаційного провадження. Наприклад, у справі № 320/3739/19 Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду постановив ухвалу від 15 липня 2021 року, в якій задовольнив заяву адвоката Овчаренко В. Ю. в інтересах ОСОБА_1 про відкликання касаційної скарги ОСОБА_1 на постанову Шостого апеляційного адміністративного суду від 07 квітня 2021 року. Суд вказав, що оскільки враховуючи, що касаційне провадження за вказаною скаргою не відкрито, а представник подав власноручно підписану ним заяву про відкликання касаційної скарги, суд дійшов висновку про необхідність повернення касаційної скарги особі, що її подала [4].

4. Касаційна скарга не містить підстав для оскарження судового рішення в касаційному порядку, що визначений КАС України. Зокрема, ухвалою Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 03 серпня 2021 року у справі № 640/2851/20 касаційну скаргу Головного управління ДПС у м. Києві на рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 28.09.2020 та постанову Шостого апеляційного адміністративного суду від 03.02.2021 повернуто скаржнику. В ухвалі Верховний Суд наголошує, що скарга відповідача фактично у частині обґрунтування вимог до суду

касаційної інстанції, містить лише посилання на фактичні обставини справи без зазначення конкретно у чому полягає неправильне застосування норм матеріального права. До того ж відповідач вже звертався з касаційною скаргою і вона поверталася скаржнику як така, що не містила підстав касаційного оскарження. Повторно подана касаційна скарга так і не усуває недоліків, на які було вказано Верховним Судом, додаткових обґрунтувань не містить. Це свідчить, за твердженням Верховного Суду, про формальний підхід до оформлення касаційної скарги та ігнорування скаржником роз'яснень, які надавалися йому Верховним Судом щодо вимог до змісту касаційної скарги в частині визначення підстав касаційного оскарження судових рішень [5].

Питання щодо повернення касаційної скарги Верховний Суд вирішує протягом двадцяти днів з дня надходження касаційної скарги або з дня закінчення строку на усунення недоліків. Водночас важливим є те, що повернення касаційної скарги не позбавляє особу можливості звернутися знову з касаційною скаргою, проте в межах строку касаційного оскарження, а коли така скарга подана пізніше, може просити про поновлення строку на касаційне оскарження, якщо причини пропуску такого строку є поважними.

У ч. 7 ст. 332 КАС України визначено наслідки повернення касаційної скарги. Так, копія ухвали про її повернення надсилається учасникам справи, а скаржнику надсилається копія ухвали про повернення касаційної скарги разом з касаційною скаргою та доданими до неї матеріалами. Натомість копія касаційної скарги залишається у Верховному Суді.

Відмова у відкритті касаційного провадження

Відмова у відкритті касаційного провадження є безальтернативною ситуацією, в якій відкриття касаційного провадження є неможливим. Це загалом не вважається обмеженням права на доступ до правосуддя, регламентованого ст. 6 Конвенції про захист прав і основоположних свобод 1950 р., адже містить чіткий перелік таких випадків, крім того, як вже зазначалось, право на касаційне оскарження не є абсолютним і передбачене у випадках, встановлених процесуальним законом.

Відтак законодавець навів вичерпний перелік підстав, які унеможливлюють відкриття касаційного провадження у справі у ст. 333 КАС України. До них належать наступні випадки:

1. Касаційну скаргу подано на судове рішення, що не може бути оскаржене у касаційному порядку. Це одна з найчисленніших випадків відмови у відкритті касаційного провадження після введення «касаційних фільтрів» у січні 2020 року.

Суттєве значення при вирішенні питання про можливість відкриття касаційного провадження матиме і форма адміністративного судочинства, яка визначається судом першої інстанції при відкритті провадження у справі. Адже у випадку розгляду справи за правилами спрощеного позовного провадження можливість відкриття касаційного провадження не передбачається, крім деяких винятків. Крім того, для деяких категорій адміністративних справ не передбачено можливості касаційного оскарження, зокрема до них відносяться оскарження рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо притягнення до адміністративної відповідальності. Наприклад, ухвалою від 16 серпня 2021 року Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду у справі 742/237/21 відмовив у відкритті касаційного провадження у справі за позовом про оскарження постанови Північної митниці Державної митної служби України від 06 січня 2021 року у справі про притягнення її до адміністративної відповідальності за порушення митних правил за ст. 485 Митного кодексу України. Суд вказав, що зважаючи на особливості розгляду цієї категорії справ, передбачені у ст. 286 КАС України, судові рішення, ухвалені за наслідками апеляційного перегляду справ з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо притягнення до адміністративної відповідальності касаційному оскарженню не підлягають [6].

2. Коли є ухвала про закриття касаційного провадження у зв'язку з відмовою від раніше поданої касаційної скарги цієї самої особи на це ж судове рішення. Цей пункт стосується тих випадків, коли раніше скаржник у касаційному провадженні відмовився від поданої ним скарги і така відмова була прийнята Верховним Судом, у результаті чого касаційне провадження закривається, а в подальшому така особа позбавлена можливості повторно звертатись з касаційною скаргою у цій справі.

3. Випадки, коли є постанова про залишення касаційної скарги цієї ж особи без задоволення або ухвала про відмову у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою цієї особи на це саме судове рішення. Наприклад, ухвалою Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 14 червня 2021 року у справі № 440/1488/20 відмовлено у відкритті касаційного провадження з огляду на те, що раніше ухвалами Верховного Суду вже було відмовлено у відкритті касаційного провадження за касаційною скаргою тієї ж особи. Суд звернув увагу скаржника, що законодавець, встановивши такі процесуальні правила, обмежив можливість суду касаційної інстанції повертатись до вирішення питання про відкриття касаційного провадження за касаційною скаргою особи, за скаргою якої вже було відмовлено у відкритті касаційного провадження на це ж саме судове рішення. Ці правила є чіткими, а процесуальне законодавство не містить виключень щодо їх застосування [7].

4. Скаржник не подав заяву про поновлення строку на касаційне оскарження або наведені ним підстави для поновлення такого строку визначено судом неповажними. Наприклад, у справі № 380/1107/20 Верховний суд виніс ухвалу від 13 липня 2021 року, якою відмовив у задоволенні заяви Головного управління ДПС у Львівській області, утвореного на правах відокремленого підрозділу ДПС, про поновлення строку на касаційне оскарження. У цій справі Головне управління ДПС у Львівській області вже зверталось із касаційною скаргою, яка була залишена без руху, проте причини пропуску такого строку, зазначені у заяві скаржника про поновлення строку на касаційне оскарження визнано Верховним Судом неповажними, а тому суд відмовив у відкритті касаційного провадження з цієї підстави.

5. Суд у наступних випадках дійшов висновку, що касаційна скарга є необґрунтованою, зокрема:

а) у випадку оскарження ухвали (крім ухвали, якою закінчено розгляд справи), якщо правильне застосування норми права є очевидним і не викликає розумних сумнівів щодо її застосування чи тлумачення.

б) суд відмовляє у відкритті касаційного провадження з перегляду ухвали про повернення заяви позивачеві (заявникові), а також судових рішень у деяких категорія справ, зокрема у справах за адміністративними позовами органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування про встановлення обмеження щодо реалізації права на свободу мирних зібрань, у справах за адміністративними позовами про усунення перешкод та заборону втручання у здійснення права на свободу мирних зібрань, у справах з приводу рішень, дій або бездіяльності органу державної виконавчої служби, приватного виконавця та у справах за адміністративними позовами з приводу примусового повернення чи примусового видворення іноземців або осіб без громадянства за межі території України, якщо рішення касаційного суду за наслідками розгляду такої скарги не може мати значення для формування єдиної правозастосовної практики.

6. Верховний Суд вже викладав у висновок щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, порушеного в касаційній скарзі на рішення суду першої інстанції після апеляційного перегляду справи та/або постанову суду апеляційної інстанції повністю або частково, і суд апеляційної інстанції переглянув судове рішення відповідно до такого висновку (крім випадку наявності постанови Верховного Суду про відступлення від такого висновку або коли Верховний Суд вважатиме за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах).

Питання про відмову у відкритті касаційного провадження Верховний Суд вирішує протягом двадцяти днів з дня надходження касаційної скарги або з дня закінчення строку на усунення її недоліків. Така ухвала підписується всім складом суду та має містити мотиви, з яких суд дійшов висновку про відсутність підстав для відкриття касаційного провадження [8]. Копія такої ухвали разом з касаційною скаргою та доданими до скарги матеріалами направляються скаржнику, копія касації залишається в суді касаційної інстанції.

Висновки. Отже, чітке дотримання вимог процесуального закону щодо форми та змісту касаційної скарги безпосередньо впливає на наступне відкриття касаційного провадження. Водночас касаційне оскарження є винятковим та можливе у випадках, передбачених законом, тому навіть якщо касаційна скарга написана у повній відповідності до закону, це ще означає обов'язковість відкриття касаційного провадження. «Касаційні фільтри» та розсуд суду визначатимуть підставність для відкриття касаційного провадження у справі.

Відтак наведені у статті підстави для залишення без руху, повернення та відмови у відкритті касаційного провадження унеможливлюють його відкриття. Тому для вирішення питання про відкриття касаційного провадження у справі суд касаційної інстанції мусить перевірити всі наведені вище підстави і у разі їх відсутності відкриває провадження у справі. Відмова у відкритті касаційного провадження має наслідком неможливість повторного звернення з касаційною скаргою у відповідній справі, а відтак має виноситися лише з підстав, визначених законом, адже в іншому випадку може бути порушеним право особи на доступ до правосуддя, гарантований ст. 55 Конституції України, а також ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ухвала Верховного Суду у складі Касаційного адміністративного суду від 05 квітня 2021 р. у справі № 1.380.2019.006858 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/96015896
2. Ухвала Верховного Суду у складі Касаційного адміністративного суду від 12 липня 2021 р. у справі № 580/4761/20 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/98245203
3. Ухвала Верховного Суду у складі Касаційного адміністративного суду від 05 листопада 2019 р. у справі № 440/2586/19 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/85411715
4. Ухвала Верховного Суду у складі Касаційного адміністративного суду від 15 липня 2021 р. у справі № 320/3739/19 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/98343877
5. Ухвала Верховного Суду у складі Касаційного адміністративного суду від 07 червня 2021 р. у справі № 520/4287/2020 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97494857
6. Ухвала Верховного Суду у складі Касаційного адміністративного суду від 16 серпня 2021 р. у справі № 742/237/21 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99037333
7. Ухвала Верховного Суду у складі Касаційного адміністративного суду від 14 червня 2021 р. у справі № 440/1488/20 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97628205
8. Кодекс адміністративного судочинства України. *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text

УДК 342 951
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/65

ПРАВОВИЙ ЗАХИСТ СУСПІЛЬСТВА ВІД ДЕЗІНФОРМАЦІЇ

LEGAL PROTECTION OF SOCIETY AGAINST MISINFORMATION

Тімашов В.О., д. ю. н., доцент,
професор кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права
Державний торговельно-економічний університет

Ніколаєва Л.В., к. ю. н., професор,
професор кафедри адміністративного, фінансового та інформаційного права
Державний торговельно-економічний університет

Михайличенко В.Г., студент ІІІ курсу факультету міжнародної торгівлі і права
Державний торговельно-економічний університет

Стаття присвячена аналізу правового захисту суспільства від шкідливої інформації. Наголошено на важливості інформації в сучасному суспільстві, на тому, як вона впливає на повсякденне життя. Звернено увагу на важливість дотримання якості інформації і на те, до чого призводить відсутність контролю за якістю інформації та складнощах, пов'язаних із боротьбою з дезінформацією.

Показано небезпечність і поширеність цього явища не лише на території нашої держави, а і в глобальному вимірі. Вказано на ту значну роль, яку грають соціальні мережі в процесі поширення дезінформації і пропаганди у всьому світі та на тому, як вони впливають на виборчий процес в демократичних державах.

Проаналізовано вітчизняні законодавчі положення щодо питання шкідливої інформації, наведено думку законодавця щодо цього явища, позитивні і негативні аспекти такого бачення. Наголошено на важливості нормативного закріплення поняття негативної інформації, на факті порушення фундаментального принципу верховенства права і на можливості зловживання таким становищем посадовими особами.

В роботі наведені різноманітні поняття та види шкідливої інформації. Проаналізовано наукові бачення на явище поняття негативної інформації, та її види, охарактеризовано визначальні ознаки даної інформації. Наведені авторські поняття шкідливої інформації, дезінформації та пропаганди. Надані базові ознаки цих понять, методів, та суб'єктів, що використовують ці засоби, виокремлено ті об'єкти, на які посягають ці суб'єкти. Також окреслено ті види шкоди, що спричиняється через вплив шкідливої інформації.

Особливу увагу приділено на важливості якості інформації, що знаходиться в обігу і використовується на території України. Наведено можливі правові механізми дотримання якості інформації, способи попередження поширення соціально-шкідливої інформації. Запропоновано створити відповідний орган з метою боротьби зі шкідливою інформацією на території України і створення нормативних зобов'язань для соціальних мереж по всьому демократичному світу для подолання негативних ефектів суспільно небезпечної інформації. Наголошено і на тому, яку загрозу несе неправильна реалізація і закріплення поняття шкідливої інформації, яку суспільну небезпеку може становити неправильно імплементовані механізми захисту суспільства від негативної інформації і як ці механізми можуть стати інструментами боротьби з політичними опонентами і непокорою громадян з діями посадових осіб.

Запропоновано розпочати суспільний і науковий діалог на тему захисту суспільства від шкідливої інформації з метою виведення можливих варіантів вирішення питання подолання цього негативного явища. Наголошено на важливості цього діалогу для розвитку суспільства і захисту прав та свобод людини, інтересів суспільства.

На основі досліджених матеріалів, винесено відповідні висновки і пропозиції щодо вдосконалення законодавства України у сфері інформаційної політики.

Ключові слова: інформаційне право, інформаційна політика, шкідлива інформація, види шкідливої інформації, дезінформація, пропаганда, правовий захист, правовий механізм, принцип верховенства права, захист прав і свобод, юридична відповідальність.

The article is dedicated to the analysis of legal protection of society from harmful information. The accent is being made on importance of information in modern society, and how it impacts our everyday life. The attention focused on the importance of maintaining quality of information and the need to check the quality of information and the difficulties associated with combating misinformation.

The danger and prevalence of this phenomenon is shown not only in our country, but also in the global dimension. The significant role that social networks play in the process of spreading misinformation and propaganda around the world and how they affect the electoral process in democracies is pointed out.

The domestic legislative provisions on the issue of harmful information are analyzed, the legislator's opinion on this phenomenon, positive and negative aspects of such vision are given. The importance of normative consolidation of the concept of negative information, the fact of violation of the fundamental principle of the rule of law and the possibility of abusive behavior from officials because of such state of affairs are emphasized.

The paper presents various concepts and types of harmful information. The scientific visions on the phenomenon of the concept of negative information and its types are analyzed, the defining features of this information are characterized. Author's notions of harmful information, misinformation and propaganda are given. The basic features of these concepts, methods, and subjects who use these tools are given, the objects that are encroached upon by these subjects are singled out. It also outlines the types of damage caused by the impact of harmful information.

Particular attention is paid to the importance of the quality of information in circulation and use in Ukraine. Possible legal mechanisms for maintaining the quality of information, ways to prevent the spread of socially harmful information are presented. It is proposed to create an appropriate body to combat harmful information in Ukraine and create regulatory obligations for social networks around the democratic world to overcome the negative effects of socially dangerous information. Emphasis is also placed on the threat posed by incorrect implementation and consolidation of the concept of harmful information, the public danger posed by improperly implemented mechanisms to protect society from negative information and how these mechanisms can become tools to suppress political opponents and disobedience of a populace.

It is proposed to start a public and scientific dialogue on the protection of society from harmful information in order to identify possible solutions to overcome this negative phenomenon. The importance of this dialogue for the development of society and protection of human rights and freedoms, the interests of society is emphasized.

Based on the researched materials, the relevant conclusions and proposals for improving the legislation of Ukraine in the field of information policy were made.

Key words: information law, information policy, harmful information, types of harmful information, misinformation, propaganda, legal protection, legal mechanism, principle of rule of law, protection of rights and freedoms, legal responsibility.

Постановка проблеми. Надзвичайно важливим постає питання про те, яку інформацію отримує суспільство щодня, як можна обмежити суспільство від шкідливої інформації та як це можливо закріпити на законодавчому рівні без значного обмеження гарантованих Конституцією, законами України і міжнародними договорами прав на інформацію, свободу думки і слова. В сучасному, глобалізованому світі все більшу роль відіграє якість інформації, яку отримує суспільство. Ступінь інформованості суспільства з приводу тих чи інших питань впливає на широке коло питань: від того, що варто і не варто купувати в магазині і, закінчуючи тим, за кого голосувати на виборах.

Зважаючи на це, постає питання про визначення основоположних характеристик цього деструктивного і негативного для розвитку суспільних відносин явища. Важливість такого закріплення викликана не лише фактом суспільної небезпеки від дезінформації, а і через те, що це відповідатиме одній із складових принципу верховенства права – законності. Надаючи чітку правову характеристику соціально-шкідливій інформації, держава визнає вагомість такої інформації і особливо те, які значні негативні наслідки несе це явище.

Також, вже не перший рік виникає занепокоєння і тривога через зростаючий рівень дезінформації, пропаганди та інших видів шкідливої інформації, загрозу цих явищ та можливі варіанти попередження і боротьби з ними. При цьому, варто зосередити увагу і зусилля саме на попередженні цих деструктивних явищ. Оскільки наслідки для охоронюваних законом правовідносин від негативної інформації надзвичайно великі і кількість ресурсів, необхідних для подолання цих наслідків, переважає ті, що могли бути витрачені на стадії попередження.

Постає питання виокремлення різноманітних видів шкідливої інформації, законодавчого закріплення такого поділу, з метою ефективного регулювання правовідносин у сфері інформаційного та інших галузей права. Такий поділ значно підвищить ступінь захисту охоронюваних законом правовідносин.

Також важливим є створення ефективного правового механізму відокремлення шкідливої інформації від нешкідливої, дезінформації від оціночного судження, тези пропаганди від гідного аргументу тощо. Такий правовий механізм має працювати з тим надзвичайним масивом інформації, який щодня циркулює по всіх можливих каналах інформації без значного сповільнення обміну інформацією та без обмеження права на інформацію. При цьому такий механізм має бути політично нейтральним і таким, що не буде майданчиком для просування чи навпаки, замовчування «непотрібної» для чинної влади інформації, а буде діяти винятково в інтересах суспільства.

Однак для знаходження такого балансу між правами і обмеженнями і для створення належного правового механізму необхідний значний суспільний і науковий діалог на цю тему. Також, після реалізації тих чи інших заходів щодо запобігання явищу шкідливої інформації на практиці, має бути проведено ґрунтовний аналіз практичного застосування цих заходів і, у разі необхідності, їх корегування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми, виділення раніше не вирішених частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Дослідженням питання шкідливої інформації у своїх наукових працях займалися такі науковці – І. Л. Бачило, С. Л. Гнатюк, Ів-Марі Дубле, З. В. Кузнецова, А. В. Левченко, О. О. Лисенко, О. В. Міндалеєв, О. В. Олішевський, М. Пілат, та інші.

Аналіз та дослідження наукової літератури свідчить про те, що тематика шкідливої інформації часто розглядається через призму інших тематик, наприклад, через педагогічні чи політичні. Дослідженню самого поняття шкідливої інформації присвячено дуже мало робіт, що свідчить про малу увагу наукового товариства до даної теми, попри її важливість.

Таким чином, необхідність детального дослідження і розроблення теоретичних питань та практичних рекомендацій щодо реалізації єдиного підходу щодо боротьби з шкідливою інформацією обумовлює актуальність обраної теми дослідження.

Метою наукового дослідження є вивчення вітчизняного законодавства і наукової літератури у сфері інформаційного права, виведення єдиного поняття шкідливої інформації і способів боротьби з цим явищем.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 1 ЗУ Про інформацію, інформацією є будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді [1]. В цьому ж законі визначені підстави і випадки обмеження права на інформацію, а саме в ч. 2 ст. 6 право на інформацію може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку, з метою запобігання заворушенням чи кримінальним правопорушенням, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя [1]. В цьому положенні закладено основоположний принцип правової держави, а саме законність. Цей принцип є визначальним і таким, що охороняє право людини в Україні на інформацію від свавільного обмеження цього права.

З одного боку такий принцип є фундаментом для демократичної і функціонуючої держави. Наявність таких обмежень не дає можливість обмежувати доступ до тієї інформації, що може негативно вплинути на того чи іншого політика. Також для функціонування такої моделі держави необхідне проінформоване і свідоме суспільство. Таке суспільство має вимагати від відповідних політиків і посадових осіб приймання тих рішень, які від цієї особи очікують, внаслідок обіцянок, даних під час виборчої кампанії чи внаслідок обов'язків на займаній посаді. Проінформованість як раз і гарантується плюралізмом думок і джерел інформації, які можуть вільно надавати всю необхідну інформацію, надаючи різні погляди на ту чи іншу ситуацію. Свідоме суспільство означає таке суспільство, яке зможе адекватно і раціонально сприймати ту чи іншу інформацію, правильно її аналізувати і виносити для себе і оточуючих відповідні, правильні висновки.

Проте, зважаючи на ту величезну кількість інформації, яка щодня циркулює по соціальних мережах, можна дійти висновку, що обов'язкове законодавче обмеження шкідливої інформації ніяк не відповідає сучасним умовам. Таке повільне і малоефективне обмеження призводить до надмірної кількості дезінформації, що не дозволяє більшості суспільства адекватно сприймати реальність. Це можна було побачити по кількості фейків щодо вакцинації [2] та відсотку вакцинованих в Україні [3]. При цьому, для того, щоб надати повну і таку, що підкріплену фактами відповідь, необхідно витратити від декількох годин до декількох днів, в залежності від важкості теми. Однак для того, щоб створити нову шкідливу інформацію, необхідно значно менше часу і зусиль.

При цьому, проблема з дезінформацією характерна не лише для України, а і для всього розвинутого демократичного світу, зокрема для ЄС і США. Про це говориться в доповіді Ів-Марі Дубле, де вказано, що Фейсбук (соціальна мережа, якою активно користуються понад 1,5 млрд осіб на місяць) створив цільову парадигму, що дозволяє політичним партіям під час виборчих кампаній мати доступ до понад 162 мільйонів користувачів у США та індивідуально вибирати їх відповідно до їхнього віку, статі, виборчого округу й інтересів. Зокрема, наголошено, що цифрові медіа використовують алгоритмічні процеси

для вибирання як клієнтів, так і виборців. Облікові записи ботів використовують для впливу на політичний дискурс. Через них роблять твіти та ретвіти з лайками й підписниками, аби охопити широку аудиторію, але такі лайки та підписники часто є штучними. Навіть більше, недавнє дослідження Массачусетського технологічного інституту показало, що фальшиві новини поширюються швидше, ніж реальні. Згідно з цим дослідженням у фальшивих новин на 70 % більше шансів на ретвіт, ніж у правдивих історій, а правдивим історіям потрібно приблизно в шість разів більше часу порівняно з фальшивими новинами, аби бути побаченими хоча б 1500 особами [4, ст. 6].

Зважаючи на це, варто визначити поняття шкідливої інформації, основні ознаки, шо є характерними для шкідливої інформації і виокремити визначальні ознаки окремих видів даного поняття. Варто зазначити, що в цій роботі будуть використовуватися терміни шкідлива інформація, негативна інформація, соціально-шкідлива і негативна інформація і ми вкладаємо в них однаковий смисл.

На жаль, у вітчизняному законодавстві відсутнє поняття шкідливої інформації чи інших аналогів цього поняття (негативна, соціально-шкідлива, небезпечна тощо). Можна звернутися до Указу Президента України Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 жовтня 2021 року «Про Стратегію інформаційної безпеки», де через поняття інформаційної безпеки частково розкривається бачення законодавця на поняття шкідливої інформації. Інформаційна безпека України – складова частина національної безпеки України, стан захищеності державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу, інших життєво важливих інтересів людини, суспільства і держави, за якого належним чином забезпечуються конституційні права і свободи людини на збирання, зберігання, використання та поширення інформації, доступ до достовірної та об'єктивної інформації, існує ефективна система захисту і протидії нанесенню шкоди через поширення негативних інформаційних впливів, у тому числі скоординоване поширення недостовірної інформації, деструктивної пропаганди, інших інформаційних операцій, несанкціоноване розповсюдження, використання й порушення цілісності інформації з обмеженим доступом [5]. Серед основних загроз та викликів інформаційній безпеці зазначається: збільшення кількості глобальних дезінформаційних кампаній, інформаційна політика Російської Федерації, соціальні мережі як суб'єкти впливу в інформаційному просторі і недостатній рівень медіаграмотності (медіакультури) в умовах стрімкого розвитку цифрових технологій.

Зрозуміло, що основну увагу в цьому документі приділено саме інформаційній політиці Російської Федерації, як державі-агресорові. Деструктивна діяльність цієї держави призвела до відкритої війни між Російською Федерацією і Україною, не лише через цілеспрямовані пропагандистські кампанії на території нашої держави, держав ЄС і США, а і через фінансування лобістів проросійських інтересів у цих державах та інші дії. Проте не треба забувати і про можливість застосування такої правової невизначеності нашими посадовими особами в майбутньому. Оскільки, відсутність законодавчого закріплення такого поняття є порушенням принципу правової визначеності, що в свою чергу може призвести до зловживання таким положенням. Оскільки користуючись розпливчатим терміном «негативні інформаційні впливи» можна забороняти будь-які «незручні» для чинної влади засоби масової інформації чи інші джерела інформації.

Також, без чіткого розуміння того, яка інформація є шкідливою і такою, що завдає шкоду національним інтересам, можуть виникати кримінальні правопорушення, які могли бути легко уникнуті. Таке розуміння критеріїв, які дають можливість особі відокремити неправомірну поведінку від правомірної, розуміння юридичних наслідків і передбачуваність цих критеріїв і наслідків дають змогу прогнозувати і планувати свої дії. Звичайно, більшість інформації поширюється користувачами без умислу заподіяння шкоди національній безпеці чи просто помилково. Однак, на нашу думку, коли є можливість уникнути вчиненню кримінального правопорушення, особливо такого, що завдає значної шкоди суспільству, необхідно вжити всіх можливих заходів для попередження цього кримінального правопорушення.

Необхідно шукати визначення шкідливої інформації в науковій літературі. За визначенням О. В. Олішевського, соціально-шкідливою інформацією є будь-які символи, образи, відомості та/або дані, здатні шляхом психологічного впливу завдати шкоди законним правам, свободам та інтересам людини, суспільства чи держави [6, ст. 398].

О. О. Лисенко визначає шкідливу інформацію як інформацію, що посягає на життєво важливі інтереси особи, суспільства і держави, характер і ступінь суспільної небезпеки дії якої обумовлюють необхідність ухвалення державою таких заходів, які б забезпечували належний правовий захист від втрат, що завдаються цим суб'єктам у результаті її розповсюдження. До цього поняття вона додає і ряд ознак, а саме: розповсюдження (надання) помилкової (неповної, спотвореної) інформації або ж правдивої, але невигідної інформації, що приховується або інтерпретується об'єктом; загроза спричинення (спричинення) шкоди життю, здоров'ю, іншим інтересам; легкість для сприйняття; приховування шкідливого спрямування; інформаційно-психологічна дія (з метою стимулювання певного типу поведінки) тощо [7, ст. 9]. Однак в цьому визначенні інформація визначається через інформацію. Також, не додає конкретики теза про «необхідність ухвалення державою таких заходів, які б забезпечували належний правовий захист».

А. О. Левченко розкриває шкідливу інформацію як сукупність відомостей або даних, зміст яких посягає на встановлені у суспільстві цінності і розповсюдження яких може завдати шкоди особі, державі або суспільству [8, ст. 368].

Також, можна згадати і ті види шкідливої інформації, які надаються цими та іншими вченими. О. О. Лисенко пропонує об'єднати шкідливу інформацію в п'ять груп:

1. Інформація, що посягає на честь, гідність і ділову репутацію.
2. Неналежна реклама.
3. Інформація, що негативно впливає на суспільну мораль.
4. Інформація, що породжує дискримінацію прав і законних інтересів особи.
5. Інформація, що здійснює неусвідомлювану негативну дію на здоров'я людей [7, ст. 10].

А. О. Левченко замість інформації, що негативно впливає на суспільну мораль, зазначає непристойну інформацію або порнографію [8, ст. 368].

О. В. Міндалеєв окрім вищеназваних надає і такі:

1. Неправдива інформація (або неповна, неточна, недостовірна тощо).
2. Інформація про обмежені в обороті шкідливі для здоров'я товари і послуги, переваги їх використання.
3. Інформація, що завдає шкоду здоровому розвитку дітей [8, ст. 368].

На нашу думку, типологія, запропонована О. В. Міндалеєвим не надає додаткових груп інформації, оскільки, неправдива інформація це одна із характеристик шкідливої інформації, яка характерна для всіх видів небезпечної інформації. Щодо інформації про обмежені в обороті шкідливі для здоров'я товари і послуги, переваги їх використання і інформації, що завдає шкоду здоровому розвитку дітей, то їх можна віднести до вже існуючих груп, зокрема до інформації, що здійснює неусвідомлену негативну дію на здоров'я чи до неналежної реклами.

М. Пілат також додає ще такі види шкідливої інформації:

– інформація, що може спровокувати соціальну, расову, національну чи релігійну ненависть та ворожнечу;

– заклики до війни;

– пропаганда ненависті, ворожнечі через зневагу чи перевагу [8, ст. 368].

На нашу думку, шкідливою інформацією є такі дані, знаки, символи, що через свою помилковість, спотвореність, неповноту, перекрученість та інші маніпуляції, які спричинені свідомими чи несвідомими діями відповідних суб'єктів, завдають шкоду охоронюваним правам і свободам людини, призводять до значних економічних, соціальних, політичних чи інших втрат суспільства, людини і держави. Таким чином, можна виокремити такі основоположні ознаки: це дані, знаки, символи, що містять певну інформацію; ця інформація є помилковою, спотвореною, неповною, перекрученою тощо; вона стала такою через свідомі чи несвідомі дії певних суб'єктів (журналістів, кураторів бото-ферм, пересічних користувачів соціальних мереж тощо); така інформація завдає шкоду охоронюваним законом правовідносинам. Варто відзначити, що такі ознаки як легкість до сприйняття і інформаційно-психологічна дія (з метою стимулювання певного типу поведінки), що були названі О. О. Лисенко, не є характерними для всіх видів шкідливої інформації, оскільки часто шкідливу інформацію можуть використовувати не стільки з метою надання неправдивої чи неповної інформації чи з метою спонукати вчинити чи не вчиняти певні дії, а з метою заплутати споживачів інформації і таким чином відбити всякий інтерес до певної теми (наприклад, внутрішня інформаційна політика Російської Федерації, де основною метою війни з Україною називали «денацифікацію», а зараз про це навіть і не згадується, замість чого називаються інші причини).

При цьому, під соціальними втратами ми розуміємо такі втрати, що пов'язані з нанесенням збитків здоров'ю і життю людини; під політичними втратами ми розуміємо такі втрати, що призвели до погіршення політичної ситуації в державі, наприклад, внаслідок обрання на виборні посади популістів чи демагогів чи через інші демократичні процедури.

Також, варто надати визначення певним термінам, що не мають правового закріплення у вітчизняному законодавстві, а саме:

• Дезінформація – це цілеспрямована, умисна діяльність з метою надати завідомо хибну інформацію про певні події чи речі. Або, за визначенням Рене Діреста, це навмисна спроба змусити людей повірити в ті речі, які є неточними. До дезінформації належить сфабрикована, змішана з фактами та реальними подіями інформація, яка суттєво відрізняється від будь-яких схожих на новини даних, а також це автоматизовані облікові записи, які використовують для функціонування мереж прихильників фейкових новин, зрежисовані відео чи цільова реклама. Таку техніку використовує одна група, щоб таргетувати іншу групу (здійснити на неї вплив, скеровуючи її у потрібному напрямку) та ввести в оману читачів [4, ст. 5]. При цьому, зараз популярним став термін фейкові новини і деякі вчені ставлять ці два поняття в один ряд чи взагалі ототожнюють, що є неправильним, оскільки, цей термін став доволі активно використовуватися політиками та їх прихильниками для того, щоб спростувати чи нівелювати ту неприйнятну чи неприємну інформацію. Через це, даний термін не може бути адекватно використаний для даного дослідження і ми будемо використовувати термін дезінформація.

• Пропаганда – це цілеспрямована інформаційна кампанія, направлена на широке коло осіб для поширення чи/або нав'язування певних поглядів з метою впливу на суспільну думку з певного питання. Така інформація має бути легкою для сприйняття (зрозумілі гасла, яркі плакати тощо) і часто, але не завжди, з ідеологічною спрямованістю. Варто відзначити, що пропаганда часто виражається через публічні заклики, але не всі публічні заклики є пропагандою, оскільки публічні заклики є одним із засобів поширення пропаганди. Також, необхідно наголосити, що не вся пропаганда може носити негативний характер, наприклад, пропаганда здорового способу життя чи пропаганда науки поширюють позитивні і корисні для людини і суспільства якості. Негативного характеру пропаганда набуває тоді, коли через неї намагаються поширити деструктивні, часто ідеологічно забарвлені ідеї і також, якщо в ній присутні такі методи: перехід на особистості, апелювання до авторитету, страху, народу, багатократне повторення, заклик щодо приєднання до маси, культ особи, демонізація ворога, дезінформування, навішування ярликів тощо [9].

Однак, неможливо побороти чи хоча би зменшити вплив шкідливої інформації лише за допомогою надання правового визначення поняття шкідливої інформації. Для цього необхідно передбачити певні правові механізми для боротьби з цим явищем, а саме: створення відповідного органу, що буде відповідати за «фільтрацію» тієї інформації, яка споживається на території України або надання вже існуючим органам таких повноважень; створення правових зобов'язань для соціальних мереж, щоб вони самі перевіряли ту інформацію, що знаходиться на їх платформах.

Необхідно проаналізувати повноваження вже існуючого органу, який опікується питаннями інформаційної безпеки в Україні – Міністерство інформаційної політики України. В Положенні про Міністерство інформаційної політики України прямо не передбачені повноваження щодо «фільтрації» інформації, що знаходиться в обігу на території України однак є суміжні повноваження, а саме (пп. 5, 6, 11, 12, 16, 17, 23-2, 23-4):

5) здійснює нормативно-правове регулювання у сфері забезпечення інформаційного суверенітету України, зокрема з питань поширення суспільно важливої інформації в Україні та за її межами, а також забезпечення функціонування державних інформаційних ресурсів;

6) бере участь у формуванні державної інформаційної політики;

11) розробляє плани заходів щодо сприяння незалежності засобів масової інформації, захисту прав журналістів та споживачів інформаційної продукції;

12) організовує проведення досліджень впливу результатів діяльності засобів масової інформації на суспільну свідомість;

16) розробляє та вносить на розгляд Кабінету Міністрів України програмні документи у сфері захисту інформаційного простору України від зовнішнього інформаційного впливу;

17) сприяє дотриманню в Україні свободи слова;

23-2) сприяє популяризації та формуванню позитивного іміджу України у світових інформаційних ресурсах та національних інформаційних ресурсах іноземних держав з метою захисту її політичних, економічних та соціально-культурних інтересів, зміцнення національної безпеки і відновлення територіальної цілісності України;

23-4) забезпечує організацію та проведення інформаційних, комунікаційних кампаній, публічних заходів з метою інформування населення про реформи, що проводяться Кабінетом Міністрів України та іншими державними органами, а також спрямованих на підтримку національно-патріотичного виховання, популяризацію здорового способу життя, фізичної культури і спорту, розвитку особистості, підвищення рівня правової культури населення, зміцнення національної єдності, консолідації українського суспільства та взаємодії з громадськістю тощо [10].

Дивлячись на ці повноваження і на практичну діяльність цього міністерства, можна дійти висновку, що цей орган доволі ефективно виконує поставлені задачі. Однак, на нашу думку, неможливо надати цьому органу повноваження щодо перевірки суспільно-значимої інформації з таких причин:

це – центральний орган виконавчої влади, а отже перевірка на правдивість заяв, наприклад, народних депутатів можу бути розглянута як посягання на незалежність законодавчої гілки влади, через що відповідні перевірки не матимуть вагомого значення і можуть бути скасовані в судовому порядку;

це орган, який формується відповідно до Положення про Міністерство інформаційної політики і Закону України Про Кабінет Міністрів України, де надані такі вимоги до членів Кабінету Міністрів України: членами Кабінету Міністрів України можуть бути громадяни України, які мають право голосу, вищу освіту та володіють державною мовою відповідно до рівня, визначеного Національною комісією зі стандартів державної мови. Не може бути призначена на посаду члена Кабінету Міністрів України особа, яка має судимість, не погашену або не зняту в установленому законом порядку, або на яку протягом останнього року накладалося адміністративне стягнення за вчинення правопорушення, пов'язаного з корупцією, або особа, яка має заборгованість зі сплати аліментів (ч. 1 ст. 7 Закону) [11]. Зважаючи на вагомість перевірки на правдивість і на політичну забарвленість міністерських призначень, то у тих, чиї заяви перевірятимуть на правдивість, можуть виникнути питання про об'єктивність викладених висновків у доповіді в результаті перевірки. Звичайно, можна надати цьому міністерству повноваження проводити цю перевірку з необов'язковими юридичними наслідками для того, чиї заяви перевірятимуться. Проте постає питання про важливість і доречність такої перевірки.

Якщо буде створено новий орган, то він буде мати можливість перевіряти на правдивість і достовірність будь-яку інформацію, що циркулює на території України. З одного боку, це має бути надзвичайно великий орган, зважаючи на той значний масив інформації. Навіть надавши значну кількість бюджетних коштів і найнявши багатьох спеціалістів у сфері інформаційної політики, такий орган просто фізично не зможе впоратися з поставленою задачею. Тому, ми пропонуємо обмежити діяльність цього органу винятково до питань, що стосуються лише української політики чи інших аспектів вітчизняного інформаційного поля. Тобто, даний орган буде перевіряти на правдивість і достовірність заяви, виступи та іншу діяльність українських політиків, лідерів думок, журналістів тощо. Перевірка на правдивість і достовірність заяв і виступів іноземних діячів буде застосовуватися лише у випадку, якщо ці заяви напряму стосуються національних інтересів України. За результатами перевірки буде надаватися висновок, щодо того, чи є те чи інше твердження правдивим, чи ні. Якщо твердження є неправдивим, то ця особа може притягатися до відповідальності, якщо будуть повторні порушення, навіть до кримінальної відповідальності. Це викликано тим, що лідери думок і політики мають значний вплив на суспільну думку, тим самим державою має надаватися додаткова увага тому, що ці суб'єкти кажуть і пишуть. Важливо зазначити, що такий висновок не є остаточним і може бути оскарженим у Верховному Суді.

Необхідно наголосити і на тому, що даний орган ні в якому разі не має стати майданчиком для просування інтересів чинної влади, а лише таким органом, що буде перевіряти на правдивість інформацію, що має особливе значення. Ця перевірка не повинна обмежувати свободу слова, пригнічувати альтернативні думки щодо певних питань чи ставати таким собі інструментом інквізиції. Мають бути вироблені чіткі критерії, які будуть відокремлювати дезінформацію від окремої думки, пропаганду від здорової критики тощо.

Також, виникає питання щодо довіри до цього органу і тих, хто буде проводити ці перевірки, оскільки, ці особи матимуть значний вплив на політичне життя нашої держави. Тому, на нашу думку, до них мають висуватися такі вимоги, а саме: політична нейтральність (наприклад, журналіст, що не був помічений (після відповідної перевірки) у тому, що висловлював заяви на користь якоїсь політичної партії), вища освіта, стаж роботи у сфері права, журналістики або політології або інших, пов'язаних з інформаційною діяльністю сферах, не менш як 10 років. Окрім цих, необхідно висувати і вимоги, що визначені в ст. 7 Закону України Про Кабінет Міністрів України [11]. Після проходження конкурсу і всіх необхідних перевірок (наприклад тих, що передбачені Законом України Про запобігання корупції [12]) набирається комісія і відповідні департаменти (правовий, журналістський, політологічний тощо), які будуть виконувати вищезазначені задачі. Також, ті хто займатимуть керівні посади в цьому органі, повинні знаходитися на цій посаді протягом значного проміжку часу, може навіть довічно, що забезпечить їх неупередженість і нейтральність.

Можна передбачити можливість того, коли така перевірка буде проводитися, оскільки немає сенсу перевіряти кожну заяву кожної публічної особи в Україні. Наприклад, за заявою народних депутатів, Президента України чи за власної ініціативи цього органу.

Щодо створення правових зобов'язань для соціальних мереж, щоб вони самі перевіряли ту інформацію, що знаходиться на їх платформах, то таке зобов'язання має бути впроваджене не лише в Україні, а і в усіх демократичних державах. Тобто, після досягнення певної кількості лайків, переглядів, репостів, тощо, такий пост чи відео мають бути автоматично перевірені цими самими платформами. Після перевірки платформа зазначає, чи є цей пост чи відео правдивими чи ні, після чого робить відповідну позначку або видаляє цей пост чи відео в окремих випадках. Така перевірка дозволить попередити поширення брехливих і перекручених постів чи відео, що в свою чергу збереже ресурси і попередить порушення прав і свобод людини, гарантованих Конституцією України, законами України та міжнародними договорами, ратифіковані Верховною Радою України.

Висновки. Інформація зараз має надзвичайну вагу в сучасному суспільстві. Багато побутових і життєво важливих рішень приймається базуючись на тому, якою інформацією ми керуємося.

Зважаючи на це, держава має надавати особливу увагу тому, яка інформація є шкідливою, які її складові аспекти, визначні риси та вплив на охоронювані законом права і свободи людини. Правове закріплення поняття небезпечної інформації буде відповідати принципу верховенства права, що вимагає прогнозованість, чіткість і стабільність правових норм. Така зрозумілість надає можливість всім учасникам правовідносин прогнозувати наслідки своїх діянь і бути впевненими у своїх очікуваннях.

Проте одного лише закріплення поняття шкідливої інформації не достатньо для того, щоб хоча б якось боротись з цим явищем. Необхідно створити чи надати існуючому органу можливості щодо перевірки інформації, що споживається на території України. При цьому, під цю перевірку має підпадати не вся інформація, а лише та, що має значний суспільний інтерес і вплив. Окрім цього, пропонується зобов'язати соціальні мережі самим перевіряти ту інформацію, що публікується на їх платформах.

Варто зазначити, що всі ці заходи не повинні обмежувати свободу думки і слова, не ставати інструментом для обмеження плюралізму думок. Тому, ми закликаємо до того, щоб якомога більше науковців і пересічних громадян брали участь в цій дискусії, надавали свої думки і аргументи щодо цього питання, способи вирішення проблемних аспектів задля вироблення єдиного підходу для вирішення цього питання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 року. № 2657-XII. Офіційний портал Верховної Ради України. Режим доступу. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text

2. Найпоширеніші фейки про вакцинацію від COVID-19. 13 липня 2021 року. Офіційний портал Міністерства охорони здоров'я України. Режим доступу. URL: https://moz.gov.ua/article/health/najposhirenishi-fejki-pro-vakcinaciju-vid-covid-19

3. Вакцинація від коронавірусу в Україні. 26 квітня 2022 року. Мінфін. Режим доступу. URL: https://moz.gov.ua/article/health/najposhirenishi-fejki-pro-vakcinaciju-vid-covid-19

4. Ів-Марі Дубле. Дезінформація та виборчі кампанії. Рада Європи. 2020. Страсбург, Франція. Ст. 36. Режим доступу. URL: https://rm.coe.int/disinformation-and-electoral-campaigns-ukrainian-version-/16809fa920

5. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 15 жовтня 2021 року «Про Стратегію інформаційної безпеки». Указ Президента України від 28 грудня 2021 року. № 685/2021. Офіційний портал Верховної Ради України. Режим доступу. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/685/2021#Text

6. Олішевський О. В. Поняття соціально-шкідливої інформації. *Форум права.* 2014. № 1. С. 395–399. Режим доступу. URL: http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/637/ponyattya_social_no_shkidlivoyi_informaciyi.pdf?sequence=2&isAllowed=y

7. Лисенко О. О. Правовий захист суспільства від шкідливої інформації. Автореферат на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Харків. 2011. Ст. 20. Режим доступу. URL: http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/2431/aref_Lysenko%20OO_2011.pdf?sequence=2&isAllowed=y

8. Левченко А. О. «Поняття шкідливої інформації в галузі реклами через призму захисту прав дітей. *Часопис Київського університету права*. 2016. С. 367–370. Режим доступу. URL: http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:ws27WGbtr-UJ:scholar.google.com/+шкідлива+інформація+наукові+статті&hl=uk&as_sdt=0,5&as_vis=1

9. Edward Filene. Propaganda Techniques. Propaganda. 2009. Режим доступу. URL: https://web.archive.org/web/20090302183551/http://mason.gmu.edu/~amcdonal/Propaganda%20Techniques.html

10. Положення про Міністерство інформаційної політики України. Постанова Кабінету Міністрів України від 14 січня 2015 р. № 2. Офіційний портал Верховної Ради України. Режим доступу. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2-2015-п#Text

11. Про Кабінет Міністрів України : Закон України від ютого 2014 року. № 794-VII. Офіційний портал Верховної Ради України. Режим доступу. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/794-18#Text

12. Про запобігання корупції : Закон України від 14 жовтня 2014 року. № 1700-VII. Офіційний портал Верховної Ради України. Режим доступу. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text

УДК 347.73:35.073.526
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/66

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗДІЙСНЕННЯ ВНУТРІШНЬОГО АУДИТУ В ДЕРЖАВНОМУ СЕКТОРІ УКРАЇНИ

LEGAL FRAMEWORK FOR THE DEVELOPMENT OF INTERNAL AUDIT IN THE SOVEREIGN SECTOR OF UKRAINE

Товкун Л.В., к.е.н., доцент,
доцент кафедри фінансового права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Овчаренко А.С., к. ю. н.,
асистент кафедри фінансового права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню правових засад здійснення внутрішнього аудиту в державному секторі України. Підкреслено, що важливе місце в державному внутрішньому фінансовому контролі європейських країн належить внутрішньому аудиту. Автори зазначили, що одним з основних завдань для України стало впровадження відповідного правового регулювання, розробка правил і стандартів у цій сфері. Активний розвиток економіки ряду країн сприяв становленню і розвитку функцій внутрішнього аудиту. Це було пов'язано з необхідністю застосування адекватних механізмів контролю, оцінки і управління за економним та ефективним витрачанням ресурсів як приватних, так і державних. Україна пішла шляхом розробки національних стандартів внутрішнього аудиту на основі міжнародних стандартів. Враховуючи те, що внутрішній аудит у державній сфері є одним із базових компонентів європейської моделі державного внутрішнього фінансового контролю, досвід застосування внутрішнього аудиту у корпоративному секторі став підґрунтям для впровадження внутрішнього аудиту в державному секторі. В статті розглянуто наявне правове забезпечення внутрішнього аудиту і надані рекомендації щодо його удосконалення. Зазначено, що засадами для розробки і визначення змісту стандартів внутрішнього аудиту є принципи, які виступають одним із джерел розвитку і вдосконалення методології стандартів внутрішнього аудиту. Запропоновано новий підхід до поділу принципів внутрішнього аудиту. В статті визначені принципи, що характеризують внутрішній аудит в широкому розумінні (враховано те, що відповідно до міжнародної практики, у сфері уваги внутрішніх аудиторів завжди повинні бути системи управляння і внутрішнього контролю). Така точка зору відповідає процесу реформування системи державного управління, що здійснюється з урахуванням Європейських стандартів належного адміністрування. Наступна група принципів. характеризує внутрішній аудит в вузькому розумінні і передбачає морально-етичні принципи професіональної діяльності внутрішніх аудиторів, що містяться в Кодексі етики, принципи якісних характеристик і практичної діяльності підрозділу внутрішнього аудиту, що містяться в Стандартах внутрішнього аудиту. Такий поділ, на думку авторів, дасть можливість більш повно розкрити зміст внутрішнього аудиту, підкреслити його особливості і значення.

Ключові слова: міжнародні стандарти внутрішнього аудиту, публічні фінанси, національні стандарти внутрішнього аудиту, стандарти якісних характеристик, стандарти діяльності, державний фінансовий контроль, внутрішній контроль, внутрішній аудит, внутрішній аудит в державному секторі, принципи внутрішнього аудиту.

The article is devoted to the study of the legal basis for internal audit in the public sector of Ukraine. It is emphasized that an important place in the public internal financial control of European countries belongs to internal audit. The authors noted that one of the main tasks for Ukraine was the introduction of appropriate legal regulation, development of rules and standards in this area. The active development of the economy of a number of countries contributed to the formation and development of internal audit functions. This was due to the need to use adequate mechanisms for monitoring, evaluating and managing the economical and efficient use of both private and public resources. Ukraine has followed the path of developing national internal audit standards based on international standards. Given that internal audit in the public sector is one of the basic components of the European model of public internal financial control, the experience of applying internal audit in the corporate sector has become the basis for the introduction of internal audit in the public sector. The article considers the existing legal support of internal audit and provides recommendations for its improvement. It is noted that the principles for developing and determining the content of internal audit standards are the principles that are one of the sources of development and improvement of the methodology of internal audit standards. A new approach to the division of internal audit principles is proposed. The article defines the principles that characterize internal audit in a broad sense (taking into account that in accordance with international practice, the focus of internal auditors should always be management and internal control systems). This view is in line with the process of reforming the public administration system, taking into account European standards of good administration. The next group of principles. characterizes internal audit in a narrow sense and provides moral and ethical principles of professional activity of internal auditors contained in the Code of Ethics, principles of qualitative characteristics and practical activities of the internal audit unit contained in the Internal Auditing Standards. Such a division, according to the authors, will provide an opportunity to more fully disclose the content of internal audit, to emphasize its features and significance.

Key words: international standards of internal audit, public finance, national standards of internal audit, standards of qualitative characteristics, standards of activity, state financial control, internal control, internal audit, internal audit in the public sector, principles of internal audit.

Вступ. Розвиток співробітництва України з ЄС, а саме, підписання Угоди про асоціацію між Україною і Європейським Союзом, вимагало від України зміни підходів до системи управління державними фінансами. Враховуючи те, що важливе місце в державному внутрішньому фінансовому контролі європейських країн належить внутрішньому аудиту, одним з основних завдань для України стало впровадження відповідного правового регулювання, розробка правил і стандартів у цій сфері. Для побудови дієвої системи внутрішнього контролю і внутрішнього аудиту в Україні, відповідно до ст. 347 Угоди про асоціацію між Україною і Європейським Союзом, Україна взяла на себе зобов'язання гармонізувати її до міжнародно визнаних стандартів та методології, а також найкращої практики країн ЄС у цій сфері [1].

Актуальність обраної теми пов'язана с тим, що відповідно до Угоди про асоціацію питання досягнення відповідності державного внутрішнього аудиту України європейським і світовим стандартам стало одним із питань, які щорічно підлягатимуть моніторингу та оцінюванню з боку ЄС. Тому, враховуючи сучасні реалії розвитку держави, а саме, наявність різноманітних ризиків та фінансово-економічну нестабільність, важливу роль в системі управління публічними фінансами відіграє побудова ефективної моделі внутрішнього контролю і внутрішнього аудиту, яка покликана не фіксувати порушення, а упереджувати їх та сприяти ефективному використанню

фінансових ресурсів, забезпечувати прозорість фінансового ринку.

Вагомий внесок у дослідження питань внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту внесли такі українські вчені, як: В. Д. Андреєв, М. Т. Білуха, Ф. Ф. Бутинець, Н. І. Дорош, С. Б. Ільїна, І. Т. Ковальчук, Л. П. Кулаковська, О. В. Мандриченко, В. В. Немченко, О. А. Петрик, В. Я. Савченко, Л. А. Савченко, В. С. Рудницький, О. В. Філозов та інші. Проте, не зважаючи на певне наукове підґрунтя в цій сфері, питання змісту, принципів та реформування внутрішнього аудиту в державному секторі потребує подальшого дослідження.

Метою статті є дослідження правових засад здійснення внутрішнього аудиту в державному секторі України, а саме, змісту і принципів внутрішнього аудиту, їх розвитку відповідно з передовою міжнародною практикою.

В наукових джерелах немає єдиної думки щодо часу виникнення внутрішнього аудиту. Ряд вчених вказує на те, що внутрішній аудит виник у XIV столітті, інші – у XIX столітті. Але, майже всі вони сходяться в тому, що активний розвиток внутрішнього аудиту почався в 40-х роках XX сторіччя, коли у 1942 році у Сполучених Штатах Америки був заснований Інститут внутрішніх аудиторів (IBA). На етапі становлення IBA представляв собою професійну асоціацію яка ставила своєю метою розвиток і популяризацію професії внутрішнього аудитора і розробку стандартів професійної діяльності. Активний розвиток економіки ряду країн після Другої світової війни, сприяв становленню і розвитку функцій внутрішнього аудиту. Це було пов'язано з необхідністю застосування адекватних механізмів контролю, оцінки і управління за економним та ефективним витрачанням ресурсів як приватних, так і державних. Не дивлячись на це, деякий час, внутрішній аудит відігравав незначну роль при здійсненні контролю і часто застосовувався як допоміжна функція в роботі зовнішніх аудиторів при проведенні оглядів фінансової звітності. Новий поштовх у розвитку внутрішнього аудиту відбувся в 2000–2001 роках, коли у США та країнах Західної Європи почалися гучні корпоративні скандали щодо фінансового шахрайства у великих компаніях. Стало очевидним, що зовнішній аудит є недостатнім для проведення незалежного контролю в корпораціях. Застосування більш сурових вимог до системи внутрішнього контролю було пов'язано з прийняттям у 2002 році в США закону Сарбейнса-Окслі. Цим законом було введено ряд нових вимог до публічних компаній відносно розширеного обсягу інформації, що повинна була розкриватись у фінансовій звітності, визначено персональну відповідальність керівництва за достовірність фінансової звітності компанії та інше. Застосування внутрішнього аудиту набуло більшого значення. Наряду із зовнішнім аудитом він став одним із доступних і ефективних заходів, що використовувався для підвищення ефективності і прозорості роботи компаній і слугував позитивним сигналом для потенційних інвесторів та кредиторів. Подальша активна робота Інституту внутрішніх аудиторів суттєво вплинула на доробки у сфері методології і організації внутрішнього аудиту в усьому світі.

На даний час IBA забезпечує комплексне керівництво внутрішнього аудиту через свої всесвітньо визнані Міжнародні стандарти професійної практики внутрішнього аудиту. Міжнародні стандарти професійної практики внутрішнього аудиту включають офіційне Визначення внутрішнього аудиту, Міжнародні стандарти для професійної практики внутрішнього аудиту (Стандарти), Кодекс етики, Практичні рекомендації, меморандум про роль та обов'язки внутрішнього аудиту і керівництва по передовій практиці [2].

Ці документи описують внутрішній аудит як процес, визначають основні вимоги до його підготовки, до проведення й формування завершальних документів, до системи підготовки й підвищення кваліфікації внутрішніх аудиторів та інше.

Аналізуючи напрацювання IBA, можна зазначити, що Міжнародні стандарти внутрішнього аудиту мають універсальний характер і їх дотримання є важливою умовою виконання внутрішніми аудиторами своїх завдань. До таких завдань відносять:

– популяризацію і просування цінностей фахівців з внутрішнього аудиту для їх організацій;

– надання комплексних професійних можливостей у сфері освіти і розвитку, стандартів та інших керівництв з професійної практики, програм сертифікації;

– дослідження, розповсюдження та просування знань щодо внутрішнього аудиту та його відповідної ролі у контролі, ризикменеджменту і управління для практиків і зацікавлених сторін;

– навчання практиків та інших відповідних слухачів кращим практикам внутрішнього аудиту;

– об'єднання внутрішніх аудиторів з усіх країн для обміну інформацією та кращим досвідом [3].

Для реалізації поставлених завдань IBA співпрацює з більш ніж 100 пов'язаних між собою інститутів внутрішніх аудиторів і підтримує взаємовідносини з відповідними організаціями, що створені на регіональному або мовному рівні. До них відносяться Європейська конфедерація інститутів внутрішнього аудиту, Латиноамериканська фундація внутрішніх аудиторів, Союз франкомовних внутрішніх аудиторів, Азіатська конфедерація інститутів внутрішніх аудиторів, Африканська федерація інститутів внутрішніх аудиторів та інші. Також значною є співпраця між IBA та іншими інституціями по всьому світу, до яких можна віднести Асоціацію присяжних сертифікованих бухгалтерів (ACCA), Міжнародну федерацією бухгалтерів (IFAC), Міжнародну організацію вищих органів державного аудиту (INTOSAI), Світовий банк, Організацію економічного співробітництва та розвитку (OECP), Базельський комітет та інші.

Міжнародні стандарти внутрішнього аудиту можуть застосовуватись рядом країн безпосередньо, в якості обраних ними стандартів внутрішнього аудиту, а можуть бути використані як основа для розробки національних стандартів. У другому випадку, у кожній окремій країні особливості реалізації функцій внутрішнього аудиту, зокрема застосування напрямів внутрішнього аудиту, дуже тісно взаємопов'язані з особливостями системи адміністративного устрою, державного управління та контролю, а також з особливостями розвитку державного сектору.

Україна пішла шляхом розробки національних стандартів внутрішнього аудиту на основі міжнародних стандартів. Враховуючи те, що внутрішній аудит у державній сфері є одним із базових компонентів європейської моделі державного внутрішнього фінансового контролю, досвід застосування внутрішнього аудиту у корпоративному секторі став підґрунтям для впровадження внутрішнього аудиту в державному секторі. Подальшому його розвитку сприяло те, що в Україні в 2000 році була створена добровільна, недержавна, неприбуткова Всеукраїнська громадська організація «Інститут внутрішніх аудиторів України» (IBAУ), яка з липня 2002 року стала відділенням міжнародного Інституту внутрішнього аудиту. Метою діяльності цієї організації стало задоволення та захист професійних, соціальних, економічних, освітніх та інших спільних інтересів своїх членів, сприяння розповсюдженню та затвердженню принципів правової держави, та впровадженню в Україні міжнародної професійної практики внутрішнього аудиту [2].

Для успішного розвитку внутрішнього аудиту перед Україною постало питання щодо трансформації системи внутрішнього фінансового контролю. Для цього потрібно було розробити відповідне правове забезпечення, що вра-

ховувало особливості організації внутрішнього аудиту як в державній так і в приватній сферах.

Об'єктивна необхідність запровадження внутрішнього аудиту в державному секторі була визнана з початком проведення у 2005 році реформи державного внутрішнього фінансового контролю. Тоді Урядом була ухвалена Концепція розвитку державного внутрішнього фінансового контролю і внесені зміни до Бюджетного кодексу України щодо базових засад організації та здійснення внутрішнього контролю та внутрішнього аудиту.

Для реалізації напрямків реформування внутрішнього фінансового контролю була прийнята Постанова КМУ № 1001 від 28.09.2011 року, а також затверджений відповідний Порядок здійснення внутрішнього аудиту та утворення підрозділів внутрішнього аудиту, в якому були визначені базові засади для утворення та функціонування структурних підрозділів внутрішнього аудиту та питання їх діяльності [4]. Відповідно до вимог вищеназваної Постанови КМУ наказом Мінфіну № 1247 від 04.10.2011 року були затверджені Стандарти внутрішнього аудиту [5]. Ці Національні стандарти були розроблені за допомогою ІВАУ, який провів активну роботу щодо їх адаптації Міжнародним стандартам внутрішнього аудиту. До Національних стандартів внутрішнього аудиту увійшли: – Стандарти якісних характеристик (Attribute Standards), що визначають властиві ознаки, які притаманні діяльності як підрозділів, так і окремих посадових осіб, що здійснюють діяльність із внутрішнього аудиту, а також вимоги щодо забезпечення та підвищення якості внутрішнього аудиту; – Стандарти діяльності (Performance Standards), які описують сутність діяльності з внутрішнього аудиту, визначають критерії ефективності управління діяльністю з внутрішнього аудиту, загальні підходи до планування діяльності з внутрішнього аудиту та вимоги стосовно основних етапів здійснення аудиту (починаючи від планування аудиторського завдання і закінчуючи звітуванням про діяльність підрозділу внутрішнього аудиту) [6]. Метою цих стандартів було визначення єдиних підходів до провадження діяльності з внутрішнього аудиту в міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади, Раді міністрів Автономної Республіки Крим, обласних, Київській та Севастопольській міських державних адміністраціях, інших головних розпорядниках коштів державного бюджету, їх територіальних органах та бюджетних установах, що належать до сфери їх управління, оцінки якості такого аудиту [6]. Для більш зрозумілого тлумачення Національних стандартів внутрішнього аудиту ІВАУ було опубліковано документ «Основи глобального розширення обізнаності». В ньому, згідно з Міжнародними стандартами професійної практики внутрішнього аудиту ІВА, зазначалось, що внутрішній аудит представляє собою незалежну, об'єктивну діяльність з надання впевненості та консультаційних послуг, що має приносити користь організації та покращувати її діяльність. Внутрішній аудит допомагає організації досягати поставлених цілей за допомогою системного, упорядкованого підходу до оцінки і підвищення ефективності процесів управління ризиками, контролю, і корпоративного управління [2].

Таке визначення внутрішнього аудиту є загальним і покликано забезпечити єдине розуміння його змісту. З урахуванням національної специфіки і напрямків розвитку різних країн, визначення внутрішнього аудиту може бути конкретизовано. Так, в законодавстві України визначення внутрішнього аудиту конкретизовано для всіх учасників бюджетного процесу і міститься у статті 26 Бюджетного кодексу України, відповідно до якої під внутрішнім аудитом розуміють діяльність, спрямовану на удосконалення системи управління, внутрішнього контролю, запобігання фактам незаконного, неефективного та нерезультативного використання бюджетних коштів, виникненню помилок чи інших недоліків у діяльності розпорядника бюджетних коштів і підприємств, установ та організацій, що належать до сфери його управління, та яка передбачає надання незалежних висновків і рекомендацій. Для здійснення внутрішнього аудиту розпорядник бюджетних коштів в особі керівника утворює самостійний структурний підрозділ внутрішнього аудиту, що є підпорядкованим і підзвітним безпосередньо такому керівнику [7].

Аналізуючи ці визначення, можна зробити висновок, що не дивлячись на різні варіації конкретизації поняття внутрішнього аудиту, основна його мета залишається незмінною. На нашу думку, мета внутрішнього аудиту полягає в наданні комплексної допомоги в досягненні поставлених цілей шляхом надання належних рекомендацій щодо процесів ефективного використання фінансових ресурсів, оцінки фінансового стану з використанням системного та послідовного підходу до проведення внутрішніх аудитів, концентруючись на управлінні ризиками.

При дослідженні особливостей внутрішнього аудиту зазначимо, що серед науковців, як зарубіжних так і українських, досі тривають дискусії і немає єдиної думки щодо його змісту. Так, Бутинець Ф. Ф. визначає, що «внутрішній аудит – це одна з функцій управління, розроблена керівництвом система контрольних процедур з поточного та подальшого контролю бізнес-процесів, що здійснюється працівниками спеціалізованого структурного підрозділу компанії» [8]. Дорош Н. І. визначає внутрішній аудит як «незалежне об'єктивне підтвердження та консультування, що розроблено для підвищення ефективності та покращення діяльності підприємства» [9, с. 48]. Бичкова М. С. вважає, що «внутрішній аудит представляє собою елемент внутрішнього контролю, який організований керівництвом підприємства з метою аналізу облікових і інших контрольних даних» [10, с. 21] та інше. На наш погляд, такі підходи мають певну схожість і відповідають змісту внутрішнього аудиту, але, в переважній більшості, кожен із них акцентує увагу на окремих його аспектах.

З метою подальшого розвитку державного фінансового контролю наказом Міністерства фінансів України був затверджений Кодекс етики працівників підрозділу внутрішнього аудиту, в якому були задекларовані в принципах система моральних і професійних цінностей та правила поведінки працівників підрозділу внутрішнього аудиту або посадових осіб, на яких покладено повноваження щодо здійснення внутрішнього аудиту і щодо яких ними добровільно взяті зобов'язання на їх дотримання у професійній діяльності [11].

Вагоме значення в регулюванні внутрішнього аудиту державного сектору відіграють методологічні вказівки і внутрішні документи з питань внутрішнього аудиту (положення про підрозділ внутрішнього аудиту, декларація внутрішнього аудиту, посадові інструкції працівників підрозділу внутрішнього аудиту та ін.). Вони розробляються керівником підрозділу внутрішнього аудиту з урахуванням Національних стандартів внутрішнього аудиту.

Не зважаючи на значну кількість нормативно-правових актів, що регулюють проведення внутрішнього аудиту, вони повністю не усувають проблеми та недоліки, що супроводжують його проведення. Тому, важливою, на наш погляд, є розробка єдиного нормативно-правового акту, який би визначав правові засади та регулював відносини, що виникають при проведенні внутрішнього аудиту в державному секторі. Це буде сприяти розвитку внутрішнього аудиту в державі, кращому розумінню особливостей, пов'язаних з його проведенням, слугуватиме більш ефективному використанню державних коштів.

Необхідно зазначити, що засадами для розробки і визначення змісту стандартів внутрішнього аудиту як в глобальному масштабі так і в національному є принципи. Вони виступають одним із джерел розвитку і вдосконалення методології стандартів внутрішнього аудиту. Більшість дослідників у сфері аудиту звертають увагу на

те, що принципи аудиту в певних аспектах перетинаються із загальними принципами контролю у сфері фінансів. Тому, вони пропонують враховуючи специфіку внутрішнього аудиту як виду контролю, поділити їх на основоположні (теоретична складова) і методологічні (принципи проведення та організації). При цьому основоположні принципи відбивають сутність внутрішнього аудиту як суспільного явища, а методологічні – є основою його практики [12].

Ряд дослідників у сфері аудиту виділяють такі принципи як незалежність, об'єктивність та компетентність (професійна компетентність) в якості основоположних, не поділяючи їх на групи [13].

Більш вдалим на наш погляд є поділ принципів на дві групи з точки зору широти охоплення ними відносин, які виникають при проведенні внутрішнього аудиту. Такий підхід дасть можливість більш повно розкрити зміст внутрішнього аудиту, підкреслити його особливості і значення.

До першої групи відносять принципи, що характеризують внутрішній аудит в широкому розумінні. Виділяючи цю групу, ми врахували те, що з огляду на міжнародну практику, у сфері уваги внутрішніх аудиторів завжди повинні бути системи управляння і внутрішнього контролю. Така точка зору відповідає процесу реформування системи державного управління, що здійснюється з урахуванням Європейських стандартів належного адміністрування, розроблених Програмою підтримки вдосконалення врядування та менеджменту (далі – Програма SIGMA) та викладена у документі «Принципи державного управління» [14].

З метою посилення уваги до реформи державного управління Європейська Комісія окреслила у сфері управління державними фінансами її ключові напрямки, одним із яких було проведення внутрішнього контролю і аудиту в публічному секторі. Тому, в цю групу входять такі принципи, які підкреслюють загальні засади внутрішнього аудиту в державному секторі, а саме, принципи, що спрямовані на удосконалення системи управління. До них можна віднести такі: законність, надійність, передбачуваність, підзвітність і прозорість, а також технічна та управлінська компетентність, організаційна спроможність, фінансова стабільність та інші.

Якщо розглядати внутрішній аудит як складову внутрішнього контролю, можна зазначити, що на даний час, він є дієвим і ефективним його елементом. Значення внутрішнього аудиту у сфері внутрішнього контролю підкреслює таке класичне висловлювання: «Без аудиту немає надійності рахунків. Без надійності рахунків немає контролю. А без контролю чого вартує влада» [15].

Внутрішній аудит дозволяє поглянути на систему внутрішнього контролю «зі сторони», концентруючись на ефективності управління ризиками, що дає можливість оцінити ефективність внутрішнього контролю. Тому, принципи внутрішнього аудиту мають дещо спільне із загальними принципами внутрішнього контролю, такими як: законність, стратегічна спрямованість, безперервність, всебічність, комплексність, плановість, об'єктивність, конфіденційність та інші. Але враховуючи те, що внутрішній аудит направлений на незалежну та об'єктивну оцінку всієї діяльності державного сектора і наданні допомоги з нагляду, розуміння і передбачення, можна стверджувати, що сприяючи ефективному функціонування системи внутрішнього контролю, він більш повно реалізується через специфічні принципи які відносяться до другої групи.

Друга група принципів, характеризує внутрішній аудит в вузькому розумінні і передбачає морально-етичні принципи професіональної діяльності внутрішніх аудиторів, що містяться в Кодексі етики, принципи якісних характеристик і практичної діяльності підрозділу внутрішнього аудиту, що містяться в Стандартах внутрішнього аудиту. Найбільш широкого розповсюдження в практиці внутрішнього аудиту набули морально-етичні принципи професійної діяльності аудитора, а саме: сумлінність, незалежність та об'єктивність, конфіденційність, професійна компетентність [16]. Реалізуючи на практиці ці принципи, внутрішні аудитори виконують своє важливе призначення: радника, консультанта і водночас партнера для прийняття оптимальних рішень. Це допомагає їм виконувати свою роботу відповідно до найвищих стандартів професійності і досягати в ній найкращих результатів.

Висновки. Враховуючи те, що важливе місце в державному внутрішньому фінансовому контролі європейських країн належить внутрішньому аудиту, одним з основних завдань для України стало впровадження відповідного правового регулювання, розробка правил і стандартів у цій сфері. Відповідно до Угоди про асоціацію між Україною і Європейським Союзом, Україна взяла на себе зобов'язання гармонізувати цю сферу до міжнародно визнаних стандартів та методології, а також найкращих практик країн ЄС. Завдяки трансформації системи фінансового контролю, змінилась роль та підходи до організації і проведення внутрішнього контролю і внутрішнього аудиту в державному секторі. З урахуванням концептуальних документів і принципів Єврокомісії у сфері державного внутрішнього фінансового контролю, матеріалів Міжнародного інституту внутрішніх аудиторів та найкращих практик ЄС у цій сфері, були розроблені і прийняті нормативно-правові акти, що регулюють питання внутрішнього контролю і внутрішнього аудиту в державному секторі. Але, не зважаючи на розповсюдження внутрішнього аудиту як виду діяльності, на даний час законодавче регулювання його залишається недостатнім. Це пов'язано з тим, що при розробці нормативно-правових актів, що регулюють проведення внутрішнього аудиту, треба враховувати те, що внутрішній аудит – це не тільки аналіз бухгалтерської і фінансові звітності, а комплексна діяльність, направлена на систематичний контроль усіх сфер державного сектору. Тому, внутрішній аудит повинен бути направлений не на вирішення проблем які виникають в державному секторі, а на їх попередження.

ЛІТЕРАТУРА

1. Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європеськими співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої […] Україна, Європейський Союз, Євратом [...]; Угода, Міжнародний документ від 27.06.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text
2. Основи глобального розширення обізнаності. Інститут внутрішніх аудиторів України. URL: https://mof.gov.ua/storage/files/531247f275d6ba724dede38937b569ec.pdf
3. The Institute of Internal Auditors. URL: https://global.theiia.org/
4. Деякі питання здійснення внутрішнього аудиту та утворення підрозділів внутрішнього аудиту. Постанова Кабінету Міністрів України; Порядок від 28.09.2011 № 1001. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1001-2011-п#Text
5. Про затвердження Стандартів внутрішнього аудиту. Мінфін України; Наказ, Стандарт від 04.10.2011 № 1247. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1219-11#Text
6. Методологічні вказівки з внутрішнього аудиту в державному секторі України. Міністерство фінансів України. National Academy for Finance and Economics Ministry of Finance of the Netherlands. URL: https://www.mof.gov.ua/storage/files/МВ_новий_формат_Вступ_%2В_розділи_1-8.pdf
7. Бюджетний кодекс України. Кодекс України від 08.07.2010 № 2456-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-17#Text
8. Бутинець Ф. Ф. Аудит: стан та перспективи розвитку в Україні та світі. Монографія. – Ж. ЖДТУ, 2004. – 564 с.
9. Дорош Н. І. Аудит: теорія і практика : навчальний посібник / Н. І. Дорош. – К. : Знання, 2006. – 495 с.

10. Бичкова С. М. Аудит : навч. посібник / С. М. Бичкова, Е. Ю. Ітигілова; Під ред. Я. В. Соколова. – Магістр, 2009. – 463 с.
11. Про затвердження Кодексу етики працівників підрозділу внутрішнього аудиту. Мінфін України; Наказ від 29.09.2011 № 1217. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1195-11#Text
12. Внутрішній аудит : навчальний посібник / за ред. Ю. Б. Слободяник. Суми : ТОВ «ВПП «Фабрика друку», 2018. – 248 с. URL: http://dspace.oneu.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/7523/1/Внутрішній%20аудит.pdf
13. Білуха Н. А. Курс аудиту : підруч. 2-ге вид, перероб. – К. : Вища школа: КОО Т-во «Знання», 1999. – 574 с.
14. Деякі питання реформування державного управління України. Розпорядження Кабінету Міністрів України; Стратегія, План від 21.07.2021 № 831-р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/831-2021-р#Text
15. Адамс Р. Основи аудита / пер. с англ. Ю. А. Ариненко и др. – М. : Аудит, ЮНІТІ, 1995. – 398 с.
16. Кодекс етики. Інститут внутрішніх аудиторів України. URL: http://505748.iia.web.hosting-test.net/wpcontent/uploads/2013/10/Code-of-Ethics-Ukrainian.pdf

УДК 342.9,355/359
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/67

СТРУКТУРНО-СИСТЕМНИЙ АНАЛІЗ СУБ'ЄКТІВ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДЕРЖАВНОГО ОБОРОННОГО ЗАМОВЛЕННЯ

STRUCTURAL AND SYSTEM ANALYSIS OF SUBJECTS OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL SUPPORT OF THE STATE DEFENSE ORDER

Шаповал Р.В., д. ю. н., професор,
професор кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Солнцева Х.В., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена висвітленню однієї із актуальних проблем адміністративного права – встановленню та систематизації суб'єктного складу адміністративно-правового забезпечення державного оборонного замовлення (далі – ДОЗ). У роботі надано авторське визначення поняття «суб'єкт адміністративно-правового забезпечення», на основі якого запропоновано і авторську дефініцію «суб'єкт адміністративно-правового забезпечення державного оборонного замовлення».

На основі підзаконних актів конкретизовано, які саме суб'єкти уповноважені державою на формування, розміщення та виконання державного оборонного замовлення, зокрема мова піде про Міністерство фінансів, Міністерство економіки, Міністерство з питань стратегічних галузей промисловості, Міністерство юстиції, Державну службу з надзвичайних ситуацій, Службу безпеки, Службу зовнішньої розвідки, Міністерство з питань стратегічних галузей промисловості, Укроборонпром і т. д.

Авторами зроблені висновки щодо наявності достатньо розгалуженої мережі суб'єктів адміністративно-правового забезпечення державного оборонного замовлення, запропонований власний підхід до розуміння зазначеної системи через призму 5 основних категорії суб'єктів: державні замовники, суб'єкти виконання державного оборонного замовлення, суб'єкти координації реалізації державного оборонного замовлення, суб'єкти контролю за виконанням державного оборонного замовлення та суб'єкти сприяння виконанню державного оборонного замовлення. Також запропонована класифікація усіх суб'єктів за критеріями характеру та обсягу компетенції, за функціональним призначенням, а також в залежності від цілей та сфери впливу.

Крім цього, у статті окреслені окремі термінологічні недоліки юридичної техніки положень підзаконних актів, які наразі регулюють сферу ДОЗ, зокрема, звертається увага на недосконалість положень, які стосуються суб'єктів, що сприяють виконанню державного оборонного замовлення.

Автором звертається увага на відсутність ґрунтовних досліджень структурного наповнення системи суб'єктів адміністративно-правового забезпечення ДОЗ та підтверджена необхідність дослідження даного питання з метою подальшого забезпечення формування та реалізації ефективної державної політики у воєнній сфері, у сфері оборони і військового будівництва. До того ж, констатовано, що на тлі повномасштабної агресії Російської Федерації (далі – РФ), система ДОЗ має бути готовою до будь-яких викликів, а суб'єкти публічного адміністрування оборонної сфери у першочерговому порядку мають розробити механізми, які покликані удосконалити оборонну політику держави.

Ключові слова: державне оборонне замовлення, адміністративно-правове забезпечення, суб'єкти адміністративно-правового забезпечення, суб'єкти адміністративно-правового забезпечення державного оборонного замовлення.

The article is devoted to the coverage of one of the current problems of administrative law – the establishment and systematization of the subject composition of the administrative and legal support of the state defense order. The authors' definition of the «subject of administrative and legal support» is given in the work, on the basis of which the authors' definition of the «subject of administrative and legal support of the state defense order» is offered.

On the basis of bylaws, it is specified which subjects are authorized by the state to form, place and execute the state defense order, in particular the Ministry of Finance, the Ministry of Economy, the Ministry of Strategic Industries, the Ministry of Justice, the State Emergency Service, the Service Security, the Foreign Intelligence Service, the Ministry of Strategic Industries, Ukroboronprom, etc.

The authors conclude that there is a sufficiently extensive network of subjects of administrative and legal support of the state defense order, proposed their own approach to understanding this system through the prism of 5 main categories of subjects: state customers, subjects of state defense order, subjects of coordination implementation of the state defense order, subjects of control over the execution of the state defense order and subjects of assistance in the execution of the state defense order. It is also proposed to classify all subjects according to the criteria of the nature and scope of competence, by functional purpose, as well as depending on the goals and sphere of influence.

In addition, the article outlines some terminological shortcomings of the legal technique of the provisions of bylaws that currently regulate the scope of state defense order, draws attention to the imperfection of the provisions relating to entities that promote the implementation of the state defense order.

The authors draw attention to the lack of thorough research on the structural content of the system of subjects of administrative and legal support of state defense order and confirmed the need to study this issue to further ensure the formation and implementation of effective state policy in the military, defense and military construction. In addition, it was stated that against the background of full-scale aggression of the Russian Federation, the state defense order system should be ready for any challenges, and public defense administrations should develop mechanisms to improve state defense policy.

Key words: state defense order, administrative and legal support, subjects of administrative and legal support, subjects of administrative and legal support of the state defense order.

Однією із основних цілей сучасної стратегії воєнної безпеки України виступає посилення обороноздатності держави, зокрема для усунення потенційних і реальних воєнних загроз національним інтересам та створення сприятливих умов для гарантованого їх захисту. Саме державне оборонне замовлення як частина механізму системи поставок різноманітних товарів має на меті задовольняти військові потреби силових відомств України в озброєнні, військовій техніці та інших матеріальних засобах, що необхідні нашій державі як ніколи. Безперечно, успішне досягнення поставлених цілей неможливо уявити без наявності чіткої нормативно-правової бази, та, що досить важливо – злагодженої системи уповноважених державою суб'єктів забезпечення державного оборонного

замовлення та їх ефективного функціонування. Однак, останнім часом у вітчизняному науковому колі досить мало досліджувалися різні аспекти державного оборонного замовлення, в тому числі суб'єктне наповнення зазначеної системи, зважаючи на трансформацію курсу України на гармонізацію вітчизняних військових стандартів із стандартами ЄС та НАТО та поступове виведення із законодавчого поля поняття ДОЗ. Однак сучасні реалії демонструють інше – фактична реалізація ДОЗ все ж матиме місце принаймні ще до 2023 року, а тому дослідження питання суб'єктного наповнення системи ДОЗ є досить актуальним та необхідним, аби оптимізувати їх діяльність, покращувати та вдосконалити взаємодію між собою з метою забезпечення формування та реалізації ефективної державної політики у воєнній сфері, у сфері оборони і військового будівництва.

Метою даного дослідження є встановлення, конкретизація та систематизація суб'єктного складу адміністративно-правового забезпечення державного оборонного замовлення**.**

Загалом, поняття «суб'єкт адміністративно-правового забезпечення державного оборонного замовлення» є вужчим за обсягом і перебуває у підпорядкуванні у такого поняття, як «суб'єкт адміністративно-правового забезпечення», тому розпочнемо із з'ясування змісту поняття «суб'єкт адміністративно-правового забезпечення». Академічний тлумачний словник надає декілька визначень поняття суб'єкта: *«Особа, група осіб, організація і т. ін., яким належить активна роль у певному процесі, акті»; «Особа або організація як носій певних прав і обов'язків»* [1; с. 814].

Адміністративно-правове забезпечення розглядається як один із видів правового забезпечення та розуміється у двох значеннях: у широкому розумінні адміністративно-правове забезпечення – це упорядкування суспільних відносин уповноваженими на те державою органами, їх юридичне закріплення за допомогою правових норм, охорона, реалізація і розвиток; а вузьке визначення адміністративно-правового забезпечення буде змінюватися залежно від того, про які суспільні відносини йтиметься [2; с. 50] Як вже було нами досліджено раніше, державне оборонне замовлення *(надалі – ДОЗ)* є механізмом та своєрідним інструментом, що покликаний сформувати ринок державних закупівель та поставок товарів для силових відомств України, що мають потребу в озброєнні, матеріальних засобах, військовій техніці, тощо.

Таким чином, говорячи про суб'єкта адміністративно-правового забезпечення, маємо на увазі *осіб, уповноважених державою на упорядкування суспільних відносин через їх юридичне закріплення, охорону, реалізацію і розвиток.* А от враховуючи усе вищезазначене, вважаємо за потрібне запропонувати таке визначення суб'єкта адміністративно-правового забезпечення державного оборонного замовлення: *особа, що є носієм конкретних прав та обов'язків, які становлять зміст правовідносин, що виникають, змінюються чи припиняються з приводу планування, формування, розміщення та виконання державного оборонного замовлення, та реалізує їх з метою забезпечення постачання (закупівлі) продукції, робіт і послуг для задоволення військових потреб силових відомств України в озброєнні, військовій техніці, інших матеріальних засобах та забезпечення національної безпеки і оборони.*

Тепер перейдемо до дослідження питання про те, які ж суб'єкти складають систему адміністративно-правового забезпечення державного оборонного замовлення. В даному контексті слід наголосити, що, як було нами досліджено раніше, наразі, ні законодавчої дефініції «державне оборонне замовлення», ні однойменного закону, який би його регулював немає, в той же час фактична реалізація ДОЗ має місце, однак в умовах норм Закону України «Про оборонні закупівлі» та, що досить важливо, чисельних підзаконних актів, на основі аналізу яких більшою мірою ми дослідимо структуру системи суб'єктів адміністративно-правового забезпечення ДОЗ.

Почнемо із Верховної Ради України *(далі – ВРУ)* – єдиного органу законодавчої влади. Роль ВРУ у системі суб'єктів забезпечення ДОЗ полягає в тому, що лише даний орган наділений Конституцією повноваженням на прийняття законів, що становитимуть основу нормативної регламентації та реалізації державного оборонного замовлення. Крім того, до повноважень ВРУ відноситься і затвердження Державного бюджету України, яким передбачається і фінансування державного оборонного замовлення.

Ще одним важливим суб'єктом адміністративно-правового забезпечення ДОЗ є Кабінет Міністрів України *(далі – КМУ)*. Як відомо із норм Конституції, КМУ забезпечує державний суверенітет України, здійснює внутрішню і зовнішню політику держави, здійснює заходи щодо забезпечення обороноздатності і національної безпеки України, громадського порядку, боротьби зі злочинністю. Роль КМУ як суб'єкта адміністративно-правового забезпечення ДОЗ полягає у затверджені основних показників державного оборонного замовлення (наразі, зокрема, на 2021 рік та 2022, 2023 роки), а також забезпеченні фінансування державного оборонного замовлення та укладення державними замовниками державних контрактів з оборонного замовлення.

Надалі розглянемо категорію таких суб'єктів як державні замовники. По-перше, завдання даних суб'єктів, полягає у плануванні обсягів державного оборонного замовлення, а по-друге, нормами Рішення РНБО від 11 березня 2021 року «Про основні показники державного оборонного замовлення на 2021 рік та 2022, 2023 роки» *(далі – Рішення РНБО)* зазначені суб'єкти зобов'язані забезпечити укладення довгострокових контрактів із підприємствами оборонно-промислового комплексу України на розроблення і виробництво озброєння, військової та спеціальної техніки за номенклатурою та в обсягах, визначених основними показниками державного оборонного замовлення; забезпечити закупівлю за імпортом озброєння та військової техніки виробництво яких не налагоджено в Україні, та вжити заходів щодо забезпечення експлуатації іноземних зразків озброєння та військової техніки, постачання комплектувальних і запасних частин протягом усього життєвого циклу зразків, що закуповуються; забезпечити закупівлю зразків озброєння та військової техніки в обсягах, достатніх для переозброєння окремих підрозділів (батальйон, дивізіон тощо), переходу на сучасні засоби розвідки, зв'язку та управління).

Відповідно до положень постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання державного оборонного замовлення на 2021 рік» від 2 червня 2021 р. № 614 (*далі – Постанова № 614*), на період до 31 березня 2022 року державними замовниками із державного оборонного замовлення є такі суб'єкти: *Міністерство оборони, Міністерство внутрішніх справ, Міністерство економіки, Міністерство з питань стратегічних галузей промисловості, Міністерство юстиції, Державна служба з надзвичайних ситуацій, Служба безпеки, Служба зовнішньої розвідки, Державне космічне агентство, Адміністрація Державної прикордонної служби, Адміністрація Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації, Головне управління розвідки Міністерства оборони, Управління державної охорони, Національне антикорупційне бюро, Національна гвардія, Національна поліція, Державна спеціальна служба транспорту, Державне бюро розслідувань та Державна судова адміністрація.* В той же час, норми Постанови № 614 вказують нам на ще одного суб'єкта, який є уповноваженим на координацію діяльності з реалізації державного оборонного замовлення, – це *Міністерство з питань стратегічних галузей промисловості* [4].

Важливо зауважити, що з початку військової агресії РФ та відповідно під час введення воєнного стану на

території України нормативне забезпечення ДОЗ зазнало відповідних змін. Такі зміни були внесенні Постановою КМУ «Деякі питання здійснення оборонних та публічних закупівель товарів, робіт і послуг в умовах воєнного стану» № 169 від 28.02.2022 (далі – Постанова № 169).

Відтепер державним замовникам у сфері оборони законодавчо дозволено проводити оборонні закупівлі товарів, робіт та послуг без застосування процедур закупівель та спрощених закупівель. Крім того, було спрощено процедуру оприлюднення звіту і договорів для закупівель на суму до 50 тис. грн. Наразі передбачено, що звіт про договір про закупівлю (який укладався без використання електронної системи закупівлі) та договір про закупівлю на час дії воєнного стану не оприлюднюються та мають бути опубліковані не пізніше ніж через двадцять днів з дня припинення чи скасування воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях. Незважаючи на це, Постанова № 169 містить доцільну норму, яка зобов'язує державних замовників у сфері оборони дотримуватись наступних принципів проведення публічних закупівель:

- своєчасність та відповідність прийнятим рішенням щодо захисту національних інтересів України;
- забезпечення потреб безпеки і оборони
- ефективність використання коштів;
- результативність [5].

Цілком погоджуємося із Руденко Т. В., яка зауважує, що Постанова № 169 дозволила здійснювати оперативне забезпечення життєдіяльності підприємств і установ під час воєнного стану, у тому числі в оборонній сфері [6]. Справедливо наголосити, що у цілому вбачаються позитивні кроки державної оборонної політики, які спрямовані на підтримку обороноздатності країни, першочергове забезпечення її необхідними ресурсами задля відвернення військової загрози з боку РФ.

Надалі, виокремимо таку групу суб'єктів як виконавці державного оборонного замовлення. Одразу звернемо увагу на те, що норми вищезазначеної Постанови № 614, як й інші підзаконні акти, які врегульовують окремі питання ДОЗ використовують поняття «виконавець», не даючи перелік суб'єктів, що є виконавцями державного оборонного замовлення, та й взагалі не розкриваючи зміст цього поняття. Закон України «Про оборонні закупівлі» (прийнятий на зміну Закону України «Про Державне оборонне замовлення») керує вже поняттям «виконавець державного контракту (договору) з оборонних закупівель», під яким розуміється суб'єкт господарювання незалежно від організаційно-правової форми та форми власності або іноземний суб'єкт господарювання (інша іноземна юридична особа) чи об'єднання юридичних осіб, з якими укладено державний контракт (договір) за результатами проведення закупівель, визначених Законом [7]. І хоча найбільш ймовірним є те, що як Закон так і Постанова № 614 оперують поняттями, що є ідентичними за змістом та обсягом, все ж термінологічна єдність між Законом та підзаконними актами відсутня. Наразі єдиним суб'єктом, який на нормативному рівні визнаний одним із виконавців ДОЗ є ДК Укроборонпром. Постановою КМУ «Деякі питання Державного концерну «Укроборонпром» від 31.08.2011 року № 993, предметом діяльності Концерну відповідно до покладених на нього завдань є участь у виконанні державного оборонного замовлення. Так, до завдань Концерну входить забезпечення своєчасного та у повному обсязі постачання підприємствами-учасниками Концерну озброєння та військової техніки, надання послуг і виконання робіт для потреб Збройних Сил України та інших військових формувань.

Вважаємо необхідним і виокремлювати категорію суб'єктів, що здійснюють контроль за виконанням оборонного замовлення. Так, положеннями Тимчасового порядку розміщення, коригування державного оборонного замовлення, а також здійснення контролю за його виконанням, затвердженим постановою № 614, вказані суб'єкти, які здійснюють контроль за виконанням державного оборонного замовлення. По-перше, мова йде про Міністерство фінансів України, яке разом із державними замовниками та уповноваженим органом здійснює контроль за якістю продукції оборонного призначення на всіх стадіях її розроблення, виробництва, модернізації та ремонту, своєчасним виконанням державних контрактів, цільовим використанням коштів, перевірку та узгодження документів щодо формування договірних цін; по-друге, йдеться про Державну службу статистики, яка збирає звіти державних замовників та виконавців про стан виконання державних контрактів з оборонного замовлення та подає Кабінетові Міністрів України і уповноваженому органу зведену інформацію про стан виконання державних контрактів з оборонного замовлення.

Проаналізуємо і таких суб'єктів, які хоча і не беруть безпосередньої участі в виконанні ДОЗ, однак виконують допоміжну функцію – сприяння його реалізації. Так, Рішенням РНБО від 11 березня 2021 року Міністерство закордонних справ України, Служба зовнішньої розвідки України, Міністерство фінансів України, Служба безпеки України, Державна податкова служба України, Державна митна служба України, Державна служба експортного контролю України повинні сприяти державним замовникам у всебічному забезпеченні проведення маркетингових досліджень, переговорів, обміну інформацією та інших заходів під час здійснення прямих закупівель озброєння, військової та спеціальної техніки за імпортом. В контексті дослідження даної групи суб'єктів, вбачаємо окремі протиріччя у нормативній регламентації: якщо положення Постанови № 614 відносять таких суб'єктів як Служба безпеки України та Служба зовнішньої розвідки до переліку державних замовників, то вже в рішенні РНБО зазначені інституції – це суб'єкти сприяння державним замовникам.

На основі всього вищевикладеного, наведемо авторську класифікацію суб'єктів адміністративно-правового забезпечення державного оборонного замовлення: *за характером та обсягом компетенції* виокремимо суб'єктів *загальної компетенції* (маються на увазі ті суб'єкти, які володіють досить різнорідними повноваженнями, серед яких є забезпечення формування та реалізації державної політики у воєнній сфері та сфері оборони загалом, наприклад, Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України) та *спеціальної компетенції* (діяльність яких більшою мірою стосується забезпечення державної політики у воєнній сфері або спрямована саме на забезпечення оборонної достатності, наприклад Міністерство оборони, ДК Укроборонпром); *за функціональним призначенням:* суб'єкти планування (формування) ДОЗ, суб'єкти виконання оборонного замовлення, суб'єкти координації реалізації ДОЗ, суб'єкти контролю за виконання оборонного замовлення; *залежно від цілей та сфери впливу*, суб'єктів можна поділити на *основні* (повноваження суб'єктів стосуються безпосередньо планування, формування, виконання державного оборонного замовлення та контролю) та *допоміжні* (повноваження суб'єктів спрямовані на сприяння, допомогу у забезпеченні ДОЗ основним суб'єктам).

Таким чином, підсумовуючи все вищенаведене, пропонуємо умовно розглядати систему суб'єктів адміністративно-правового забезпечення державного оборонного замовлення крізь призму 5 категорій суб'єктів, а саме: *державні замовники* (Міністерство оборони, Міністерство внутрішніх справ, Міністерство економіки, Міністерство з питань стратегічних галузей промисловості, Міністерство юстиції, Державну службу з надзвичайних ситуацій, Службу безпеки, Службу зовнішньої розвідки, тощо), *суб'єкти виконання оборонного замовлення* (суб'єкти господарювання з якими укладено державний контракт оборонного замовлення на постачання (закупівлю) продукції, робіт

і послуг для задоволення військових потреб), *суб'єкти координації реалізації ДОЗ* (Міністерство з питань стратегічних галузей промисловості), *суб'єкти контролю за виконанням оборонного замовлення* (Міністерство фінансів України, Державна служба статистики), та *суб'єкти сприяння виконанню ДОЗ (*Міністерство закордонних справ України, Служба зовнішньої розвідки України, Міністерство фінансів України, Служба безпеки України, Державна податкова служба України, Державна митна служба України, Державна служба експортного контролю України).

Умовно систематизація суб'єктів адміністративно-правового забезпечення ДОЗ має такий вигляд:

1. Основні суб'єкти:

– *державні замовники;*

– *суб'єкти виконання державного оборонного замовлення;*

– *суб'єкти координації реалізації державного оборонного замовлення;*

– суб'єкти контролю за виконання державного оборонного замовлення.

2. Допоміжні суб'єкти.

– *суб'єкти сприяння виконанню державного оборонного замовлення.*

Висновки. Отже, суб'єктами адміністративно-правового забезпечення державного оборонного замовлення є особи, що є носієм конкретних прав та обов'язків, які становлять зміст правовідносин, що виникають, змінюються чи припиняються з приводу планування, формування, розміщення, коригування та виконання державного оборонного замовлення, та реалізують їх з метою забезпечення постачання (закупівлі) продукції, робіт і послуг для задоволення військових потреб силових відомств України в озброєнні, військовій техніці, інших матеріальних засобах та забезпечення національної безпеки і оборони. Система ж суб'єктів адміністративно-правового забезпечення ДОЗ характеризується достатньо розгалуженою мережею своїх суб'єктів, яку умовно можна розглядати через 5 основних структурних елементів (категорій): державні замовники, суб'єкти виконання ДОЗ, суб'єкт координації реалізації ДОЗ, суб'єкти контролю за виконанням ДОЗ та суб'єкти сприяння виконанню ДОЗ. Крім цього, суб'єктів системи адміністративно-правового забезпечення ДОЗ можна класифікувати за критеріями характеру та обсягу компетенції, за функціональним призначенням, а також в залежності від цілей та сфери впливу. Під час дії воєнного стану, який пов'язаний із повномасштабним вторгненням РФ на територію України, спостерігається сприятлива тенденція до лібералізації державного регулювання у сфері ДОЗ.

ЛІТЕРАТУРА

1. Словник української мови: в 11 т., Ін-т мовознав. ім. О. О. Потебні. Київ : Наук. думка, Т. 9: 1978. 916 с.
2. Гумін О. М., Пряхін Є. В. Адміністративно-правове забезпечення: поняття та структура. Наше право. 2014. № 4. С. 46–50.
3. Про основні показники державного оборонного замовлення на 2021 рік та 2022, 2023 роки РНБО; Рішення від 11.03.2021. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0027525-21#n2 (дата звернення: 10.01.2022).
4. «Деякі питання державного оборонного замовлення на 2021 рік» від 2 червня 2021 р. № 614.
5. Деякі питання здійснення оборонних та публічних закупівель товарів, робіт і послуг в умовах воєнного стану : Постанова Кабінету Міністрів України від 28.02.2022 № 169. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/169-2022-п#n6
6. Руденко Т. В. Воєнні державні закупівлі в дії. *Юридична газета online.* URL: https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/voenni-derzhavni-zakupivli-v-diyi.html (дата звернення: 01.05.2022).
7. Про оборонні закупівлі : Закон України від 17.07.2020 № 808-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/808-20#Text (дата звернення: 03.05.2022).

РОЗДІЛ 8
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.8
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/68

ОСОБЛИВОСТІ УМОВ ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ У ВИГЛЯДІ ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ У СКАНДИНАВСЬКИХ КРАЇНАХ

PECULIARITIES OF CONDITIONS OF THE PUNISHMENT IN THE FORM OF IMPRISONMENT IN THE SCANDINAVIAN COUNTRIES

Вовк Є.О., студент магістратури 1 курсу факультету прокуратури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена аналізу особливостей умов відбування покарання у вигляді позбавлення волі у Скандинавських країнах. До прикладу були розглянуті установи виконання покарань Норвегії, Фінляндії та Швеції. Визначено, що цими країнами застосовується та забезпечується гуманний підхід до організації та встановлення режиму та певних умов в установах відбування покарань. Форми і методи впливу на правопорушників у даних установах виражаються як у зовнішніх факторах у вигляді комфортабельної інфраструктури та належного рівня облаштування приміщень відбування покарання, так і у внутрішніх, які становлять дисципліну, режим дня, взаємодію із співробітниками виконавчих служб та активну діяльність, до якої залучений кожен ув'язнений. Ці фактори сприяють досягненню основної мети покарання, на думку скандинавців, а саме ресоціалізації та реінтеграції у суспільство. Дана мета закріплена на рівні законодавства Скандинавських країн у загальних положеннях як основний принцип, на основі якого має будуватися кримінально-виконавча система цих держав. Незалежно від типу установи виконання покарань за рівнем безпеки кожному засудженому гарантуються гідні умови перебування у в'язниці та надання можливості навчатися, займатися певною діяльністю залежно від своїх інтересів, що тим самим спонукає засудженого знайти своє призначення та вносити свій корисний вклад до суспільства, у якому він проживає. Ефективність такого підходу підкріплюється статистикою, яка була проаналізована у даній статті. Вона вказує на низьку кількість засуджених осіб по відношенню до всього населення даних країн, а також значний відсоток серед ув'язнених іноземців. Організація такої системи виконання покарань потребує значних фінансових витрат на утримання як самого облаштування установ, так і кожного засудженого. Втім, Норвегія, Фінляндія та Швеція, як заможні країни, мають відповідні можливості, де населення погоджується з таким підходом, оскільки це сприяє зменшенню рівня злочинності криміногенного кластеру.

Ключові слова: покарання, установи відбування покарань, позбавлення волі, ресоціалізація, реінтеграція, Скандинавські країни.

The article is devoted to the analysis of the peculiarities of the conditions of imprisonment in the Scandinavian countries. For example, penitentiaries in Norway, Finland and Sweden were considered. It is determined that these countries apply and ensure a humane approach to the organization and establishment of the regime and certain conditions in penitentiary institutions. Forms and methods of influencing offenders in these institutions are expressed both in external factors in the form of comfortable infrastructure and appropriate level of arrangement of penitentiary facilities, and in internal, which are discipline, daily routine, interaction with law enforcement officers and activities to which each prisoner is involved. According to Scandinavians, these factors contribute to the main goal of punishment, namely resocialization and reintegration into society. This goal is enshrined in the legislation of the Scandinavian countries in the general provisions, as the basic principle on the basis of which the penitentiary system of these states should be built. Regardless of the type of penitentiary institution, every convict is guaranteed decent conditions in prison and the opportunity to study, engage in certain activities, depending on their interests, thereby encouraging the convict to find his destination and make a useful contribution to society, in which he lives. The effectiveness of this approach is supported by statistics, which were analyzed in this article. It indicates a low number of convicts in relation to the total population of these countries, as well as a significant percentage of foreign prisoners. The organization of such a penitentiary system requires significant financial costs for the maintenance of both the facilities and each prisoner. However, Norway, Finland and Sweden, as wealthy countries, have appropriate opportunities where the population agrees with this approach, as it helps to reduce the crime rate of the criminogenic cluster.

Key words: punishments, penitentiaries, imprisonment, resocialization, reintegration, Scandinavian countries.

Умови та особливості відбування покарання завжди викликають дискусії не тільки у науковій, але і у практичній площині багатьох держав, задля вирішення одного із основних питань покарання – перевиховання правопорушника. Враховуючи статистичні дані, які будуть аналізуватися далі, процес та результат відбування покарання у місцях позбавлення волі, особливу увагу привертають Скандинавські країни (Норвегія, Фінляндія, Швеція), які відомі своїм ліберальним, гуманістичним, та на думку більшості, «м'яким» підходом до форм і методів впливу на правопорушників, які реалізуються в особливому режимі, що діє в установах відбування покарань.

Метою покарання, як у вітчизняному, так і у зарубіжному законодавстві визначається виправлення і ресоціалізація правопорушників, запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень та ізоляція засудженого з метою захисту інтересів суспільства. Саме у Кримінально-виконавчому кодексі України (далі – КВК України) у ч. 1 ст. 1 наводиться мета кримінально-виконавчого законодавства України: «Кримінально-виконавче законодавство України регламентує порядок і умови виконання та відбування кримінальних покарань з метою захисту інтересів особи, суспільства і держави шляхом створення умов для виправлення і ресоціалізації засуджених, запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень як засудженими, так і іншими особами, а також запобігання тортурам та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню із засудженими» [1]. Цікаво звернути увагу, як мета покарання визначається у спеціалізованих нормативно-правових актах Скандинавських країн. Так, у Норвегії виконання покарань регулюється Законом «Про виконання покарань» (Act relating to the execution of sentences etc. (The Execution of Sentences Act)), де у ст. 2 зазначається: «Вирок виконується таким чином, що враховує мету вироку, запобігає вчиненню нових злочинних дій, заспокоює суспільство, і в рамках цього забезпе-

чує ув'язненим задовільні умови. Щодо осіб, які перебувають під вартою, виправні служби вживають відповідних заходів для усунення згубних наслідків ізоляції» [2]. Вже на етапі загальних положень можемо побачити акцент на задовільних умовах для ув'язнених у норвезькому законодавстві. Також цікавим є піклування про усунення згубних наслідків ізоляції, як принцип, який буде розкриватися в особливостях режиму в установах відбування покарань, який ми розглянемо далі.

Наступним прикладом є Закон «Про позбавлення волі» (Imprisonment Act), що діє у Фінляндії. У ст. 2 глави 1 визначається, що метою виконання покарання, саме у вигляді позбавлення волі, є підвищення готовності ув'язненого до життя без злочинності шляхом сприяння вмінню ув'язненого керувати своїм життям та сприяння його реінтеграції в суспільство, а також запобігання вчиненню злочинів під час строку покарання [3].

Варто вказати, що саме ресоціалізація та реінтеграція в суспільство успішно досягається в даних Скандинавських країнах, де умови в установах відбування покарань цьому активно сприяють. В згаданому вище Законі «Про виконання покарань», що діє у Норвегії, у ст. 3 фундаментальні положення для цих умов розкриваються наступним чином: «Санкції повинні виконуватись у спосіб, який задовольняє потребу в безпеці. Суть його ґрунтується на тих заходах, які мають забезпечувати виправні служби для сприяння засудженому пристосуватися до суспільства. Виправна служба вживає належних заходів, щоб засуджений власними зусиллями міг уникнути вчинення нових злочинних дій. Особливе значення має надаватися праву дитини на доступ до батьків під час виконання санкції. Засуджений зобов'язаний брати активну участь під час виконання покарання та спеціальних кримінальних санкцій. Обов'язок брати активну участь може включати роботу, службу, корисну для суспільства, навчання, програми чи інші заходи, які можуть протидіяти новій злочинності. У разі хвороби або інвалідності обов'язок брати активну участь може припинятися. При виконанні покарань у виді позбавлення волі та спеціальних кримінальних санкцій має здійснюватися по можливості поступовий перехід від позбавлення волі до повної волі, а також забезпечуються можливості для участі у дозвіллі» [2]. Приблизно схожі положення зазначаються у Законі Фінляндії «Про позбавлення волі» у ст. 3 глави 1: «Умови ув'язнення, наскільки це можливо, повинні бути влаштовані таким чином, щоб вони відповідали умовам життя, що панують у суспільстві. Слід підтримувати можливості ув'язненого зберігати своє здоров'я та працездатність. Необхідно докладати зусиль для запобігання будь-яких шкідливих наслідків, спричинених втратою свободи» [3]. Саме принцип нормалізації життя, який реалізується за допомогою сприятливих умов у в'язницях, наближених до дійсності, у якій перебуває звичайна людина – є тією особливістю кримінально-виконавчої системи Скандинавських країн, яка має значний успіх та позитивний результат. Скандинавці вважають, що причини скоєння певного правопорушення та ведення асоціального способу життя в цілому, полягають у процесі виховання злочинця, а саме у порушеннях, які виникли на етапах його соціалізації, через що людина не змогла розібратися зі своїм призначенням у житті, чим вона може бути корисною для суспільства. Тому робота виконавчих служб спрямована на те, щоб нормалізувати цей стан речей, допомогти людині визначитися зі своїми інтересами, задля того, щоб сформувалася відсутність бажання знову повернутися до правопорушень, які займали основну частину життя цієї людини.

Ресоціалізація та реінтеграція в суспільство в установах виконання покарань у Скандинавських країнах досягається наступним шляхом. По-перше, варто розпочати з максимальної санкції, яка передбачена у вигляді позбавлення волі. Серед названих вище країн тільки Норвегія не встановлює у своєму законодавстві такого покарання, як довічне позбавлення волі. Саме у ст. 17 Загального цивільного та кримінального кодексу Норвегії (General civil penal code) встановлено, що позбавлення волі може бути призначено: (a) на строк від 14 днів до 15 років, або у випадках, передбачених розділом 62, на строк, що не перевищує 20 років; (b) у випадках, у яких це спеціально передбачено, на строк не більше 21 року. Будь-яке положення про позбавлення волі в цьому кодексі означає позбавлення волі на обмежений термін, якщо інше прямо не зазначено. Особа, засуджена до позбавлення волі, може бути звільнена з випробуванням відповідно до положень спеціального Закону (стаття 26) [4]. Тож, норвежці мають найбільш гуманістичний підхід до можливих застосовуваних санкцій, що ще раз підкреслює їх бачення щодо основної мети – реінтеграції у суспільство, а саме, що її потенціально можливо досягти кожній людині. На відміну від Норвегії, Фінляндія та Швеція мають у своїх кримінальних кодексах покарання у вигляді довічного позбавлення волі. Але навіть в даному випадку є певні особливості. Так, у Фінляндії, як зазначає М. С. Пузирьов, засуджені, які відбувають цей вид покарання, фактично проводять у тюрмі приблизно 10–12 років. Після цього вони зазвичай звільняються в порядку помилування президентом республіки [5, с. 238]. В Україні ж засудженим до довічного позбавлення волі може бути подано клопотання про його помилування тільки після відбуття ним не менше двадцяти років призначеного покарання [1]. До того ж, актом про помилування може бути здійснена заміна засудженому призначеного судом покарання у виді довічного позбавлення волі на позбавлення волі на строк не менше двадцяти п'яти років [6]. Це є досить вагомою проблемою у нашій країні, оскільки по відношенню до Скандинавських країн шансів на помилування у наших засуджених пропорціонально менше, до того ж цей шанс виникає через такий довгий строк.

По-друге, акцентується увага на особливостях ізоляції. Так, у Законі «Про виконання покарань» Норвегії встановлюється можливість надання відпустки. Стаття 33–34 передбачає, що якщо будуть дотримуватися міри безпеки, виправна служба може надати ув'язненим відпустку на короткий термін, якщо для цього є особливо вагомі причини, або коли відпустка визнається доцільною для подальшого виконання вироку. Ув'язненим не можна надавати звичайну відпустку до виконання частини вироку. При оцінці того, чи є відпустка виправданою з точки зору безпеки, особлива увага, на основі знань, які виправні служби мають про ув'язненого та його поведінку під час виконання вироку, надається тому, чи є підстави вважати, що ув'язнений вчинить нове злочинне діяння, ухилятиметься від виконання вироку або порушить передумови чи умови відпустки, встановлені відповідно до частини першої та другої статті 36. Ув'язненим може надаватися відпустка з в'язниці під супроводом співробітників виправної служби. Стаття 36 вказує, що обов'язковою умовою є те, що ув'язнені, яким надано відпустку та перерву покарання, не вчиняють нового злочинного діяння, залишаються за вказаною адресою, відповідають умовам, встановленим згідно з абзацом другим, і повертаються до в'язниці в тверезому стані у фіксований час. Під час відпустки ув'язнені також повинні уникати вживання одурманюючих засобів, анестетиків, гормональних препаратів або інших хімічних речовин, які не передбачені законом [2]. У звіті про результати службового відрядження за кордон делегації Державної установи «Центр пробації» до Королівства Норвегія від 2018 року зазначено про те, що у Норвегії практично не відбувається втеч із в'язниць; більше як 99 % усіх ув'язнених, які залишають пенітенціарну установу за відповідним дозволом, повертаються вчасно [7, с. 3]. У свою чергу, Агенство Кримінальних Санкцій (Criminal Sanctions Agency) у Фінляндії, яке від-

повідальне за виконання покарань, у своєму інформаційному листі про виконання вироків від 06.06.2016 року зазначило, що за заявою засудженого йому може бути надано дозвіл покинути в'язницю на короткий період часу (дозвіл на відпустку). Метою дозволу на відпустку є підтримка ув'язненого у підтримці його контактів, сприяння його розміщенню в суспільстві та зменшення шкоди, спричиненої втратою волі [8].

Також у цих країнах немає обмежень щодо побачень. Візити до ув'язнених можуть бути майже щодня. Обмеження можуть полягати тільки у визначенні певних днів на тижні та певного часу відвідування для того, щоб дотримуватись дисципліни та режиму дня ув'язненого. Наприклад, в тюрмі Хальден Фенгсель у Норвегії відвідувати ув'язненого можна з вівторка по п'ятницю з 17:30–19:30. Також можливі відеовізити із застосуванням програм відеозв'язку. Такі візити особа має заброновати за 14 днів [9]. В Україні ж встановлюються досить значні обмеження побачень. КВК України, наприклад, встановлює дозвіл для засуджених виправних колоній мінімального рівня безпеки із загальними умовами тримання, що перебувають у дільниці посиленого контролю, на одне короткострокове побачення на місяць і одне тривале побачення на три місяці [1].

По-третє, це система установ виконання покарань. У Норвегії відбувається поступове переведення ув'язненого з пенітенціарної установи суворого режиму до установи з менш суворим режимом. Це здійснюється за допомогою реабілітаційних центрів (домів на півдороги – half-way house) і завершується відбуванням покарання за межами в'язниці, якщо інше не зумовлено міркуваннями безпеки [7, с. 3]. Half-way house – це особлива установа кримінально-виконавчої системи Норвегії. Саме у ній правопорушники відбувають останню частину покарання перед умовно-достроковим звільненням. Основні принципи функціонування установи: гарантія безпеки, довірливі стосунки із засудженими та динамічна безпека. З кожним правопорушником окремий куратор проводить роботу щодо того, як знову навчитися жити у відкритому суспільстві (оплата комунальних послуг, купівля товарів, користування транспортом, приготування їжі, побут). Кожного тижня засуджені складають план на наступний тиждень, спочатку за допомогою куратора, потім самостійно. Правопорушники не можуть просто проживати в установі, вони мають працевлаштуватись, що не викликає особливих складнощів, оскільки держава платить правопорушнику зарплатню за перший період його роботи (у середньому 6 місяців). Засуджені мають право щотижнево проводити до 10 годин за межами установи. Окрім того, їм дозволяється у вільний від роботи час запрошувати до себе родичів або друзів на вечерю, перегляд фільмів та ін. [7, с. 4].

По-четверте, саме умови відбування покарань у в'язницях неодмінно впливають на процес ресоціалізації. Одна із умов – це праця та навчання. Служба в'язниць і пробації Швеції на своєму офіційному сайті зазначає про важливість професійної діяльності. «Вся професійна діяльність у в'язниці спрямована на підвищення шансів ув'язнених жити без наркотиків і на законослухняне життя після відбуття покарання. У в'язниці обов'язково професійна діяльність має відбуватися протягом шести годин щодня з понеділка по п'ятницю. Діяльністю може бути, наприклад, робота зі збиранням субпідрядних виробів, технічне обслуговування приміщень або прання. Ув'язнені також можуть навчатися заочно або денно. Служба в'язниць і пробації має власну шкільну систему з понад 120 акредитованими викладачами середніх шкіл. Це дає змогу ув'язненим продовжувати освіту, навіть якщо їх переводять до іншої в'язниці. Діяльність також включає відвідування реабілітаційних програм, спрямованих на зловживання наркотиками та алкоголем, насильницьку поведінку, агресію та злочинну поведінку. Є як групові заняття, так і індивідуальні. Зазвичай програми поєднуються з роботою або навчанням. Політика Служби тюрем і пробації полягає в тому, щоб намагатися допомогти ув'язненим на індивідуальній основі. Наші засуджені мають дуже різноманітні потреби та можливості. Тому є й інші види діяльності, які також вважаються професійними, наприклад, заняття йогою, оздоровчі програми, уроки драматургії та письма, живопис та кераміка. Ув'язнені отримують 13 шведських крон на годину за всю професійну діяльність» – зазначає Служба в'язниць і пробації Швеції [10]. Так само акцентується увага на праці, як частина режиму, у фінських колоніях. У згаданому вище інформаційному листі Агентства Кримінальних Санкцій Фінляндії зазначено: «Ув'язнені зобов'язані працювати, навчатися чи брати участь у інших видах діяльності у в'язниці. Метою різних заходів є сприяння здатності ув'язнених жити без злочинності, тобто покращити їхню роботу і функціональні здатності, а також підтримувати спосіб життя без наркотиків. Багато ув'язнених отримують можливість працювати під час виконання покарання, наприклад, у ремеслі, обробці дерева, металу чи сільському господарстві. В'язниці мають окремі майстерні і оплачують роботу. В'язниці організовують різнобічну освіту у співпраці з навчальними закладами. В'язням пропонуються професійно-технічні, орієнтаційні, загальноосвітні, університетські та політехнічні навчання доступні у формі дистанційного навчання. За певних умов ув'язнені можуть також навчатися в навчальних закладах поза межами колонії в денний час. Навчання за межами в'язниці за дозволом на навчання можливе, як правило, у в'язницях відкритого типу. Навчальні заклади видають ув'язненим довідки про навчання, які не містять жодних вказівок на те, що навчання проходили у в'язниці. В'язниці також організовують курси, щоб допомогти ув'язненим отримати нові навички, наприклад, вчитися читати і писати, користуватися комп'ютером, розвивати свої навички вирішення проблем і управління гнівом, перебуваючи у в'язниці» [8]. У в'язницях цих Скандинавських країн засуджені готують для себе самостійно. У них немає спецодягу.

Наступною особливістю є комфортабельні умови проживання. Так, у всіх в'язницях Фінляндії є тренажерні зали, до яких в'язні мають доступ, залежно від режиму. У деяких в'язницях також є кімната для хобі. По можливості, відповідно до потреб ув'язнених, у в'язниці влаштовуються церковні служби, молитовні збори та інші релігійні заходи [8]. У Швеції кімнати в'язниці суворого режиму зазвичай складаються з дерев'яних меблів з ліжком, письмовим столом, стільцем і полицями. Більшість номерів також мають окрему ванну кімнату та вікна, щоб пропускати денне світло. Однак використання ванної кімнати зазвичай обмежене в приміщеннях максимальної безпеки, де ув'язнені змушені викликати охоронців, щоб відімкнути двері. Залежно від конкретного ув'язненого, особисті предмети та електроніка, дозволені в кімнаті, можуть відрізнятися. Однією з найбільш безпечних в'язниць у Швеції є Кумла, де утримуються найнебезпечніші злочинці. Тут ув'язнені повинні подати заявку на отримання дозволу на кожен предмет або електронний пристрій, який вони хочуть внести до в'язниці. Хоча нерідко ув'язнені в цій установі мають кабельне телебачення, відеоігри та CD-плеєри в особистому кабінеті [11, с. 78–79]. У Норвегії однією з найбільш відомих в'язниць за своїми комфортабельними умовами є Хальден Фенгсель. Вона оточена лісом, має особливу архітектуру, що за задумом авторів також є частиною гуманного відношення до засудженого. Мета при побудові цієї в'язниці: це має бути місцем, яке не повинно лякати того, хто туди потрапляє. Площа загальних приміщень досить велика, оскільки вважається що тісний простір може спровоку-

вати напругу та конфлікти. Жилі приміщення та приміщення для навчання та побачень знаходяться у різних корпусах, що має імітувати звичайне життя, коли засуджений буде переміщуватись по території установи. Великі вікна у жилих приміщеннях в'язниці надають відчуття наближеності до природи, що має зменшувати проблему ізоляції. Варто також звернути увагу на такі, на перший погляд, незначні деталі, як матеріал, який використовувався при зовнішньому та внутрішньому будуванні тюрми. Такі матеріали, як скло, дерево зазвичай не притаманні таким установам відбування покарань, так як частіш за все використовуються бетон та сталь, але, на думку авторів, саме бетон та сталь, пригнічують знаходження у в'язниці, сприяють виникненню негативних наслідків ізоляції, а вузькі вікна, які належним чином не пропускають денне світло, погіршують цю обстановку. Особливістю цієї установи відбування покарань також є спеціальне розміщення приміщень для персоналу, яке влаштоване таким чином, щоб співробітники виконавчої служби взаємодіяли із засудженими і здійснювали одночасно нагляд за ними. Близька взаємодія зменшує відчуття різкого розходження зі статусом між співробітниками і ув'язненими, що у свою чергу зменшує кількість інцидентів, пов'язаних із порушенням правил безпеки.

Ефективність такого режиму в установах відбування покарань Скандинавських країн та досягнення мети ресоціалізації підкріплюється статистикою. Так, Інститут дослідження політики у сфері злочинності та правосуддя (Institute for Crime and Justice Policy Research), який проводить щорічне дослідження та публікує звіт рейтингу країн усього світу за кількістю ув'язнених (World Prison Brief), за березень 2022 року вказав, що кількість ув'язнених у Норвегії на 100,000 осіб становить 58 осіб. У Фінляндії цей показник сягає 43 особи на 100,000 населення (дані за січень 2021 р.). Швеція – 70 осіб на 100,000 населення (дані за січень 2021 р.). У порівнянні з Україною, у нашій державі цей показник сягає 123 особи на 100,000 населення [12]. Тобто, у середньому у даних Скандинавських країнах кількість ув'язнених приблизно вдвічі менше, аніж в Україні. Цікавим є той факт, що кількість іноземних ув'язнених у нашій країні становить 2.3 %, у той час, як у Скандинавських країнах цей показник значно підвищений, а саме у Норвегії він становить 23.9 %, Фінляндія – 17 %, Швеція – 22.1 % [12]. Так, І. С. Яковець, досліджуючи це питання, а саме стосовно Норвегії, пов'язує такі показники із входженням країни до Шенгенської зони [13, с. 363]. Теж саме можна зазначити і про Фінляндію та Швецію, які також входять до цієї зони вільного пересування.

Варто вказати, що на таке облаштування в'язниць та забезпечення комфортабельних умов, наближених до умов у звичайному житті на волі, є фінансово затратним. Так, Служба в'язниць і пробації Швеції подала звіт загального бюджету витраченого за попередній фінансовий рік, він сягає 1 025 963 333 євро [14]. До прикладу в Україні, діючий міністр Міністерства юстиції України Малюська Д. Л. заявив, що на установи виконання покарань виділяється близько 7 млрд грн на рік. Це 224 358 974 євро за офіційним курсом Національного банку України станом на 03.06.2022 року. Тобто, фінансові витрати на утримання установ відбування покарань значно вищі у Скандинавських країнах, і не кожна держава може собі дозволити виділення таких коштів з бюджету. Але варто враховувати, що Норвегія, Фінляндія та Швеція займають одні з найвищих місць за списком ВВП на душу населення, отже мають відповідні можливості.

Висновки. Проаналізувавши відповідні умови в установах виконання покарань у таких Скандинавських країнах, як Норвегія, Фінляндія та Швеція, можна дійти до висновку, що їх кримінально-виконавчою системою успішно досягається одна із основних цілей покарання – ресоціалізація та реінтеграція у суспільство правопорушника. Саме перевиховання засудженої людини вдається завдяки забезпеченню звичайними гуманними умовами перебування у в'язницях, як зовнішній фактор, та надання можливості працювати та навчатися, почуваючи себе корисним для суспільства, відчуваючи себе частиною певної спільноти, як внутрішній фактор. Вагомі деталі, такі, як відсутність спецодягу, самостійне приготування їжі, певний інтер'єр, майже необмежені побачення із рідними, різні корпуси для житла та роботи, наявність тренажерних залів і т. п. – спонукають злочинців не відокремлювати себе, як окрему асоціальну групу, яка може себе проявити виключно у протиправному способі життя. Навпаки, дані особи завдяки усім цим факторам, відчувають себе звичайними людьми, зі своїми інтересами, проявами позитивних якостей своєї особистості, які мають великий шанс повернутися до законослухняності у своїй поведінці. Саме завдяки таким умовам досягається одне із основних положень у законодавстві цих країн – зменшення негативного впливу ізоляції. Таке відбування покарання варто назвати «реабілітацією». Цей підхід виявився ефективним. Він є гарним прикладом для системи виконання покарань в Україні, але неодмінно варто враховувати фінансовий фактор, і перш ніж облаштовувати такі умови для засуджених, державі варто попіклуватися, щоб спершу будь-яка звичайна законослухняна людина змогла дозволити собі такі умови проживання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінально-виконавчий кодекс України від 11 липня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України.* 2004. № 3–4. Ст. 21.
2. Act relating to the execution of sentences etc. (The Execution of Sentences Act) dated 01.03.2002. *Ministry of Justice and Public Security of Norway*. URL: Act relating to the execution of sentences etc. – regjeringen.no
3. Imprisonment Act 767/2005; amendments up to 819/2019 included. *Ministry of Justice, Finland*. URL: en20050767.pdf (finlex.fi)
4. Norway: Act No. 10 of 1902, The General Civil Penal Code [Norway], 2 May 1902. URL: lov-19020522-010-eng.PDF (imolin.org)
5. Пузирьов М. С. Пенітенціарні системи України та Фінляндії: порівняльний аналіз фундаментальних засад функціонування. *Актуальні проблеми модернізації законодавства та освіти в умовах євроінтеграційного поступу України :* матеріали міжн. наук.-практ. конф. (Чернігів, 27–28 жовтня 2016 року). Чернігів: Міністерство юстиції України, Академія державної пенітенціарної служби, 2016. С. 238–240.
6. Кримінальний кодекс України від 05 квітня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.
7. Звіт про результати службового відрядження за кордон делегації Державної установи «Центр пробації» до Королівства Норвегія (навчальний візит з вивчення системи виконання покарань та пробації, Норвегія, м. Бреген, 24–28 вересня 2018 року). 2018. URL: 2018.05.10-звіт-відрядження-за-кордон.pdf (probation.gov.ua) (дата звернення: 02.06.2022).
8. Information about the enforcement of sentences in Finland 06-06-2016 / Criminal Sanctions Agency (Rikosseuraamuslaitos, RISE). 2016. URL: Finland-EN-prisoner-information-sheet.pdf (europris.org) (дата звернення: 02.06.2022).
9. Besøke innsatte – Halden fengsel / official site. URL: Besøke innsatte – Halden fengsel (дата звернення: 03.06.2022).
10. Rehabilitation – Swedish Prison and Probation Service | Kriminalvården / official site. URL: Rehabilitation – Swedish Prison and Probation Service | Kriminalvården (kriminalvarden.se) (дата звернення: 03.06.2022).
11. Hedstrom J. The American and Swedish Criminal Justice System: A Comparative Study (2018). Electronic Theses and Dissertations. Paper 3397. URL: The American and Swedish Criminal Justice System: A Comparative Study (etsu.edu) (дата звернення: 03.06.2022).
12. Europe // World Prison Brief data / Institute for Crime and Justice Policy Research. URL: Europe | World Prison Brief (prisonstudies.org) (дата звернення: 03.06.2022).

13. Яковець І. С. Досвід виконання кримінальних покарань Королівства Норвегія та доцільність його впровадження в Україні. *Збірник наукових праць з юридичних і політичних наук «Держава і право»*. 2013. Вип. 60. С. 362–368.
14. EuroPris: Promoting Professional Prison Practice | « Swedish Prison and Probation Service / Agency Profile. 20.04.2022. URL: EuroPris: Promoting Professional Prison Practice | « Swedish Prison and Probation Service (SE) (дата звернення: 03.06.2022).

УДК 343.231:343.241:342.77
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/69

ВОЄННИЙ ТА НАДЗВИЧАЙНИЙ СТАН ЯК ОБСТАВИНИ, ЩО ВПЛИВАЮТЬ НА КВАЛІФІКАЦІЮ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ АБО ПРИЗНАЧЕННЯ ПОКАРАННЯ

MARTIAL LAW AND STATE OF EMERGENCY AS CIRCUMSTANCES AFFECTING THE QUALIFICATION OF A CRIMINAL OFFENSE OR THE IMPOSITION OF PUNISHMENT

Вознюк А.А., д. ю. н., професор,
завідувач наукової лабораторії з проблем протидії злочинності
Національна академія внутрішніх справ

У статті досліджено проблемні питання тлумачення і застосування кримінально-правових положень про воєнний та надзвичайний стан, а також пов'язані з ними обставини, що впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення або призначення покарання – період збройного конфлікту, бойову обстановку, іншу надзвичайну подію, особливий період. Розроблено пропозиції щодо їх вдосконалення.

Аргументовано, що розв'язати ці проблемні питання, можна шляхом: 1) застосування науково-обґрунтованого підходу щодо включення досліджуваних обставин, як кваліфікуючих чи особливо кваліфікуючих ознак, в окремі склади кримінальних правопорушень; 2) уніфікації цих обставин з урахуванням форми їх існування (обставин, що обтяжують покарання та обставин, що впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення), а також найбільш оптимальних конструкцій для диференційованого їх застосування у КК («під час» та «з використанням умов»); 3) заборони одночасного вживання термінів «воєнний стан» та «особливий період» в одній і тій самій конструкції обставини, що обтяжує покарання чи впливає на кваліфікацію; 4) заміни в п. 11 ч. 1 ст. 67 КК терміна «злочин» на – «кримінальне правопорушення» та терміна «інша надзвичайна подія» на – «надзвичайна ситуація».

Обставини, що обтяжують покарання, передбачені п. 11 ч. 1 ст. 67 КК, рекомендовано викласти в такі редакції: «Вчинення кримінального правопорушення в особливий період, під час надзвичайного стану або надзвичайної ситуації».

Більш небезпечними визнано обставини, які можна позначити конструкцією – «вчинення кримінального правопорушення з використанням умов особливого періоду, надзвичайної ситуації або надзвичайного стану». Саме цю конструкцію можна використати у відповідних кваліфікованих та особливо кваліфікованих складах кримінальних правопорушень. Як варіант, вплив на посилення міри призначеного покарання за наявності цієї обставини можна досягти шляхом встановлення спеціального правила призначення покарання у ст. 67 КК.

Ключові слова: воєнний стан, надзвичайний стан, збройний конфлікт, бойова обстановка, інша надзвичайна подія, особливий період, обставини, що впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення, обставини, що обтяжують покарання.

The article examines the problematic issues of interpretation and application of criminal law provisions on martial law and state of emergency, as well as related circumstances that affect the qualification of a criminal offense or sentencing – a period of armed conflict, hostilities, other emergencies, special period. Proposals for their improvement have been developed.

It is argued that these problematic issues can be solved by: 1) the application of a scientifically sound approach to the inclusion of the investigated circumstances, as qualifying or especially qualifying features, in certain components of criminal offenses; 2) unification of these circumstances taking into account the form of their existence (aggravating circumstances and circumstances affecting the qualification of a criminal offense), as well as the most optimal designs for their differentiated application in the Criminal Code («during» and «using conditions»); 3) prohibition of the simultaneous use of the terms «martial law» and «special period» in the same construction of a circumstance that aggravates the punishment or affects the qualification; 4) replacement in paragraph 11 of Part 1 of Art. 67 of the Criminal Code, the term «crime» on – «criminal offense» and the term «other emergency» on – «emergency».

Aggravating circumstances provided for in paragraph 11 of Part 1 of Art. 67 of the Criminal Code, it is recommended to state as follows: «Committing a criminal offense in a special period, during a state of emergency or emergency.»

More dangerous are the circumstances that can be described by the construction – «the commission of a criminal offense using the conditions of a special period, emergency or state of emergency.» This construction can be used in the corresponding qualified and especially qualified structures of criminal offenses. Alternatively, the impact on the strengthening of the sentence imposed in the presence of this circumstance can be achieved by establishing a special rule of sentencing in Art. 67 of the Criminal Code.

Key words: martial law, State of Emergency, armed conflict, combat situation, another emergency, special period, circumstances affecting the qualification of a criminal offense, aggravating circumstances.

Вступ. З огляду на сучасні виклики та загрози, обумовлені війною проти нашої держави, до Кримінального кодексу України (далі – КК) внесено низку змін і доповнень, які, за задумом парламентарів, повинні удосконалити кримінальне законодавство. Чи вдалося це законодавцю – питання дискусійне. Нові зміни породили й чимало проблем, які доведеться розв'язувати на практиці.

Законодавець допустив помилки, які погіршують кримінально-правовий захист суспільних відносин від суспільно небезпечних діянь. На це неодноразово звертали увагу вчені [1–5].

Не можна не погодитися з тим, що «навіть в умовах воєнного стану швидкі зміни до КК не є виправданими, оскільки зроблені законодавцем помилки можуть призвести або й призводять до порушення прав людини, невизначеності правової кваліфікації діянь, гальмування досудового розслідування і судового розгляду кримінальних проваджень. З прийняттям за пришвидшеною процедурою все нових і нових змін до КК створюється все більше неоднозначності і непередбачуваності» [5].

Серед ***законодавчих помилок*** варто виділити:

1) надання дозволу на застосування амністії до осіб, визнаних винними у вчиненні державної зради та диверсії (ч. 4 ст. 86 КК), після фактичного відбуття ними строків, встановлених ч. 3 ст. 81 КК (тобто строків, після фактичного відбуття яких, до засудженого може бути застосоване умовно-дострокове звільнення від відбування покарання), хоча раніше, відповідно до п. «г» ст. 4 Закону України «Про застосування амністії в Україні», амністію не можна було застосовувати до осіб, яких засуджено за злочини проти основ національної безпеки України;

2) послаблення кримінальної відповідальності за окремі прояви колабораційної діяльності, які раніше кваліфікувалися як державна зрада (внаслідок доповнення КК ст. 111-1 за окремі прояви державної зради кримінальну відповідальність пом'якшено);

3) ускладнення підстав притягнення до кримінальної відповідальності за незаконне заволодіння гуманітарною допомогою, благодійними пожертвами або безоплатною допомогою в результаті доповнення КК статею 201-2;

4) надмірне посилення кримінальної відповідальності за несанкціоноване втручання в роботу інформаційних (автоматизованих), електронних комунікаційних, інформаційно-комунікаційних систем, електронних комунікаційних мереж (ст. 361 КК).

Ці та інші законодавчі новації більше нагадують імітацію усунення прогалин, що проявилися під час військової агресії проти України. Низьку якість законотворення наврядчи варто оцінювати як диверсію проти України. Скоріше за все це банальні законодавчі помилки, обумовлені низькою компетенцією народних депутатів в законодавчому процесі, яка, як видається, певною мірою породжена значним рівнем корупції в державі на який неодноразово звертали увагу вчені [6–8].

Частину зазначених проблем можна розв'язати шляхом тлумачення відповідних кримінально-правових норм. У нагоді тут будуть слова В. О. Навроцького: «…навіть досконалий закон потребує свого тлумачення, як передумови правильного застосування. Тлумачення може і має стати засобом подолання неясностей, суперечливостей закону. Давайте будемо не вишукувати в КК та КПК того, що перешкоджає їх застосуванню, а навпаки, пропонувати шляхи виходу з законодавчих колізій. І тлумачити так, щоб було згідно рекомендації одного недоброї пам'яті державного діяча: «Друзям – все, ворогам – закон». Для наших воїнів і співвітчизників шукати обґрунтування правомірності їх дій по знищенню ворога, для загарбників – обґрунтування того, що кожен їх крок по українській землі становить злочин. І єдиний спосіб уникнути кримінальної відповідальності в Україні – скоріше і назавжди згинути» [4, с. 41].

Однак одним тлумаченням тут не обійтися – необхідні зміни до КК. Вельми корисними в цьому плані будуть зауваження і побажання М. І. Хавронюка, який має рацію в тому, що ситуація вимагає створення робочої групи, яка мала би підготувати проєкт Закону про внесення змін до КК з метою виправлення допущених помилок. Такий проєкт Закону необхідно приймати з урахуванням позицій експертів і в режимі двох читань [5].

Серед нових змін до закону про кримінальну відповідальність – визнання вчинення кримінального правопорушення в умовах або під час воєнного чи надзвичайного стану обставинами, що впливають на кваліфікацію окремих кримінальних правопорушень, зокрема проти основ національної безпеки (ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 113, ст. 114-2 КК), власності (ч. 4 ст. 185–187, ч. 4 ст. 189, ч. 4 ст. 191 КК), у сфері господарської діяльності (ч. 3 ст. 201-2 КК), у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку (ч. 5 ст. 361 КК). Існують також законодавчі ініціативи щодо доповнення цими обставинами інших складів кримінальних правопорушень. Наприклад, законопроєктом № 7212 від 25.03.2022 пропонувалося доповнити ч. 2 ст. 245 КК (Знищення або пошкодження об'єктів рослинного світу) такою обставиною, як вчинення цього злочину в умовах воєнного або надзвичайного стану чи особливого періоду [9].

Тому необхідно розібратися, чи обґрунтованими є ці зміни, сформулювати рекомендації щодо тлумачення досліджуваних обставин, а також визначити найбільш оптимальні конструкції для позначення воєнного чи надзвичайного стану та пов'язаних з ними обставин, що впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення чи призначення покарання, задля подальшого їх вдосконалення.

Воєнний та надзвичайний стан як обставини, що впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення або призначення покарання досліджували І. А. Вартилецька, Л. М. Демидова, О. О. Дудоров, В. А. Клименко, О. О. Кравчук, Д. Г. Михайленко, Р. О. Мовчан, В. О. Навроцький, Є. О. Письменський, А. А. Стрижевська, І. К. Туркевич, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, С. Д. Шапченко, О. М. Шармар, Н. В. Шепелєва та інші. Однак чимало проблемних питань, пов'язаних із застосуванням цих обставин на практиці, залишаються нерозв'язаними.

Метою статті є з'ясування проблемних питань тлумачення і застосування кримінально-правових положень про воєнний та надзвичайний стан, а також висунення на цій підставі аргументованих пропозицій щодо їх вдосконалення.

Основний зміст. Вивчення статей КК, в яких згадується воєнний та надзвичайний стан, а також аналіз практики їх застосування дає підстави висловити певні застереження щодо цих обставин.

І. ***Обмежений і фрагментарний перелік кримінальних правопорушень, до складів яких включено кваліфікуючі чи особливо кваліфікуючі ознаки, пов'язані з воєнним або надзвичайним станом.***

Незрозуміло, яким критерієм керувався законодавець, визнаючи цю обставиною такою, що впливає на кваліфікацію.

Чому ця обставина передбачена лише у двох злочинах проти основ національної безпеки (ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 113 КК)? Чому вона не впливає на кваліфікацію, наприклад, фінансування дій, вчинених з метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України (ст. 110-2 КК), шпигунства (ст. 114 КК), перешкоджання законній діяльності Збройних Сил України та інших військових формувань (ст. 114-1 КК)?

Чому ця обставина передбачена лише у п'яти злочинах проти власності (ч. 4 ст. 185, ч. 4 ст. 186, ч. 4 ст. 187, ч. 4 ст. 189, ч. 4 ст. 191 КК)? Чому вона не впливає на кваліфікацію, наприклад, шахрайства (ст. 190 КК), а також викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживанням службовим становищем (ст. 262 КК), незаконного заволодіння транспортним засобом (ст. 289 КК), інших кримінальних правопорушень? На це слушно звертає увагу Р. О. Мовчан стверджуючи, що перелік діянь, відповідальність за які має посилюватися у разі їхнього вчинення в умовах воєнного або надзвичайного стану, має бути доповнений за рахунок посягань, передбачених статями 190, 262 та 289 КК [3, с. 285].

Безумовно мають рацію О. О. Кравчук та Д. Г. Михайленко в тому, що кримінальні правопорушення, передбачені ст. 185, 186, 187, 189, 191 КК, – це основні майнові злочини, які завжди становили значну частину всієї кримінальної статистики в Україні [2]. Однак суспільно небезпечне діяння, передбачене ст. 190 КК, також належить до основних майнових злочинів.

Головне науково-експертне управління Верховної Ради України рекомендує звернути увагу на вибірковий підхід щодо складу злочину, кваліфікуючою ознакою якого пропонується визнати «вчинення в умовах воєнного або надзвичайного стану чи особливого періоду», адже у проекті йдеться лише про один окремий різновид кримінального правопорушення проти довкілля – ч. 2 ст. 245 КК (у редакції проекту) [10].

Викладене вище дає підстави стверджувати про необхідність застосування науково-обґрунтованого підходу щодо включення досліджуваних обставин в окремі склади кримінальних правопорушень.

ІІ. ***Різні варіанти комбінації воєнного та надзвичайного стану з іншими обставинами, що обтяжують покарання чи впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення.***

Воєнний та надзвичайний стан, а також пов'язані з ними інші обставини, що впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення, в законі про кримінальну відповідальність ***викладено по-різному:***

1) «в умовах воєнного стану» (ч. 2 ст. 111, ч. 2 ст. 435 КК);

2) «в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту» (ч. 2 ст. 113 КК);

3) «в умовах воєнного або надзвичайного стану» (ст. 114-2, ч. 4 ст. 185, ч. 4 ст. 186, ч. 4 ст. 187, ч. 4 ст. 189, ч. 4 ст. 191 КК);

4) «під час надзвичайного або воєнного стану» (ч. 3 ст. 201-2 КК);

5) «під час дії воєнного стану» (ч. 5 ст. 361 КК);

6) «в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці» (ч. 4 ст. 402, ч. 3 ст. 403, ч. 4 ст. 404, ч. 4 ст. 405, ч. 5 ст. 407, ч. 4 ст. 408, ч. 4 ст. 409, ч. 4 ст. 410, ч. 4 ст. 411, ч. 3 ст. 413, ч. 3 ст. 418, ч. 3 ст. 419, ч. 3 ст. 420, ч. 3 ст. 421, ч. 4 ст. 425, ч. 4 ст. 426, ч. 5 ст. 426-1, ч. 3 ст. 428 КК).

Схожа обставина, що обтяжує покарання, – «вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій» (п. 11 ч. 1 ст. 67 КК).

У кримінальному законодавстві вжито також конструкції «в районі воєнних дій» (ст. 433, 435 КК), «в умовах особливого періоду, крім воєнного стану» (ч. 3 ст. 403 КК).

Законопроєктом № 7212 від 25.03.2022 запропоновано обставину, що обтяжує покарання, передбачену п. 11 ч. 1 ст. 67 КК, викласти в такій редакції: «вчинення злочину в умовах воєнного або надзвичайного стану чи особливого періоду, інших надзвичайних подій», а також доповнити ч. 2 ст. 245 КК такою кваліфікуючою ознакою, як вчинення злочину в умовах воєнного або надзвичайного стану чи особливого періоду [9].

Відтак, неозброєним оком видно, що конструкції, які використовують для позначення воєнного чи надзвичайного стану, а також пов'язаних з ними обставин, що впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення чи призначення покарання, треба уніфікувати з урахуванням насамперед того, що у КК зазначені обставини існують у двох формах: 1) як обставини, що обтяжують покарання; 2) як обставини, що впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення.

У цих конструкціях ідеться про різні обставини:

1) воєнний стан;
2) надзвичайний стан;
3) період збройного конфлікту;
4) бойову обстановку;
5) іншу надзвичайну подію;
6) особливий період.

У законодавстві України існує два тлумачення терміну «воєнний стан». Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закон України «Про правовий режим воєнного стану» від 12 травня 2015 р. ***воєнний стан*** – це особливий правовий режим, що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню, військовим адміністраціям та органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень [11]. Схожа дефініція міститься в ч. 1 ст. 1 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. [12], однак у ній серед суб'єктів, яким надаються відповідні повноваження, відсутні військові адміністрації, а також такі складові мети, для досягнення якої надаються ці повноваження, як відсіч, збройної агресії та усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності.

З огляду на те, що воєнний стан вводиться у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, найбільш близькими до цього стану є збройний конфлікт та бойова обстановка.

Відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. ***збройний конфлікт*** – збройне зіткнення між державами (міжнародний збройний конфлікт, збройний конфлікт на державному кордоні) або між ворогуючими сторонами в межах території однієї держави, як правило, за підтримки ззовні (внутрішній збройний конфлікт) [13]. Збройний конфлікт передбачає процес вирішення суперечок, як правило, на території інших держав, із застосуванням зброї і може мати міжнародний (без участі України) чи не міжнародний (внутрішній у межах іншої країни, міжетнічний, міжконфесійний тощо) характер (М. І. Хавронюк) [14, с. 1354]. У контексті ст. 111 КК О. М. Грудзур та В. І. Шакун пропонують збройний конфлікт розуміти саме як збройний конфлікт міжнародного характеру, який у юридичній науці визначається як зіткнення між збройними силами держав усупереч міжнародно-правовій забороні війни як засобу вирішення спорів. Такі конфлікти звичайно характеризуються інтенсивністю ведення бойових дій, їх територіальною обмеженістю та відносною нетривалістю у часі. Відмінність збройного конфлікту та воєнного стану з правової точки зору полягає також у тому, що збройний конфлікт фактично може мати місце ще до оголошення воєнного стану [15, с. 282].

Під ***бойовою обстановкою*** в розділі XIX КК слід розуміти обстановку наступального, оборонного чи іншого загальновійськового, танкового, протиповітряного, повітряного, морського тощо бою, тобто безпосереднього застосування військової зброї і техніки стосовно військового супротивника або військовим супротивником. Обстановка бою, в якому бере участь військове з'єднання, частина (корабель) або підрозділ, розпочинається і закінчується з наказу про вступ у бій (припинення бою) або з фактичного початку (завершення) бою (примітка до ст. 402 КК).

Наявність бойової обстановки може підтверджувати факт збройного конфлікту. Збройний конфлікт чи бойова обстановка можуть бути передумовами введення воєнного стану.

М. І. Хавронюк слушно зауважує, що поняття «збройний конфлікт» має самостійне правове значення для кваліфікації, якщо такий конфлікт відбувається поза межами воєнного стану – у разі фактичного початку воєнних дій, але ще до оголошення воєнного стану, або взагалі в мирний час. У контексті ст. 111 КК це поняття є синонімом поняття «бойова обстановка» в частині безпосереднього застосування військової зброї і техніки стосовно військового супротивника або військовим супротивником (див. ст. 402). Водночас збройний конфлікт може бути проявом гібридної війни – війни, основним інструментом якої є створення державою-агресором в іншій державі внутрішніх конфліктів з подальшим їх використанням для досягнення політичних цілей [14, с. 332].

Відтак, термін «воєнний стан», з одного боку, та терміни «бойова обстановка» і «збройний конфлікт» – з іншого, мають спільні риси, оскільки воєнний стан може вводитися за наявності збройного конфлікту чи бойової обстановки. Водночас вони мають і самостійне кримінально-правове значення, тому що не завжди за наявності бойової обстановки чи збройного конфлікту вводиться воєнний стан.

Обставини, що позначаються термінами «збройний конфлікт» та «бойова обстановка», як видається, слушно застосовуються лише в конструкціях окремих

складів кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки та проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення) [16, с. 47].

Воєнний стан пов'язаний з особливим періодом. У законодавстві України існує два визначення терміну «особливий період». Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р. ***особливий період*** – це період, що настає з моменту оголошення рішення про мобілізацію (крім цільової) або доведення його до виконавців стосовно прихованої мобілізації чи з моменту введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях та охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій [12]. Більш детальне визначення цієї категорії міститься у ч. 1 ст. 1 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» від 21 жовтня 1993 р., де зазначено, що ***особливий період*** – період функціонування національної економіки, органів державної влади, інших державних органів, органів місцевого самоврядування, Збройних Сил України, інших військових формувань, сил цивільного захисту, підприємств, установ і організацій, а також виконання громадянами України свого конституційного обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, який настає з моменту оголошення рішення про мобілізацію (крім цільової) або доведення його до виконавців стосовно прихованої мобілізації чи з моменту введення воєнного стану в Україні або в окремих її місцевостях та охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій [17]. П. Ясиновський слушно звертає увагу на різний законодавчий підхід до опису особливого періоду в різних законодавчих актах [18]. В обох визначеннях йдеться про початок цього періоду, який може наставати або з моменту оголошення рішення про мобілізацію (крім цільової), або доведення його до виконавців стосовно прихованої мобілізації, або з моменту введення воєнного стану в Україні чи в окремих її місцевостях. Водночас особливо важливо звернути увагу на те, що особливий період охоплює час мобілізації, воєнний час і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій. Воєнний час настає з моменту оголошення стану війни чи фактичного початку воєнних дій, а закінчується – у день і час припинення стану війни (ч. 3 ст. 4 Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 р.) [12]. Цікаво, що особливий період може наставати з моменту введення воєнного стану, однак охоплює не воєнний стан, а воєнний час, що, очевидно, не є тотожним. Однак абсолютно логічно, що у воєнний час вводиться воєнний стан.

Варто звернути увагу на співвідношення термінів «особливий період» та «воєнний стан». А. Онисько вважає, що воєнний стан є видом особливого періоду. Він також дійшов висновку, що поняття «особливий період» та «воєнний стан» тотожні. Між ними існують відношення підпорядкування, тобто відношення між родовим поняттям («особливий період») та поняттям, що виражає один з видів цього роду («воєнний стан») [19, с. 187–188]. Натомість І. А. Вартилецька та О. М. Шармар стверджують, що «особливий період» за змістом ширше ніж поняття «воєнний стан» [20, с. 200]. Л. М. Демидова звертає увагу на те, що особливий період за часом може не збігатися з періодом воєнного стану чи збройного конфлікту або взагалі не бути пов'язаним з останніми [21, с. 87].

Очевидно, що мають рацію вчені, які не ототожнюють ці терміни, адже вони хоча і взаємопов'язані, однак відмінні за змістом. Безумовно термін «особливий період» охоплює воєнний стан, однак не навпаки. Воєнний стан є одночасно і особливим періодом.

Відтак, виникає питання про доцільність включення до конструкції обставини, що обтяжує покарання чи впливає на кваліфікацію кримінального правопорушення, терміну «особливий період», адже як зазначено вище, особливий період охоплює і період мобілізації, і воєнний стан, і частково відбудовний період після закінчення воєнних дій. Якщо доцільно, то очевидно вживання конструкції, що пропонується законопроєктом № 7212 від 25.03.2022, – «вчинення злочину в умовах воєнного або надзвичайного стану чи особливого періоду, інших надзвичайних подій» (п. 11 ч. 1 ст. 67 КК) в частині одночасного вживання термінів «воєнний стан» та «особливий період» є недоцільним.

Не випадково у проєкті КК ознаками складу злочину, що підвищують тяжкість умисного злочину на один ступінь, порівняно з базовим ступенем тяжкості злочину, визнано – *«вчинення злочину в особливий період або під час надзвичайного стану»* [22].

Вартим уваги є той факт, що законодавець визнає вчинення кримінального правопорушення в умовах особливого періоду, крім воєнного стану, менш небезпечним, ніж вчинення його в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці. В якості прикладу можна навести положення ст. 402 КК, у ч. 3 якої встановлено підстави кримінальної відповідальності за непокору, вчинену в умовах особливого періоду, крім воєнного стану (карається позбавленням волі на строк від п'яти до семи років), а в ч. 4 – за непокору, вчинену в умовах воєнного стану чи в бойовій обстановці (карається позбавленням волі на строк від п'яти до десяти років). Подібна ситуація простежується у кримінально-правових заборонах, передбачених ст. 403, 404, 405, 407, 408, 409, 410, 411, 413, 418, 419, 420, 421, 425, 426, 426-1, 428, 435 КК. У цих випадках відбувається диференціація відповідних обставин на умови особливого періоду, крім воєнного стану, та умови воєнного стану чи бойової обстановки. Така позиція є абсолютно обґрунтованою, оскільки в межах особливого періоду найбільш небезпечними є період воєнного стану, порівняно з періодами мобілізації чи частково відбудовного періоду.

У цьому випадку має місце умовна диференціація обставин, що обтяжують покарання, на дві групи: 1) обставини, що обтяжують покарання; 2) обставини, що особливо обтяжують покарання. Доречі в проєкті КК пропонується передбачити ознаки складу злочину, що підвищують тяжкість умисного злочину на два ступеня, порівняно з базовим ступенем тяжкості злочину та ознаки складу злочину, що підвищують тяжкість умисного злочину на один ступінь, порівняно з базовим ступенем тяжкості злочину [22].

Надзвичайний стан – це особливий правовий режим, який може тимчасово вводитися в Україні чи в окремих її місцевостях при виникненні надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру не нижче загальнодержавного рівня, що призвели чи можуть призвести до людських і матеріальних втрат, створюють загрозу життю і здоров'ю громадян, або при спробі захоплення державної влади чи зміни конституційного ладу України шляхом насильства і передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню та органам місцевого самоврядування відповідно до цього Закону повноважень, необхідних для відвернення загрози та забезпечення безпеки і здоров'я громадян, нормального функціонування національної економіки, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, захисту конституційного ладу, а також допускає тимчасове, обумовлене загрозою, обмеження у здійсненні конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень (ст. 1 Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16 березня 2000 р.) [23].

У п. 11 ч. 1 ст. 67 КК йдеться також про ***інші надзвичайні події*** під якими розуміють: такі з них, які здатні зумовити введення надзвичайного стану, але характеризуються рівнем, нижчим за загальнодержавний (регіональний або місцевий) (йдеться, наприклад, про

велику пожежу, аварію на підприємстві, стихійне лихо) (О. О. Дудоров, Є. О. Письменський) [14, с. 192]; пожежу, повінь, землетрус, велику аварію, масштабний терористичний акт, якщо при цьому у відповідній місцевості не був введений надзвичайний стан або злочин було вчинено до такого введення (С. Д. Шапченко) [24, с. 140]; події, що мають, як правило, менш масштабний і глобальний характер, ніж воєнний чи надзвичайний стан (наприклад, пожежа в окремому багатоквартирному будинку, велика аварія чи страйк на підприємстві тощо) (В. І. Тютюгін) [25, с. 263]; стихійні лиха (повінь, землетрус, ураган тощо), великі техногенні аварії, масштабний терористичний акт тощо, які не досягли загальнодержавного рівня (В. А. Клименко, Н. В. Шепелєва) [26, с. 308]; інфекційні захворювання та загибель тварин (епізоотії), інфекційні захворювання рослин (епіфітотії) на великих територіях, неврожай сільськогосподарських культур на значній кількості угідь, що може привести до голоду тощо (І. А. Вартилецька) [15, с. 173]; стихійні лиха, наприклад землетрус, повінь, пожежі тощо (І. К. Туркевич, А. А. Стрижевська) [27, с. 178].

Аналіз зазначених положень дає підстави стверджувати, що під іншою надзвичайною подією розуміють ніщо інше як ***надзвичайну ситуацію*** – обстановку на окремій території чи суб'єкті господарювання на ній або водному об'єкті, яка характеризується порушенням нормальних умов життєдіяльності населення, спричинена катастрофою, аварією, пожежею, стихійним лихом, епідемією, епізоотією, епіфітотією, застосуванням засобів ураження або іншою небезпечною подією, що призвела (може призвести) до виникнення загрози життю або здоров'ю населення, великої кількості загиблих і постраждалих, завдання значних матеріальних збитків, а також до неможливості проживання населення на такій території чи об'єкті, провадження на ній господарської діяльності (п. 24 ч. 1 ст. 3 Кодексу цивільного захисту України) [28]. З огляду на це, в п. 11 ч. 1 ст. 67 КК термін «інша надзвичайна подія» варто замінити на «надзвичайна ситуація».

Водночас слід взяти до уваги той факт, що надзвичайний стан пов'язаний виключно з надзвичайною ситуацією. Суттєва відмінність цих термінів в тому, що часові межі надзвичайного стану та надзвичайної ситуації можуть не співпадати. Надзвичайний стан може тривати і після початку чи припинення (ліквідації) надзвичайної ситуації.

Вивчення досліджуваних обставин, що обтяжують покарання чи впливають на кваліфікацію кримінальних правопорушень, дає підстави встановити між ними певні взаємозв'язки.

1. Термін «збройний конфлікт» та «бойова обстановка» у певних випадках визнаються синонімами.
2. Період збройного конфлікту може відбуватися як в межах воєнного стану, так і поза ним.
3. Збройний конфлікт передує воєнному стану.
4. Надзвичайна ситуація передує надзвичайному стану.

Відтак ці терміни мають як спільні, так і відмінні риси, а тому зберігають своє самостійне кримінально-правове значення. Наприклад, період збройного конфлікту має самостійне кримінально-правове значення до введення воєнного стану, а надзвичайна ситуація – до введення надзвичайного стану.

III. ***Різні конструкції для позначення цих обставин – «під час», «в умовах», «з використанням умов».***

У конструкціях досліджуваних обставин використовуються словосполучення *«під час», «в умовах», «з використанням умов»,* які, як видається, мають неоднакове значення.

В. О. Навроцький, аналізуючи доповнення переліку кваліфікуючих ознак крадіжки, грабежу, розбою, вимагання такою, як вчинення відповідних діянь «в умовах воєнного або надзвичайного стану» та порівнюючи її зі схожими обставинами, які обтяжують покарання – «з використанням умов воєнного стану…», слушно зауважує: «Навіщо заставляти розгадувати загадку чи «в умовах» і «з використанням умов» – це одне й те ж саме чи таки ні? Активізація «шаленого принтера» часто веде не до вирішення проблем, а до породження нових» [4, с. 40]. Мають рацію і О. О. Кравчук й Д. Г. Михайленко в тому, що судовій практиці належатиме визначити, чи є ідентичними поняття «з використанням умов воєнного стану» та «в умовах воєнного стану». При цьому буде визначено, чи будь-яке вчинення злочину в період дії режиму воєнного стану буде утворювати кваліфікуючу ознаку конкретного злочину чи обтяжуючу обставину за ст. 67 КК [2].

Конструкція ***«з використанням умов»*** застосовується, насамперед, коли йдеться про обставину, що обтяжує покарання, передбачену п. 11 ч. 1 ст. 67 КК. О. О. Дудоров, Є. О. Письменський вважають, що вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій (п. 11 ч. 1 ст. 67 КК) означає, що злочин вчинюється в обстановці воєнного або надзвичайного стану, а так само за умов інших надзвичайних подій, і винний умисно використовує обстановку, що склалась, для реалізації своєї мети [14, с. 192]. Йдеться про використання особою, яка вчинила злочин, обстановки, що склалась під час воєнного або надзвичайного стану чи іншої надзвичайної події, на свою користь, зокрема для полегшення вчинення кримінально протиправного діяння, його приховування, уникнення кримінальної відповідальності. Це може бути, наприклад, використання відсутності охорони, правоохоронців, власників майна у зоні бойових дій чи на окупованій території.

Відтак, не будь-який злочин, учинений під час воєнного чи надзвичайного стану, буде визнаватися таким, що скоєний з використанням умов воєнного або надзвичайного стану. О. О. Кравчук і Д. Г. Михайленко наводять слушний приклад: умисне побутове вбивство в місцевості, де немає воєнних дій – хоча і вчинене в період дії режиму воєнного стану, однак не є використанням умов воєнного стану [2].

Наступною є конструкція ***«в умовах»***. І. А. Вартилецька та О. М. Шармар стверджують, що у складі злочину, передбаченому ч. 1 ст. 111 КК, ознака «в умовах воєнного стану» є обов'язковою ознакою об'єктивної сторони. І саме часовий період, протягом якого діє особливий правовий режим воєнного стану, визначає час вчинення злочину, а зазначення того факту, що воєнний стан може бути введений на всій території Україні або в окремих її місцевостях, обмежує місце або обстановку вчинення цього злочину [20, с. 195].

Дискусійною видається позиція щодо обмеження цієї обставини місцем вчинення злочину, оскільки кримінально протиправне діяння може бути вчинене в умовах воєнного чи надзвичайного стану, навіть поза територією, на якій вони введені. Наприклад, припустимо воєнний чи надзвичайний стан введено на території Луганської та Донецької областей. В особи, яка виїхала з цих територій, викрали майно. Або вчинено шахрайські дії на території Львівської області щодо гуманітарної допомоги, яка призначалася для мешканців Луганської та Донецької областей. В обох змодельованих ситуаціях злочин вчинено в умовах воєнного чи надзвичайного стану, однак поза територіями, на яких введено зазначені стани.

О. О. Кравчук і Д. Г. Михайленко пропонують диференційований підхід щодо тлумачення досліджуваних обставин залежно від виду кримінального правопорушення. Вони наголошують, що державна зрада або диверсія, навіть у місцевості, в якій до цього немає воєнних дій – учиняється в період дії режиму воєнного стану. Такі злочини, вочевидь, пов'язані з воєнним станом (адже йдеться про зраду на користь ворога або про диверсію в його інтересах). Тому щодо цих злочинів умова воєн-

ного стану є кваліфікуючою однакою незалежно від місця їх учинення [2].

Щодо майнових злочинів, то тут, на їхню думку, не завжди буде простежуватися зв'язок із воєнним станом. Вчинення майнового злочину в умовах воєнного чи надзвичайного стану може мати місце, наприклад, у районах вогневого ураження, тимчасової окупації або проходу військ, а також і поза межами згаданих районів. Наприклад, учиненим в умовах воєнного стану слід уважати такі викрадення майна осіб, які переміщуються у більш безпечні регіони України чи осіб, які тимчасово залишили житло без контролю для укриття в безпечному місці. Якщо ж викрадення відбулося хоча й під час дії режиму воєнного стану, але поза межами зазначених вище районів та без будь-якого використання умов воєнного стану, то навряд чи доцільно застосовувати відповідну кваліфікуючу ознаку та ознаку, що обтяжує покарання. Таке тлумачення, як вважають вчені, відповідає меті посилення кримінальної відповідальності за злочини проти власності, яка відображена у пояснювальній записці до відповідного законопроєкту, що став Законом № 2117-IX [2].

З таким диференційованим підходом О. О. Кравчука і Д. Г. Михайленка не можна погодитися. По-перше, буквальне тлумачення цієї кваліфікуючої ознаки свідчить про те, що для її встановлення вимагається лише наявність умов воєнного стану, а не їх використання під час вчинення кримінального правопорушення. По-друге, більше посилення кримінальної відповідальності має місце у разі поширення цієї ознаки на всі випадки вчинення злочинів під час воєнного стану, незалежно від місця їх вчинення, оскільки до такої відповідальності з посиланням на відповідну кваліфікуючу ознаку можна притягнути й осіб, які вчинили злочини поза територією, на якій введено воєнний стан (у випадку введення його в окремих місцевостях України).

Беручи до уваги згадане тлумачення цієї ознаки, найбільш виваженою видається позиція з цього приводу Р. О. Мовчана, на думку якого, за частинами четвертими статей 185, 186, 187, 189, 191 КК як такі, «що вчинені в умовах воєнного (надзвичайного) стану», мають кваліфікуватися будь-які передбачені диспозиціями цих норм діяння, вчинені у відповідних умовах – незалежно від місцевості та обставин їхнього скоєння, тобто того, чи були вони безпосереднього пов'язані з використанням згаданих умов [3, с. 285].

Має рацію Р. О. Мовчан і в тому, що вітчизняні парламентарії, свідомо чи несвідомо (що більш вірогідно), але посилили (диференціювали) відповідальність за будь-які вчинені у відповідних умовах кримінального правопорушення незалежно від:

1) місцевості та обставин їхнього скоєння, тобто того, чи були вони безпосереднього пов'язані з використанням умов воєнного стану. Ці факти могли б впливати на кваліфікацію лише тоді, коли б у відповідних нормах Особливої частини замість існуючого наразі формулювання «в умовах воєнного стану» вказувалося б на «використання таких умов», що має місце у згаданому вище п. 11 ч. 1 ст. 67 КК;

2) того, чи мав місце злочин проти основ національної безпеки України (статті 111, 113 КК), чи ж відповідне кримінальне правопорушення проти власності, при конструюванні складів яких вживаються аналогічні формулювання («в умовах воєнного або надзвичайного стану»), які позбавляють правозастосовців «простору для будь-якого маневру», тобто диференційованої кримінально-правової оцінки, що базується на різних способах тлумачення: буквального – у випадку із посяганнями на основи національної безпеки; обмежувального (логічного), яке ґрунтується не на приписах чинного кримінального закону, а на задекларованій меті відповідного законопроєкту – у випадку із кримінальними правопорушеннями проти власності [3, с. 283–284].

Правильність цього трактування вже підтверджується і активною практикою застосування досліджуваних кримінально-правових заборон, а саме тим, що за фактом вчинюваних навіть на територіях, де не відбуваються активні бойові дії, і жодним чином не пов'язаних з воєнним станом кримінальних правопорушень проти власності відкриваються кримінальні провадження саме за частинами четвертими статей 185, 186, 187 КК тощо [3, с. 283–284].

Конструкція ***«під час»*** у відповідних кваліфікуючих ознаках передбачає, що кримінальне правопорушення вчиняться в період наявності зазначених обставин, незалежно від місця чи обстановки його вчинення.

У проєкті КК передбачені ознаки складу злочину, що підвищують на один ступінь тяжкість злочинів, в яких вживається конструкція «під час». Це:

1) вчинення злочину в особливий період або під час надзвичайного стану – у злочинах проти: рівноправності та інших політичних прав громадян (ст. 4.11.3), безпеки суспільства від організованої злочинної діяльності (ст. 5.1.3), безпеки суспільства від тероризму (ст. 5.2.3), безпеки обігу небезпечних предметів і безпеки об'єктів критичної інфраструктури (ст. 5.3.3), безпеки руху чи експлуатації транспорту (ст. 5.4.1), публічного порядку (ст. 5.5.3), моральності (ст. 5.6.3[1]), інформаційної безпеки (ст. 5.7.3), власності на речі (ст. 7.1.3), фінансів (ст. 7.3.3), державної безпеки (ст. 9.1.2), таємниці інформації, що належить державі (ст. 9.2.2), порядку перетинання державного кордону України та межі тимчасово окупованої території України (ст. 9.3.2), порядку доброчесного виконання службових повноважень у публічній сфері (ст. 9.5.3), порядку публічного управління та авторитету держави (ст. 9.7.3);

2) вчинення злочину в особливий період (крім воєнного часу) або під час надзвичайного стану – у злочинах проти: порядку підлеглості та військової честі (ст. 10.1.4), порядку проходження військової служби (ст. 10.2.1), порядку користування військовим майном та експлуатації засобів ведення бою (ст. 10.3.1), порядку несення спеціальних служб (ст. 10.4.1), порядку здійснення повноважень військовими службовими особами (ст. 10.5.2) [22].

Конструкція «під час» охоплює вчинення кримінального правопорушення впродовж усього періоду існування певної обставини, незалежно від того чи особа скористалася нею під час вчинення кримінально-протиправного делікту, а також незалежно від місця його вчинення.

Таким чином вчинення кримінального правопорушення під час чи в умовах досліджуваних обставин (насамперед, воєнного та надзвичайного стану, особливого періоду тощо) означають фактично тотожні ситуації. Водночас конструкція «під час» видається менш дискусійною, а тому є більш оптимальною в процесі удосконалення кримінального законодавства.

IV. ***Доцільність визнання обставинами, що впливають на кваліфікацію або призначення покарання.***

Вчені звертають увагу на суспільну небезпеку кримінального правопорушення і особи винного за наявності цих обставин. Винна особа, з метою полегшення вчинення кримінального правопорушення використовує найбільш несприятливий для суспільства час, тяжкі обставини та умови, в яких опинилося суспільство (І. А. Вартилецька та О. М. Шармар) [20, с. 194–195]. Злочин вчиняється з використанням обстановки, яка загрожує життю, здоров'ю, особистій безпеці та власності багатьох людей (С. Д. Шапченко) [24, с. 140]. Використовуються обставини, за яких увага влади й громадян сконцентрована на відверненні небезпеки для життя людей, майна тощо (В. А. Клименко та Н. В. Шепелєва) [26, с. 308]. При цих обставинах часто залишаються без

[1] Стосується лише двох злочинів, передбачених ст. 5.6.8 (Вандалізм) та ст. 5.6.9 (Діяння щодо культурної цінності або документа Національного архівного фонду).

догляду будинки, майно громадян, матеріальні цінності організацій, підприємств, установ (Л. К. Гаврильченко) [29, с. 139]. Як свідчить практика, злочинці використовують такі стани в державі для вчинення злочинів. Наприклад, під час подій у Чорнобилі за умов відселення з Чорнобильської зони населення там вчинювались крадіжки майна. Під час повені в Західній Україні теж почастішали крадіжки майна громадян (І. К. Туркевич і А. А. Стрижевська) [27, с. 178].

За таких обставин полегшується вчинення кримінально протиправного діяння, зростає ризик особи стати потерпілою, а правоохоронні органи мають обмежені ресурси для адекватного кримінально-правового реагування.

Ймовірно, спираючись на ці та інші подібні аргументи, законодавець вирішив посилити кримінальну відповідальність за вчинення окремих злочинів в умовах або під час воєнного чи надзвичайного стану.

На переконання О. О. Кравчука та Д. Г. Михайленка, закони від 3 березня 2022 року дозволяють установити більш справедливу кримінально-правову реакцію держави, у тому числі на численні задокументовані діяння російських військових, які обкрадають покинуті людьми будинки, грабують магазини та навіть викрадають курей у цивільного населення [2]. Однак, як свідчить практика, таке посилення стосується виключно громадян України.

Водночас не всі вчені підтримують законодавчі зміни щодо визнання відповідних обставин такими, що впливають на кваліфікацію. Наприклад, М. І. Хавронюк зазначає, що цілком достатнім є наразі покарання і за крадіжку, грабіж, вимагання та інші кримінальні правопорушення, вчинені в умовах воєнного або надзвичайного стану. До того ж у ст. 67 КК і так є обставина, що обтяжує покарання, за «вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій». Проблема ж полягає не в м'якому покаранні за ці кримінальні правопорушення, а в причинах того, чому далеко не всі вони викриваються, а особи, викриті в них, не завжди засуджуються та здійснюють реституцію та компенсацію [5].

Р. О. Мовчан слушно зазначає, що кваліфікація будь-яких вчинених при воєнному стані, у тому числі й не пов'язаних із використанням умов останнього, посягань на власність саме за частинами четвертими досліджуваних норм Особливої частини КК навряд чи може вважатися доцільною [3, с. 283–284]. Наводячи приклади інкримінування особам, які у мирних містах вчиняли крадіжки продуктів харчування з магазинів, вчений підсумовує, що суспільна небезпека цих дій не є достатньою для призначення за них безальтернативного покарання у виді позбавлення волі на строк від 5 до 8 років [3, с. 283–284].

Щодо доцільності визнання відповідних обставин кваліфікуючими чи особливо кваліфікуючими ознаками певних складів кримінальних правопорушень спадає на думку той факт, що в умовах подій, які обумовлюють введення воєнного стану, наприклад, війни, правоохоронні органи повинні мобілізувати свої зусилля на захист вітчизни, її незалежності та територіальної цілісності, а тому ці представники влади не можуть розпорошувати свої ресурси на інші, менш важливі, на той час речі. Окремі кримінальні правопорушення проти власності становлять дуже велику частину усіх правопорушень, які вчиняються в Україні. Це насамперед, стосується крадіжок майна на незначну суму, які зазвичай кваліфікуються за ч. 1 ст. 185 КК. Однак в умовах війни не реагувати на них теж неможливо, оскільки за таких обставин відбувається активізація як професійних злодіїв, так і простих громадян, які, користуючись відповідними обставинами (окупацією території, пошкодженням будівлі чи споруди, відсутністю охорони тощо), починають вчиняти масові крадіжки, що в умовах сучасної війни називають мародерством у широкому розумінні слова[2]. За таких обставин ситуація в державі ще більше ускладнюється.

Важливо відмітити, що в Україні під час війни офіційно не зареєстровано гігантського сплеску кримінальних правопорушень проти власності, що ймовірно, можна пояснити такими обставинами: 1) активною громадянською позицією громадян України, які показово затримували осіб, що вчиняли крадіжки (так званих мародерів у широкому значенні терміну); 2) суттєвим посиленням кримінальної відповідальності за вчинення окремих кримінальних правопорушень проти власності у результаті визнання вчинення кримінального правопорушення в умовах воєнного чи надзвичайного стану обставинами, що впливають на кваліфікацію (ч. 4 ст. 185–187, ч. 4 ст. 189, ч. 4 ст. 191 КК); 3) наявністю високого рівня латентності цих деліктів, який обумовлений труднощами їх реєстрації та подальшого розслідування, насамперед на окупованій території, про що свідчать відповідні повідомлення ЗМІ (відомі численні випадки вчинення окупантами крадіжок з житла чи іншого володіння особи, вивезення за межі України зерна, металургійних виробів, незаконного заволодіння гуманітарною допомогою тощо).

Водночас, доповнення окремих складів кримінальних правопорушень кваліфікуючими чи особливо кваліфікуючими ознаками, пов'язаними із їх вчиненням в умовах або під час воєнного чи надзвичайного стану має певні негативні наслідки.

По-перше, викрадення майна на досить мізерну суму (наприклад, крадіжка продуктів харчування з магазину) визнається тяжким злочином і кваліфікується за ч. 4 ст. 185 КК. До такої особи можуть застосувати (і під час війни часто застосовують) найбільш суворий запобіжний захід – взяття під варту. Така реакція держави видається надмірно суворою. Щоправда, є справедливий нюанс. Відповідно до ч. 1 ст. 616 КПК України підозрюваний, обвинувачений, який під час досудового розслідування або судового розгляду тримається під вартою, має право звернутися до прокурора з клопотанням про скасування цього запобіжного заходу для проходження військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період.

По-друге, як відомо кримінальними правопорушеннями, передбаченими ч. 1 ст. 185 КК, раніше опікувалися органи дізнання. Ці делікти становили левову частку їхнього навантаження. Нині ж будь-яку крадіжку, навіть на незначну суму, уповноважений розслідувати лише слідчий, оскільки це тяжкий злочин. За таких обставин навантаження на одну службу в правоохоронних органах (слідство) суттєво збільшується, а на другу (дізнання) суттєво зменшується.

V. ***Шляхи вдосконалення досліджуваних обставин, що впливають на кваліфікацію або призначення покарання.***

Передбачені п. 11 ч. 1 ст. 67 КК обставини, що обтяжують покарання, – «вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій» стосуються лише злочину. Така ситуація видається нелогічною, оскільки в умовах війни реагування на кримінальне правопорушення має посилюватись залежно від обставин, а не категорії делікту. В контексті зазначе-

[2] Законом від 03.03.2022 було посилено кримінальну відповідальність за мародерство у широкому значенні цього терміну (не тільки за мародерство як воно визначено самим КК у статті 432 – викрадення на полі бою речей, що знаходяться при вбитих чи поранених, а й викрадення поза межами поля бою і майна не тільки загиблих чи поранених). Таке розширення юридичного контексту мародерства має підґрунтя у Положенні про закони і звичаї війни на суходолі, що є додатком до IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі 1907 року. Так, відповідно до статті 28 цього Положення мародерство у місті чи місцевості, навіть у випадку, якщо його взяли штурмом, забороняється. У контексті Закону № 2117-IX мародерством у широкому розумінні, окрім визначених у статті 432 КК діянь, слід вважати також присвоєння майна цивільного населення будь-якими особами, у тому числі російськими військовими, у районах вогневого ураження, тимчасової окупації або проходу військ, а також саме з використанням умов воєнного або надзвичайного стану [2].

ного Р. О. Мовчан слушно зазначає, що керуючись буквальним тлумаченням закону при кваліфікації відповідних дій за ч. 1 ст. 190 КК, немає нормативних передумов не лише для диференціації, а й навіть для індивідуалізації покарання, зокрема, через посилання на таку обтяжуючу обставину, як «вчинення злочину з використанням умов воєнного або надзвичайного стану, інших надзвичайних подій» (п. 11 ч. 1 ст. 67 КК), адже, як бачимо, вона стосується лише злочинів, тоді як кримінальне правопорушення, передбачене ч. 1 ст. 190 КК, необхідно визнавати кримінальним проступком [3, с. 284]. З огляду на зазначене, логічною видається зміна в п. 11 ч. 1 ст. 67 КК терміна «злочин» на «кримінальний проступок».

Р. О. Мовчан в удосконалених редакціях частин четвертих відповідних норм рекомендує замінити існуюче наразі формулювання «в умовах воєнного або надзвичайного стану» на словосполучення «з використанням умов воєнного або надзвичайного стану». При цьому «вчинення кримінального правопорушення в умовах воєнного або надзвичайного стану» (навіть без використання відповідних умов) могло б бути визнано і ще однією обставиною, яка обтяжує покарання (ст. 67 КК) [3, с. 283–284]. У майбутньому (за наслідком удосконалення кримінального законодавства) диференціація відповідальності має пов'язуватися лише з вчиненням аналізованих кримінальних правопорушень проти власності «з використанням умов воєнного або надзвичайного стану», яке і має фігурувати в оновлених редакціях досліджуваних заборон замість існуючої наразі вказівки на «умови воєнного або надзвичайного стану» [3, с. 285].

Розвиваючи зазначену позицію, можна висловити свої міркування з цього приводу.

1. Пункт 11 ч. 1 ст. 67 КК слід викласти в такій редакції: *«Вчинення кримінального правопорушення в особливий період, під час надзвичайного стану або надзвичайної ситуації».*

Ці обставини нададуть можливість призначити більш сувору міру покарання за наявності зазначених ситуацій. Тобто такою, що обтяжує покарання обставиною, буде визнаватися вчинення будь-якого кримінального правопорушення в період, коли триватиме особливий період, надзвичайний стан або надзвичайна ситуація. Звісно, такі обставини не завжди будуть впливати на міру призначеного покарання, оскільки суд, відповідно до ч. 2 ст. 67 КК, має право, залежно від характеру вчиненого кримінального правопорушення, не визнати ці обставини такими, що обтяжують покарання, навівши мотиви свого рішення у вироку.

2. Реально більш небезпечними є обставини, пов'язані не з часом їх наявності, а саме з використанням їх умов – «вчинення кримінального правопорушення з використанням умов особливого періоду, надзвичайної ситуації або надзвичайного стану», оскільки особа вчиняє відповідне кримінальне правопорушення не просто під час таких обставин, а за наявності фактів їх використання для вчинення кримінально-протиправних діянь. Тому і їхній вплив на посилення міри призначеного покарання має бути більшим.

Необхідного посилення можна досягти шляхом доповнення окремих складів кримінальних правопорушень відповідною кваліфікуючою чи особливо кваліфікуючою ознакою – «вчинення кримінального правопорушення з використанням умов особливого періоду, надзвичайної ситуації або надзвичайного стану».

В якості альтернативи можна запропонувати спеціальне правило призначення покарання за наявності таких обставин, як вчинення кримінального правопорушення з використанням умов особливого періоду, надзвичайної ситуації або надзвичайного стану.

Для цього ст. 67 КК слід доповнити наступним положенням:

«1-1. Під час призначення покарання обставинами, які його обтяжують, визнаються вчинення кримінального правопорушення з використанням умов особливого періоду, надзвичайної ситуації або надзвичайного стану. У такому випадку строк або розмір покарання не може бути меншим двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу».

Висновки.

1. Необхідність визнання воєнного або надзвичайного стану, а також пов'язаних з ними обставин, такими, що впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення або призначення покарання, обумовлена тим, що за їх наявності полегшується вчинення кримінально протиправного діяння, зростає ризик особи стати потерпілою, а правоохоронні органи мають обмежені ресурси для адекватного кримінально-правового реагування.

В Україні під час війни офіційно не зареєстровано гігантського сплеску кримінальних правопорушень проти власності, що ймовірно, можна пояснити такими обставинами: 1) активною громадянською позицією громадян України, які показово затримували осіб, що вчиняли крадіжки (так званих мародерів у широкому значенні терміну); 2) суттєвим посиленням кримінальної відповідальності за вчинення окремих кримінальних правопорушень проти власності в результаті визнання вчинення кримінального правопорушення в умовах воєнного чи надзвичайного стану обставинами, що впливають на кваліфікацію (ч. 4 ст. 185–187, ч. 4 ст. 189, ч. 4 ст. 191 КК); 3) наявністю високого рівня латентності цих деліктів, який обумовлений труднощами їх реєстрації та подальшого розслідування, насамперед, на окупованій території, про що свідчать відповідні повідомлення ЗМІ (відомі численні випадки вчинення окупантами крадіжок з житла чи іншого володіння особи, вивезення за межі України зерна, металургійних виробів, незаконного заволодіння гуманітарною допомогою тощо).

2. Розв'язати проблемні питання тлумачення і застосування кримінально-правових положень про воєнний та надзвичайний стан, а також пов'язаних з ними обставин, що впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення або призначення покарання, можна шляхом:

1) застосування науково-обґрунтованого підходу щодо включення досліджуваних обставин, як кваліфікуючих чи особливо кваліфікуючих ознак, в окремі склади кримінальних правопорушень;

2) уніфікації цих обставин з урахуванням форми їх існування (обставин, що обтяжують покарання та обставин, що впливають на кваліфікацію кримінального правопорушення), а також найбільш оптимальних конструкцій для диференційованого їх застосування у КК («під час» та «з використанням умов»);

3) заборони одночасного вживання термінів «воєнний стан» та «особливий період» в одній і тій же конструкції обставини, що обтяжує покарання чи впливає на кваліфікацію, з огляду на те, що особливий період охоплює воєнний стан;

4) заміни в п. 11 ч. 1 ст. 67 КК терміна «злочин» на – «кримінальне правопорушення» та терміна «інша надзвичайна подія» на – «надзвичайна ситуація».

3. Обставини, що обтяжують покарання, передбачені п. 11 ч. 1 ст. 67 КК, слід викласти в такі редакції: *«Вчинення кримінального правопорушення в особливий період, під час надзвичайного стану або надзвичайної ситуації».*

Під вчиненням кримінального правопорушення в особливий період, під час надзвичайного стану або надзвичайної ситуації слід розуміти вчинення його впродовж усього періоду існування однієї з цих обставин, незалежно від того чи особа скористалася нею під час вчинення кри-

мінально-протиправного діяння, а також незалежно від місця його вчинення.

4. Більш небезпечними є обставини, які можна позначити конструкцією – «*вчинення кримінального правопорушення з використанням умов особливого періоду, надзвичайної ситуації або надзвичайного стану»*. Під вчиненням кримінального правопорушення з використанням умов особливого періоду, надзвичайної ситуації або надзвичайного стану слід розуміти використання особою, яка вчинила кримінально протиправне діяння, обстановки, що склалась під час особливого періоду, надзвичайної ситуації або надзвичайного стану, на свою користь, зокрема, для полегшення вчинення делікту, його приховування, уникнення кримінальної відповідальності (наприклад, використання відсутності охорони, правоохоронців, власників майна внаслідок евакуації із зони бойових дій чи окупованої території тощо). Саме цю конструкцію можна використати у відповідних кваліфікованих та особливо кваліфікованих складах кримінальних правопорушень. Як варіант, вплив на посилення міри призначеного покарання за наявності цієї обставини, можна досягти шляхом встановлення спеціального правила призначення покарання за наявності таких обставин, як вчинення кримінального правопорушення з використанням умов особливого періоду, надзвичайної ситуації або надзвичайного стану. Для цього ст. 67 КК слід доповнити наступним положенням: *«1-1. Під час призначення покарання обставинами, які його обтяжують, визнаються вчинення кримінального правопорушення з використанням умов особливого періоду, надзвичайної ситуації або надзвичайного стану. У такому випадку строк або розмір покарання не може бути меншим двох третин максимального строку або розміру найбільш суворого виду покарання, передбаченого санкцією статті (санкцією частини статті) Особливої частини цього Кодексу».*

ЛІТЕРАТУРА

1. Колб О. Г. Про деякі кримінально-правові заходи запобігання розкраданням майна, отриманого волонтерськими організаціями України. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2022. № 4. С. 317–319. DOI: https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-4/75
2. Кравчук О., Михайленко Д. Воєнний стан як обставина, яка впливає на кваліфікацію злочину та призначення покарання. *Юридична практика.* 12.03.2022. URL: https://pravo.ua/voiennyi-stan-iak-obstavyna-iaka-vplyvaie-na-kvalifikatsiiu-zlochynu-ta-pryznachennia-pokarannia/
3. Мовчан Р.О. Аналіз законодавчого рішення про посилення кримінальної відповідальності за мародерство. *Аналітично-порівняльне правознавство. Електронне наукове видання.* 2022. № 1. С. 281–285. DOI: https://doi.org/10.24144/2788-6018.2022.01.52
4. Навроцький В. О. Виклики, що постали перед українським кримінальним правом з початком українсько-російської війни. *Кримінально-правові, кримінологічні, кримінальні процесуальні та криміналістичні проблеми протидії злочинності в умовах воєнного стану* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (електронне видання) (Київ – Львів – Дніпро, 20 квіт. 2022 р.). С. 36–41.
5. Хавронюк М. І. Помилки у законах воєнного часу щодо змін Кримінального кодексу України. 2022. URL: https://uplan.org.ua/pomylky-u-zakonakh-voiennoho-chasu-shchodo-zmin-kryminalnoho-kodeksu-ukrainy/
6. Головкін Б. М. Про корупцію в приватному секторі. *Часопис Київського університету права.* 2020. № 4. С. 347–355. doi: 10.36695/2219-5521.4.2020.62
7. Дудоров О. О., Каменський Д. В., Титаренко С. С. Кримінально-правова оцінка зловживань державних реєстраторів у контексті протидії рейдерству. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ.* 2021. № 1 (118). С. 118–130. doi: 10.33270/01211181.118
8. Луценко Ю. В. Протидія злочинності в сучасних умовах. *Соціально-правові студії.* 2020. № 1 (7). С. 79–84. doi: 10.32518/2617-4162-2020-1-79-84
9. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за злочини в умовах воєнного або надзвичайного стану : проєкт Закону України від 25.03.2022 р. № 7212. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text
10. Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проєкт Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо посилення відповідальності за злочини в умовах воєнного або надзвичайного стану» від 25.03.2022 № 7212. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text
11. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12 травня 2015 року № 389-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text
12. Про оборону України : Закон України від 6 грудня 1991 р. № 1932-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12#Text
13. Про національну безпеку України : Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#Text
14. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [А. М. Бойко, Л. П. Брич, О. О. Дудоров та ін.]; за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка [10-те вид., переробл. та доповн.]. Київ : Дакор, 2018. 1360 с.
15. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [Д. С. Азаров, В. К. Грищук, А. В. Савченко та ін.]; за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка, В. В. Чернєя [2-ге вид., переробл. і доповн.]. Київ : Юрінком Інтер, 2018. 1104 с.
16. Вознюк А. А. Воєнний або надзвичайний стан як обставина, що впливає на кваліфікацію кримінального правопорушення або призначення покарання: актуальні питання вдосконалення кримінального законодавства. *Проблеми кваліфікації та розслідування кримінальних правопорушень в умовах воєнного стану* : матеріали наук.-теорет. конф. (Київ, 26 трав. 2022 р.). Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 43–54.
17. Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію : Закон України від 21 жовтня 1993 р. № 3543-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3543-12#Text
18. Ясиновський П. Особливий період (ст. 114-1 КК України). Підприємництво, господарство і право. 2018. № 1. С. 141–144.
19. Ониськів А. Бойова обстановка як кваліфікуюча ознака військових злочинів. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2016. № 3. С. 185–195.
20. Вартилецька І. А., Шармар О. М. Особливості кваліфікації кримінальних правопорушень, вчинених в умовах воєнного стану та особливого періоду. *Вісник Асоціації кримінального права України.* 2021. № 1 (15). С. 191–206. DOI: https://doi.org/10.21564/2311-9640.2021.15.233611
21. Демидова Л. М. Кримінально-правова оцінка умов воєнного стану та періоду збройного конфлікту при кваліфікації державної зради. *Питання боротьби зі злочинністю.* 2014. Вип. 28. С. 79–88.
22. Контрольний текст проєкту нового Кримінального кодексу України (станом на 18 травня 2022 року). URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/05/19/kontrolnyj-proekt-kk-18-05-2022.pdf
23. Про правовий режим надзвичайного стану : Закон України від 16 берез. 2000 р. № 1550-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1550-14#Text
24. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / відп. ред. С. С. Яценко. 2-ге вид., переробл. та доповн. Київ : А. С. К., 2002. 968 с.
25. Кримінальний кодекс України : наук.-практ. комент.: у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., доповн. Харків : Право, 2013. Т. 1: Загальна частина. 376 с.
26. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / [Ю. В. Александров, В. І. Антипов, М. В. Володько, О. О. Дудоров та ін.]; за ред. М. І. Мельника, В. А. Климента. 5-те вид., переробл. та доповн. Київ : Атіка, 2009. 408 с.

27. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / за заг. ред. П. П. Андрушка, В. Г. Гончаренка, Є. В. Фесенка [2-ге вид., переробл. та доповн.]. Київ : Дакор, 2008. 1428 с.
28. Кодекс цивільного захисту України від 2 жовтня 2012 р. № 5403-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5403-17#Text
29. Кримінальний кодекс України : наук.-практ. комент. / [О. М. Алієва, А. П. Бабій, Л. К. Гаврильченко та ін.]; відп. ред. Є. Л. Стрельцов. 5-те вид., переробл. та доповн. Харків : Одіссей, 2008. 800 с.

УДК 343.32+343.27
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/70

ДОБРОВІЛЬНЕ ЗАЙНЯТТЯ ГРОМАДЯНИНОМ УКРАЇНИ ПОСАДИ У НЕЗАКОННИХ ОРГАНАХ ВЛАДИ, СТВОРЕНИХ НА ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНІЙ ТЕРИТОРІЇ, А ТАКОЖ В НЕЗАКОННИХ СУДОВИХ АБО ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНАХ ЯК ФОРМИ КОЛАБОРАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

VOLUNTARY A POSITION BY S CITIZEN OF UKRAINE IN ILLEGAL AUTHORITIES CREATED IN THE TEMPORARILY OCCUPIED TERRITORY AS WELL, AS IN ALLEGAL JUDICIAL OR LAW ENFORCEMENT AGENCIES AS A FORM OF COLLABORATION ACTIVITY

Загиней-Заболотенко З.А., д. ю. н., доцент,
начальник відділу єдності правових позицій правового управління (ІІІ)
департаменту аналітичної та правової роботи
Верховний Суд

Статтю присвячено проблемі тлумачення та кваліфікації дій громадянина України, що полягають у добровільному зайнятті посади, не пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованій території, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора; посади, пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованих територіях, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора; посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованих територіях (частини 2, 5, 7 статті 111-1 КК України). Визначено зміст таких понять, що передбачені як частини законодавчих конструкцій форм колабораціонізму, що використовуються законодавцем для формулювання вказаних вище частинах статті 111-1 КК України, як «посада», «зайняття посади», «добровільність», «орган влади», «тимчасово окупована територія», «незаконно створений орган влади». Звертається увага на проблему кваліфікації дій особи, яка після зайняття посади у незаконно створеному органі влади на тимчасово окупованій території виконує посадові обов'язки, передбачені для такої посади. Запропоновано кваліфікувати такі дії за сукупністю, а саме за частинами 2, 5 або 7 статті 111-1 та відповідною частиною статті 111 КК України (державна зрада, вчинена у спосіб переходу на бік ворога під час воєнного стану або у період збройного конфлікту або у спосіб надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України). Саме кваліфікація за сукупністю здатне забезпечити дотримання принципу повноти кримінально-правової кваліфікації та невідворотності кримінальної відповідальності колаборантів.
Ключові слова: колабораційна діяльність, державна зрада, зайняття посади, тимчасово окупована територія, підривна діяльність, перехід на бік ворога.

The article is devoted to the problem of interpretation and qualification of actions of a citizen of Ukraine, which consist in voluntary occupation of a position not related to the performance of organizational or administrative functions in illegal authorities established in the temporarily occupied territory, including the occupation administration – aggressor; positions related to the performance of organizational-administrative or administrative-economic functions in illegal authorities established in the temporarily occupied territories, including in the occupation administration of the aggressor state; positions in illegal judicial or law enforcement agencies established in the temporarily occupied territories (parts 2, 5, 7 of Article 111-1 of the Criminal Code of Ukraine). The content of such concepts that are provided as part of the legislative structures of forms of collaboration used by the legislator to formulate the above parts of Article 111-1 of the Criminal Code of Ukraine, as «position», «occupation», «voluntariness», «authority», «temporarily» occupied territory», «illegally created authority». Attention is drawn to the problem of qualifying the actions of a person who, after holding a position in an illegally created authority in the temporarily occupied territory, performs the duties provided for such a position. It is proposed to classify such actions, namely under parts 2, 5 or 7 of Article 111-1 and the relevant part of Article 111 of the Criminal Code of Ukraine providing assistance to a foreign state, foreign organization or their representatives in carrying out subversive activities against Ukraine). It is the qualification that is able to ensure compliance with the principle of completeness of criminal law qualification and the inevitability of criminal liability of collaborators.
Key words: collaborative activities, high treason, occupation, temporarily occupied territory, subversive activities, the transition to the side of the enemy.

Колабораціонізм, як і мародерство, це неодмінний супутник будь-якої війни. Поняття «колабораціонізм» виникло значно пізніше, ніж відповідне явище. «В перекладі з французької (*collaboration* – співпраця, співробітництво) означає добровільну, навмисну співпрацю з окупаційною владою і надання їй всілякої допомоги. Автором цього терміну прийнято вважати маршала Філіпа Петена, який в липні 1940 року національними зборами був проголошений главою французької держави і призвав підтримати нацистську Німеччину. В його інтерпретації «колабораціонізм» не носив негативного змісту, навпаки, він обумовлював необхідність добровільної співпраці держави з окупантами» [1, с. 56]. На думку Є. О. Письменського, «трактування колабораціонізму як усвідомленого, добровільного й усвідомленого співробітництва з ворогом у його інтересах і на шкоду своїй державі називають загальноприйнятим з позицій міжнародного права» [2, с. 11].

Законом України від 03.03.2022 № 2108-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» [3] Кримінальний кодекс України (*далі – КК)* було доповнено новою ст. 111-1 «Колабораційна діяльність», формами якої у трьох самостійних частинах (другій, п'ятій та сьомій) цієї статті передбачено самостійні форми такої діяльності, що відрізняються характером посад, які обіймають колаборанти. Це добровільне зайняття громадянином України: 1) посади, не пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на тимчасово окупованій території (далі – ТОТ), у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора (ч. 2); 2) посади, пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на ТОТ, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора (ч. 5); 3) посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на ТОТ (ч. 7).

Попри певну очевидність указаних форм колабораційної діяльності, все ж доводиться констатувати

певні труднощі, що виникають (можуть виникати) під час тлумачення та кваліфікації протиправних дій за частинами 2, 5 та 7 ст. 111-1 КК, що зумовлює необхідність додаткових доктринальних розвідок відповідних питань, окремі з яких вже висвітлювалися у працях українських учених. Хочемо підкреслити у цій царині доробок І. В. Берднік, М. С. Бондаренко, О. О. Кравчука, В. В. Кузнецова, А. М. Орлеана, Є. О. Письменського, М. В. Сийплокі, Н. С. Стефанів, М. І. Хавронюка та інших. Проте в їх працях проблема характеристики форм колабораційної діяльності, передбачених у частинах 2, 5 та 7 ст. 111-1 КК детально не досліджувалася, що вказує на актуальність та своєчасність тих питань, що будуть підніматися у цій праці.

Метою наукової статті є характеристика форм колабораційної діяльності, передбачених у частинах 2, 5 та 7 ст. 111-1 КК, а також особливостей кваліфікації дій колаборанта, який обійняв відповідну посаду та почав виконувати свої професійні обов'язки.

Форми колабораційної діяльності, передбачені у частинах 2, 5 та 7 ст. 111-1 КК, мають ряд спільних ознак, а саме суспільно небезпечне діяння – зайняття посади, що характеризується такою якісною ознакою, як добровільність; місце вчинення кримінального правопорушення – ТОТ; суб'єкт – громадянин України. Відрізняються вказані форми характером займаних посад: посади, не пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора (ч. 2); посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, у незаконних органах влади, створених на ТОТ, у тому числі в окупаційній адміністрації держави-агресора (ч. 5); посади в незаконних судових або правоохоронних органах (ч. 7).

Отож, суспільно небезпечним діянням у частинах 2, 5 та 7 ст. 111-1 КК названо *зайняття посади*, яке характеризується такою якісною ознакою, як *добровільність*. Чинне законодавство не містить визначення того, що слід розуміти під зайняттям посад. Водночас, якщо проаналізувати нормативно-правові акти, зокрема, Закон України від 10.12.2015 № 889-VIII «Про державну службу», то вбачається, що термінологічний зворот «зайняття посади» досить часто використовується у ньому у контексті підготовчих дій щодо призначення певної особи на посаду державної служби («конкурс на зайняття посади державної служби», «кандидати на зайняття посад державної служби») та пов'язаний власне з таким призначенням [4]. В інших нормативно-правових актах України термінологічний зворот «зайняття посади», «займана посада» використовується досить часто і передбачає виникнення такого юридичного факту, як призначення особи на певну посаду у порядку, передбаченому законодавством України з офіційним оформленням трудових відносин.

З огляду на формулювання диспозицій частин 2, 5 та 7 ст. 111-1 КК колаборант повинен займати посаду у незаконно створеному органі влади, а не виконувати роботу, що не пов'язана з її зайняттям. Поняття «посада» тлумачиться у законодавстві України. Так, згідно з п. 4 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державну службу», посада державної служби – визначена структурою і штатним розписом первинна структурна одиниця державного органу з установленими відповідно до законодавства посадовими обов'язками у межах повноважень, визначених ч. 1 ст. 1 цього Закону [4]. З точки зору функціонального підходу посада є частиною службової кар'єри посадовця, пов'язана власне з органом влади та стосується повноважень, закріплених за посадою, визначених структурою і штатним розписом такого органу; кола службових повноважень, закріплених за посадою, які встановлюється нормативними актами [5, с. 434–435]. Ураховуючи розуміння поняття «посада» як у законодавстві, так і в доктрині, погодимося з М. І. Хавронюком, який вважає, що «виконання роботи, яка не пов'язана із заняттям посади (лікар, фармацевт, працівник житлово-комунальної сфери, пожежник, працівник рятувальної служби чи кладовища, адвокат тощо) [6].

Як зазначалося вище, зайняття посади як суспільно небезпечне діяння у частинах 2, 5 та 7 ст. 111-1 КК повинно бути *добровільним*. Добровільність – добра воля – термін, що є складовою багатьох стимулюючих кримінально-правових норм. Йдеться, насамперед, про добровільну відмову при незакінченому кримінальному правопорушенні (ст. 17), обставину, що пом'якшує покарання (п. 2 ч. 1 ст. 66), умову звільнення від кримінальної відповідальності при позитивній посткримінальній поведінці особи (ч. 5 ст. 110-2, ч. 3 ст. 111, ч. 2 ст. 114 тощо). Водночас об'єктивна сторона окремих кримінальних правопорушень сформульована так, що передбачає обов'язкове встановлення відсутності добровільної згоди потерпілої особи. Йдеться про кримінальні правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (наприклад, ст. 152 «Згвалтування» КК). У примітці ст. 152 КК роз'яснюється, що згода вважається добровільною, якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи, з урахуванням супутніх обставин. Характеризуючи добровільність, нагадаємо влучну характеристику волі, яку з точки зору кримінального права охарактеризувала Н. М. Ярмиш: воля є необхідною умовою активності особи. Вона виявляється в реалізації прийнятого рішення, у спроможності управляти собою та своїми психічними функціями [7, с. 13]. Добровільність у контексті характеристики суспільно небезпечних діянь, що передбачені у частинах 2, 5 та 7 ст. 111-1 КК, передбачає зайняття громадянином України посади у відповідних незаконно створених органах держави з власної волі та за відсутності фізичного чи психічного примусу, крайньої необхідності. Аналогічно тлумачать ознаку добровільності як ознаку колабораційної діяльності та її форм й інші науковці [6; 8, с. 199].

Місцем учинення кримінального правопорушення, передбаченого частинами 2, 5 та 7 ст. 111-1 КК названо *ТОТ*. Як слушно зазначає М. І. Хавронюк, ними є «території, тимчасово окуповані до 24 лютого 2022 р.: територія АРК та окуповані райони у Донецькій та Луганській областях (див. ст. 3 Закону «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15.04.2014 № 1207-VII, Закон «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на ТТОТ у Донецькій та Луганській областях» від 18.01.2018. № 2268-VIII та Указ Президента «Про межі та перелік районів, міст, селищ і сіл, частин їх територій, тимчасово окупованих у Донецькій та Луганській областях» від 07.02.2019 № 32/2019); після 24.02.2022, у т. ч. ті, які були тимчасово окуповані протягом нетривалого часу» [6].

Суб'єкт вказаних вище форм колабораційної діяльності – спеціальний. Ним є *громадянин України*. Ця ознака не потребує додаткового тлумачення та вказує на те, що іноземець та особа без громадянства не можуть бути суб'єктами відповідних складів кримінальних правопорушень.

Ознаки, наведені нами вище, є спільними для форм колабораційної діяльності, передбачених у частинах 2, 5 та 7 ст. 111-1 КК. Водночас ці форми характеризуються й відмінними ознаками, що описують характер посад, які займають особи у незаконно створених органах влади, а саме 1) посади, не пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій (ч. 2); 2) посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій (ч. 5); 3) посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на ТОТ (ч. 7).

Вище вже йшлося про те, що слід розуміти під поняттям «посада». Законодавство України не містить визначення поняття «орган влади». В окремих Законах виключно для потреб саме цих Законів роз'яснюється відповідне поняття. Так, згідно зі ст. 1 Закону України від 11.01.2001 № 2210-III «Про захист економічної конкуренції» органи влади – міністерства та інші центральні органи виконавчої влади, Верховна Рада Автономної Республіки Крим (*далі – АРК*) та органи виконавчої влади АРК, державні органи, що здійснюють регулювання діяльності суб'єктів природних монополій, ринків капіталу та організованих товарних ринків, державні органи приватизації, Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення, місцеві органи виконавчої влади [9].

У Законі України від 13.01.1998 № 9/98-ВР «Про кінематографію» визначається, що таке органи держави-агресора. Це правоохоронні органи (міліція, поліція тощо), збройні сили, судові органи, внутрішні війська, будь-які підрозділи спеціального призначення, органи, відповідальні за охорону та захист державного кордону, органи, відповідальні за здійснення податкової та митної політики, органи, відповідальні за проведення дізнання або досудового (попереднього) слідства, прокуратура, органи, відповідальні за державну безпеку або безпеку вищого керівництва держави-агресора, підрозділи, відповідальні за виконання будь-яких миротворчих місій, будь-які інші збройні, військові, воєнізовані, парамілітарні або інші силові формування держави-агресора, їх складові або структурні підрозділи, у тому числі формування, найменування яких не відповідають офіційним назвам, прийнятим у державі-агресорі, але які за здійснюваними функціями належать до будь-якого із зазначених органів чи формувань [10]. Водночас це визначення стосується не лише органів влади держави-агресора, а й інших її органів, однак орієнтує стосовно визначення кола органів незаконно створених органів влади на ТОТ.

У теорії права загалом підкреслюється, що орган влади має владні повноваження, а його діяльність (повноваження) спрямовуються на виконання спеціальних функцій та завдань держави [11, с. 59]. Відповідно до класичного підходу орган влади охоплює як орган державної влади, так і орган місцевого самоврядування. Наявність владних повноважень органу та спрямованості його діяльності є визначальними ознаками при ідентифікації місця роботи колаборанта як органу влади. Здійснення громадянином України діяльності не в органі влади (на підприємстві, в установ, організації, зайняття індивідуальним підприємництвом тощо) на ТОТ не утворює складів кримінальних правопорушень, передбачених частинами 2, 5 та 7 ст. 111-1 КК.

Органи влади, окрім цього, повинні бути створеними незаконно на ТОТ. Це означає, що їхнє створення та, відповідно, діяльність не передбачені законодавством України.

Характеризуючи форму колабораційної діяльності, передбачені у ч. 2 ст. 111-1 КК, О. О. Кравчук та М. С. Бондаренко пишуть, що за нею підлягають кримінальній відповідальності особи, які обіймають некерівні посади у будь-яких незаконних органах влади, створених на ТОТ, у т. ч. в окупаційній адміністрації держави-агресора, тобто особи, які обіймають будь-які посади лінійних працівників в незаконних органах влади [8, с. 200]. Що стосується визначення понять організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій (ч. 5 ст. 111-1 КК), то їх зміст є достатньо усталеним як у науці кримінального права, так і в судовій практиці, а тому не потребує додаткового з'ясування у цій статті.

У ч. 7 ст. 111-1 КК передбачено кримінальну відповідальність за зайняття посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на ТОТ. Саме така форма колабораційної діяльності порівняно з іншими, передбаченими у частинах 2 та 5 цієї статті, визнається законодавцем найбільш суспільно небезпечною. Не зупиняючись детально на тому, що слід розуміти під судовими та правоохоронними органами, відзначимо, що певні труднощі можуть виникати під час установлення приналежності незаконно створеного органу до правоохоронного, оскільки законодавство України не містить вичерпного переліку таких органів. Приблизний же перелік міститься у Законі України від 23.12.1993 № 3781-XII «Про державний захист суду і правоохоронних органів» [12]. Узагальнююча ознака поняття «правоохоронний орган», наведена у цьому Законі (здійснення ним правозастосовної та правоохоронної функції), є доволі дискусійною, оскільки правозастосовна функція не є визначальною для такого органу, а що слід розуміти під правоохоронною функцією – ніде не роз'яснюється. Встановлюючи приналежність того чи іншого органу до правоохоронного, слід виходити з того, що такі органи повинні здійснювати правоохоронну функцію, яка є основною для них. Під правоохоронною функцією доцільно розуміти комплексний окремий і самостійний напрям її діяльності, в рамках якого уповноваженими суб'єктами за допомогою спеціальних юридичних засобів здійснюється загальна охорона права, зміцнення законності та правопорядку, забезпечення прав і свобод людини та громадянина [13, с. 156]. Що стосується судових органів, то вочевидь до них слід відносити ті, які здійснюють правосуддя від імені держави-агресора на ТОТ.

Звернемо увагу на ще одну проблему, яка стосується кваліфікації зайняття відповідної посади у незаконно створеному органі влади на ТОТ та подальшої діяльності колаборанта на цій посаді, виконання ним незаконних посадових обов'язків. Так, В. В. Кузнецов та М. В. Сийплокі відзначають, що «зважаючи на певну подібність складів державної зради та колабораціонізму є проблема можливого ухилення зрадників від більш суворого покарання, оскільки покарання за більшість форм колабораціонізму є менш суворим, ніж покарання за державну зраду» [14, с. 379]. Певним чином вони мають рацію. Однак, кваліфікуючи дії колаборантів за частинами 2, 5 та 7 ст. 111-1 КК, слід виходити з того, що у них передбачається кримінальна відповідальність за зайняття відповідних посад у незаконно створених органах на ТОТ, а не за саму діяльність. Якщо після призначення на посаду, передбачену у частинах 2, 5, 7 ст. 111-1 КК, особа здійснює відповідну професійну діяльність, виконує посадові обов'язки у незаконному органі влади, створеному на ТОТ, то його дії, на нашу думку, підлягають кваліфікації за сукупністю частин 2, 5 або 7 ст. 111-1 та ч. 1 ст. 111 КК. Адже вказана діяльність охоплюється однією з таких форм державної зради, як надання допомоги іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України чи перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту.

Наприклад, Верховний Суд розглянув у касаційному порядку кримінальне провадження по обвинуваченню ОСОБА_1, судді, у вчиненні державної зради способом надання допомоги у проведенні підривної діяльності проти України, який був засуджений місцевим судом за ст. 111 КК. Цей вирок «встояв» в апеляційній інстанції. Як було доведено, ОСОБА_1, громадянин України, суддя міського суду АРК, упродовж березня-квітня 2014 р., продовжив здійснювати «правосуддя» на підставі законодавства РФ як «суддя міського суду Республіки Крим», у незаконно створеному на тимчасово окупованій території України «судовому органі РФ». ОСОБА_1 за результатами проведеного державними органами РФ конкурсу Указом Президента РФ від 19.12.2014 № 786 суддя міського суду АРК ОСОБА_1 був призначений на посаду «судді міського суду Республіки Крим РФ» на окупованій території АРК та продовжив здійснювати правосуддя від імені РФ вже як «суддя» зазначеного «суду».

Як зазначається у постанові Верховного Суду від 27.10.2021 у справі № 759/7443/17 (провадження № 51-1578км20), вчинення будь-яких діянь, передбачених ч. 1 ст. 111 КК, заподіює шкоду національній безпеці України, і розцінюються як підривна діяльність проти неї. Згідно з законодавством України загрози національній безпеці – це наявні та потенційно можливі явища і чинники, що створюють небезпеку життєво важливим національним інтересам України. види підривної діяльності проти України можуть бути різноманітними. Різний вигляд може мати і допомога у проведенні такої діяльності. Вона може надаватися шляхом організації чи виконання конкретного злочину, схилення до державної зради інших осіб, усунення перешкод для вчинення певних діянь тощо. Кримінальним законом установлено, що надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України полягає у сприянні їх можливим чи дійсним зусиллям заподіяти шкоду національній безпеці України [15].

Вказаний підхід по оцінці таких дій як державної зради є цілком слушним. З огляду на відсутність на момент вчинення цього кримінального правопорушення норми про колабораційну діяльність суди оцінювали та кваліфікували за ст. 111 КК зайняття посади судді (подання до Вищої кваліфікаційної колегії суддів РФ особистої заяви про рекомендацію на вакантну посаду «судді» незаконно створеного на території АРК «міського суду Республіки Крим РФ» та необхідного для цього пакету документів, передбачений ч. 6 ст. 5 Закону РФ «Про статус суддів»; участь у проведенні конкурсу на заміщення посади «судді» вказаного «суду»; призначення Указом Президента РФ від 19.12.2014 № 786 ОСОБА_1 на посаду «судді міського суду Республіки Крим РФ» на окупованій території АРК) та його діяльність на цій посаді (здійснення тривалий час правосуддя від імені РФ, що забезпечувало становлення та зміцнення окупаційної влади РФ шляхом утворення і функціонування незаконно створених окупаційних органів судової влади РФ на окупованій території України, виконання функцій представника окупаційної судової влади РФ) [15].

На наш погляд, на сьогодні вказані дії мали б отримати дещо іншу кваліфікацію, зайняття посади судді – за ч. 7 ст. 111-1 КК), а здійснення правосуддя від імені РФ – за ст. 111 КК). У сучасних умовах (якби такий злочин, що описувався вище, було вчинено після проголошення в Україні воєнного стану), варто було б змінити і формулювання обвинувачення для ОСОБА_1, оскільки державна зрада визнавалася б вчиненою у спосіб переходу на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту. Як вдало зазначає Н. С. Кончук, «надання іноземній державі, іноземній організації або їхнім представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України можна назвати загальним способом державної зради, різновидами якої є перехід на бік ворога та шпигунство» [16, с. 9]. Окрім того, поняття «підривна діяльність» має невизначений зміст та тлумачиться по-різному у наукових джерелах [17, с. 17, 18, с. 57–58].

Таким чином, на нашу думку, зайняття громадянином України посади у незаконно створених органах влади на ТОТ та подальше виконання ним обов'язків, передбачених цією посадою, підлягають кваліфікації за сукупністю: частина 2, 5 або 7 ст. 111-1 та частинами 1 або 2 ст. 111 КК. Саме така кримінально-правова оцінка відповідатиме принципу повноти кваліфікації та забезпечить невідворотність кримінальної відповідальності колаборантів. При цьому, з огляду на наявність обстановки воєнного стану або періоду збройного конфлікту, в якій було вчинено державну зраду, дії слід кваліфікувати як надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги у проведенні підривної діяльності проти України або як перехід на бік ворога в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту.

ЛІТЕРАТУРА

1. Чальцева О. М. Категорія «колабораціонізм» як багатокомпонентний наратив в умовах війни. *Політичне життя*. 2022. № 2. С. 56–60.
2. Письменський Є. О. Колабораціонізм як суспільно-політичне в сучасній Україні (кримінально-правові аспекти) : наук. нарис. Сєвєродонецьк, 2020. 121 с.
3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність : Закон України від 3 березня 2022 року № 2108-IX. URL: https://cutt.ly/nG96OwC (дата зверн.: 29.06.2022).
4. Про державну службу : Закон України від 10.12.2015 № 889-VIII. URL: https://cutt.ly/OKDNj2Z (дата зверн.: 29.06.2022).
5. Карпа М. Функціональний підхід до поняття посади державної служби. *Ефективність держ. Управління : збірн. наук. праць*. 2014. Вип. 40. С. 432–440.
6. Хавронюк М. І. Кримінальна відповідальність за колабораціонізм. URL: https://cutt.ly/vHhxGUi (дата зверн.: 29.06.2022).
7. Ярмиш Н. Н. Действие как признак объективной стороны преступления (проблемы психологической характеристики) : научн. очерк. Харьков : Основа, 1999. 84 с.
8. Кравчук О. О., Бондаренко М. С. Колабораційна діяльність : науково-практичний коментар нової статті 111-1 КК. *Юридичний електронний науковий журнал*. 2022. № 3. С. 198–204. URL: https://cutt.ly/QHhIJt0 (дата зверн.: 29.06.2022).
9. Про захист економічної конкуренції : Закон України від 11.01.2001 № 2210-III. URL: https://cutt.ly/uKHS1qx (дата зверн.: 29.06.2022).
10. Про кінематографію : Закон України від 13.01.1998 № 9/98-ВР. URL: https://cutt.ly/HKJi3lB (дата зверн.: 29.06.2022).
11. Равлюк А. Г. Зміст поняття органу державної влади. Актуальні проблеми держави і права. 2019. № 84. С. 54–62.
12. Про державний захист суду і правоохоронних органів : Закон України від 23.12.1993 № 3781-XII. URL: https://cutt.ly/6KJsNVB (дата зверн.: 29.06.2022).
13. Ковалів М. В., Єсімов С. С., Лозинський Ю. Р. Правове регулювання правоохоронної діяльності : навч. посіб. Львів : ЛьвДУВС, 2018. 323 с.
14. Кузнецов В. В., Сийплокі М. В. Кримінальна відповідальність за колабораційну діяльність як новий виклик сьогодення. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2022. Вип. 70 (1). 2022. С. 374–381.
15. Постанова Верховного Суду від 27.10.2021 у справі № 759/7443/17 (провадження № 51-1578км20). URL: https://cutt.ly/2KLjhNu (дата зверн.: 29.06.2022).
16. Кончук Н. С. Кримінальна відповідальність за державну зраду : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08; Львів. держ. ун-т внутр. справ. Львів, 2019. 211 с.
17. Загиней З. А. Надання допомоги в проведенні підривної діяльності проти України як спосіб вчинення державної зради. *Наук. часоп. Нац. академ. прокуратури України*. 2016. № 3. С. 86–101. URL: https://cutt.ly/lKLjolc (дата зверн.: 29.06.2022).
18. Кримінальне право (Особлива частина) : підручник / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменного. Луганськ : Вид-во «Елтон-2», 2012. Т. 1. 780 с.

УДК 343.2:343.3
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/71

ГЕНЕЗИС УНІВЕРСАЛЬНОГО ПРИНЦИПУ ДІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ В ПРОСТОРІ

THE GENESIS OF THE UNIVERSAL PRINCIPLE OF CRIMINAL LAW IN SPACE

Кедик В.П., к. ю. н.,
доцент кафедри кримінального права
Національний університет «Одеська юридична академія»

Універсальний принцип дії кримінального закону в просторі не є новим для кримінального права, натомість останнім часом в умовах зростання транснаціональних злочинів він отримує нове звучання, а правові основи його застосування – подальший розвиток. Крім того, зростаюча загроза тероризму не тільки на території України а й у всьому світі змушує світове співтовариство вдосконалювати правові основи боротьби з ним, зокрема шляхом розширення правових можливостей держав щодо встановлення кримінальної юрисдикції щодо осіб, причетних до скоєння відповідних злочинів. На даний час міжнародне співробітництво постійно зміцнюється, і вживаються нові заходи для забезпечення того, щоб виконавці таких злочинів притягувалися до відповідальності. Ці зусилля дали конкретні результати, завдяки чому на практиці було визнано міжнародну кримінальну юрисдикцію, а також здійснювали судове переслідування на основі універсального принципу.

Стаття присвячена аналізу встановлення універсального принципу щодо міжнародних злочинів та злочинів міжнародного характеру крізь призму виявлення та дослідження правових підстав та правової природи такої юрисдикції, а також умов правомірності її встановлення. Доктринальному рівні вона заснована на ідеї про те, що деякі злочини носять настільки серйозний характер, що вони негативно позначаються на всій міжнародній спільноті, або ідеї про те, що відповідний злочин зазнає загального засудження або утискає міжнародні інтереси, внаслідок чого держави зобов'язані порушувати кримінальні справи. проти злочинців. У цьому сенсі універсальний принцип розглядається як додатковий комплементарний механізм колективної системи кримінального правосуддя. Вона забезпечує, що держава вживатиме заходів від імені міжнародного співтовариства у разі скоєння серйозного злочину, що викликає міжнародне занепокоєння, і коли інші держави, які мають юрисдикцію, але не мають можливості чи бажання діяти, і коли міжнародні судові органи та трибунали не мають юрисдикції або практичні засоби для забезпечення судового переслідування злочинців.

Ключові слова: юрисдикція, універсальний принцип, міжнародний злочин, злочин міжнародного характеру, права людини, територія, громадянство.

The universal principle of the operation of the criminal law in space is not new for criminal law, but recently, in the context of the growth of transnational crimes, it has received a new sound, and the legal basis of its application is a further development. In addition, the growing threat of terrorism not only on the territory of Ukraine, but also throughout the world forces the international community to improve the legal foundations of combating it, in particular by expanding the legal capabilities of states to establish criminal jurisdiction over persons involved in the commission of relevant crimes. Currently, international cooperation is constantly being strengthened and new measures are being taken to ensure that the perpetrators of such crimes are brought to justice. These efforts have produced concrete results, thanks to which international criminal jurisdiction has been recognized in practice, and prosecutions have been carried out on the basis of the universal principle.

The article is devoted to the analysis of the establishment of a universal principle regarding international crimes and crimes of an international nature through the prism of identifying and researching the legal grounds and legal nature of such jurisdiction, as well as the conditions for the legality of its establishment. At the doctrinal level, it is based on the idea that some crimes are of such a serious nature that they negatively affect the entire international community, or the idea that the corresponding crime is universally condemned or oppresses international interests, as a result of which states are obliged to violate criminal affairs. against criminals. In this sense, the universal principle is considered as an additional complementary mechanism of the collective system of criminal justice. It ensures that a State will take action on behalf of the international community when a serious crime of international concern is committed, and when other States with jurisdiction are unable or unwilling to act, and when international judicial bodies and tribunals lack jurisdiction or practical means to ensure the prosecution of criminals.

Key words: jurisdiction, universal principle, international crime, crime of international character, human rights, territory, citizenship.

Універсальний принцип дії кримінального закону в просторі в сучасному звучанні розроблений наукою в період кінця XIX – початку XX ст. Сутність його полягає в тому, що «будь-яка держава може здійснювати свою юрисдикцію над будь-яким знаходяться в його межах злочинцем, незалежно від того, де і проти кого він скоїв злочин» [1, с. 23].

На початку процесу розвитку концепції універсального принципу дії кримінального закону в просторі актуальними були питання регулювання взаємовідносин між державами. Значним проміжним результатом цього процесу слід назвати прийняття в 1907 р. тринадцяти Гаазьких конвенцій, що регулювали ведення воєн, найзначнішою з яких була Конвенція «Про закони і звичаї сухопутної війни». Після лих, принесених Першою світовою війною, прийшло усвідомлення необхідності не тільки введення військових дій в будь-які рамки, але і повної відмови від застосування сили при виникненні суперечок між державами. Це інституйований в ув'язненні Пакту Бріана-Келлога (1928 р.), який проголосив злочином агресію однієї держави проти іншої (інших) держав. При цьому визначення агресії дано не було.

Саме ці два документа (Пакт Бріана-Келлога і Женевська конвенція 1929 р.), а також Гаазька конвенції 1907 р. послужили ідеологічними джерелами права при вирішенні питання про відповідальність головних військових злочинців періоду Другої світової війни. Перша в історії спроба кодифікації міжнародного кримінального права містилася в Статуті Нюрнберзького міжнародного військового трибуналу (МВТ), прийнятому влітку 1945 року на дипломатичній конференції в Лондоні.

Принцип дії кримінального закону в просторі отримав новий зміст. Якщо раніше правозастосовуючим суб'єктом була конкретна держава, що імплементувати норми міжнародного кримінального права в національну правову систему, то в разі вирішення питання про покарання вищих посадових осіб гітлерівської Німеччини право застосовував спеціальний наддержавний судовий орган – Міжнародний військовий трибунал. Підготовка і проведення процесу, постанова вироку в ході роботи МВТ, – це другий етап у розвитку універсального принципу дії кримінального закону в просторі.

Якщо до Першої світової війни основними питаннями були: а) усвідомлення злочинності агресивних воєн і декларація їх заборони (агресія – перший власне міжнародний

злочин) і б) розробка основних «складів» військових злочинів, то після Другої світової війни було вирішено питання про правозастосовуючого суб'єкта. Ним став трибунал ad hoc – Нюрнберзький міжнародний військовий трибунал.

У тисяча дев'ятсот сорок шість году був Створений Міжнародний військовий трибунал для Далекого Сходу (Токійській) Певні проблеми щодо функціонування міжнародних судових установ були вирішені шляхом створення Міжнародного суду ООН на підставі її Статуту. За час своєї роботи він розглянув понад 70 справ у спорах між державами, в основному з приводу кордонів між ними. Спроби Сербії порушити процес проти ряду держав, які застосовували силу проти неї, в даному судовому органі закінчилися невдачею.

Паралельно з роботою Міжнародного суду ООН йшла розробка норм матеріального міжнародного кримінального права в рамках діяльності Комісії з міжнародного права при ООН. У 1954 році були підведені деякі підсумки роботи цієї комісії зі створення міжнародного кримінального кодексу, визнані незадовільними, і діяльність вчених в цьому напрямку була заморожена. До питання про міжнародний кримінальному кодексі повернулися вже в 1974 році, відновивши активну роботу Комісії з міжнародного права при ООН [12, с. 577].

Надалі процес реалізації універсального принципу дії кримінального закону в просторі розвивався за двома зазначеними напрямками: кодифікація міжнародного кримінального права з подальшою імплементацією в національні правові системи та інституційний розвиток вищевказаного принципу.

Суб'єктами злочину в даному випадку є іноземні громадяни та особи без громадянства, що не проживають постійно на території України; застосовуваний нормативний правовий акт – це імплементувати міжнародний договір України, причому злочину можуть ставитися до міжнародного кримінального права і мати міжнародний характер; суб'єктом, який застосовує нормативний акт, є Україна; підставою застосування служить вчинення злочину поза межами України.

У світовій правовій практиці історично першою спробою реалізувати універсальний принцип дії кримінального закону в просторі в його сучасному звучанні була спроба притягнути до відповідальності німецького імператора Вільгельма II Гогенцоллерна за розв'язання Першої світової війни. Готувалися документи для проведення процесу, але він в силу ряду причин не відбувся.

У період між двома світовими війнами юридична наука узагальнила досвід і виробила механізм реалізації універсального принципу. Після Другої світової війни це вилилося в проведення двох міжнародних процесів над військовими злочинцями, які здійснили Нюрнберзький і Токійський трибунали.

Надалі кримінально-правова теорія і практика рухалися в напрямку створення і загальних, і спеціальних складів злочинів, що мають своїм об'єктом міжнародні інтереси. У процесуальному плані розвиток пішов по лінії створення наднаціональних судових органів.

У 1993 році при ООН було створено Міжнародний кримінальний трибунал по колишній Югославії, який оперативно і досить ефективно зреагував на кризову ситуацію в цій країні [9, с. 218].

Проте, за час своєї роботи цей орган почав розгляд справ по Уганді, Демократичній республіці Конго, Центральноафриканській Республіці. В стадії прийняття до провадження розгляд ситуації в західній провінції Судану Дарфурі.

Компетенція Міжнародного кримінального суду обмежена наступними питаннями: геноцид, злочини проти людяності, воєнні злочини. Питання про включення до компетенції Міжнародного кримінального суду справ по агресії не вирішене, тому що не узгоджено саме поняття.

Можливо, що розробку змісту поняття «агресія» необхідно вести одночасно з виробленням норм, які містять обставини, що виключають оцінку діянь, зовні схожих на агресію, як злочинних.

В юридичному плані відмінність у змісті реалізації універсального принципу в сучасних умовах від початкового полягають у тому, що суб'єктом правозастосовчої практики є не конкретна держава, а наддержавний судовий орган, який створюється або ad hoc – Міжнародний кримінальний трибунал по колишній Югославії і Міжнародний кримінальний трибунал по Руанді, або діє на постійній основі – Міжнародний кримінальний суд на підставі Римського Статуту [14].

Для сучасної ситуації також характерна наявність досконалого матеріального кримінального права.

Тому в кримінальних процесах не варто проблеми застосування кримінального права post factum. Така ситуація має своїм результатом значний ефект загальної превенції по відношенню до більшості міжнародно визнаним злочинів проти миру і безпеки людства.

Подальші процеси глобалізації ставлять перед кримінальної наукою і практикою нові проблеми, головна з яких полягає в тому, як ефективно впливати на кримінальну ситуацію, якщо серед суб'єктів правозастосовчої практики відсутній той, який реально домінує над рештою учасників процесу. Це незважаючи на значний вплив США і НАТО в політичному і військовому сенсі.

У політичному контексті ця проблема формулюється як проблема побудови багатополярного світу. Більш конкретно проблем кілька, і серед них такі, як: ісламський фундаменталізм, сепаратизм, соціально-економічні протиріччя, антиглобалізм, і, звичайно, екологічні проблеми (глобальне потепління і виснаження природних ресурсів).

Універсальний принцип полягає в застосуванні національного кримінального закону до знаходяться на території держави іноземних громадян і приватним особам без громадянства, які вчинили за його межами злочину, які посягають відповідно до міждержавних угод на міжнародний правопорядок. Цей принцип є винятком як із загального територіального принципу дії кримінального закону в просторі, так і з принципу громадянства. Суть його полягає в тому, що особи притягаються до кримінальної відповідальності будь-якими державами за своїм національним законодавством незалежно від того, де вчинено злочин і громадянами якої держави є злочинці. Застосування універсального принципу пов'язано, перш за все, з необхідністю боротьби з міжнародними злочинами і деякими злочинами міжнародного характеру, припинення яких є обов'язком беруть участь у відповідних конвенціях держав і кримінальна відповідальність, за які не обмежується ні територією, ні громадянством.

Ці критерії дають можливість будь-якій державі встановлювати юрисдикцію щодо осіб, кримінально протиправні діяння яких, маючи місце за його межами, не зачіпають прямо ні дана держава, ні його громадян [19, с. 95].

Проблема його дії полягає в тому, що раніше радянським кримінальним законодавством були встановлені, «вельми обмежені межі дії кримінального закону щодо злочинних діянь, вчинених за межами Союзу РСР іноземцями» [1, с. 185].

Цілісність і взаємопов'язаність сучасної цивілізації зумовили необхідність правового регулювання на універсальної основі.

Міжнародне співробітництво в галузі захисту прав і основних свобод людини почало формуватися в період Другої світової війни в рамках держав антигітлерівської коаліції як реакція на брутальне порушення прав людини нацистською Німеччиною. У прийнятому в 1945 р. Статуті ООН вперше в історії був зафіксований обов'язок співпраці у сфері прав людини на багатосторонній договірній основі [15].

Універсальний принцип дії кримінального закону в просторі випливає з міжнародно-правових зобов'язань України у сфері боротьби з міжнародною злочинністю. Цей принцип є результатом того, що «міждержавне співробітництво в області прав людини набуло універсальний характер».

У світлі сьогоднішнього часу найчастіше права людини розглядаються як права, які притаманні кожній людині в силу того, що вона є людиною [18]. Дослідниця І. А. Шуміло вказує, «Що незважаючи на те що концепція прав людини часто сприймається як така, що відбиває якісь ідеали, до яких необхідно прагнути, або взагалі як утопічна за своєю природою, суть її полягає в тому, що права людини встановлюють той необхідний мінімум, який потрібен, щоб забезпечити людині «людське» існування» [16, с. 10].

У статті 2 Загальної Декларації йдеться, що кожна людина повинна мати всі права і всі свободи, проголошені нею. Крім того, не повинно проводитися ніякого розрізнення на основі політичного, правового або міжнародного статусу країни або території, до якої людина належить, незалежно від того, чи є ця територія незалежною, підопічною, несамоврядованою або як небудь обмеженою у своєму суверенітеті [7]. Україна приєдналася до більшості універсальних міжнародних правових актів, прийнятих на основі Загальної декларації прав людини.

Серед науковців універсальну теорію підтримувало чимало авторів, серед яких, Н. П. Даневський, М. Д. Сергієвський, М. С. Таганцев та інші. Професор Ф. Ф. Мартенс писав, що «кожна держава має право і зобов'язана карати завжди і всякого за вчинений нею злочин, без відношення до місця його вчинення і підданства злочинця, бо будь-яке злочин є посягання на загальний правовий порядок, що обіймає всі держави» [10, с. 117].

Універсальна теорія, без сумніву, стояла і стоїть на дуже піднесеної точки зору – універсального панування порядку і права. Однак до недавнього часу вона не мала під собою позитивного підґрунтя. Вона грішила проти основного положення міжнародного права, що не всі держави на земній кулі складаються між собою в правильному спілкуванні, і тому не можна їх зобов'язувати переслідувати будь-яке порушення права. Справедливо оцінюючи недоліки цієї теорії на початку XX століття, професор Ф. Ф. Мартенс зазначив: «Не у всіх навіть цивілізованих народів існують тотожні кримінальні закони, і не всі, що вважається злочинним в одній державі, буде незаконним у всіх інших. Та й по відношенню до загально карних діянь, як вбивство, крадіжка та ін. Не для кожної держави існує обов'язок суду над злочинцем. Покладемо, особа, біжить і ховається за кордоном. Якщо злочинець буде відкритий, то може бути мова тільки про видачу його своєї держави і взагалі про надання останньому належного судового допомоги в переслідуванні винного. Тим часом, з універсальної точки зору держава повинна не тільки сприяти розкриттю злочину і його покаранню, а й виконувати обов'язки за іншого в сфері кримінального правосуддя» [10, с. 216].

Універсальна юрисдикція стала реалізовуватися України лише з 1906 року коли в статті 172 Уложення (в редакції 1885 р.) було внесено примітку. Відповідно до нього українські кримінальні закони стали поширюватися і на ті злочини, які скоювали іноземні піддані проти же іноземних підданих, за які винні іноземці підлягали осуду і піддавалися покаранню в Україні в силу укладених міжнародних договорів [11, с. 196].

Відродився же універсальний принцип, але вже в іншій якості – як підставу для юрисдикції за передбачені міжнародними договорами злочини, які держави-учасники зобов'язалися припиняти незалежно від місця їх вчинення і громадянства винного в Основах кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік 1958 року [2, с. 92].

У сучасних умовах для встановлення боротьби з міжнародними злочиними та злочинами міжнародного характеру значно частіше, ніж раніше, держави укладають міжнародні конвенції, що визначають караність окремих злочинів. Підписуючи такі конвенції, кожна держава бере на себе міжнародно-правове зобов'язання видати кримінальні закони.

Щоб визначити дію універсального принципу розглянемо можливість застосування кожного з перерахованих вище умов.

Під «особою, яка вчинила злочин», кримінальний закон розуміє громадян України, осіб без громадянства та іноземних громадян. Стосовно до кримінальної відповідальності за універсальним принципом особа обов'язково має бути іноземним громадянином або апатридом, що не проживають постійно в Україні, за винятком дипломатичних представників іноземних держав та інших громадян, які користуються імунітетом.

Нюрнберзький процес затвердив принцип кримінальної відповідальності окремих фізичних осіб за міжнародні злочини. В тезі вироку записано, що «Злочини проти міжнародного права вчиняють люди, а не абстрактні суб'єкти, і лише через покарання фізичних осіб, що скоїли такі злочини, можна забезпечувати дотримання положень міжнародного права [4, с. 9].

Як зазначає В. Гірняк «вчиняючи міжнародний злочин і посягаючи на норми міжнародного права, індивід загалом виконує прерогативи держави – суб'єкта міжнародного права, і його дії кваліфікуються міжнародним правом як поведінка на міжнародній арені. Отже, для вчинення такої поведінки особа повинна володіти особливими повноваженнями, що вирізняють її з середовища загальнокримінальних злочинців. Спеціальний статус правопорушника є першою особливістю правової природи міжнародного злочину як явища міжнародного права» [6, с. 19].

Відповідальності підлягають особи, які вчинили міжнародні злочини, незалежно від того, чи беруть участь держави, громадянами, яких вони є, у відповідних конвенціях. Юридично ця норма заснована на тому, що злочинність цих дій визнана міжнародним співтовариством, і норми, спрямовані на боротьбу з ними, – імперативні норми міжнародного права.

У правовій літературі висловлена думка, що суб'єктами міжнародних злочинів можуть бути одночасно держави і фізичні особи: суб'єктами такого міжнародного злочину, як тероризм, є: виконавець – фізична особа, основний суб'єкт – держава – учасник міжнародних правовідносин.

У статті 5 проекту Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства, що називається «Відповідальність держав» говориться, що судове переслідування будь-якої особи за злочин проти миру і безпеки людства не звільняє державу від відповідальності за міжнародним правом за дію або бездіяльність, осудна цій державі [13].

Для реалізації відповідальності за універсальним принципом необхідно щоб міжнародне злочин було вчинено за межами України. У разі вчинення такого злочину в межах території України відповідальність настає на підставі територіального принципу дії кримінального закону в просторі.

В даний час під міжнародним злочином, тобто злочин за міжнародним правом – це винне діяння, що посягає на міжнародну безпеку, світовий правопорядок та його окремі сфери, визнане в результаті узгодження волевиявлень суверенних держав протиправним, і таким, що підлягає кримінальному покаранню. Норми, які передбачають міжнародну кримінальну відповідальність за агресію, геноцид, воєнні злочини та злочини проти людяності, є універсальними й імперативними [17, с. 203, 207].

Злочини міжнародного характеру – протиправні діяння з наявністю іноземного елемента, вчинені, як правило, особою або групою осіб і порушують нормальний

розвиток міжнародних відносин або створюють загрозу цього розвитку. Вказані злочини найчастіше посягають на внутрішньодержавний, національний правопорядок. Одночасно вони зачіпають інтереси інших країн або міжнародного співтовариства, підриваючи основи співробітництва держав і інші сторони міжнародних відносин [8, с. 43].

В даний час Україна ратифікувала десятки універсальних міжнародних договорів про боротьбу зі злочинами, що представляють міжнародну небезпеку. За вказані злочини встановлюється універсальна юрисдикція незалежно від місця його вчинення та громадянства злочинця.

Права людини стають діючим правом в глобальному відношенні на «наднаціональним», наддержавним рівнем. І що, отже, права людини мають, скажімо так, універсальної юридичну силу, і тому з питань прав людини стверджується ідея універсальної юрисдикції. І головне – відповідно до пріоритетом міжнародного права кожна національна юридична система покликана будуватися відповідно до принципам і критеріям права людини.

Можливо, що в найближчі роки юрисдикція щодо злочинів міжнародного характеру зміниться. Комісія міжнародного права ООН підготувала проект Статуту міжнародного кримінального суду, який буде мати силу міжнародного договору з юрисдикцією щодо розглянутих злочинів. Такий постійно діючий суд з обов'язковою юрисдикцією покликаний істотно підвищити рівень і ефективність боротьби з міжнародною злочинністю [14].

Керуючись принципами універсальності покарання за міжнародні злочини і незастосування до них терміну давності, в національних судах засуджуються особи незалежно від дотеперішніх принципів судової юрисдикції держави, і ніщо не заважає такому суду застосувати існуюче міжнародне право, встановлюючи за вчинені міжнародні злочини конкретні санкції. Таким чином, повинен буде діяти і міжнародний кримінальний суд.

Багато вчених і практичні працівники правоохоронних органів висловлюються за його створення. Дослідник В. І. Братко вважає, «основна функція міжнародних судових установ – це вирішення міжнародних спорів, і ця функція спрямована передусім на забезпечення нормальних добросусідських відносин між державами та на підтримку миру у світі» [3, с. 367].

Однак не всі держави підтримують ідею створення такого кримінального суду, вважаючи його знаряддям втручання в свої внутрішні справи. Тому в даний час основні проблеми в цьому плані вирішують національні правоохоронні органи, які діють відповідно до сучасним правовим цінностям.

Обов'язковою умовою для притягнення до кримінальної відповідальності за універсальним принципом має бути знаходження особи яка вчинила злочин на території України. При цьому іноземні громадяни і не проживають постійно в Україні особи без громадянства можуть як законно, так і незаконно прибути і тимчасово проживати в межах української території. Незалежно від цього на них в повному обсязі поширюється дія українських кримінальних законів і настає відповідальність за злочини, вчинені поза межами України і передбачені міжнародними договорами України.

Іноземні громадяни та особи без громадянства які вчинили злочин за кордоном і які зазнали там покарання не можуть знову залучатися до відповідальності за законодавством України. Раніше в діючому кримінальному кодексі Української РСР і інших союзних республік було закріплено, що відповідно до державним суверенітетом країни кримінальний закон іншої держави, а тим більше вирок іноземного суду не має ніякої обов'язкової сили для радянського суду.

Говорячи про це, професор Б. В. Волженкін вказував, що в сучасних умовах це положення є неприйнятним, перш за все, тому, що воно порушує відомий з давніх часів гуманістичний принцип неприпустимості подвійного покарання за один і той же злочин [5, с. 89].

Процеси інтернаціоналізації злочинності, тобто зростання в ній питомої ваги іноземних і міжнародних елементів (вчинення злочину на території двох і більше держав, спроби злочинців сховатися від правосуддя або збути викрадене за кордоном тощо), об'єктивно зумовлюють необхідність розширення застосування української кримінального закону за межами України на підставі універсального принципу.

Висновки. Результатом дослідження стають такі висновки. По-перше, універсальний принцип, спрямований на запобігання безкарності, займає в системі принципів встановлення екстратериторіальної кримінальної юрисдикції особливе місце, зумовлене субсидіарним характером універсальної юрисдикції. По-друге, встановлення універсального принципу у тих випадках, коли зобов'язання держави здійснити судове переслідування закріплене у міжнародному звичайному чи договірному праві, є з урахуванням її субсидіарної природи саме обов'язком, а не просто правом держави таку юрисдикцію встановити. По-третє, найбільш виправданим на даний час виглядає такий підхід до визначення правової природи універсального принципу, як визнання її умовного чи обмеженого характеру, оскільки вироблення та закріплення в міжнародному праві умов встановлення універсального принципу сприяє знаходженню належного балансу відповідних інтересів міжнародного співтовариства та зниження при застосуванні універсального принципу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Блум М. И. Действие советского уголовного закона в пространстве : учебное пособие. Рига : Изд-во Латв. ун-та, 1974. 262 с.
2. Бойцов А. И. Действие уголовного закона во времени и пространстве : учебное пособие. – Санкт-Петербург, СПбГУ, 1995. 257 с.
3. Братко І. В. Міжнародний суд ООН у розвитку міжнародного права. *Часопис Київського університету права*. 2016. Вип. 4. С. 365–368.
4. Верле Герхард. Принципы международного уголовного права : учебник. Одеса : ТранЛіт, 2011. 910 с.
5. Волженкин Б. В. Пояснительная записка к модельному уголовному кодексу для государств-участников Содружества независимых государств. *Известия высших учебных заведений. Сер. Правоведение*. 1996. Вип. 1 (212). С. 88–90.
6. Гринчак В. Правова природа міжнародних злочинів. *Вісник Львівського університету. Сер. Міжнародні відносини*. 2015. Вип. 37 (2). С. 17–22.
7. Загальна декларація прав людини : Декларація Організації Об'єднаних Націй від 10 грудня 1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 29.06.2022).
8. Зелинська Н. А. Міжнародні злочини і міжнародна злочинність : монографія. Одеса : Юрид. літ-ра, 2006. 568 с.
9. Каменецький М. С. Міжнародний трибунал для колишньої Югославії. Українська дипломатична енциклопедія: У 2-х т. / редкол.: Л. В. Губерський (голова) та ін. Київ : Знання України, 2004. Т. 2. 812 с.
10. Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов: в 2-х томах / ред. В. А. Томсинова. Москва : Зерцало. 2016. Т. 1. 432 с.
11. Мельников М. Г. Действие уголовного закона во времени и пространстве : дис. … канд. юр. наук: 12.00.08 / Рязанский ин-т права и экономики. Рязань, 1999. 192 с.
12. Міжнародний суд ООН. Юридична енциклопедія: у 6 т. / ред. кол. Ю. С. Шемшученко та ін. Київ : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2001. Т. 3. 792 с.

13. Проєкт Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства: від 1 січ. 1995 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_710 (дата звернення: 29.06.2022).
14. Римський статут міжнародного кримінального суду: від 17 лип. 1998 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588 (дата звернення: 29.06.2022).
15. Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду: від 26 чер. 1945 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010#Text (дата звернення: 29.06.2022).
16. Шуміло І. А. Міжнародна система захисту прав людини : навч. посіб. Харків, 2019. 164 с.
17. Brownllie I. International Law. *Oxford : Oxford University Press*, 2004. 489 p.
18. Donnelly J. Universal Human Rights in Theory and Practice. *Ithaca, New York : Cornell University Press,* 2003. 290 p.

УДК 346.7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/72

ПРАВОВИЙ КОНТРОЛЬ ДІЯЛЬНОСТІ БІЗНЕСУ В УМОВАХ ВІЙНИ

LEGAL CONTROL OF BUSINESS ACTIVITIES IN THE CONDITIONS OF WAR

Керечан Д.М., аспірант кафедри кримінального права і правосуддя
Міжнародний економіко-гуманітарний університет імені Академіка Степана Дем'янчука

У статті визначено сутність та призначення правового контролю у сфері будівництва, висвітлено основи його здійснення в умовах сучасності. Окрема увага приділена сфері містобудування та здійсненню контролю на всіх етапах будівництва. Визначено завдання державного регулювання у сфері будівництва, одним із яких є саме державний контроль, який виконується шляхом проведення певних організаційно-правових, інформаційних, кадрових, методичних, технічних та інших заходів. Встановлено, що правовий контроль в сфері будівництва в законодавстві України вказаний як вид контролю, що ототожнюється з державним архітектурно-будівельним контролем. З'ясовано, що державний архітектурно-будівельний контроль будь-якого об'єкта здійснюється на таких стадіях як підготовка до будівництва, капітальне будівництво та експлуатація об'єкта. Визначено, що вимоги до містобудівної діяльності є обов'язковими для всіх, а за їх невиконання настає юридична відповідальність. Розглянуто зміни, які внесені у Закон України «Про основи містобудування», Закон України «Про регулювання містобудівної діяльності», Закон України «Про будівельні норми» у відповідності до положень Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо першочергових заходів реформування сфери містобудівної діяльності». Визначено, що дії державних будівельних норм і стандартів під час війни регламентуються Постановою Кабінету Міністрів України «Про внесення змін до Порядку розроблення, погодження, затвердження, реєстрації, внесення змін до будівельних норм та визнання їх такими, що втратили чинність» від 3 травня 2022 року № 530. Доведено, що правовий контроль у сфері будівництва попереджає вчинення правопорушення у цій сфері та дає можливість звернути увагу на етапи підготовки та виконання будівельних робіт.

Ключові слова: правовий контроль, воєнний стан, будівництво, сфера містобудівної діяльності, комплексне відновлення території.

The article defines the essence and purpose of legal control in the field of construction, highlights the basics of its implementation in modern conditions. Special attention is paid to the field of urban planning and control at all stages of construction. The task of state regulation in the field of construction is defined, one of which is precisely state control, which is carried out by carrying out certain organizational and legal, informational, personnel, methodical, technical and other measures. It has been established that legal control in the field of construction is indicated in the legislation of Ukraine as a type of control identified with state architectural and construction control. It was found that the state architectural and construction control of any object is carried out at such stages as preparation for construction, capital construction and operation of the object. It was determined that the requirements for urban development activities are mandatory for everyone, and legal liability arises for their non-fulfillment. The changes made to the Law of Ukraine «On the Basics of Town Planning», the Law of Ukraine «On Regulation of Town Planning Activities», the Law of Ukraine «On Building Regulations» in accordance with the provisions of the Law of Ukraine «On Amendments to Certain Laws of Ukraine Regarding Priority Measures to Reform the Sphere of Town Planning Activities were considered». It was determined that the actions of state building norms and standards during the war are regulated by the Resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine «On Amendments to the Procedure for Development, Approval, Approval, Registration, Amendments to Building Norms and Recognizing Them as Expired» dated May 3, 2022 № 530. It has been proven that legal control in the field of construction prevents the commission of an offense in this field and gives an opportunity to pay attention to the stages of preparation and execution of construction works.

Key words: legal control, martial law, construction, the sphere of urban planning activity, comprehensive restoration of the territory.

Постановка проблеми. Правовий контроль є одним із ключових способів забезпечення законності та дисципліни в будівельній сфері. Водночас це найважливіша функція держави. Без організації та здійснення правового контролю у цій сфері будь-яка діяльність призведе до ускладнення ефективної роботи національних інституцій та інших національних і недержавних будівельних структур. Такий контроль є чинником, який керує поведінкою як державних службовців, так і інших суб'єктів містобудівної діяльності незалежно від форми власності. Через прогалини у законодавстві, державний контроль досить часто і не може здійснюватися на стадії підготовки та проведення будівельних робіт. А це, в свою чергу, породжує недотримання вимог цілої низки нормативно-правових актів, що повинні бути враховані на стадії проектування та виконання будівельних робіт.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемам правового контролю присвятили свої дослідження науковці різних періодів: В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, В. Г. Афанасьев, Д. М. Бахрах, Ю. П. Битяк, В. М. Гаращук, І. П. Голосніченко, А. В. Матвійчук, Шемшученко, К. В. Шоріна та інші. При цьому в основному вивчалися організаційно-правові засади державного контролю у сферах загальноуправлінських і наглядових питань, адміністративно-владного, фінансового, судового та інших видів контролю, прокурорського нагляду. Комплекс розвитку та функціональні питання державного контролю у сфері будівництва в нових економічних, політико-правових реаліях сучасності не знайшли належного висвітлення.

Мета статті полягає у визначенні сутності і призначення правового контролю у сфері будівництва, висвітлення основ його здійснення в умовах сучасності.

Виклад основного матеріалу. Після оголошення 24 лютого 2022 року на території України воєнного стану та початку активної фази бойових дій більша частина бізнесу була фактично зупинена через ряд обставин. Бойові дії на певних територіях призвели до економічного спаду ділової активності та зупинили здійснення підприємницької діяльності. Крім того значна шкода була нанесена будівлям і спорудам, внаслідок ракетних обстрілів знищена інфраструктура у багатьох містах.

Доцільно зауважити, що будівництво є сферою матеріального виробництва, яка забезпечує створення і реконструкцію об'єктів виробничого, комунально-побутового, соціально-культурного та житлового призначення [1, с. 168].

Основними завданнями державного регулювання у сфері будівництва є: 1) реалізація єдиної технологічної політики в галузі; 2) планування та розробка організаційно-правових засад проектування та будівництва, їх матеріально-технічне та фінансове забезпечення; 3) розподіл та співпраця з персоналом; 4) техніка безпеки та організація охорони праці. 5) вживання заходів щодо підвищення якості будівництва та будівельно-монтажних робіт; 6) здійснення контролю за дотриманням будівельних правил, норм, стандартів тощо.

Важливе місце в цьому процесі займає правовий контроль, оскільки саме він має безпосереднє відношення до додержання положень Конституції України і законів Укра-

їни, інших нормативно-правових актів, забезпечення прав і свобод громадян України та інтересів держави в даній сфері. Ефективний правовий контроль вказує на фактичний стан справ та на те, як реалізується законодавство в сфері будівництва, наскільки ефективними є підзаконні акти, видані органами виконавчої влади [2].

Вивчаючи правовий контроль в сфері будівництва, необхідно відзначити, що в законодавстві України вказаний вид контролю ототожнюється з державним архітектурно-будівельним контролем.

Державний архітектурно-будівельний контроль будь-якого об'єкта здійснюється на таких стадіях як підготовка до будівництва, капітальне будівництво та експлуатація об'єкта.

На етапі підготовки до будівництва вирішуються такі питання, як фінансування, розробка проекту, вибір земельної ділянки, погодження проектної документації та отримання необхідних для початку дозволів. Безпосереднє капітальне будівництво триває з моменту початку забудови земельної ділянки до прийняття державним комітетом в експлуатацію закінченого будівництвом об'єкта. Етап експлуатації об'єкта – це процес перебудови, капітального ремонту та реставрації.

Доцільно відзначити, що державний архітектурно-будівельний контроль на всіх цих етапах може здійснюватися на практиці лише за умови, що будівництво здійснюється спеціалізованими будівельними підприємствами, установами та організаціями. У разі виконання будівельних робіт фізичною особою без залучення підрядника чи суб'єкта господарювання (так званий господарський спосіб будівництва) такою діяльністю не можна керувати. Тому державний архітектурно-будівельний контроль на етапі підготовки до будівництва та безпосередньо під час будівельних робіт є відсутнім. Причиною цього є недосконалість чинного законодавства про містобудівну діяльність [3].

У відповідності до Закону України «Про основи містобудування» [4] містобудування (містобудівна діяльність) – це створення та підтримка повноцінного життєвого середовища, в якому державні установи, органи місцевого самоврядування, компанії, установи, організації, громадяни та групи громадян включають прогнозування розвитку населених пунктів та територій, планування, забудову та інші сфери використання, проектування і будівництво об'єктів містобудування, будівництво інших об'єктів, відбудову історичних поселень із збереженням традиційного характеру навколишнього середовища, відновлення об'єктів культурної спадщини, створення інженерно-транспортної інфраструктури.

Доцільно зауважити, що вимоги до містобудівної діяльності є обов'язковими для всіх, а за їх невиконання настає юридична відповідальність. Проте є певні складнощі з притягненням до юридичної відповідальності.

Так, у статті 197-1 Кримінального кодексу України [5] зазначено, що кримінальна відповідальність за будь-яке будівництво встановлювалася лише за самовільно зайняту ділянку, якщо захоплення ділянки завдало істотної шкоди власнику. Якщо зайнято невелику територію або будується будівля на власній землі, кримінальної відповідальності за самовільне будівництво немає. Статтею 376 Цивільного кодексу України [6] визначено, що той, хто має або займається самостійним будівництвом нерухомості, не вступає у власність на неї. У разі незгоди власника (користувача) земельної ділянки з визнанням права власності на нерухоме майно за особою, яка здійснила (здійснює) самовільне будівництво земельної ділянки, або якщо це порушує права інших осіб, нерухоме майно може бути демонтованим силами або за рахунок особи, яка добровільно виконала (виконує) будівельні роботи. З різних причин органи державної влади чи органи місцевого самоврядування, які здійснюють повноваження власників земельних ділянок спільної чи державної власності, вимагають демонтажу самовільно зведених споруд або надання права власності на такі об'єкти. Тому після будівництва особа може вимагати надання їй земельної ділянки та звертатися до відповідних органів. Цей кодекс також вказує на те, що до завершення будівництва (створення об'єкта) особа буде вважатися власником матеріалів, обладнання тощо, використаних у процесі цього будівництва (створення об'єкта).

Наведені положення Цивільного кодексу України не дозволяють правильно застосовувати заходи адміністративної відповідальності. Так, Кодекс України про адміністративні правопорушення [7] передбачає цілу низку правопорушень у сфері містобудування. Проте визнати добровільне приватне будівництво будівельною діяльністю дуже складно, поки не буде завершено саме будівництво і громадяни не звернуться до суду з позовом про надання приватної споруди у власність. А після завершення будівельних робіт правовий вплив на правопорушника мінімальний, особливо враховуючи витрати на будівництво та невеликі штрафи громадян за такі правопорушення порівняно з організаційною складністю погодження проектної документації.

Насправді забудовники (інвестори будівництва) можуть бути позбавлені можливості виконати певні вимоги після застосування Містобудівних умов та обмежень забудови земельної ділянки (далі – МУО), оскільки не отримали дозвіл та готовність до виконання будівельних робіт саме у зв'язку зі змінами до законодавства про містобудування.

Факт одержання МУО свідчить лише про те, що забудовник виявив бажання будувати певну земельну ділянку, і в подальшому вона буде забудована відповідно до містобудівних обмежень, встановлених МУО. Для цього потрібно розробити проект. Після цього проводять перевірку на стан (для будівельних об'єктів категорії складності СС2 і вище).

Зупиняючись на дії державних будівельних норм і стандартів під час війни, доречно зазначити, що в умовах воєнного стану Кабінетом Міністрів України було ухвалено рішення, за яким дозволяють швидко розробляти і змінювати будівельні норми. Регламентуються такі дії Постановою Кабінету Міністрів України «Про внесення змін до Порядку розроблення, погодження, затвердження, реєстрації, внесення змін до будівельних норм та визнання їх такими, що втратили чинність» від 3 травня 2022 року № 530 [8].

Доцільно зауважити, що тисячі будинків, шкіл, лікарень та будівель різного призначення серйозно постраждали внаслідок збройного нападу держави-окупанта на Україну. Прийняті рішення у сфері будівельної діяльності прискорять їх відновлення. Тут йдеться про дуже важливі об'єкти, особливо будівельні об'єкти, необхідність яких проявляється у підвищенні обороноздатності України, а також будівлі для постійного і тимчасового проживання внутрішньо переміщених осіб і промислових об'єктів, переміщених з ворожих територій. Таким чином, ухвалена Урядом постанова може спростити та запровадити розроблення, затвердження, реєстрацію, внесення змін до національних реєстрацій та визнання їх такими, що втратили чинність на період дії воєнного стану та протягом наступних 90 календарних днів.

12 травня Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо першочергових заходів реформування сфери містобудівної діяльності» [9], згідно із яким передбачено спрощення процедур у сфері містобудівної діяльності в умовах воєнного стану. Положеннями цього документу передбачено: 1) комплекс основних просторових і соціально-економічних пріоритетів щодо забезпечення відновлення населених пунктів (територій), які постраждали внаслідок бойових дій, тероризму, диверсій, надзвичай-

них ситуацій, а також є місцями соціальної концентрації; 2) нормативний порядок розміщення тимчасових споруд та їх комплексів, що призначені для тимчасового проживання та обслуговування внутрішньо переміщених осіб в Україні; 3) будівництво та реконструкція приміщень для тимчасового проживання осіб, які втратили житло внаслідок надзвичайної ситуації; 4) розподіл виробничих потужностей підприємств, евакуйованих внаслідок збройного вторгнення держави-окупанта; 5) порядок дослідження об'єктів нерухомого майна, які постраждали внаслідок війни; 6) визнання такими, що втратили чинність, або такими, що не застосовуються, під час розроблення, погодження, реєстрації, внесення змін до Закону про будівництво норм, набрання чинності та воєнного стану.

Зокрема, положеннями цього документу дозволено встановлювати та змінювати цільове призначення земельних ділянок державної та комунальної власності під час воєнного стану. Проте ця норма має деякі обмеження. Так, не поширюється на території природоохоронної та ландшафтної рекреації, землі історико-культурного призначення, водного фонду (крім місць розташування річкових портів/терміналів). Також на цих землях заборонено будувати тимчасове житло для внутрішньо переміщених осіб.

З початку роботи в умовах воєнного стану ДІАМ (Державною інспекцією архітектури та містобудування України) опрацьовано більше 10000 звернень замовників, однак за останній місяць спостерігалася тенденція зростання обсягів будівництва у різних областях, зросла кількість звернень щодо видачі дозволів на виконання будівельних робіт та сертифікатів про прийняття в експлуатацію об'єктів [10].

В період з 15 травня по 15 червня 2022 року активізувалось будівництво в Київській та Львівській областях, саме тут надійшла найбільша кількість звернень щодо прийняття в експлуатацію об'єктів. Також спостерігається позитивна динаміка у таких областях як Хмельницька, Закарпатська та Одеська. За період з 15 березня по 15 червня головними інспекторами будівельного нагляду ДІАМ опрацьовано: 3784 повідомлення про початок будівельних робіт; 5514 декларацій про готовність об'єкта до експлуатації (в тому числі за амністією); 270 дозволів на виконання будівельних робіт; 207 сертифікатів про прийняття об'єкта в експлуатацію; 847 змін до повідомлень, декларацій та дозволів [10].

Відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо першочергових заходів реформування сфери містобудівної діяльності» [9] були внесені зміни та доповнення в наступні нормативно-правові акти: Закон України «Про регулювання містобудівної діяльності»; Закон України «Про будівельні норми»; Закон України «Про правовий режим воєнного стану»; Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо планування використання земель»; Закон України «Про стандартизацію»; Закон України «Про інвестиційну діяльність»; Закон України «Про ціни і ціноутворення»; Закон України «Про надання будівельної продукції на ринку».

Зміни у Законі України «Про регулювання містобудівної діяльності» [11] в основному пов'язані з комплексним відновленням населеного пункту. Програма такого відновлення визначає основні просторові та соціально-економічні пріоритети та набір пріоритетів для забезпечення відновлення населених пунктів, які постраждали внаслідок бойових дій, тероризму та диверсій. Містобудівна документація виготовляється у формі електронних документів, формат яких встановлюється Кабінетом Міністрів України. Крім того, замовниками робіт з національної стандартизації може стати центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері будівництва за рахунок коштів державного бюджету.

Рішенням сільської адміністрації, селищної міської ради розроблено комплексну програму відновлення, яка повинна включати [9]: 1) загальну характеристику населеного пункту (території), відносно якого ця програма розробляється; 2) відомості про необхідність підготовки території та ступінь пошкодження, заподіяні воєнними діями, терористичними актами, диверсіями та надзвичайними ситуаціями; 3) загальні підходи до комплексного відновлення населених пунктів (територій) та заходи щодо їх реалізації; 4) відомості про технічну можливість, економічну доцільність усунення пошкоджень шляхом виконання реконструкційних робіт, великомасштабного або поточного ремонту; 5) визначення застосування проекту повторного використання та інформацію про можливість, економічну доцільність відновлення об'єктів шляхом нового будівництва або пропозиції щодо будівництва нових об'єктів, не пошкоджених і не зруйнованих; 6) відомості про необхідні заходи щодо технічної підготовки та охорони території; 7) пропозиції щодо зручності зміни функціональних завдань території; 8) пропозиції щодо зручності переміщення виробничих потужностей; 9) попередні фінансово-економічні розрахунки заходів щодо комплексного відновлення території; 10) пропозиції щодо фінансування коштів на комплексне відновлення території.

«Програма комплексного відновлення не підлягає стратегічній екологічній оцінці, розгляду архітектурно-містобудівною радою та громадському обговоренню» [9]. Під час дії правового режиму воєнного стану на території, на якій його введено, допускається встановлення та зміна цільового призначення земельної ділянки державної та комунальної власності. У випадку, якщо під час дії воєнного стану або протягом шести місяців з дня його завершення, на підставі висновку не розроблено проектну документацію на будівництво та не отримано право на виконання будівельних робіт, такий висновок, як особлива форма містобудівних умов та обмежень, втрачає чинність.

У Законі України «Про будівельні норми» [12] зазначено, що створення та зберігання фондів будівельних норм здійснюватиметься в межах коштів, що виділяються з Державного бюджету України на фінансування робіт із стандартизації будівництва. У період дії воєнного стану на території України та протягом наступних 90 календарних днів після його припинення чи скасування суб'єкти нормування здійснюватимуть роботу із нормування у будівництві в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Внесені певні доповнення і в Закон України «Про правовий режим воєнного стану» [13]. Зазначається, що «у випадку необхідності переміщення (евакуації) виробничих потужностей підприємств будь-якої форми власності із зони бойових дій, обласна військова адміністрація, з території якої переміщуються (евакуюються) виробничі потужності підприємства, та обласна державна адміністрація (обласна військова адміністрація (у разі її утворення), на територію якої вони переміщуються (евакуюються) приймають спільне рішення, яким визначаються: перелік осіб, яким надається право на одержання в оренду без проведення земельних торгів земельної ділянки державної, комунальної власності, необхідної для розміщення виробничих потужностей підприємств, переміщених (евакуйованих) із зон бойових дій; перелік підприємств, виробничі потужності яких підлягають переміщенню (евакуації) із зони бойових дій».

Відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо планування використання земель» [14] містобудівна документація на місцевому рівні, затверджена до набрання чинності Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо першочергових заходів реформування сфери містобудівної діяльності» [9], зберігає чинність.

Висновки. Суть правового контролю у сфері будівництва полягає у здійсненні комплексу правових, кадрових, системних, інформаційних, технічних та інших заходів у цій сфер, спрямованих на дотримання вимог чинного законодавства, планування та розробку організаційно-правових засад проектування та будівництва, їх матеріального, технічного та фінансового забезпечення, регулювання, взаємодії з персоналом, організацію техніки безпеки та охорони праці, підвищення якості будівництва та будівельно-монтажних робіт, здійснення заходів щодо, дотримання будівельних правил, норм і стандартів.

Встановлено, що в Україні має здійснюватися подальше оновлення сутності та мети правового контролю у сфері будівництва, особливо в індивідуальній будівельній діяльності громадян. Методи такого оновлення сьогодні набули різного змісту і вважаються тісно пов'язаними з функціями контролю (правоохоронна, регулятивна, профілактична, інформаційна). У залежності від завдання, яке покладається на правовий контроль у сфері будівництва в тому чи іншому напрямі, особлива функція такого контролю є надзвичайно важливою та необхідною для визначення основного змісту загальнодержавного контролю в тій чи іншій сфері будівельної діяльності. Правовий контроль попереджає вчинення правопорушення у сфері будівництва та дає можливість звернути увагу на етапи підготовки та виконання будівельних робіт.

ЛІТЕРАТУРА

1. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник. У 2-х т. Т. 2. Особлива частина / Ред. колегія: В. Б. Авер'янов (голова) та ін. К. : Юрид. думка, 2005. 624 с.
2. Матвійчук А. В. Особливості здійснення державного архітектурно-будівельного контролю за індивідуальною будівельною діяльністю громадян. *Вісник* Харківського національного університету внутрішніх справ. 2008. Вип. 41. С. 213–219.
3. Матвійчук А. В. Сутність державного контролю у галузі будівництва. Право і Безпека. 2007. Т. 6, № 2. С. 141–144.
4. Про основи містобудування : Закон України від 16.11.1992 № 2780-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2780-12#Text
5. Кримінальний кодекс України : Кодекс від 05.04.2001 № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text
6. Цивільний кодекс України : Кодекс від 16.01.2003 № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text
7. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Кодекс від 07.12.1984 № 8073-X. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text
8. Про внесення змін до Порядку розроблення, погодження, затвердження, реєстрації, внесення змін до будівельних норм та визнання їх такими, що втратили чинність : Постанова Кабінету Міністрів України від 3 травня 2022 р. № 530. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/530-2022-п#Text
9. Про внесення змін до деяких законів України щодо першочергових заходів реформування сфери містобудівної діяльності : Закон України від 12.05.2022 № 2254-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2254-20#Text
10. З початку роботи в умовах воєнного стану ДІАМ опрацьовано більше 10 000 звернень замовників. Офіційний сайт Державної інспекції архітектури та містобудування України. URL: https://diam.gov.ua/news/z-pochatku-roboti-v-umovah-voyennogo-stanu-diam-opracovano-bilshe-10000-zvernen-zamovnikiv
11. Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17.02.2011 № 3038-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3038-17#Text
12. Про будівельні норми : Закон України від 05.11.2009 № 1704-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1704-17#Text
13. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12.05.2015 № 389-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text
14. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо планування використання земель : Закон України від 17.06.2020 № 711-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/711-20#Text

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/73

ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ПРАВА НА ЩОРІЧНУ ВІДПУСТКУ В ПЕРІОД ВОЄННОГО СТАНУ В УКРАЇНІ

LEGAL REGULATION OF THE RIGHT TO ANNUAL LEAVE DURING THE MARTIAL LAW IN UKRAINE

Кузнецова М.Ю., к. ю. н., доцент,
завідувач кафедри приватного та соціального права
Сумський національний аграрний університет

Стаття присвячена дослідженню актуальних питань правового регулювання дотримання та захисту трудових прав осіб в період дії правового режиму воєнного стану в Україні. Автором статті проведено аналіз діючого законодавства та визначено ключові поняття права на відпочинок, щорічну відпустку та юридичних гарантій трудових прав, а також особливості правового регулювання трудових відносин з урахуванням норм закону України «Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану». Визначені основні підходи в юридичній літературі щодо розуміння поняття «юридичні гарантії» та «гарантії трудових прав», основні функції юридичних гарантій у трудовому праві.

Надано характеристику питанням обмежень прав на щорічну відпустку окремим категоріям працівників та визначено їх доцільність у період воєнного часу, що обумовлено збалансованістю приватних та публічних інтересів у трудових правовідносинах.

Зроблено висновки, що правова регламентація трудових відносин у період правового режиму воєнного стану на рівні норм закону України «Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану» дозволяє визначити рівень правової захищеності працюючого населення країни. Автором запропоновано розглядати положення частини 1 статті 12 закону України «Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану» як юридичну гарантію трудових прав громадян на щорічну відпустку. Закріплення на законодавчому рівні права на відпочинок в період дії режиму воєнного часу демонструє баланс публічних та приватних інтересів, що забезпечується за рахунок реалізації державної політики в сфері трудових відносин, економіки та потреб суспільства. Обмеження строку такої відпустки по деяким категоріям працівників вбачається цілком обґрунтованим з огляду на ситуацію, яка складається в країні та потребує зважених економічних та політичних рішень.

Ключові слова: трудові відносини, трудові права, юридичні гарантії, право на щорічну відпустку, правовий режим воєнного стану.

The article is devoted to the study of the legal regulation actual issues of observance and protection of labor rights of persons during the legal regime of martial law in Ukraine. The author of the article analyzes the current legislation and identifies the key concepts of the right to rest, annual leave and legal guarantees of labor rights, as well as features of legal regulation of labor relations, taking into account the norms of law of Ukraine «On labor relations in martial law». The main approaches in the legal literature on the understanding of the concept of «legal guarantees» and «guarantees of labor rights» are analyzed; the main functions of legal guarantees in labor law are identified.

The issues of restriction of the right to annual leave to certain categories of employees are described and their expediency during the wartime is determined, which is due to the balance of private and public interests in labor relations.

Author make the conclusions that the legal regulation of labor relations during the martial law regime at the level of the law of Ukraine «On the organization of labor relations in martial law» allows to determine the level of legal protection of the working population. The author proposes to consider the provisions of Part 1 of Article 12 of the Law of Ukraine «On the organization of labor relations in martial law» as a legal guarantee of labor rights of citizens to annual leave. The consolidation at the legislative level of the right to rest during the wartime regime demonstrates the balance of public and private interests, which is ensured through the implementation of state policy in the field of labor relations, economy and social needs. Limiting the duration of such leave for certain categories of workers is considered quite justified given the situation in the country and requires prudent economic and political decisions.

Key words: labor relations, labor rights, legal guarantees, the right to annual leave, the legal regime of martial law.

Постановка проблеми. В Україні з 24 лютого 2022 року запроваджено режим воєнного стану, що обумовлює низку особливостей у правовій регламентації трудових відносин. Правовий режим воєнного стану в Україні обумовлює низку проблемних питань гарантування державою прав громадян при одночасному їх частковому обмеженні. Права людини в цих умовах залишаються одним із ключових об'єктів правового регулювання, оскільки є безпосередньою цінністю суспільства та держави. Одним із пріоритетів національної політики у особливий період є не тільки підтримання економічної ситуації в країні, але і забезпечення працездатності населення.

15 березня 2022 року було прийнято закон України «Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану», який визначає особливості трудових відносини працівників усіх підприємств, установ, організацій в Україні незалежно від форми власності, виду діяльності і галузевої належності, а також осіб, які працюють за трудовим договором з фізичними особами, у період дії воєнного стану, введеного відповідно до Закону України «Про правовий режим воєнного стану» [1].

Дослідження питання дотримання та захисту трудових прав у період дії правового режиму воєнного стану є важливим не тільки з огляду на закріплення права на відпустку в нормативно – правових актах, а й дотримання норм, що гарантують це право та ефективності їх реалізації. Право на щорічну відпустку є одним із основних прав працюючого населення, а також фундаментальне право на захист гідності кожного індивіда, що потребує належного захисту на державному рівні незалежно від внутрішньої або зовнішньої безпекової ситуації в країні. Будучи одними із найчутливіших до захисту, трудові права потребують ефективних правових засобів їх гарантії та захисту.

Аналіз останніх публікацій. Дослідженнями питань правового регулювання права на щорічну відпустку займались такі вчені як Ю. Ю. Чебан, Ю. А. Джепа, О. І. Коваленко та інші. Юридичним гарантіям трудових прав, в тому числі на відпустку, присвячені праці А. В. Пономаренко, В. М. Андріїв, М. О. Пижової, В. А. Комаров, О. А. Антон. На сьогоднішній день комплексні дослідження в сфері забезпечення права на відпустку підчас дії правового режиму воєнного стану відсутні, у зв'язку з чим актуальності набуває тема нашої статті.

Метою даної статті є дослідження питань правової регламентації забезпечення та захисту прав осіб у трудових відносинах, зокрема права на щорічну відпустку, з урахуванням особливостей правового режиму воєнного стану

Виклад основного матеріалу. Відповідно до законодавства України право на відпустки мають грома-

дяни України, які перебувають у трудових відносинах з підприємствами, установами, організаціями незалежно від форм власності, виду діяльності та галузевої належності, а також працюють за трудовим договором у фізичної особи [2].

Так, під відпусткою розуміють: – самостійний вид часу для відпочинку, що передбачає широку диференціацію; – вільний від роботи час, протягом якого за працівником зберігається місце роботи та посада; – відпочинок протягом кількох днів поспіль із збереженням місця роботи та середнього заробітку; – звільнення працівника від виконання службових обов'язків із збереженням місця роботи та середнього заробітку; – безперервний вільний від роботи час, протягом якого за працівником зберігається його місце роботи (посада) та середній заробіток; – період часу, який надано для тривалого відпочинку працівника, відновлення фізичного та психічного здоров'я, здійснення соціально-культурних потреб людини (подорожі, спілкування з родиною тощо); – певні кількість вільних від роботи календарних днів, яка надається працівнику для безперервного відпочинку та відновлення працездатності із збереженням місця роботи та середнього заробітку [3, с. 223–224].

Кодексом законів про працю в Україні визначені наступні види відпусток: щорічні основна та додаткові (статті 74–76), творча відпустка (стаття 77) відпустка для підготовки та участі в змаганнях (стаття 77^{-1}), додаткова відпустка окремим категоріям громадян та постраждалим учасникам Революції Гідності (стаття 77^{-2}), відпустка при народженні дитини (стаття 77^{-3}) [4].

Враховуючи мету нашого дослідження, більш детально вважаємо за необхідне зупинитися на щорічній відпустці та забезпеченні права на неї у період воєнного стану.

Поняття «воєнний стан» визначається у статті 1 закону України «Про правовий режим воєнного стану», як особливий правовий режим, що вводиться в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню, військовим адміністраціям та органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень [5].

Відповідно до положень статті 12 Закону України «Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану», у період дії воєнного стану щорічна основна оплачувана відпустка надається працівникам тривалістю 24 календарні дні. У період дії воєнного стану роботодавець може відмовити працівнику у наданні будь-якого виду відпусток (крім відпустки у зв'язку вагітністю та пологами та відпустки для догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку), якщо такий працівник залучений до виконання робіт на об'єктах критичної інфраструктури.

Деякі категорії працівників відповідно до законодавства України мають право на подовжений строк щорічної відпустки. Так, наприклад, статтею 6 Закону України «Про відпустки» встановлено, що керівним працівникам навчальних закладів та установ освіти, навчальних (педагогічних) частин (підрозділів) інших установ і закладів, педагогічним, науково-педагогічним працівникам та науковим працівникам надається щорічна основна відпустка тривалістю до 56 календарних днів у порядку, затверджуваному Кабінетом Міністрів України; воєнізованому особовому складу гірничорятувальних частин надається щорічна основна відпустка тривалістю 30 календарних днів, невоєнізованим працівникам гірничорятувальних частин – 24 календарних дні із збільшенням за кожних два відпрацьованих роки на 2 календарних дні, але не більше 28 календарних днів та іншим категоріям працівників у відповідності до положень зазначеного закону.

З огляду на зазначене, зміна тривалості щорічної відпустки працівників, для яких передбачений її подовжений строк, розглядається як тимчасове обмеження трудових прав працівника. Правовою основою такого обмеження слід вважати положення зазначеного закону, Кодексу законів про працю України, закону України «Про відпустки» та частину 2 статті 64 Конституції України, у якій визначено, що в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень.

Не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені статтями 24, 25, 27, 28, 29, 40, 47, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 Конституції України. Так, до переліку прав та свобод людини та громадянина, що не можуть бути обмежені, положеннями статті 64 не віднесено трудові права громадян.

Водночас саме закріплення права на щорічну відпустку тривалістю 24 календарні дні, яке визначене у пункті 1 статті 12 Закону України «Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану», розглядається як юридична гарантія забезпечення права працівника на відпочинок у період воєнного часу.

Юридичні гарантії – це відображені у нормативно-правових актах, які приймаються уповноваженими на те державними органами і являють собою сукупність умов, способів та засобів, за допомогою яких визначаються умови і порядок реалізації, здійснення прав і свобод особи, а також їх охорону, захист та відновлення у разі порушення [6, с. 41].

Як зазначає В. М. Андріїв, гарантії трудових прав, свобод та законних інтересів учасників суспільно-трудових відносин мають розгалужений характер і обумовлюються змістом тієї можливої поведінки суб'єкта трудового права, яка передбачена в цих правах, свободах і законних інтересах. І хоча в трудовому законодавстві слову «гарантія» інколи надається різне значення, сутність його завжди одна – забезпечити безперешкодну реалізацію, охорону й захист трудових прав працівників та інших учасників трудових та тісно пов'язаних з ними відносин [7, с. 18].

М. О. Пижова у своєму дослідженні наводить перелік основних ознак юридичних гарантій: по-перше, слід говорити, що це державні гарантії (вони мають державну природу), адже вони створюються державою для виконання обов'язків, які покладені на неї. Крім того виконання цих гарантій підтримується і забезпечується силою державного впливу аж до примусу. По-друге, їм притаманна загальність та універсальність. По-третє, гарантії формально визначені. По-четверте, гарантії є лакмусом суспільства, тобто відображають стан та рівень розвитку основних сфер суспільного життя. Характеризують пріоритети державної політики, про соціально-економічну атмосферу в країні. По-п'яте, гарантії мають доцільний характер, це не просто демагогічні гасла, доцільність вимагає встановлення гарантій таким чином, щоб вони максимально відповідали рівню державного розвитку та нагальним потребам суспільства. Тобто вони покликані встановити баланс між суспільними запитами та державними можливостями щодо їх реального задоволення. Названі основні ознаки безумовно притаманні і юридичним трудовим гарантіям. Водночас, останні мають ще низку галузевих ознак, а саме: а) практична спрямованість та об'єктивна зумовленість правовідносин у сфері праці; б) обмеженість дії за колом осіб; в) охорона і захист трудових прав та інтересів; г) можливість запровадження на підставі актів трудового законодавства, актів соціального партнерства, локальних нормативних актів у сфері праці;

г) припинення дії може бути зумовленим діями або подіями [8, с. 22].

В. А. Комаров зазначає, що гарантії, які надаються державою учасникам трудових правовідносини через їх нормативне регулювання, можна поділити на дві групи: – що безпосередньо зазначені в Конституції, конкретних статтях і розділах Кодексу законів про працю та поточних законах України; – що випливають із нормативного регулювання конкретних сфер трудових відносин через захисні (охоронні) норми [9, с. 89].

Забезпечуючи реалізацію, охорону та захист трудових прав працівників, юридичні гарантії мають важливе соціальне – правове значення, яке полягає в такому: – вони забезпечують безперешкодний вступ у трудові правовідносини; – юридичні гарантії покликані забезпечити неухильне виконання нормативно-правових актів, що створює умови для безперешкодної реалізації працівниками своїх трудових прав, виключає або зводить нанівець випадки порушення законів та прав працівників; – направлені на задоволення першочергових соціально-економічних інтересів працівників. Реалізуючи право на працю, працівник одночасно має змогу реалізувати свій інтерес отримати роботу відповідно до його освіти, здібностей, отримувати за це матеріальну вигоду; при реалізації права на відпочинок працівник має час для відновлення своїх сил, затрачених на роботу, час для вирішення питань особистого життя; – допомагають отримати максимально можливий на цьому етапі розвитку суспільства позитивний соціально-економічний ефект від якісної реалізації прав [10, с. 153–154].

Висновки. На сьогоднішній день в умовах воєнного стану в Україні особливої уваги набувають питання правового регулювання трудових відносин та захисту трудових прав громадян. Статтею 45 Конституції України забезпечено право кожного, хто працює, на відпочинок. Це право забезпечується наданням днів щотижневого відпочинку, а також оплачуваної щорічної відпустки, встановленням скороченого робочого дня щодо окремих професій і виробництв, скороченої тривалості роботи у нічний час. Максимальна тривалість робочого часу, мінімальна тривалість відпочинку та оплачуваної щорічної відпустки, вихідні та святкові дні, а також інші умови здійснення цього права визначаються законом [11]. Правова регламентація трудових відносин у період правового режиму воєнного стану на рівні норм закону України «Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану» дозволяє визначити рівень правової захищеності працюючого населення країни.

Враховуючи зазначене вище, пропонуємо розглядати положення частини 1 статті 12 закону України «Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану» як юридичну гарантію трудових прав громадян на щорічну відпустку. Закріплення на законодавчому рівні права на відпочинок в період дії режиму воєнного часу демонструє баланс публічних та приватних інтересів, що забезпечується за рахунок реалізації державної політики в сфері трудових відносин, економіки та потреб суспільства. Обмеження строку такої відпустки по деяким категоріям працівників вбачається цілком обґрунтованим з огляду на ситуацію, яка складається в країні та потребує зважених економічних та політичних рішень.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про організацію трудових відносин в умовах воєнного стану : Закон України № 2136-IX від 15.03.2022 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-20#Text

2. Про відпустки : Закон України № 504/96-ВР від 15.11.1996 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/504/96-вр#Text

3. Чебан Ю. Ю. Відпустка: теоретичні аспекти. *Modern Economics*. 2017. № 6. С. 221–227. URL: https://modecon.mnau.edu.ua/issue/6-2017/UKR/cheban.pdf

4. Кодекс законів про працю України : Кодекс України № 322-VIII від 10.12.1971 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#n471

5. Про правовий режим воєнного стану : Закон України № 389-VIII від від 12.05.2015 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text

6. Пономаренко А. В. Поняття юридичні гарантії в трудовому праві. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди. Право*. 2013. № 20. С. 37–41.

7. Андріїв В. М. Юридичні гарантії захисту трудових прав працівників. *Форум права*. 2011. № 4. С. 15–20.

8. Пижова М. О. Юридичні трудові гарантії: термінологічний аспект. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції.* Спецвипуск, том 2. 2019. С. 18–23.

9. Комаров В. А. Про державні гарантії у трудових відносинах в Україні. *Наукові праці МАУП*. 2013. № 3. С. 89–93.

10. Антон О. А. До питання про поняття юридичних гарантій в трудовому праві. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2004. № 4. С. 151–156.

11. Конституція України : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

УДК 343.5
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/74

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОЦІНКИ НЕЗАКОННОГО ВИКОРИСТАННЯ ГУМАНІТАРНОЇ ДОПОМОГИ ЗА КК УКРАЇНИ

PROBLEMS OF CRIMINAL-LEGAL ASSESSMENT OF ILLEGAL USE OF HUMANITARIAN AID UNDER THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE

Марін О.К., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри кримінального права і кримінології
Львівський національний університет імені Івана Франка

Вводячи у кримінальне законодавство нову кримінально-правову норму, законодавець не врахував вже наявні кримінально-правові норми та системні зв'язки між ними. Помилка при цьому полягає у невірній оцінці правової природи внесених у КК змін. Фактично відбулася не криміналізація, на яку спрямовувався законопроект, а диференціація кримінальної відповідальності. Така неправильна оцінка правової природи того, що відбулося із появою у КК України ст. 201-2 тягне за собою проблеми із кримінально-правовою оцінкою відповідних посягань, адже виникає невиправдана конкуренція кримінально-правових норм. Крім того, така конкуренція має нетиповий характер, адже спеціальна кримінально-правова норма має відмінні від загальної норми криміноутворюючі ознаки. Норма, закріплена у ст. 201-2 КК України не є спеціальною відносно норми, визначеної у ст. 191 КК України, а отже між цими нормами не виникає конкуренції загальної та спеціальної норми у класичному її вигляді. В таких випадках, видається, є підстави говорити про інше співвідношення між нормами: загальної та специфічної. Суть цього співвідношення полягає у наступному: законодавець із загальної норми про відповідальність за якесь достатньо абстрактне кримінальне правопорушення, виділяє, виокремлює у самостійний склад, передбачений самостійною кримінально-правовою нормою (яка, до речі, може міститися як у самостійній статті Особливої частини КК, так і у наступній частині цієї ж статті Особливої частини КК), певну форму поведінки, встановлюючи для саме цієї форми поведінки іншу, відмінну від складу у загальній нормі, криміноутворюючу ознаку.

Нетипова ситуація у правозастосуванні, яка обумовлена помилкою законодавця, потребує не «розв'язання» шляхом надання рекомендацій, які суперечать положенням кримінально-правової доктрини, а негайного виправлення. Вважаю найадекватнішим засобом удосконалення правих засад протидії незаконному використанню гуманітарної допомоги виключення з КК ст. 201-2 у чинній редакції. Пропоную як найменш шкідливий засіб, визначити товари (предмети) гуманітарної допомоги, благодійні пожертви або безоплатну допомогу як ознаку, що кваліфікує кримінальне правопорушення, передбачене ст. 191 КК України, наприклад, у її частині другій.

Ключові слова: гуманітарна допомога, незаконне використання, специфічна норма, конкуренція кримінально-правових норм.

While introducing a new criminal law norm into the Criminal Code of Ukraine, the legislator has not taken into account the existing criminal law norms and systemic links between them. The mistake lies in improper assessment of the legal nature of the changes to the Criminal Code. In fact, not the criminalization that the draft law was aimed at but the differentiation of criminal liability has taken place. Such an incorrect assessment of the legal nature of what happened as a result of the appearance in the Criminal Code of Ukraine of Article 201-2 entails problems with the criminal law assessment of the relevant encroachments, as unjustified competition of criminal law norms has emerged. Moreover, such competition is atypical as the special criminal law norm has different criminally forming features from those of general norm. The norm enshrined in Art. 201-2 of the Criminal Code of Ukraine is not special in relation to the norm provided for in Art. 191 of the Criminal Code of Ukraine, and therefore they do not compete as general and special norms in its classical form. In such cases, it seems to be a reason to talk about a different relationship between the norms: of a general norm and a specific one. The essence of this relationship is as follows: out of the general norm about liability for a fairly abstract criminal offense, the legislator identifies, separates into an independent corpus delicti provided for by an independent criminal law norm (which, incidentally, may be enshrined either in a separate article of the Special Part of the Criminal Code or in the next part of the same article of the Special Part of the Criminal Code) a certain form of behavior, establishing for this very form of behavior another, different from the one in the general norm, criminally forming feature.

Such atypical law-enforcement situation caused by a legislative mistake does not need to be "resolved" by providing recommendations that contradict the provisions of criminal law doctrine but needs to be corrected immediately. Exclusion of Article 201-2 in the current edition from the Criminal Code seems to be the most adequate means of improving the legal basis for combating the illegal use of humanitarian aid. It seems that the least harmful means is to identify goods (items) of humanitarian aid, charitable donations or free aid as a feature that qualifies a criminal offense provided for by Article 191 of the Criminal Code of Ukraine, for example, in its second part.

Key words: humanitarian aid, illegal use, specific norm, competition of criminal law norms.

Постановка проблеми. 24 березня 2022 року було прийнято, а 03 квітня 2022 року набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за незаконне використання гуманітарної допомоги» у результаті чого у КК України з'явилася ст. 201-2 «Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної правової допомоги». З моменту появи цієї кримінально-правової заборони правоохоронна система відразу розпочала кримінальні провадження за вчинення відповідних кримінальних правопорушень, які, нажаль, є непоодинокими в державі, що є жертвою військової агресії та перебуває у воєнному стані. Такий швидкий відгук державної системи: законодавця та правоохоронних органів, на об'єктивно суспільно небезпечне явище можна тільки схвалити. Однак щодо того, чи вдалим було запропоноване законодавче рішення, можу висловити свій сумнів. Справа у тому, що вводячи у кримінальне законодавство нову кримінально-правову норму, законодавець не врахував вже наявні кримінально-правові норми та системні зв'язки між ними. Помилка, як видається, полягає у невірній оцінці правової природи внесених у КК змін. Так, з'ясовуючи мету прийняття відповідного, бачимо, що законодавець оголошує такою «встановлення кримінальної відповідальності за нецільове використання гуманітарної допомоги під час воєнного стану» [5].

При цьому оголошеної мети досягнути неможливо у зв'язку із тим, що за ті форми «нецільового використання гуманітарної допомоги», які закріплено у ст. 201-2 КК України, кримінальна відповідальність було встановлено і до прийняття аналізованого закону. Таким чином фактично відбулася не криміналізація, на яку спрямовувався законопроект, а диференціація кримінальної відповідальності. Така неправильна оцінка правової природи того, що відбулося із появою у КК України ст. 201-2 тягне за собою проблеми із кримінально-правовою оцінкою відповідних посягань, адже виникає невиправдана конкуренція кримінально-правових норм. Крім

того, така конкуренція має нетиповий характер, адже спеціальна кримінально-правова норма має відмінні від загальної норми криміноутворюючі ознаки.

Стан дослідження проблеми. Проблеми кримінально-правової оцінки незаконного використання гуманітарної допомоги в Україні ще не одержали належного наукового осмислення та практичного відображення, оскільки відповідна кримінально-правова норма з'явилася нещодавно. У мережі інтернет з'явилися декілька описових публікацій та аналітичних матеріалів, серед яких варто виокремити матеріали М. І. Хавронюка [13] та В. Фурмана [12]. Однак ці публікації мають на меті коментування змісту прийнятої статті та надання рекомендацій щодо кримінально-правової оцінки вчиненого із використанням положень прийнятої кримінально-правової норми. У аспекті власне проблем кримінально-правової оцінки незаконного використання гуманітарної допомоги, дана стаття розглянута ще не була.

Отже **метою** цієї **статті** є виявлення та опис потенційних проблем кримінально-правової оцінки незаконного використання гуманітарної допомоги та вироблення пропозицій з їх усунення.

Виклад основного матеріалу. Розпочнемо із тієї тези, яка була висунута нами на початку статті. Законодавець помилився визначаючи правову природу введення у КК України ст. 201-2. У пояснювальній записці до відповідного законопроекту двічі відзначалася мета «встановлення кримінальної відповідальності…». При цьому кримінальна відповідальність за задумом авторів пояснювальної записки встановлювалася «за використання у період воєнного стану товарів гуманітарної допомоги», що відповідало положенням ст. 12 Закону України «Про гуманітарну допомогу» – «…порушеннями законодавства про гуманітарну допомогу, що тягне за собою кримінальну або адміністративну відповідальність, є – використання гуманітарної допомоги не за цільовим призначенням; – використання гуманітарної допомоги з метою отримання прибутку; …» [10]. Текст законопроекту, зареєстрованого 13.03.2022 року, фактично й було спрямовано на встановлення кримінальної відповідальності саме за «1. Використання під час дії воєнного стану гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги у значному розмірі не за цільовим призначенням, а саме з метою отримання прибутку або власного збагачення, – …» [8]. Не аналізуючи недоліків запропонованого визначення, варто наголосити на досить обмеженому розумінні нецільового призначення гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги, однак у разі прийняття ст. 201-2 КК України саме у запропонованій редакції, виникли б інші проблеми у застосуванні цієї норми, але частина поведінки відповідних осіб справді набула б кримінальної протиправності – була криміналізовано. Однак, Верховна Рада України 24.03.2022 року прийняла зовсім інший Закону України, в якому диспозиція ч. 1 ст. 201-2 КК України (містить ознаки основного складу аналізованого правопорушення), викладена зовсім у іншій редакції: «1. Продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги або використання благодійних пожертв, безоплатної допомоги або укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном, з метою отримання прибутку, вчинені у значному розмірі, – …» [9]. У прийнятій редакції ст. 201-2 КК України, крім інших відмінностей із проектом, було змінено акцент кримінальної протиправності з «нецільового використання» на «розпорядження» відповідним майном.

Що ж відбулося у результаті такого зміщення акцентів? Зміна правової природи прийнятого закону та непередбачуваний вплив на системні зв'язки кримінально-правових норм, що тягне за собою неочікувані результати у кримінально-правовій оцінці відповідних посягань. Як би закон було прийнято у попередній редакції, об'єктивну сторону складу відповідного кримінального правопорушення прийшлося б з'ясовувати у «бланкетному» взаємозв'язку із Законом України «Про гуманітарну допомогу» у контексті тлумачення поняття «використання … не за цільовим призначенням…», що охоплює собою як форми поведінки, які вже передбачалися як кримінально-протиправні, так і нові, які до цього кримінально-протиправними не визнавалися. При цьому норма, визначена у ст. 201-2 КК України, могла б за ознаками об'єктивної сторони вважатися загальною, а різновиди протиправної поведінки із гуманітарною допомогою (привласнення, розтрата тощо) – передбачені у спеціальних нормах, закріплених, зокрема у ст. 191 КК України.

У прийнятому Законі України відбувся розрив «бланкетного» правового зв'язку із Законом «Про гуманітарну допомогу» і акцент у об'єктивній стороні складу правопорушення змістився у бік розпорядження предметом кримінального правопорушення. Законодавець передбачив у цій нормі кримінальну відповідальність за три форми поведінки: 1) продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги; 2) використання благодійних пожертв, безоплатної допомоги; 3) укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном (товарів (предметів) гуманітарної допомоги, благодійних пожертв, безоплатної допомоги) [13]. Таким чином, якщо уявити предмет аналізованого кримінального правопорушення (товари (предмети) гуманітарної допомоги, благодійні пожертви, безоплатна допомога) окремим випадком, різновидом чужого майна, яке ввірене або доручене особі, що вчинила протиправні діяння щодо такого майна, які полягали фактично у його відчуженні, ми матимемо справу ні з цим іншим, як зі спеціальною нормою, різновидом кримінально-протиправної поведінки, передбаченої у ст. 191 КК України «Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем». У прийнятій Верховною Радою України редакції ст. 201-2 КК України не встановлено відповідальності за жодну форму поведінки, яка й до того не була б кримінально-караною. Таким чином, фактично відбувся не процес криміналізації (процес виявлення суспільно небезпечних форм індивідуальної поведінки, визнання допустимості, можливості й доцільності кримінально-правової протидії їм і фіксації їх у законі як злочинних і кримінально караних) [2, с. 13], а диференціація кримінальної відповідальності (здійснювана законодавцем із метою реалізації принципу справедливості варіативна оцінка груп однорідних чи різнорідних злочинних посягань та (або) осіб, що їх вчиняють, результатом якої є закріплення у Кримінальному кодексі України типових ознак складів злочинів та (або) різних типових форм потенційного обмежувального впливу на особу, що відповідатимуть характеру й ступеню суспільної небезпеки вчиненого та (або) суспільній небезпеці особи, яка вчинить такий злочин) [1, с. 196].

Використання законодавцем такого інструменту як диференціація кримінальної відповідальності є цілком нормальним процесом і, якщо він використовується свідомо, може стати ефективним засобом кримінально-правового регулювання. Що ж відбулося із введенням ст. 201-2 КК України? Диференціація кримінальної відповідальності у даному випадку стала результатом помилки законодавця. Це випливає як з вищенаведених міркувань, так й з наступних положень.

На перший погляд співвідношення норм, закріплених у ст. 191 КК України та ст. 201-2 КК України нагадує конкуренцію загальної та спеціальної кримінально-правових норм, де норма, вміщена у ст. 191 КК – загальна, а у ст. 201-2 КК – спеціальна за ознакою специфічного різновиду чужого майна, яке було ввірене особі чи перебувало у її віданні. Це специфічне майно, яке за «задумом» законодавця чомусь перетворює кримінальне правопорушення проти власності у кримінальне правопорушення

у сфері господарської діяльності, визначено у примітці до ст. 201-2 КК, причому вкрай невдало. Але це лише на перший погляд. У ст. 201-2 КК України кримінальна відповідальність пов'язується із наведеними формами протиправної поведінки стосовно майна не будь-якої вартості, а «…у значному розмірі…». Примітка до аналізованої статті встановлює вартість такого розміру у сумі, що у триста п'ятдесят і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (на час написання цієї статті – понад 434 тис. грн). Таким чином, виникає ситуація, коли спеціальна норма не передбачає всіх ознак загальної, більше того відповідальність у спеціальній нормі пов'язана із вартістю предмета кримінального правопорушення, який не є обов'язковою ознакою основного складу правопорушення, закріпленого у загальній нормі. Така «нетиповість» була помічена дослідники відразу. Так, М. І. Хавронюк цілком слушно відзначив, що «якби статті 201-2 КК не було, то продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги або використання благодійних пожертв, або укладення інших правочинів щодо розпорядження таким майном, вчинені з метою тримання прибутку та в розмірі понад 434 175 грн, кваліфікуватися б … за частинами 4 або 5 ст. 191 як розтрата чужого майна … або заволодіння чудим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Через помилку законодавця, фактично більш тяжкий злочин – розтрата в значних розмірах – має каратися м'якше (за ст. 201-2 КК), ніж розтрата в розмірах, які відповідно до ст. 201-2 КК не є значними (за ст. 191 КК)…» [13]. Іншими словами – застосування простого тесту на визначення характеру співвідношення норм – показує співвідношення цих норм як загальної та спеціальної. З другого боку, аналіз складів кримінальних правопорушень, які вміщено у цих нормах дає підстави для висновку, що аналізовані норми не співвідносяться як загальна та спеціальна у зв'язку із тим, що склад правопорушення, що закріплено у ніби спеціальній нормі не містить всіх ознак, які містяться у складі, що міститься у нормі загальній.

Видається, що норма, закріплена у ст. 201-2 КК України не є спеціальною відносно норми, визначеної у ст. 191 КК України, а отже між цими нормами не виникає конкуренції загальної та спеціальної норми у класичному її вигляді. В таких випадках, видається, є підстави говорити про інше співвідношення між нормами: загальної та специфічної. Суть цього співвідношення полягає у наступному: законодавець із загальної норми про відповідальність за якесь достатньо абстрактне кримінальне правопорушення, виділяє, виокремлює у самостійний склад, передбачений самостійною кримінально-правовою нормою (яка, до речі, може міститися як у самостійній статті Особливої частини КК, так і у наступній частині цієї ж статті Особливої частини КК), певну форму поведінки, встановлюючи для саме цієї форми поведінки іншу, відмінну від складу у загальній нормі, криміноутворюючу ознаку. Іншими словами, кримінальну відповідальність за специфічну форму поведінки, виокремленої із загальної норми, законодавець пов'язує із іншими ознаками, які не є обов'язковими для складу, закріпленого у загальній нормі. Прикладів таких ситуацій у чинному кримінальному праві є достатньо багато. Всі вони належать до дискусійних проблем кримінального права і використання наведеного вище підходу дасть можливість знайти для їх розв'язання логічну теоретичну підставу. Так, особі можна інкримінувати ч. 2 ст. 194 КК України у разі умисного знищення нею чужого майна шляхом підпалу без заподіяння шкоди у великому розмірі, а працівникові правоохоронного органу – ч. 2 ст. 365 КК України у разі перевищення влади, поєднаного з насильством без заподіяння потерпілому істотної шкоди. Подібне співвідношення мають також загальні склади зловживання владою, службовим становищем або повноваженнями (ст.ст. 364 та 364-1 КК України) та грубе порушення законодавства про працю ст. 172 КК України яке є окремою формою зловживання, однак без вимоги заподіяння істотної шкоди у розумінні примітки до ст. 364 КК.

У тих випадках, коли для специфічних норм, які містять специфічні види або форми посягань, передбачено «занижені» вимоги (наприклад, відсутність потреби у суспільно небезпечних наслідках), ситуація теоретично описується складно, однак на практиці розв'язується в цілому однозначно – на користь специфічної норми.

У аналізованому випадку ст. 201-2 КК України передбачає відповідальність за специфічну форму розтрати або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем із «підвищеними» вимогами для наявності відповідного складу. Нагадаємо, що ст. 191 КК України нижньої межі вартості чужого майна, що є предметом відповідного посягання безпосередньо не встановлює. Системне тлумачення дає нам нижню межу для привласнення та розтрати у розмірі до 0,2 неоподатковуваних мінімуми доходів громадян (ст. 51 Кодексу України про адміністративні правопорушення). Стаття ж 201-2 КК встановлює достатньо високу нижню межу наявності відповідного складу – 350 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (вже названі понад 434 тис. грн). У зв'язку із цим виникає проблема кримінально-правової оцінки продажу товарів (предметів) гуманітарної допомоги або використання благодійних пожертв, безоплатної допомоги або укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном, з метою отримання прибутку, вчинені у розмірі, який не досягає рівня значного (меншому від 350 неоподатковуваних мінімуму доходів громадян).

М. І. Хавронюк, фактично застосовуючи відоме правило – у разі відсутності ознак спеціальної норми, застосовується норма загальна – вказує, що «продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги або використання благодійних пожертв, або укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном, вчинені у розмірі, який не досягає значного розміру або становить його (434 175 грн), не залежно від наявності мети тримання прибутку, слід кваліфікувати, залежно від суб'єкта: а) за ч. 1 ст. 191 КК – як розтрату майна, яке було ввірене особі чи перебувало у її віданні (вчинену в умовах воєнного стану – за ч. 4 ст. 191 КК), або б) за частинами 2 або 3 ст. 191 КК – як розтрату чужого майна шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (вчинену в умовах воєнного стану – за ч. 4 ст. 191 КК)» [13].

Видається, що така позиція, незважаючи її практичну, навіть більше того – раціональну спрямованість, не є достатньо обґрунтованою. Наведену оцінку можна аргументувати наступним. Виходячи із презумпції раціональності дій законодавця [4, с. 27–28], припускаємо, що всі випадки створення наведених вище і цієї специфічної кримінально-правової норми є результатом раціонального підходу, суть якого полягає у тому, що для виокремлених форм кримінально протиправної поведінки криміноутворюючими виступають ознаки, спеціально визначені для цих форм поведінки. Для посягання, передбаченого ст. 201-2 КК України, законодавець обрав вартість предмету кримінального правопорушення у розмірі понад 350 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Вчинення посягання із предметом меншої вартості не становить не тільки складу, передбаченого у ст. 201-2 КК, а й складу, передбаченого загальною нормою у ст. 191 КК України. Такий підхід, не зважаючи на його дискусійний характер, в цілому не суперечить твердженням кримінально-правової доктрини, які є загальновизнаними та класичними. Так, наприклад, ще у 80-х рр. XX століття вказувалось, що загальною є норма, що передбачає відповідальність за родову групу посягань, але такою, що не діє у частині відносно самостійних видів діяння, відповідальність за які передбачена нормою, що має спеціальне призначення [3, с. 7].

Вказані міркування мають прямий вихід на практику застосування кримінального закону. Засоби масової інформації з прикрою частотою повідомляють про випадки, які правоохоронні органи оцінюють за ст. 201-2 КК України. Так, з останнього: керівник Чернівецької обласної прокуратури повідомив про підозру депутатці однієї з міських рад Чернівецького району та її чоловікові у розкраданні гуманітарної допомоги. За даними слідства, підозрювані, будучи головою та членом благодійної організації, під час воєнного стану організували незаконну реалізацію гуманітарної допомоги. Подружжя намагалося продати за 4500 доларів США завезений в якості гуманітарної допомоги в Україну транспортний засіб марки Фольксваген LT28, призначений для передачі ЗСУ. Досудове розслідування у кримінальному провадженні за ч. 3 ст. 201-2 КК України здійснюють слідчі… [11]. Якщо звернути увагу на вартість автомобіля (близько 160 тис. грн), то поведінка фігурантів провадження мала б бути кваліфікована або за ч. 4 ст. 191 КК України (за позицією М. І. Хавронюка), або взагалі не становити складу кримінального правопорушення (за позицією, що обґрунтовується у цій статті). Зрозуміло, що другий варіант оцінки вчиненого не відповідає суспільним очікуванням та реальним потребам протидії кримінально-протиправним посяганням. Однак, які ще рекомендації можна надати, аналізуючи законодавчу помилку. Нетипова ситуація у правозастосуванні, яка обумовлена помилкою законодавця, потребує не «розв'язання» шляхом надання рекомендацій, які суперечать положенням кримінально-правової доктрини, а негайного виправлення.

27.04.2022 року у Верховній Раді зареєстровано законопроект № 7321 «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення (щодо вдосконалення окремих питань, пов'язаних із незаконним продажем гуманітарної допомоги)». Суть запропонованих змін стосується зменшення «значного розміру» до 80 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (також пропонується зменшення й інших розмірів в цій статті), а також введення у Кодекс України про адміністративні правопорушення ст. 166-28 «Незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги» такого змісту: «1. Продаж товарів (предметів) гуманітарної допомоги або використання благодійних пожертв, безоплатної допомоги або укладання інших правочинів щодо розпорядження таким майном, з метою отримання прибутку, за відсутності ознак діяння, передбаченого Кримінальним кодексом України, – …» [7]. Зміст запропонованих змін тільки підтверджує зроблені вище нами висновки про фактичну декриміналізацію розтрати гуманітарної допомоги і по суті спрямований на виправлення ситуації, яке, так само, видається не найкращим варіантом. Якщо цей законопроект буде прийнято ми одержимо ще одну нетипову ситуацію у правозастосуванні, де конкурувати будуть норми різних галузей права. Норма, визначена у ст. 191 КК щодо розтрати чужого майна зберігає свій загальний характер. Натомість спеціальною нормою за ознакою предмета правопорушення буде виступати норма адміністративно деліктного права, передбачена у ст. 166-28 КУпАП. Норма же, закріплена у ст. 201-2 КК України виступатиме спеціальною відносно адміністративно-правової норми за ознакою вартості предмета посягання. І хоча проблема конкуренції норм різних деліктних галузей права не одержала у доктрині кримінального права належного осмислення, відкидати можливість її виникнення підстав немає.

Аналізований законопроект тільки підтверджує зроблені вище висновки, оскільки вказує на прогалину у кримінально-правового регулювання розтрати гуманітарної допомоги вартістю менше 350 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, заповнюючи її адміністративно-правовою нормою. Чи можна позитивно оцінити запропоноване законодавче рішення? З точки зору «нормалізації» системних зв'язків норм права – безумовно так. Не порушується системність регулювання та заповнюється його прогалина. З позицій посилення відповідальності за незаконні дії з гуманітарною допомогою – очевидно ні. Другий аспект має політичний характер, адже часом зниження відповідальності має більш ефективний регулятивний вплив на правопорушника. Однак це за умови використання цього інструменту як елементу правової політики, свідомої та раціональної діяльності держави, але презумпція раціональності дій законодавця, на превеликий жаль, має спростовний характер.

12.05.2022 року у Верховній Раді України з цього ж питання зареєстровано альтернативний законопроект № 7321-1 «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України щодо вдосконалення окремих питань, пов'язаних із незаконним продажем гуманітарної допомоги» [6]. Суть запропонованих змін полягає у ще більшому зниженні вартості значної шкоди у складі кримінального правопорушення, передбаченого ст. 201-2 КК України (до 25 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), введені ст. 166-28 КУпАП із аналогічною назвою та мінімальним розміром вартості гуманітарної допомоги у сумі три неоподатковуваних мінімуми доходів громадян. Системно цей законопроект виглядає гірше за попередній, оскільки залишає невиправдану, на наш погляд, прогалину у відповідальності за продаж гуманітарної допомоги вартістю від 0,2 до 3 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (від 248 до 3721,5 грн).

Висновки. І реальний стан законодавчого регулювання кримінальної відповідальності за незаконне використання з метою отримання прибутку гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги, і реалізація будь-якого з двох зареєстрованих законопроектів, спрямованих на виправлення законодавчої помилки, не сприятиме правовому забезпеченню ефективної протидії відповідним посяганням кримінально-правовими засобами. Для вироблення адекватного системного підходу видається необхідним звернутися до базового закону у цій сфері – «Про гуманітарну допомогу» й до цитованої у цій роботі ст. 12 «Відповідальність за порушення законодавства про гуманітарну допомогу». Аналіз чинної редакції КУпАП не дав можливості виявити спеціальні норми, спрямовані на встановлення адміністративної відповідальності за порушення законодавства про гуманітарну допомогу. Видається, що адекватним буде встановлення адміністративної відповідальності за діяння, визначені абз. 3 та 4 ч. 2 ст. 12 Закону України «Про гуманітарну допомогу»: а) нерозміщення та/або несвоєчасне розміщення спеціально уповноваженими державними органами з питань гуманітарної допомоги рішення про визнання товарів (предметів) гуманітарною допомогою на своєму офіційному веб-сайті; та б) ненаправлення та/або несвоєчасне направлення спеціально уповноваженими державними органами з питань гуманітарної допомоги рішення про визнання товарів (предметів) гуманітарною допомогою до митних органів, податкових органів та інших державних органів.

Перші ж дві форми порушення законодавства про гуманітарну допомогу вимагають, як видається, кримінально-правового реагування. Щодо використання гуманітарної допомоги не за цільовим призначенням, то праві були автори законопроекту від МВС України, які пропонували передбачити відповідальність за «використання під час дії воєнного стану гуманітарної допомоги, благодійних пожертв або безоплатної допомоги не за цільовим призначенням» і розмістити статтю після ст. 210 КК [13]. Єдине, що тут варто уточнити, що вчинення відповідної поведінки в умовах (під час дії) воєнного стану могла би стати кваліфікуючою, а не конститутивною ознакою.

Щодо другої форми порушення законодавства про гуманітарну допомогу, визначену у абз. 2 ч. 2 ст. 12 Закону України «Про гуманітарну допомогу»: використання гуманітарної допомоги з метою тримання прибутку, то відповідна поведінка повністю охоплюється існуючою системою кримінальних правопорушень проти власності та якихось «удосконалень» не потребує. Враховуючи це, вважаю найадекватнішим засобом удосконалення правих засад протидії незаконному використанню гуманітарної допомоги виключення з КК ст. 201-2 у чинній редакції. Зрозуміло, що такий крок викличе помилкове обурення щодо декриміналізації відповідних дій. Така ситуація вже спостерігалася, коли Конституційний Суд України визнав неконституційною ст. 366-1 КК України, не враховуючи при цьому чинність загальних норм, передбачених у ст.ст. 358 та 366 КК України. Для уникнення суспільної істерії щодо «декриміналізації» незаконного використання гуманітарної допомоги, пропоную як найменш шкідливий засіб, визначити товари (предмети) гуманітарної допомоги, благодійні пожертви або безоплатну допомогу як ознаку, що кваліфікує кримінальне правопорушення, передбачене ст. 191 КК України, наприклад, у її частині другій. У такому разі незаконне використання цих предметів «з метою отримання прибутку» в умовах воєнного стану буде кваліфікуватися за ч. 4 ст. 191 КК України та тягнути за собою цілком адекватне покарання – позбавлення волі на строк від п'яти до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

ЛІТЕРАТУРА

1. Антонюк Н. О. Поняття диференціації кримінальної відповідальності. *Право України*. 2019. № 9. С. 196–214.
2. Балобанова Д. О. Теорія криміналізації. Автореферат дисертації к. ю. н. … 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Одеса : Одеська національна юридична академія, 2007. С. 13 (18 с.).
3. Беляев В. Г., Свидлов Н. М. Вопросы квалификации убийств : учебное пособие. Волгоград : ВСШ МВД СССР, 1984. С. 7 (60 с.).
4. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / За ред. М. І. Хавронюка. Київ : Москаленко О. М., 2019. С. 27–28. (464 с.).
5. Пояснювальна записка до Проекту Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексу України щодо нецільового використання гуманітарної допомоги під час дії воєнного стану». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=7146&skl=10
6. Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення та Кримінального кодексу України щодо вдосконалення окремих питань, пов'язаних із незаконним продажем гуманітарної допомоги. Проект Закону України. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1306472
7. Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення (щодо вдосконалення окремих питань, пов'язаних із незаконним продажем гуманітарної допомоги). Проект Закону України. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39508
8. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо відповідальності за використання гуманітарної допомоги під час дії воєнного стану. Проект закону. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=7146&skl=10
9. Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за незаконне використання гуманітарної допомоги. Закону України від 24.03.2022 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-20#n5
10. Про гуманітарну допомогу. Закон України від 22.10.1999 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1192-14#Text
11. Рощіна О. Депутатка з Буковини торгувала «Фольксвагеном» із гуманітарки для ЗСУ. Українська правда. 30.05.2022. URL: https://www.pravda.com.ua/news/2022/05/30/7349456/
12. Фурман В. Відповідальність за нецільове використання гуманітарної допомоги. URL: https://jurliga.ligazakon.net/analitycs/210328_vdpovdalnst-za-netslove-vikoristannya-gumantarno-dopomogi-shcho-peredbacheno-novim-zakonom
13. Хавронюк М. І. За незаконне використання гуманітарної допомоги – кримінальна відповідальність. URL: https://pravo.org.ua/blogs/za-nezakonne-vykorystannya-gumanitarnoyi-dopomogy-kryminalna-vidpovidalnist/

УДК 343.265.2
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/75

ВИЗНАЧЕННЯ ІСПИТОВОГО СТРОКУ ПРИ ЗВІЛЬНЕННІ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ З ВИПРОБУВАННЯМ ЗА СТ. 75 КК УКРАЇНИ: ВІТЧИЗНЯНИЙ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ЗАСТОСУВАННЯ

DETERMINATION OF PROBATIONARY TERM DURING RELEASING FROM SERVING PUNISHMENT WITH PROBATION ON ART. 75 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE: DOMESTIC AND FOREIGN APPLICATION EXPERIENCE

Мурадян Г.Р., аспірант кафедри кримінального права та кримінології
Одеський державний університет внутрішніх справ

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних теоретико-законодавчих проблем кримінального права щодо встановлення поняття «випробування» та визначення меж іспитового строку у ст. 75 КК України на підставі досвіду застосовування відповідного інституту українським та зарубіжним законодавцем. Визначено, що в кримінально-правових нормах інституту «Звільнення від покарання та його відбування» поняття «випробування» застосовується досить часто, проте законодавчого визначення такого поняття в кримінальному законодавстві не закріплено. У ст. 75 КК України визначається випробувальний строк (іспитовий строк), який безумовно, має враховувати індивідуальні особливості кожного засудженого, а також принцип диференціації призначення та виконання покарання, що виражається у наданні суду права на розсуд. При цьому головним є встановлення чітких часових рамок, в межах яких суд може обирати прийнятний строк випробування. Досліджено доктринальні положення, які визначають, що випробувальний строк має складатися від одного до трьох років. На підтримку такої позиції наводяться докази про те, що більший термін не викликається реальною необхідністю, а мінімальна межа цього періоду нижче 1 року зменшує ефективність умовного засудження, що безпосередньо підтверджується й положеннями ст. 75 Кримінального кодексу України. Проаналізовані окремі питання щодо встановлення законодавчих причин з якими пов'язана тривалість випробувального строку, а також співрозмірності випробувального строку і строку покарання, призначеного судом для відбування умовно на підставі теоретичних та законодавчих положень, як українського, так і зарубіжного законодавства. На підставі досвіду зарубіжних країн щодо встановлення меж випробувального строку визначено, що встановлення меж випробувального строку залежать від різних факторів, які можна поділити на групи норм в яких: випробувальний строк залежить від виду та розміру покарання; випробувальний строк не залежить від виду та розміру покарання. Запропоновані певні зміни до ст. 75 КК України щодо встановлення іспитового строку із врахуванням принципу диференціації відповідно ступеню тяжкості призначеного покарання.

Ключові слова: випробування, диференціація, звільнення від відбування покарання, іспитовий строк, покарання.

The paper is devoted to highlighting of one of the current theoretical and legislative problems of criminal law to establish the concept of «probation» and determine the boundaries of the probationary period in Art. 75 of the Criminal Code of Ukraine on the experience basis of application of the corresponding institute by the Ukrainian and foreign legislators. It is determined that in the criminal law of the institute «Release from punishment and its serving» the concept of «probationary term» is used quite often, but the legislative definition of such a concept in criminal law is not enshrined. Art. 75 of the Criminal Code of Ukraine determines the probation period, which of course must take into account the personal characteristics of each convict, as well as the principle of differentiation of sentencing and serving punishment, which is expressed in giving the court the right to discretion. The main thing is to establish a clear time frame within which the court can choose an acceptable probation period. Doctrinal provisions have been studied, which stipulate that the probationary period should be from one to three years. In support of this position, there is evidence that a longer term is not caused by real necessity, and the minimum limit of this period below 1 year reduces the probation effectiveness, which is directly confirmed by the provisions of Art. 75 of the Criminal Code of Ukraine. Some issues related to the establishment of legislative reasons related to the probation length, as well as the proportionality of probation and sentence imposed by the court for probation on the basis of theoretical and legal provisions of both Ukrainian and foreign law. Based on the experience of foreign countries in setting the limits of probation, it is determined that setting the probation limits depends on various factors, which can be divided into groups of rules in which: probation depends on type and size of punishment; probation does not depend on type and amount of punishment. It is offered certain changes to Art. 75 of the Criminal Code of Ukraine on establishment of the probationary period, taking into account the principle of differentiation according to the sentence severity.

Key words: probation, differentiation, releasing from serving sentence, probationary term, punishment.

Постановка проблеми. В кримінально-правових нормах інституту «Звільнення від покарання та його відбування» поняття «випробування» застосовується досить часто, проте законодавчого визначення такого поняття в кримінальному законодавстві не закріплено. Думки вчених стосовно змісту й правової природи поняття надто різняться між собою. Вважаємо, що звільнення від відбування покарання з випробуванням не можна ототожнювати з кримінальним покаранням. Це форма реалізації кримінальної відповідальності особи, яка передбачає засудження особи, осуд вчиненого нею діяння з боку держави й суспільства, але звільнення особи від реального відбування покарання. Проте недотримання засудженим вимог поведінки під час іспитового строку, несумлінне виконання покладених обов'язків тягне скасування звільнення від відбування покарання та спрямовування засудженого для реального відбування призначеного покарання. Призначивши за вчинене кримінальне правопорушення (або сукупності кримінальних правопорушень) один із видів покарань, передбачених ч. 1 ст. 75 КК України, суд може дійти висновку про те, що виправлення винного можливе без реального його відбування. Для цього необхідний певний часовий проміжок, що називається іспитовим строком (випробувальним строком). У цьому особливістю вироків із застосуванням ст. 75 КК України є встановлення судом як строку покарання, так й випробувального строку. Таке покарання деякі вчені називають умовним, так як воно під певною умовою не виконується протягом певного строку, тривалість якого визначається судом після призначення покарання. В такому випадку на першому плані виявляється випробувальний строк. Термін же призначеного судом покарання стане актуальним лише у разі скасування умовного засудження за порушення умовно засудженим режиму випробування у випадках, передбачених ст. 76 КК України.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Особливості поняття «випробування» досліджувалися в працях О. М. Звенигородського, І. Г. Богатирьова, А. О. Клевцова, О. В. Козаченка, Є. С. Назимко, Ю. О. Фідрі, В. П. Філонова, М. І. Хавронюка, А. М. Ященка, В. О. Меркулової та інших. Проте кожний автор наводив власне бачення сутності цього поняття. Щодо вивчення різних аспектів

застосування кримінально-правових норм про звільнення особи від відбування покарання у зв'язку із закінченням іспитового строку, встановленого відповідно до вироку суду, присвячені праці В. А. Ломако, Ю. М. Ткачевского, М. В. Романова, Є. О. Письменського, О. О. Наумова, О. О. Книженко, та ін.

Метою статті є висвітлення однієї з актуальних теоретико-законодавчих проблем кримінального права щодо встановлення поняття «випробування» та визначення меж іспитового строку у ст. 75 КК України на підставі досвіду застосовування відповідного інституту українським та зарубіжним законодавцем.

Виклад основного матеріалу. Правове значення випробувального строку справді велике, без нього навряд було б можливе ефективне застосування інституту випробування. Встановлення у вироку конкретного випробувального строку є однією з гарантій дотримання прав і свобод особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, тому що йому точно відомо, з якого і до якого моменту він може бути підданий кримінально-правовому впливу з боку держави. І, навпаки, встановлення у вироку суду випробувального строку дозволяє засудженому усвідомити, що його не пробачили, не звільнили від покарання. Держава, в особі суду, встановивши недоцільність відбування основного покарання, виявляє засудженому довіру, але піддає його випробуванню і від того, як він з ним впорається буде залежати: чи потрібно закінчення всього випробувального строку (або тільки його половини), реальне виконання (або невиконання) призначеного йому судом основного покарання, покладання додаткових обов'язків (або, навпаки, повне або часткове скасування раніше покладених обов'язків), продовження (чи ні) випробувального строку.

Таким чином, правові наслідки умовного засудження залежать від поведінка умовно засудженого саме в період випробувального строку. Крім того, саме в цей період: а) особа вважається судимою; б) умовно засуджені повинні звітувати перед уповноваженим органом з питань пробації або командуванням військових частин про свою поведінку, виконувати покладені на них судом обов'язки, відшкодовувати шкоду, заподіяну кримінальним правопорушенням, у розмірі, визначеному рішенням суду, прибути за викликом до уповноваженого органу з питань пробації; в) піддаватися контролю з боку спеціалізованих державних органів; г) у разі позитивної поведінки умовно засуджений має право на повне або часткове скасування обов'язків, покладених судом, або скасування умовного засудження та зняття судимості до закінчення терміну випробування; д) після закінчення випробувального терміну контроль за поведінкою умовно засудженого припиняється, і він знімається з обліку уповноваженого органу з питань пробації; е) через порушення режиму випробування, випробувальний строк може бути продовжений; ж) або на умовно засудженого суд може покласти додаткові обов'язки або з) умовне засудження підлягає скасуванню, а особа реальному відбуванню призначеного покарання. Не менш важливий випробувальний термін для вирішення питань, пов'язаних з призначенням покаранням (при повторному вчиненні кримінального правопорушення), при повторному застосуванні ст. 75 КК України, визначені виду виправної установи при скасуванні умовного засудження, при застосуванні амністії, при визначенні порядку погашення або зняття судимості.

Аналізуючи ознаки випробувального строку, по-перше, слід зазначити його самостійний характер. Він, проявляється в тому, що при відміні умовного осуду з причин негативних підстав (передбачених ст. 78 КК України) виконанню підлягає весь строк призначеного судом основного покарання, при цьому термін випробування, протягом якого умовно засуджений поводився бездоганно, не зараховується у термін покарання, що підлягає реальному виконанню. По-друге, випробувальний строк має обов'язковий характер. Застосувати умовне засудження і не призначити випробувального терміну суд не може, інакше такий вирок суду підлягає скасуванню. Диспозитивність обумовлюється лише тривалістю випробувального строку.

А отже, питання про те, з *чим пов'язана тривалість випробувального строку* належить до дискусійних. На визначення тривалості іспитового строку у залежності від певних обставин звертав увагу відомий криміналіст Ю. М. Ткачевський, який зазначав, що «тривалість іспитового строку визначається судом у залежності від ступеня суспільної небезпечності злочину і особи, яка його вчинила, від того, який термін, на думку суду, є необхідним, щоб засуджений довів своє виправлення» [9, с. 53]. Отже з приводу цього питання висловлюються такі позиції: «вид і термін покарання» [8, с. 66; 4, с. 90–91; 18, с. 102]; «Особистість винного та умови вчинення злочину» [3, с. 79]; «Особистість винного та призначене покарання» [7, с. 9]; «Характер і ступінь суспільної небезпеки вчиненого злочину, особистість винного, у тому числі пом'якшувальні та обтяжуючі обставини» [5; 6].

У правовій літературі немає однозначного рішення з питання про межі випробувального строку. Хоча певні тимчасові рамки були властиві йому протягом тривалого періоду, радянські кримінальні кодекси не встановлювали залежності розміру періоду випробування від покарання, що призначається. Вперше така спроба на законодавчому рівні у вітчизняній історії зроблена у КК України.

Відповідно до чинної редакції ч. 4 ст. 75 КК України тривалість випробувального строку залежить від переконаності суду в достатності певного проміжку часу для виправлення винного і від виду призначеного покарання.

Дана диференціація, коли при вчиненні кримінального правопорушення з різним ступенем суспільної небезпеки можуть бути призначені однакові випробувальні строки, викликає здивування. Тому на наш погляд, доцільніше було б обмежити розсуд правозастосовника не строком призначеного покарання, а категорією кримінального правопорушення.

Такий підхід в цілому відповідає сучасній класифікації кримінальних правопорушень, наведеної у КК України, однак конкретних пропозицій авторами наведено не було.

Як вже вказувалося, не було однакового вирішення цього питання і в радянській кримінально-правової доктрини. Одні вчені вважали, що випробувальний строк повинен залежати від терміну призначеного покарання та відповідати йому [4, с. 91; 17, с. 159], інші тривалість випробувального строку пропонували визначати виходячи з того, протягом якого періоду часу повинно тривати випробування винного [8, с. 65; 3, с. 229].

Встановлення випробувального строку, безумовно, має враховувати індивідуальні особливості кожного засудженого, що виражається у наданні суду права на розсуд. Однак слід встановити чіткі часові рамки, в межах яких суд може обирати прийнятний строк випробування. Одні вчені вважають, що він має складатися від одного до трьох років. На підтримку такої позиції наводяться докази про те, що більший термін не викликається реальною необхідністю, а мінімальна межа цього періоду нижче 1 року зменшує ефективність умовного засудження. На користь цього також вказують і труднощі утримання під контролем випробовування тривалий час, значимість лише перших 2–3 років випробування, коли умовно засуджений твердо стає на шлях виправлення або, навпаки, нехтує наданою довірою і знову вчиняє кримінальне правопорушення [3, с. 224]. Так на думку, В. А. Ломако, продовження випробувального строку в 1–3 роки більше прийнятна, завдяки активному виховному впливу суду та громадськості виправлення можливе і в короткі терміни [3, с. 224].

Отже, з приводу *співрозмірності випробувального строку і строку покарання,* призначеного судом для відбування умовно, в теорії кримінального права не існує єдиного погляду. Так, можна виокремити погляди вчених які вважають, що випробувальний строк може бути будь-яким: меншим, більшим або рівним призначеному судом покаранню [3, с. 229; 8, с. 65], інші, що він повинен бути тільки більшим або, навпаки, тільки меншим. Ситуація вважається оптимальною, коли випробувальний строк дорівнює строку призначеного покарання [4, с. 91; 17, с. 159].

Для більш повноцінного дослідження питання *співрозмірності випробувального строку і строку покарання,* призначеного судом для відбування умовно, пропонуємо звернутися до досвіду зарубіжних країн щодо встановлення меж випробувального строку. Межі випробувального строку у зарубіжних країнах залежить від різних факторів, що дозволяють виділити кілька груп норм:

1) *випробувальний строк залежить від виду та розміру покарання:*

– при засудженні до покарання у вигляді позбавлення волі на строк не більше 2 років випробувальний строк може становити від 2 до 5 років (§ 56, § 56а КК ФРН) [15];

– умовна відстрочка виконання покарання можлива щодо осіб, засуджених до позбавлення волі на строк понад 2 роки, випробувальний строк складає від 2 до 5 років; при штрафі або обмежені волі – від 1 року до 3 років (ст. 70 КК Республіки Польща) [1];

2) *випробувальний строк не залежить від виду та розміру покарання:*

– якщо суд не визнає за необхідне, щоб покарання було виконано, то у вироку вказується, що питання про визначення покарання відкладається, випробувальний строк становить до 3 років, в особливих випадках – до 5 років (§ 56 КК Данії) [12];

– відстрочка виконання вироку може бути обмежена частиною терміну покарання; випробувальний строк триває 2 роки, в особливих випадках – до 5 років (§ 53 УЗ Норвегії) [10];

– відстрочка будь-якого покарання можлива на період від двох до чотирьох років, система контролю – не більше 2 років, з можливістю продовження до 3 років (ст. 61 КК Республики Сан-Маріно) [14].

Залежно від наявності співвідношення випробувального строку із строком покарання або жорсткої прив'язки цих строків можна також виділити дві групи законодавчих вирішень у закордонному праві:

1) випробувальний строк не виходить за рамки строку покарання:

– від 18 місяців до 3 років призначається при встановленні покарання у вигляді тюремного ув'язнення терміном трохи більше 5 років (ст. 132-42 КК Франції) [2];

– до 3 років призначається особі, до тюремного ув'язнення на термін більше 3 років (ст. 26–27 КК Аргентини) [11];

– від 1 року до 2 років, якщо призначається покарання у вигляді позбавлення волі на строк не понад 3 роки (ст. 66 КК Польщі) [1];

2) випробувальний строк виходить за рамки строку покарання:

– від 2 до 5 років, якщо призначається при осудженні до покарання в вигляді позбавлення волі строком трохи більше 1 року (§ 56а КК ФРН) [15];

– від 1 року до 5 років, якщо застосовується до засудженим до позбавлення волі на строк не більше 3 років (ст. 25 КК Японії) [16];

– від 3 до 5 років, якщо призначається покарання у вигляді позбавлення волі на строк не понад 3 роки (ст. 66 КК Республіки Болгарія) [13].

Висновки. Отже, універсального варіанту у зарубіжному законодавстві не вироблено, однак варто зазначити, що в більшості випадків межі випробування встановлюється від 1 року до 5 років, також скрізь передбачено розсуд правозастосовника (суду) у виборі періоду випробування.

На відміну від досвіду зарубіжних країн, щодо встановлення випробувального строку у Кримінальному кодексі України встановлюється межі іспитового (випробувального) строку від 1 до 3 років, тобто межі випробувального строку в українському законодавстві значно менші, а отже, не залежать від строку призначеного судом покарання, що на наш погляд, впливає на подальшу співрозмірність застосування випробувального строку. Слід зазначити, що однією з підстав застосування ст. 75 КК України є призначені судом зазначені у ч. 1 ст. 75 КК України покарання, а саме виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років, а отже найсуворішим видом покарання є позбавлення волі на п'ять років. Однак, максимальні межі випробувального строку відповідно закону не перевищують трьох років. Отже, виникає питання, чи правильним з боку законодавця, окрім того, що стаття й так надає можливості реального невідбування покарання, при застосуванні випробувального строку не враховувати ступінь тяжкості вчиненого діяння (5 років) при застосуванні випробувального строку. На наш погляд, такий підхід не враховує принципу диференціації, а тому потребує перегляду відповідних підстав з урахуванням ступеню тяжкості призначеного покарання і застосування випробувального строку. Тобто межі випробувального строку повинні бути чітко встановлені у законі відповідно до призначеного покарання.

Тому, пропонуємо наступну редакцію ч. 4 ст. 75 КК України «Випробувальний строк встановлюється судом у випадку призначення покарання у виді: виправних робіт – від 1 до 2 років; службових обмежень для військовослужбовців – від 1 до 2 років, обмеження волі – від 1 до 5 років, позбавлення волі на строк не більше п'яти років – від 1 до 5 років».

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс Республіки Польща / під ред. В. Л. Менчинського. Переклад на українську мову В. С. Станіч К. : ОВК, 2016. 138 с.

2. Кримінальний кодекс Французької Республіки під ред. В. Л. Менчинського. Переклад на українську мову В. С. Станіч К. : ОВК, 2017. 348 с.

3. Ломако В. А. Условное осуждение по советскому уголовному праву и эффективность его применения : *Дис. канд. юрид. наук: спец.: 12.00.08.* В. А. Ломако. Х., 1969. 350 с.

4. Мондрусов Р. М. Испытательный срок при условном осуждении. *Советсткое государство и право*. 1954. № 6. С. 90–94.

5. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 11-те вид., переробл. та допов. Київ : ВД «Дакор», 2019. 1384 с.

6. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України [Текст]: станом на 5 берез. 2018 р. / [Азаров Д. С. та ін.]; за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка, В. В. Чернєя; Нац. акад. внутр. справ. – 2-ге вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2018. 1101 с.

7. Саввин Н. Ф., Ефимов М. А. Условное осуждение и условно-досрочное освобождение от наказания. М. : Госюридиздат, 1963. 32 с.

8. Ткачевский Ю. М. Освобождение от отбывания наказания. М. : Юрид. лит., 1970. 240 с.

9. Ткачевский Ю. М. Условное осуждение // Социалистическая законность. М. : Известия, 1963, № 11. С. 51–54.

10. Уголовное законодательство Норвегии. Перевод с норвежского / Пер.: Жмени А. В.; Науч. ред. и вступ. ст.: Голик Ю. В. С.-Пб. : Юрид. центр Пресс, 2003. 375 с.

11. Уголовный кодекс Аргентины. СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. 240 с.
12. Уголовный кодекс Дании / Науч. ред.: Беляев С. С. (Пер.); Пер.: Рычев А. М. : Изд-во Моск. ун-та, 2001. 171 с.
13. Уголовный кодекс Республики Болгария. Перевод с болгарского / Науч. ред.: Лукашов А. И. (Пер.), Милушев Д. В. (Пер.); Вступ. ст.: Айдаров Й. И. С.-Пб. : Юрид. центр Пресс, 2001. 298 с.
14. Уголовный кодекс Республики Сан-Марино. Науч. ред., вступ. статья д. ю. н., проф. С. В. Максимова, пер. с итал. В. Г. Максимова. Юридический центр пресс. 2002. 251 с.
15. Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии / Науч. ред. Д. А. Шестаков; перев. с немец. Н. С. Рачковой. С.-Пб. : Юридический центр Пресс, 2003. 524 с.
16. Уголовный кодекс Японии. С изменениями и дополнениями на 1 января 2002 г.: Перевод с японского / Науч. ред.: Коробеев А. И.; Пер.: Еремин В. Н. С.-Пб. : Юрид. центр Пресс, 2002. 226 с.
17. Шаргородский М. Д. Наказание по советскому уголовному праву. М. : Госюриздат, 1958. 240 с.
18. Якобашвили М. А. Об условном осуждении по советскому уголовному законодательству // *Советское государство и право*. 1958. № 12. С. 99–102.
19. Alin-Andrei Tudorică. Modern aspects of crime prevention. Сучасні аспекти профілактики злочинності). Philosophy, economics and law review. Volume 1. 2021. С. 134–139.

УДК 343.37
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/76

КОНТРАБАНДА: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

SMUGGLING: CRIMINAL-LEGAL ASPECT

Налуцишин В.В., д. ю. н., професор,
професор кафедри кримінального права та процесу
Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних проблем сьогодення – кримінального-правовому аспекту контрабанди. Автором проводиться порівняльно-правовий аналіз норм, що передбачають відповідальність за контрабанду у кримінальному законодавстві України та зарубіжних держав. Виявляються як загальні ознаки, так і відмінності у криміналізації законодавцями зазначених країн цього злочинного діяння. Звернуто увагу, що в країнах Західної Європи контрабанда розглядається як фінансове порушення та різновид схем щодо ухилення від сплати податків. За критерієм наявності (або відсутності) у кримінальному законодавстві країни положень, що регламентують кримінальну відповідальність за незаконне переміщення товарів через кордон, здійснено відповідний поділ держав на: 1) держави, у законодавстві яких відсутня кримінальна відповідальність за контрабанду товарів (Австрія, Бельгія, Норвегія); 2) держави, у правових системах яких кримінальну відповідальність за здійснення контрабанди встановлено не у кримінальному кодексі, а в інших нормативних актах (Ірак, Індія, Великобританія, ФРН, США); 3) держави, у кримінальних законах яких передбачено кримінальну відповідальність за здійснення контрабанди (Іран, Нідерланди, Швейцарія, Франція, Туреччина, Китай та ін.).

Відзначається широке різноманіття законодавчої оцінки ступеня суспільної небезпеки контрабанди, видів та строків покарань за її вчинення.

Констатовано, що предметами кримінально-караної контрабанди найчастіше за все виступають вилучені з вільного обігу предмети (зброя, вибухові пристрої, наркотичні засобів, радіоактивні матеріали та ін.). Встановлено, що як правило, в кримінальних законах зарубіжних держав у числі кримінальних діянь у рамках однієї статті названо не лише незаконне переміщення товарів через кордон, але також перелічені й інші дії (бездіяльність).

Розглядаються особливості кримінальних покарань за вчинення вказаного особливо небезпечного кримінального правопорушення. Резюмується, що основними видами покарань за злочин, що розглядається, є штраф і позбавлення волі на визначений термін. У окремих державах перелічені покарання доповнюються смертною карою (Індія, Китай) та конфіскацією майна (Китай). Кваліфікуючі ознаки контрабанди відображені і передбачають диференціацію покарань.

Ключові слова: контрабанда, злочинне діяння, кримінальне законодавство, вилучені з вільного обігу предмети, позбавлення волі, смертна кара, кваліфікуючі ознаки.

The article is devoted to highlighting one of the current problems – the criminal-legal aspect of smuggling. The author conducts a comparative legal analysis of the norms providing for responsibility for smuggling in the criminal legislation of Ukraine and foreign countries. Both common features and differences in the criminalization of this criminal act by the legislators of the specified countries are revealed. It should be noted that in the countries of Western Europe, smuggling is considered a financial violation and a type of tax evasion scheme. According to the criterion of the presence (or absence) in the criminal legislation of the country of provisions regulating criminal liability for the illegal movement of goods across the border, the appropriate division of states was carried out into: 1) states in whose legislation there is no criminal liability for smuggling of goods (Austria, Belgium, Norway); 2) states in whose legal systems criminal responsibility for smuggling is established not in the criminal code, but in other normative acts (Iraq, India, Great Britain, Germany, USA); 3) states whose criminal laws provide for criminal liability for smuggling (Iran, the Netherlands, Switzerland, France, Turkey, China, etc.).

There is a wide variety of legislative assessment of the degree of social danger of smuggling, types and terms of punishment for its commission. It has been established that the objects of criminally punishable contraband are most often objects seized from free circulation (weapons, explosive devices, narcotics, radioactive materials, etc.). It has been established that, as a rule, in the criminal laws of foreign states, not only the illegal movement of goods across the border, but also other actions (inaction) are listed as criminal acts within the framework of one article.

The specifics of criminal penalties for committing the specified particularly dangerous criminal offense are considered. It is summarized that the main types of punishment for the crime under consideration are a fine and imprisonment for a certain period. In some countries, the listed punishments are supplemented by the death penalty (India, China) and confiscation of property (China). Qualifying signs of smuggling are reflected and provide for differentiation of punishments.

Key words: smuggling, criminal act, criminal law, objects withdrawn from free circulation, imprisonment, death penalty, qualifying features.

Контрабанда як соціальне явище має багатовікову історію, і, по суті, є нічим іншим, як діяльністю окремих осіб або груп, які займаються незаконним ввезенням чи вивезенням певних товарів та цінностей для отримання матеріальної вигоди чи досягнення інших цілей.

Контрабанда в даний час набула розмірів масового негативного явища, що становить реальну загрозу економічним інтересам суспільства та держави.

Варто відзначити, що найчастіше вона здійснюється організованими стійкими, тісно згуртованими злочинними групами та спільнотами. Найбільш небезпечні форми сучасної контрабанди пов'язані з наркобізнесом, незаконною торгівлею зброєю, вивезенням за межі країни стратегічно важливої сировини та матеріалів, предметів культурного та історичного надбання народів. Відзначається дедалі тісніше зрощування вітчизняних злочинних угруповань зі злочинними спільнотами іноземних держав, а також залучення до злочинної діяльності окремих співробітників митних органів, органів державної влади та місцевого самоврядування.

Контрабанда, як істотна складова економічної злочинності, тісно пов'язана з розкраданнями, ухиленням від сплати митних платежів, вчиненням посадових кримінальних правопорушень. За експертними оцінками, внаслідок діяльності контрабандистів Україна щороку втрачає до 300 мільярдів гривень [1].

В переважній більшості зарубіжних держав контрабанда визнана одним із найнебезпечніших видів злочинної діяльності, оскільки завдає найбільшої економічної шкоди інтересам будь-якої країни. Термін «контрабанда» запозичений з італійської мови («contra» – проти, «bando» – урядовий указ) і увійшло до багатьох сучасних мов. Він означає порушення закону держави чи урядового розпорядження, і навіть товар чи якийсь заборонений законом до ввезення чи вивезення предмет, таємно провезений чи пронесений через кордон держави [2]. У Великому тлумачному словнику сучасної української мови контрабанду

визначено, як незаконне, таємне перевезення або перенесення через державний кордон товарів, коштовностей, заборонених або обкладених митом [3, с. 450].

В системі правового забезпечення діяльності з протидії злочинним посяганням на економічну безпеку, пов'язаним із порушенням митних відносин і, насамперед, з контрабандою, ухиленням від сплати митних платежів, особливе місце посідають норми кримінального законодавства.

Діючий Кримінальний кодекс України (далі КК України) встановлює відповідальність за контрабанду, ґрунтуючись не на механізмі уніфікації відповідальності, а точково реагуючи на загрози, що виникають внаслідок незаконного митного обігу предметів, що визначають особливі умови їхнього переміщення через кордон. В зв'язку з цим норми, що містять у собі ознаки контрабанди, розосереджені за різними розділами кримінального закону.

Зокрема, варто виокремити загально-кримінальну контрабанду (ст. 201 КК України) та спеціальну контрабанду (ст. 305 КК України). За ст. 201 КК України (ч. 1), контрабанда – це переміщення через митний кордон України поза митним контролем або з приховуванням від митного контролю культурних цінностей, отруйних, сильнодіючих, вибухових речовин, радіоактивних матеріалів, зброї або боєприпасів (крім гладкоствольної мисливської зброї або бойових припасів до неї), частин вогнепальної нарізної зброї, а також спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації. Зазначені дії караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років. В ст. 305 КК України (ч. 1) передбачено відповідальність за контрабанду наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів або фальсифікованих лікарських засобів у вигляді позбавлення волі на строк від п'яти до восьми років [4].

В сучасному світі контрабанда, як традиційне для кримінального законодавства діяння, за останні роки модернізувалася, набула нових форм та значного поширення.

Різні підходи до регламентації відповідальності за вчинення контрабанди можуть породжувати певні труднощі. У зв'язку з цим є важливим розглянути відмінності, зумовлені змістом правових норм, що передбачають кримінальну відповідальність за здійснення контрабанди.

У країнах Західної Європи контрабанда розглядається як фінансове порушення та різновид схем щодо ухилення від сплати податків.

Нещодавно Європейський Союз посилив відповідальність за контрабанду. Зокрема, 5 липня 2017 року Європейським парламентом і Радою Європейського Союзу схвалено Директиву № 2017/1371. Відповідно до положень вказаної Директиви посилено відповідальність за контрабанду, та наголошено про необхідність встановлення мінімального кримінального покарання за злочини, вчинені фізичними особами, що шкодять фінансовим інтересам ЄС. Так, у випадку значної шкоди чи значної отриманої вигоди – 4 роки ув'язнення, або інше покарання не пов'язане із кримінальним покаранням, якщо шкода/вигода становили менше 10 000 євро [5].

Незважаючи на тривале існування Європейського Союзу, в межах якого діє спільний ринок, що передбачає вільне переміщення товарів, надання послуг, виконання робіт, законодавство про відповідальність за контрабанду не можна назвати уніфікованим.

Вивчення досвіду регулювання відповідальності за контрабанду, у кримінальному законодавстві зарубіжних держав, дозволило нам виділити, класифікацію країн, що ґрунтується на наявності (або відсутності) у кримінальному законодавстві країни положень, що регламентують кримінальну відповідальність за незаконне переміщення товарів через кордон. За вказаним критерієм зарубіжні держави можна розділити на такі групи:

1) держави, у законодавстві яких відсутня кримінальна відповідальність за контрабанду товарів (Австрія, Бельгія, Норвегія);

2) держави, у правових системах яких кримінальну відповідальність за здійснення контрабанди встановлено не у кримінальному кодексі, а в інших нормативних актах (Ірак, Індія, Великобританія, ФРН, США);

3) держави, у кримінальних законах яких передбачено кримінальну відповідальність за здійснення контрабанди (Іран, Нідерланди, Швейцарія, Франція, Туреччина, Китай та ін.).

Щодо другої групи держав. На відміну від вітчизняного законодавства, норми про кримінальну відповідальність в *Республіці Ірак* можуть бути включені до інших нормативних актів. Кримінальний кодекс Республіки Ірак (далі – КК РІ) не містить норм, пов'язаних із контрабандою. Натомість чинний іракський закон «Про митницю» 1984 року містить ряд положень, що стосуються контрабанди.

Відповідно до ст. 191 іракського закону «Про митницю»: «Контрабандою вважається ввезення на територію Республіки Ірак або вивезення з території Республіки незаконними шляхами будь-яких товарів без повної або часткової сплати належних мит або всупереч заборонам і обмеженням, передбаченим цим законом, а також іншим чинним законодавством» [6]. За іракським законодавством заборонені товари прирівнюються до товарів, на обіг яких накладено обмеження. За ступенем тяжкості скоєного діяння (митного проступку чи митного злочину) передбачена диференціація покарання. У ст. 192 закону «Про митницю» визначено форми кваліфікованої контрабанди: переміщення може здійснюватися як через сухопутний кордон із використанням автотранспорту чи в'ючних тварин, морського чи повітряного транспорту, і навіть поштою, з допомогою підроблених документів тощо.

Відмінною особливістю індійського кримінального законодавства є застосування кримінальної відповідальності та покарань за відповідні злочини не тільки на підставі положень *Індійського* Кримінального Кодексу, а й відповідно до спеціальних законів. Так, кримінальну відповідальність за контрабанду наркотичних засобів, а також психотропних речовин встановлено Актом про речовини та косметику 1940 р. та Актом про наркотичні засоби та психотропні речовини 1985 р. [7, с. 168–173]. За вчинення контрабанди наркотиків в Індії передбачено покарання у вигляді смертної кари.

В рамках нашого дослідження цікавим є також кримінальне законодавство *США*. Варто зазначити, що у США положення, які передбачають відповідальність за контрабанду, не кодифіковані.

Зокрема, кримінальна відповідальність за незаконне вивезення зброї, а також матеріалів та технологій, які можуть використовуватися у військових цілях, регламентується Законом про контроль над експортом зброї. Відповідальність за дії, пов'язані з контрабандою товарів та сучасних технологій передбачається законом «Про управління експортом» 1979 р. [8, с. 4]. Відповідальність за контрабанду наркотичних засобів, психотропних речовин, їх прекурсорів або аналогів (імпорт/експорт) передбачається розділами 18 та 21 Зводу законів США, куди включені закони «Про речовини, які під контролем» (1970), «Про лікування наркоманії» (1974), «Про психотропні речовини» (1978), «Про зміни в покараннях за порушення закону «Про речовини, які під контролем» (1984), «Про запобігання хімічним диверсіям» (1993), «Про запобігання перевезенню наркотиків» (1994) та ін. [9]. Так, відповідно до § 333 р. 21 Зводу законів США передбачено відповідальність за умисне порушення правил ввезення-вивезення наркотичних та психотропних речовин, що поширюються як на зовнішню торгівлю, так і на торгівлю між штатами. Покарання за таке діяння встановлюється у вигляді позбавлення волі на строк до 10 років та штрафу у розмірі до 250 тис. дол. У § 924 р. 18 Зводу законів США передбачається відповідальність за злочини, пов'язані з незаконним трафіком наркотиків з використанням вогне-

пальної зброї. У цьому випадку на додаток до покарання за основний злочин призначається покарання у вигляді позбавлення волі на строк не менше ніж 5 років – у разі наявності вогнепальної зброї, не менше 7 років – у разі відкритої демонстрації вогнепальної зброї, не менше 10 років – у разі застосування вогнепальної зброї.

У *Великобританії* окремі норми, що встановлюють відповідальність за контрабанду наркотиків, містяться в низці законів – «Про митницю та акцизи» (1979), «Про поліцію та докази у кримінальних справах» (1984), «Про кримінальну юстицію (міжнародне співробітництво)» (1990), «Про кримінальну юстицію» (1993), «Про незаконну торгівлю наркотиками» (1994) та ін. Зокрема, відповідно до ст.ст. 50 і 68 закону «Про митницю та акцизи», особи, винні у незаконному імпорті та експорті наркотиків класу А, за обвинувальним актом караються довічним тюремним ув'язненням та штрафом у необмеженому розмірі; класу Б – тюремним ув'язненням на строк до 14 років та/або штрафом у необмеженому розмірі.

У кримінальному законодавстві *Федеративної Республіки Німеччини* спеціального складу злочину, що передбачає відповідальність за контрабанду, немає. Питання відповідальність за контрабанду регулюється Положенням про податки (Abgabeordnung) від 16 березня 1976 р., де передбачено два склади контрабанди – проста контрабанда (§ 372) і кваліфікований склад контрабанди (§ 373) [10, с. 780].

Відповідно до § 372 Положення про податки проста контрабанда полягає в тому, що винний усупереч існуючій забороні ввозить, вивозить або провозить ті чи інші предмети без пред'явлення їх митниці. Покарання за вказані дії – позбавлення волі на строк до 5 років або штраф. Кваліфікована контрабанда, згідно § 373 Положення про податки, це контрабанда, що полягає у здійсненні промислу, або із застосуванням насильства, або у складі банди із застосуванням вогнепальної зброї. За вказане передбачене покарання у вигляді позбавлення волі на строк від 3 місяців до 5 років.

Не менший науковий інтерес щодо відповідальності за контрабанду представляє і кримінальне законодавство держав третьої групи.

Кримінальний кодекс *Ісламської Республіки Іран* (далі КК ІРІ) передбачає притягнення до кримінальної відповідальності за контрабанду (ввезення на територію країни): 1) підроблених національних та іноземних монет золотого та срібного карбування (ст. 518 КК ІРІ) – покарання у вигляді тюремного ув'язнення терміном від 1 року до 10 років; 2) підроблених національних та іноземних монет, викарбуваних не з дорогоцінних металів (ст. 520 КК ІРІ) – покарання у вигляді тюремного ув'язнення на строк від 1 до 3 років; 3) підроблених указів, печаток вищих органів влади, рішень судів (ст. 525, 526 КК ІРІ) [11].

В Кримінальному кодексі Королівства *Нідерландів* (далі КК Нідерландів) передбачено відповідальність за переміщення через кордон контрафактних товарів чи засобів їх індивідуалізації (економічна контрабанда). Предметами вказаного злочину можуть виступати підроблені гроші (ст. 209 КК Нідерландів), недостовірні, фальсифіковані або незаконно вироблені клейма, печатки та знаки або предмети, на які вони незаконно поставлені (ст. 220 КК Нідерландів). Крім цього, в ч. 1 ст. 337 КК Нідерландів регламентується настання кримінальної відповідальності за контрабанду фальсифікованих або незаконно вироблених торгових марок, товарів або тари з фірмовими найменуваннями, що незаконно використовуються, або товарним знаком та ін. [12].

Цікавими видаються положення Кримінального кодексу *Швейца́рської Конфедера́ції* (далі – КК Швейцарії), відповідно до яких встановлена кримінальну відповідальність за незаконне ввезення та вивезення товарів, пов'язане із зазіханнями на «елементарні цінності», на майнові права, інформаційну безпеку, громадське здоров'я. Наприклад, ввезення фотографій, зображень, інших предметів, які не підлягають захисту через свою незначну культурну або наукову цінність, що зображують «жорстокість щодо людей або тварин» і тяжко порушують елементарні цінності (ст. 135 КК Швейцарії) – карається тюремним ув'язненням або штрафом. Відповідно до ст. 236 КК Швейцарії злочинним є ввезення корму, шкідливого здоров'ю тварин. За вказаний вид злочину передбачено відповідальність у вигляді тюремного ув'язнення або штрафу, а за необережне вчинення цих діянь покаранням є штраф.

У ст.ст. 243, 244 КК Швейцарії передбачено відповідальність за ввезення фальсифікованих банкнот, металевих монет або службових знаків оплати, а також фальшивих паперових грошей. Також кримінальна відповідальність передбачена за ввезення програм, покликаних змінювати, ліквідувати або робити незастосовними дані (ч. 2 ст. 144 bis КК Швейцарії), а також ввезення та вивезення техніки, її складових частин або програм для обробки даних, призначених для незаконного розшифрування радіопрограм або служб телекомунікації (ст. 150 КК Швейцарії). Дії, передбачені ч. 2 ст. 144 bis, караються однаково з контрабандою фальшивих грошей (ст. 244 КК Швейцарії) – каторжною в'язницею терміном до 5 років [13].

У Кримінальному кодексі *Францу́зької Респу́бліки* (далі – КК Франції) законодавець, за нейтрального ставлення до контрабанди економічного характеру, одночасно встановлює підвищену кримінальну відповідальність за контрабанду вилучених із вільного обігу предметів (зброї, вибухових пристроїв, наркотичних засобів, радіоактивних матеріалів та ін.). Наприклад, КК Франції передбачає підвищену кримінальну відповідальність за ввезення чи вивезення наркотичних засобів. За скоєння цього злочину встановлено покарання (ч. 1 ст. 222-36) у вигляді 10 років ув'язнення та штрафу у розмірі 7 500 000 євро. Якщо переміщення наркотичних засобів здійснюється організованою групою, то термін ув'язнення збільшується до 30 років зі штрафом у розмірі 7 500 000 євро (ч. 2 ст. 222-36). Фізичні чи юридичні особи, винні у правопорушенні, передбаченому цією статтею, також підлягають додатковому покаранню у вигляді заборони діяльності з організації безперервного професійного навчання терміном на 5 років. За керівництво групою, яка здійснює ввезення та вивезення наркотичних засобів, визначено довічне ув'язнення та штраф 7 500 000 євро (ч. 2 ст. 222-34) [14].

У кримінальному законодавстві *Туреччини* злочинними визнаються кілька видів контрабанди. Так, передбачено притягнення до кримінальної відповідальності за контрабанду підроблених чи фальшивих грошей, національних золотих прикрас (ст. 316 КК Туреччини); за ввезення підроблених та фальшивих знаків оплати (цінних паперів, талонів, марок) (ст. 322 КК Туреччини). У ст. 426 передбачено відповідальність за контрабанду предметів непристойного змісту. Проте найсуворіше покарання передбачено у разі скоєння контрабанди наркотиків. Відповідно до ч. 1 ст. 403 за ввезення в країну наркотичних речовин без наявності дозволу або всупереч умовам дозволу передбачено тяжке ув'язнення на строк від 10 до 20 років та тяжкий грошовий штраф у розмірі 500 тис. лір за грам з дробом наркотичних речовин. За вивезення їх із країни (ч. 2) – тяжке ув'язнення терміном від 6 до 12 років і тяжкий грошовий штраф у вигляді 50 тис. лір кожний грам із дробом наркотичних речовин. Відповідно до ч. 3 ст. 403 КК Туреччини вивіз із країни наркотичних речовин після їх переробки або ввезення карається тяжким ув'язненням на строк від 10 до 20 років та тяжким грошовим штрафом у розмірі 500 тис. лір за кожний грам із дробом наркотичних речовин [15].

Кримінальне законодавство *Китайської Народної Республіки* є зразком досить репресивного підходу до кримінальної відповідальності за контрабанду. Свідченням цього є значна кількість кримінально-правових норм про відповідальність за контрабанду і суворість кримінального покарання. Кримінальний кодекс Китайської Народної Республіки (далі КК КНР) передбачає настання кримінальної відповідальності за вчинення різних видів контрабанди, зокрема:

– контрабанда зброї, боєприпасів, ядерних матеріалів чи фальшивої валюти (ч. 1 ст. 151 КК КНР), покарання – позбавлення волі на строк понад 7 років та одночасно з накладенням штрафу або конфіскацією майна;

– контрабанда заборонених державою до вивезення з країни культурних цінностей, золота, срібла та інших дорогоцінних металів, а також заборонених державою до ввезення в країну цінних тварин та виробленої з них продукції (ч. 2 ст. 151 КК КНР), покарання – позбавлення волі на строк понад 5 років та штраф.

Злочини, передбачені ч. 1 та 2 ст. 151 КК КНР, за особливо обтяжуючих обставин караються довічним позбавленням волі або стратою, а також конфіскацією майна. Відповідно до ч. 3 ст. 151 КК КНР кримінальну відповідальність також передбачено за вчинення контрабанди заборонених державою до вивезення з країни унікальних рослин та продукції з них. Максимальне покарання – позбавлення волі на строк до 5 років та (або) штраф; за обтяжуючих обставин – позбавлення волі на строк понад 5 років та штраф.

Крім вищеперелічених злочинів, кримінальну відповідальність також передбачено за вчинення контрабанди порнографічної продукції з метою отримання прибутку чи поширення (ст. 152 КК КНР); контрабанди товарів та предметів з ухиленням від сплати податків (ст. 153 КК КНР). КК КНР передбачає покарання за незаконне придбання безпосередньо у контрабандиста товарів, заборонених державою до ввезення в країну (ст. 155), збройне прикриття контрабанди (ст. 157).

Варто відмітити, що в ст. 347 КК КНР передбачено відповідальність за контрабанду наркотиків незалежно від їх кількості. За наявності кваліфікуючих обставин контрабанди, встановлено покарання у вигляді позбавлення волі терміном 15 років, довічного позбавлення волі чи смертної кари, додаткове покарання – конфіскація майна. Кваліфікуючими обставинами визнано: контрабанда опіуму понад одну тисячу грамів, п'ятдесяти грамів і більше героїну чи метиламфетаміну, інших наркотиків у великій кількості; керівництво групою, яка займається контрабандою наркотиків; збройне прикриття контрабанди наркотиків; опір із застосуванням насильства під час проведення огляду, затримання та арешту, за обтяжливих обставин; участь в організованій міжнародній торгівлі наркотиками [16].

Передбачено відповідальність організацій, які беруть участь у контрабанді наркотиків. Зокрема ч. 5 ст. 347 КК КНР встановлює покарання юридичних осіб у вигляді штрафних санкцій. Керівники організацій та інші особи, які несуть безпосередню відповідальність, – караються відповідно до санкцій ст. 347 КК КНР. За використання, підбурювання до контрабанди неповнолітніх встановлено максимально суворі покарання з передбачених ст. 347 КК КНР – позбавлення волі терміном 15 років, довічне позбавлення волі чи смертна кара з конфіскацією майна [16].

Підсумовуючи викладене можна зробити ряд висновків.

В доктринах кримінального права зарубіжних держав не склалося єдиного підходу до розуміння складу кримінального правопорушення у вигляді контрабанди. Кримінальне законодавство зарубіжних держав, в першу чергу європейських, криміналізує значно ширший спектр контрабандних діянь, ніж це передбачено у вітчизняному законодавстві.

В кримінальному законодавстві зарубіжних держав встановлена відповідальність за контрабанду окремих предметів, незаконне переміщення через кордон яких представляє особливу суспільну небезпеку для держави. Як правило, в іноземних кримінальних законах, у числі кримінальних діянь у рамках однієї статті названо не лише незаконне переміщення товарів через кордон, але також перелічені інші діяння (виготовлення, зберігання, транспортування, придбання та ін.).

Максимальна межа покарання зазвичай не перевищує 10 років позбавлення волі. Основними видами покарання є позбавлення волі та штрафи. У окремих державах перелічені покарання доповнюються смертною карою та конфіскацією майна (Індія, Китай). Кваліфікуючі ознаки контрабанди відображені і передбачають диференціацію покарань. Особливу увагу приділено можливості кримінальної відповідальності юридичних осіб за вчинення контрабанди (Франція, Китай).

Вказаний позитивний досвід зарубіжних держав кримінально-правової протидії контрабанді варто врахувати вітчизняному законодавцю.

ЛІТЕРАТУРА

1. На Банковій оцінили втрати України від контрабанди. *Дзеркало тижня* : веб-сайт. URL: https://zn.ua/ukr/UKRAINE/na-bankovij-otsinili-vtrati-ukrajini-vid kontrabandi.html (дата звернення: 29.06.2022).
2. Володько Н. В. Ответственность за контрабанду в советском уголовном праве. К. : КВШ МВД СССР, 1978. 95 с.
3. Великий тлумачний словник сучасної української мови / за ред. В. Т. Бусел. Київ : ВТФ «Перун», 2004. 1440 с.
4. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квіт. 2001 р. № 2314-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text (дата звернення: 29.06.2022).
5. Про боротьбу з шахрайством, спрямованим проти фінансових інтересів Союзу, кримінально-правовими засобами: Директива (ЄС) 2017/1371 Європейського парламенту та ради ЄС від 05 липня 2017 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-17#Text (дата звернення: 29.06.2022).
6. Толстухина Т. В., Шервани Э. Н. К. Контрабанда наркотических средств в Республике Ирак как объект уголовно-правового и криминалистического исследования. *Известия ТулГУ. Экономические и юридические науки*. 2014. № 2-2. С. 24–34.
7. Щербаков А. Д. Противодействие обороту наркотиков в Индии. *Вестник Университета имени О. Е. Кутафина*. 2015. № 7. С. 168–173.
8. Берзинь О. А. Таможенная служба США и особенности ее правоохранительной деятельности. *Публично-правовые исследования*. 2013. № 3. С. 1–12.
9. Козочкин И. Д. Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. 478 с.
10. Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації : монографія. Київ : Юрисконсульт, 2006. 1048 с.
11. Закон об исламских уголовных наказаниях Исламской Республики Иран. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2008. 352 с.
12. Кримінальний кодекс Королівства Нідерланди. URL: http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/12 (дата звернення: 29.06.2022).
13. Кримінальний кодекс Швейцарії. URL: https://business-swiss.ch/zakonodatel-stvo-shvejtsarii/ugolovnoe-pravo/ugolovny-j-kodeks-shvejtsarii/ (дата звернення: 29.06.2022).

14. Станіч В. С. Кримінальний кодекс Французької Республіки / за ред. В. Л. Менчинського. К., 2017. 348 с.
15. Кримінальний кодекс Туреччини. URL: https://www.turkishadvocate.ru/ugolovnikodeksturtsii/ (дата звернення: 29.06.2022).
16. Кримінальний кодекс Китайської Народної Республіки. URL: https://www.mfa.gov.cn/ce/cerus/rus/zfhz/zgflyd/t1330730.htm (дата звернення: 29.06.2022).

УДК 343.57:343.985
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/77

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗАПОБІГАННЯ НАРКООБІГУ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД

DRUG TRAFFICKING PREVENTION PRESSING ISSUES: EUROPEAN EXPERIENCE

Орловська Н.А., д. ю. н., професор,
професор кафедри кримінального та адміністративного права
Одеський національний морський університет

Степанова Ю.П., к. ю. н., ст. дослідниця,
заступник начальника науково-дослідного відділу
Національна академія
Державної прикордонної служби України імені Богдана Хмельницького

У статті представлено результати розвідок щодо європейського досвіду запобігання незаконному обігу наркотиків на рівні антинаркотичної стратегії та кримінального законодавства. Актуальність теми пов'язана зі зростаючими масштабами наркоспоживання та наслідками пандемії COVID-19, яка призвела до змін в організованій злочинності (збільшення питомої ваги мережевих структур), посилення ролі контрабанди в насиченнні наркоринку, збільшення рівня резістентності злочинної діяльності до правоохоронного впливу. Виявлено, що за участі громадськості відбувається зміна антинаркотичної політики, поряд з кримінально-правовими заходами були запроваджені чисельні соціально-медичні програми, які працюють системно з накопичувальним ефектом. Загальною тенденцією в країнах ЄС стало формування ставлення до наркоспоживачів як до осіб з особливими потребами, що призвело до зниження тиску стигматизації. Підкреслюється, що важливе місце в сучасній антинаркотичної політиці посідає питання про декриміналізацію дій в сфері наркообігу, які не переслідують мети збуту (у першу чергу, зберігання наркотиків споживачами). Аргументується, що цей аспект визначається низкою факторів, серед яких особливості наркоринку, у першу чергу, співвідношення «легких» та «тяжких» наркотиків в структурі споживання. Встановлено, що в європейських країнах немає єдиного підходу до декриміналізації зберігання наркотиків без мети збуту. Виділяються три моделі антинаркотичної політики: ліберальна, суворого контролю та орієнтована на захист. Особлива увага приділяється досвіду Португалії, яка з 2001 р. декриміналізувала зберігання наркотиків для власного споживання незалежно від їх виду. Поряд із цим в державі була запроваджена система соціально-медичних заходів попередження наркотизації населення як основна складова стратегії зменшення шкоди. Наголошується на доцільності співпраці та діалогу для формування уніфікованої європейської політики в сфері запобігання наркообігу, у тому числі декриміналізації як специфічного кримінально-правового заходу. В цьому аспекті перспективною є діяльність групи Помпіду як загальноєвропейської платформи для реалізації антинаркотичної стратегії.
Ключові слова: наркообіг, наркозлочинність, кримінальне законодавство, декриміналізація, європейський досвід.

This article presents the results of research on the European experience in combating drug trafficking at the level of anti-drug strategy and some european states' domestic criminal legislation. The relevance of the topic is due to the growing scale of drug trafficking and the consequences of the COVID-19 pandemic, which led to changes in organized crime (increasing net cost of organized crime), increasing role of smuggling in drug trafficking, increasing resistance of crime to law enforcement. With the civil participation there is taking place an anti-drug policy changing, along with criminal law measures, the numerous social and medical programs have been introduced. They have a cumulative effect. A general trend has been the formation of attitudes towards drug users as people with special needs. This has reduced the stigmatic pressure. It is emphasized that an important place in modern anti-drug policy is the decriminalization of actions in the drug using without the goal of sale (primarily, drug storage by consumers). There is argued that this aspect is determined by a number of factors, including the drug market specific features, primarily the «light» and «heavy» drugs ratio in the consumption structure. It is established that in European countries there is no unique approach to the decriminalization of drug storage without the purpose of sale. There are three models of anti-drug policy: liberal, strict control and protection-oriented. Particular attention is paid to the experience of Portugal. Since 2001 this country introduced decriminalization of drug possession for personal use, regardless of their type. Simultaneously, a system of social and medical measures to prevent drug addiction was introduced as the main component of the harm reduction strategy. Emphasis is placed on the expediency of cooperation and dialogue for the formation of a unified European policy in the drug prevention sphere, including decriminalization as a specific criminal law measure. In this aspect, the activities of the Pompidou Group as a pan-European platform for the implementation of the anti-drug strategy are promising.
Key words: drug trafficking, drug crime, criminal legislation, decriminalization, European experience.

Постановка проблеми. Запобігання наркообігу – одна з тих проблем, які постійно знаходяться в фокусі уваги не лише фахового середовища, а й суспільства в цілому. В першу чергу, це пов'язано з катастрофічними масштабами залучення населення світу у немедичне споживання наркотичних засобів та психотропних речовин. Як зазначається у звіті Управління ООН по наркотиках та злочинності за 2021 р., за останнє десятиріччя чисельність осіб, які вживають наркотики, зросла на 22 %. І хоча таке зростання почасти пояснюється збільшенням населення світу на 10 %, кількість наркоспоживачів зростає і в реальному, і у відносному вимірах [1].

Країни ЄС об'єктивно залучені у світовий наркообіг, при цьому на кримінальній мапі они представляють, переважно, сегмент споживання. Цим обумовлені й особливості організації наркоринку в частині логістики та збуту споживачам кінцевого продукту. З огляду на високу спеціалізацію злочинної діяльності в сфері наркобізнесу, організовані угруповання показали високу адаптивність до специфіки пандемії COVID-19. Так, Європол зазначив зниження на 30 % кількості зареєстрованих наркозлочинів протягом першого етапу запровадження карантинних обмежень. Однак досить швидко рівень наркозлочинності майже повернувся до допандемійних показників [2]. Міжнародні експерти зазначили, що мережеві злочинні структури виявили найбільшу стійкість до правоохоронного впливу, а «пейзаж світової незаконної торгівлі наркотиками став більш складним». Цьому сприяють переведення операцій з наркозбуту в кіберпростір, використання новітніх технологій у сфері розрахунків та відмивання доходів, отриманих злочинним шляхом [3; 4]. Зазначене обумовлює необхідність: розширення спектру заходів реагування на проблеми, пов'язані з наркотиками; усунення негативних наслідків їх споживання; врахування потреб вразливих категорій населення, зокрема, тих, хто контактує з системою кримінальної юстиції тощо. На регіональному та національному рівнях це передбачає такі етапи, як: визначення характеру проблем, пов'язаних з наркотиками; вибір потенційно ефективного втручання; реалізація, моніторинг та оцінка ефективності цього втручання [1; 5].

У таких умовах в європейському просторі набувають особливого значення загальноприйнятні програми, які

дозволяють уніфікувати нормативне регулювання запобігання наркообігу. Однією з них є платформа Ради Європи з наркополітики (група Помпіду), фокусом діяльності якої є права людини в зазначеній сфері. Принципово важливою в данному аспекті є кримінально-правова політика, зокрема, в частині криміналізації/декриміналізації певних дій, пов'язаних з наркообігом. Беручи до уваги триваючий процес реформування кримінального законодавства України, вбачається актуальним звернення до європейського досвіду розвитку кримінально-правового регулювання запобігання наркообігу, що може стати орієнтиром для національного нормотворця та правозастосувача.

Аналіз останніх досліджень і публікацій дає підстави зауважити, що проблематика узагальнення європейського досвіду кримінально-правового запобігання діянням в сфері наркообігу як складової прикладного аспекту попереджувальної діяльності привертає увагу вітчизняних дослідників, серед яких, наприклад, О. М. Бандурка, А. М. Волощук, В. В. Голіна, О. М. Джужа, О. М. Литвак, А. А. Музика, О. В. Одерій, В. М. Смитієнко та ін. Однак мінливі умови, особливо з огляду на результати впливу пандемії COVID-19, сучасні тенденції кримінальної ситуації обумовлюють дискусію щодо доцільності криміналізації/декриміналізації певних дій, від чого залежатиме специфіка всієї системи запобігання наркозлочинності.

З огляду на це **метою даної статті** є аналіз узагальненого європейського досвіду щодо криміналізації/декриміналізації діянь, пов'язаних зі споживанням наркотиків, та розуміння перспектив розвитку кримінального законодавства України в сфері запобігання наркообігу.

Виклад основного матеріалу. Ефективність кримінального права в запобіганні наркозлочинності як виду делінквентності, який безпосередньо пов'язаний із хворобливою залежністю особи, не є очевидною. Встановлення та реалізація кримінальної відповідальності за діяння в сфері незаконного обігу наркотиків протягом тривалого часу показало складність аргументації постійного посилення примусу, особливо в світлі активної антинаркотичної позиції громад. Так, починаючи з 2005 р., Європейський форум громадянського суспільства, Горизонтальна група по наркотиках привертають увагу правоохоронних органів до гуманітарних ініціатив щодо соціальної підтримки наркозалежних осіб [6]. Загалом, з такою активністю почасти пов'язується зміна ставлення до наркоспоживачів вже не як до правопорушників, а як до осіб з особливими потребами.

Це безпосередньо впливає на обсяг кримінально-правової заборони, адже функція кримінального права полягає у захисті суспільних цінностей шляхом засудження певних видів поведінки. Це твердження сформулював Федеральний конституційний суд Німеччини в рішенні 2009 р.: у кримінальному праві встановлюється кодекс поведінки, порушення якого, згідно з загальним уявленням про право, є настільки тяжким та недопустимим для соціального співіснування, що вимагає покарання [7]. Зрозуміло, що відповідно до міжнародних зобов'язань (наприклад, Конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів и психотропних речовин 1988 р.) кожна держава – учасниця повинна вжити необхідних заходів для визнання певних дій з наркотиками злочинами/кримінальними правопорушеннями. Однак якщо змінюється суспільне ставлення до наркоспоживачів, змінюється соціальна оцінка певної поведінки, то це привід для уточнення кримінально-правової політики в частині можливої декриміналізації, принаймні, дій, вчинення яких не переслідує мету збуту наркотиків.

Загалом в світі нараховується майже 30 країн, які підтримують декриміналізацію найбільш розповсюджених діянь, пов'язаних зі споживанням наркотиків, однак держави – члени ЄС не мають єдиного бачення з цього питання. Більшість держав ЄС криміналізували зберігання та розповсюдження (збут) наркотиків, однак їх споживання розглядається як проблема системи охорони здоров'я, і судами широко застосовуються програми лікування від наркозалежності щодо засуджених осіб [8].

Відсутність уніфікованого підходу до криміналізації/декриміналізації діянь в сфері незаконного обігу наркотиків обумовлює формування національних моделей кримінально-правового запобігання наркозлочинності. Вони залежать від низки факторів, серед яких найчастіше називають рівень економічного розвитку, історичні традиції, особливості правових систем, релігійні погляди, що домінують у конкретній країні [9].

На наш погляд, у цьому переліку важливе місце посідають й особливості наркоринку. Наприклад, в Болгарії [10] основна питома вага наркоспоживання припадає на канабіс, є тенденція до зменшення обсягів споживання героїну тощо. Тому, якщо серед споживачів переважають так звані «легкі» наркотики, є сенс говорити про переважання медико-соціальних заходів над кримінально-правовим примусом і ставити питання про декриміналізацію певних діянь.

Однак у разі домінування організованих угруповань, які формують та забезпечують серед споживачів попит на «тяжкі» наркотики, рішення про декриміналізацію не є очевидним. Невідповідність обсягів кримінально-правового регулювання та суворості заходів примусу потребам суспільства у захисті від злочинності, як вже було зазначено, суперечить сутності та функціям кримінального права.

До пандемії COVID-19 в кранах ЄС склалися кілька моделей протидії наркозлочинності. Їх специфіка може дати уявлення про перспективи розвитку кримінального законодавства окремої країни щодо запобігання наркообігу. Зокрема, фахівці [8; 9; 10; 11] пропонують виділяти: ліберальну модель (наприкад, Нідерланди, Іспанія, почасти Болгарія); модель суворого контролю (наприклад, Німеччина); модель, орієнтована на захист (наприклад, Португалія).

Класифікація моделей вельми умовна, адже в рамках кожної, у різному ступені, застосовується стратегія зниження шкоди. Зокрема, в Німеччині ще у 1994 р. Федеральний конституційний суд визначив, що криміналізація дій з наркотиками без мети збуту є конституційною, однак мають бути оновлені стандарти звинувачень у зберіганні для власного споживання. В результаті прокуратура може, з дозволу суду, відмовлятися від підтримання обвинувачення в кримінальних провадженнях у разі невеликої кількості речовин, що зберігаються [8]. Іншими словами, в Німеччині дозволено суттєво пом'якшувати кримінально-правовий примус залежно від особливостей конкретного провадження (у першу чергу, кількісних ознак предмету кримінального правопорушення).

Однак найбільш цікавою є позиція Португалії, яка у 2001 р. декриміналізувала зберігання наркотиків (незалежно від їх виду) для особистого споживання у кількостях, нижчих за певний обсяг, передбачивши адміністративні стягнення. Привертає увагу, що до зазначених змін у кримінальному законодавстві в Португалії в рік від наркозалежності помирала рекордна для ЄС кількість осіб. Були побоювання, що це призведе до зростання рівня зловживання наркотиками, однак вони не виправдалися: рівень споживання наркотиків в Португалії залишався нижчим за середній по ЄС [11]. Однак виробництво/виготовлення та збут наркотиків не було декриміналізовано, крім того, значні кошти були вкладені у систему попередження наркотизації населення [8].

Порівняно з Португалією модель, прийнята в Нідерландах, вже не є найбільш ліберальною, хоча залишається найвідомішою серед пересічених громадян. При цьому є показовим, що в кримінальному законодавстві Нідерландів міститься заборона на зберігання «важких» нарко-

тиків, однак це не вирішило проблему наркоконтрабанди та наркотуризму.

Але фахівці ставлять закономірне питання щодо прямої кореляції між декриміналізацією діянь, пов'язаних з особистим споживанням наркотиків, та позитивними результатами національної наркополітики Португалії. Тут можна погодитися з тим, що оцінці мала б підлягати ефективність більш широкого «пакету», який включає дестигматизацію наркозалежних, надання професійної допомоги тощо [11]. Але саме декриміналізація як невід'ємна частина таких заходів привертає увагу суспільства, бо в ній, як вже було зазначено, втілюється квінтесенція відношення держави та соціуму до наркозлочинності.

Однак з огляду на вплив пандемії COVID-19 фахове середовище має дати відповідь на те, чи буде ефективною така політика в подальшому. Так, Управління ООН по наркотиках та злочинності у звіті за 2021 р. зазначило, що пандемія спровокувала або прискорила деякі тенденції, що намітилися раніше. Зокрема, це збільшення середніх партій наркотиків, що поставляються, більш ефективне використання сухопутних та водних шляхів сполучення, приватного авіатранспорту для транспортування, превалювання безконтактних методів доставки наркотиків споживачам [1].

Для представників влади ЄС тенденція збільшення загроз контрабандного ввезення є очевидною. Це підтверджується аналітикою, представленою Агентством ЄС з безпеки зовнішніх кордонів (Frontex). Зокрема, було зазначено, що на першому етапі пандемія COVID-19 сприяла короткочасному скороченню контрабандної діяльності, однак це, як і раніше, є серйозною загрозою на зовнішніх кордонах ЄС. У цілому в 2020 р. було констатовано незначне зниження кількості зареєстрованих фактів порівняно з попереднім роком (на 7 %). Однак спостерігалося збільшення ваги вилучених наркотиків (на 11 %). Максимальна кількість вилучених наркотиків була зареєстрована на морських кордонах або прилеглому суходолі. Це підтвердило експертний висновок, що злочинні мережі, як і раніше, використовуватимуть морські шляхи для широкомасштабної контрабанди наркотиків [12].

Зазначені висновки знайшли відображення й в антинаркотичній Стратегії ЄС на 2021–2025 рр. наголошується, що під час пандемії COVID-19 можливості морських перевезень через Атлантику та Середземне море активно використовуються організованими злочинними угрупованнями для гуртового транспортування наркотиків до ЄС. Підтвердженням цього є загальне рішення ЄС щодо контролю зовнішніх кордонів на морі, повітрі та суходолі, у першу чергу, посилення моніторингу пунктів перетину кордону, які не є частиною встановлених каналів наркоторгівлі [13].

Слід зазначити, що посилення протидії контрабанді наркотиків в ЄС стало позитивним прикладом для України. Зокрема, як зазначає Державна прикордонна служба України, у 2021 р. на кордоні з країнами ЄС виявлено 20,57 кг (3 %) наркотиків, що у 3,3 раза менше, ніж у 2020 р. З них при спробі переміщення: в Україну – 2,0 кг (зменшення в 21 раз; 2020 р. – 42,15 кг); з України – 18,57 кг (зменшення на 26 %; 2020 р. – 25,16 кг). Основний обсяг наркотиків виявлено на кордоні з Румунією (15,11 кг) та Польщею (5,35 кг). Головним чином на кордоні з країнами ЄС виявлялась конопля (10,17 кг), марихуана (7,6 кг) та наркотичні лікарські засоби (2,47 кг). При цьому наркотичні засоби рослинного походження (марихуана, конопля, макова соломка тощо) виявлялися в переважній більшості випадків в напряму «на виїзд з України» на кордоні з Польщею, а наркотичні лікарські засоби (трамадол та інші) – на кордоні з Польщею та Угорщиною. Всі вони переміщалися невеликими обсягами [14].

Окремою проблемою стало збільшення немедичного споживання седативних препаратів, що стало наслідком підвищення тривожності серед населення внаслідок коронакризи. На думку фахівців, це має прискорити розвиток наркоринку в нових умовах, що, у свою чергу, потягне зменшення питомої ваги вуличного ділерства на користь безконтактних засобів розповсюдження наркотиків [1].

У цей же час європейські фахівці вважають, що зазначені тенденції не є повністю неочікуваними, вони відображають гнучкість організованої наркозлочинності та її здатність пристосуватися. Ця ознака є притаманною для будь-якого кризового періоду [3; 15]. Однак, на їх думку, складно однозначно оцінити наслідки пандемії для організованих злочинних угруповань. Посткризова динаміка попиту та пропозиції може суттєво вплинути на канали постачання і призвести до зростання насильства у злочинному середовищі щодо перерозподілу каналів збуту та доходів від нього [16]. Фактично, так і відбулося, адже, за даними Європолу, загалом зниження рівня кримінального насильства не вплинуло на сферу незаконного обігу наркотиків. Тому тяжкі насильницькі злочини, пов'язані з наркотиками, мають місце в більшості країн ЄС [2].

Таким чином, можна зазначити, що тенденції на наркоринку свідчать про потенційне зростання наркоспоживання та зміни в структурі речовин, які приваблюють споживачів. Однак фахівці, вочевидь, у тому числі, через фінансову кризу, не прогнозують суттєвого зростання питомої ваги «важких» наркотиків. З огляду на це, успіхи застосування стратегії зменшення шкоди, скоріше за все, будуть у фокусі європейської антинаркотичної політики. При цьому, як наголошується в літературі [11], декриміналізація певних дій споживачів наркотиків не означає легалізації наркообігу. І в даному контексті є важливим, щоб така декриміналізація кореспондувалася із застосуванням комплексу медико-соціальних заходів щодо споживачів. Крім того, в жодному разі не йдеться про декриміналізацію дій, що передбачають збут, а також і самого збуту наркотичних засобів та психотропних речовин.

З огляду на викладене, можна зазначати, що традиційні засоби кримінально-правової політики в сфері наркообігу – криміналізація та пеналізація дій наркоспоживачів – в європейській практиці поступово доповнюються, а в деяких країнах замінюються медико-соціальними заходами [8]. При цьому досвід Португалії став цікавим для інших європейських країн: наприклад, в 2020 р. в Норвегії та Люксембурзі було розроблено проекти законів щодо декриміналізації дій наркоспоживачів (у першу чергу, щодо зберігання наркотичних засобів та психотропних речовин). В Люксембурзі також обговорюється декриміналізація вирощування канабісу в обмеженій кількості рослин для власного споживання. Крім того, йдеться й про можливість суттєвого зменшення штрафів для споживачів, які накладаються в адміністративному порядку [11].

Таким чином, в цілому можна дійти **висновку**, що європейська політика у сфері запобігання наркообігу в частині, що стосується дій, які не переслідують мету збуту або самого збуту, стає більш гнучкою та різноманітною. Окремим її аспектом вже зараз можна вважати декриміналізацію, принаймні, зберігання наркотиків, які вчиняються споживачами. Однак в цьому контексті, на нашу думку, є важливим формування загальноєвропейського підходу. Вже згадувана група Помпіду виступатиме платформою співпраці та діалогу для обговорення як медико-соціальних, так і кримінальних проблем, пов'язаних із наркообігом, у тому числі й щодо декриміналізації окремих діянь. Для України є вкрай актуальним ознайомлення з негативним та позитивним європейським досвідом запобіжної діяльності в сфері наркообігу. Тому **перспективами подальших досліджень** можна вважати розвідки щодо ефективності декриміналізації та її системного зв'язку з іншими складовими антинаркотичної політики.

ЛІТЕРАТУРА

1. Отчет Управления ООН по наркотикам и преступности за 2021 год. URL: https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/V2104297_russian.pdf (дата звернення: 19.06.2022 р.).
2. EMCDDA and Europol, EU Drug Markets – Impact of COVID-19. The Hague, 2020. 31 p.
3. Beyond the Pandemic: How Covid-19 Will Shape the Serious and Organised Crime Landscape in the EU / Europol, 30 April 2020. 15 p. URL: https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/report_beyond_the_pandemic.pdf (дата звернення: 19.06.2022 р.).
4. The World Drug Report 2020: Perspectives on Markets, Technology, and Policy / International Drug Policy Consortium. February, 2021. 20 p.
5. Polydrug use: health and social responses / European Monitoring Center for Drugs and Drug Addition, 2021. URL: https://www.emcdda.europa.eu/printpdf/publications/mini-guides/polydrug-use-health-and-social-responses_en (дата звернення: 20.06.2022 р.).
6. Civil Society Involvement in Drug Policy / Droogbak 1d / 1013 GE Amsterdam, 2017. URL: https://csidp.eu/wp-content/uploads/2017/12/brochure.pdf (дата звернення: 20.06.2022 р.).
7. Harding Ch., Oberg J. The journey of EU criminal law on the ship of fools – what are the implications for supranational governance of EU criminal justice agencies? *The Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, 28 (2): 192–211.
8. Anderson S. European Drug Policy: The Cases of Portugal, Germany, and The Netherlands. The Eastern Illinois University Political Science Review, 2012, Vol. 1, Issue 1, Article 2.
9. Філіппов С. О. Протидія контрабанді наркотиків у США. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*: науковий журнал, 2018. Спец. вип. № 1. С. 152–159.
10. Tozova R. Illegal drug trafficking. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ* : науковий журнал, 2018. Спец. вип. № 1. С. 129–139.
11. Huber D. Paths towards decriminalising drug use in Europe (October, 29, 2021). URL: https://www.euractiv.com/section/health-consumers/opinion/paths-towards-decriminalising-drug-use-in-europe/ (дата звернення: 20.06.2022 р.).
12. Risk Analysis for 2021 / Frontex. Warsaw, 2021. 65 p.
13. EU Drugs Strategy 2021–2025 / Brussels, 18 December 2020. 35 p. URL: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14178-2020-INIT/en/pdf (дата звернення: 20.06.2022 р.).
14. Аналітичне зведення про обстановку на державному кордоні та результати оперативно-службової діяльності Державної прикордонної служби України за 2021 рік. Адміністрація Державної прикордонної служби України, 2022. 37 с.
15. The Impact of COVID-19 on Judicial Cooperation on Criminal Matters / Analysis of Eurojust's Casework. May, 2021. 25 p.
16. Pandemic profiteering how criminals exploit the COVID-19 crisis (March 2020) / Europol. 16 p.

УДК 343.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/78

ХАРАКТЕРИСТИКА ОКРЕМИХ ОРГАНІЗАЦІЙНО-УПРАВЛІНСЬКИХ ФАКТОРІВ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ЗАСОБІВ МАСОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ В УКРАЇНІ

CHARACTERISTICS OF CERTAIN ORGANIZATIONAL AND MANAGERIAL FACTORS OF CRIMINALIZATION OF MASS MEDIA IN UKRAINE

Пахнін М.Л., к.н. з держ. упр.,
доцент кафедри кримінального права та кримінології факультету № 6
Харківський національний університет внутрішніх справ

Стаття присвячена виявленню, опису та поясненню окремих організаційно-управлінських чинників криміналізації ЗМІ. До цих факторів можна віднести: недоліки нормативного визначення загальних і спеціальних засад організаційно-управлінської діяльності ЗМІ певних форм власності, у тому числі організаційно-управлінської діяльності зі створення, поширення та використання інформації в мережі Інтернет; надмірна бюрократія в процедурах видачі (продовження) дозволів на діяльність у сфері масових комунікацій; проблеми, які виникають у процесі отримання інформації журналістами під час їхньої професійної діяльності; недоліки в системі управління правоохоронними органами при організації досудового розслідування кримінального провадження, одним із учасників якого є юридична особа ЗМІ, щодо якої ведеться таке провадження; ізоляція більшості населення від громадського контролю за діяльністю ЗМІ.

Доведено необхідність та доцільність прийняття як спеціального законодавчого акта у сфері масових комунікацій, так і Інформаційного кодексу України. Ці нормативні акти, очевидно, сприятимуть ефективнішій практичній реалізації організаційно-управлінських засад діяльності у сфері масових комунікацій.

Також виявлено недоліки в системі управління правоохоронними органами при організації досудового розслідування кримінального провадження, одним із учасників якого є юридична особа ЗМІ, щодо якої здійснюється таке провадження.

Визнаючи значущість багатьох напрацювань у царині даної наукової проблеми, окремі організаційно-управлінські детермінанти криміналізації ЗМІ досліджені недостатньо.

На підставі проведеного аналізу запропоновано комплекс наукових рекомендацій, що мають виражену практичну спрямованість та спрямовані на удосконалення існуючих процедур.

Ключові слова: детермінанти, фактори криміналізації ЗМІ, чинники криміногенного впливу ЗМІ, організація, управління.

The article is devoted to the identification, description and explanation of certain organizational and managerial factors of media criminalization. These factors include the drawbacks of the normative definition of general and special principles of organizational and managing activities of the media of certain forms of ownership, including organizational and managing activities of the creation, dissemination and use of information on the Internet; excessive bureaucracy in the procedures for issuing (extending) permits for activities in the field of mass communications; problems that arise in the process of obtaining information by journalists during their professional activities; disadvantages in the management system of law enforcement agencies in organising the pre-trial investigation of criminal proceedings, of which one of the participants is a legal entity of the media, in respect of which such proceedings are conducted; isolation of the majority of the population from public control over the activities of the media.

The necessity and practibility of adopting both the special legislative act in the field of mass communications and the Information Code of Ukraine have been proved. These regulations will obviously contribute more effective practical implementation of organizational and managing principles of activity in the field of mass communications.

The shortcomings in the management system of law enforcement agencies in organising the pre-trial investigation of criminal proceedings, of which one of the participants is a legal entity of the media, in respect of which such proceedings are carried out.

Recognizing the importance of many developments in the field of this scientific problem, individual organizational and managerial determinants of mass media criminalization have not been sufficiently investigated.

Based on the analysis carried out, a set of scientific recommendations has been proposed, which have a pronounced practical orientation and are aimed at improving existing procedures.

Key words: determinants, factors of media criminalization, factors of criminogenic influence of media, organization, management.

Постановка проблеми. Криміналізація засобів масової інформації (далі – ЗМІ) являє собою деструктивний процес, у межах якого ЗМІ, масово поширюючи антигромадські погляди, уявлення та установки, набувають рис кримінальних інститутів та в тій чи іншій мірі сприяють прийняттю участі окремої особи або групи людей у різних видах девіантних практик, найбільш розповсюдженим серед яких є вчинення кримінальних правопорушень. Порушення кримінально-правових заборон внаслідок криміногенного впливу ЗМІ, своєю чергою, обумовлює своєчасне державне реагування, наслідком якого можуть бути різні за ступенем своєї суворості правові наслідки. Ефективність такого реагування немислима без дослідження особливостей детермінації негативного інформаційно-психологічного впливу ЗМІ, зокрема блоку організаційно-управлінських факторів, усунення яких, як правило, одночасно з групою відповідних правових чинників не вимагає надмірних фінансових обтяжень та організаційно-управлінських зусиль з боку держави. Тому аналіз та характеристика саме вказаних факторів криміналізації ЗМІ поза всяким сумнівом є вельми актуальним та цікавим не лише з теоретичної, але й з практичної точки зору.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми криміналізації ЗМІ під різним кутом зору висвітлювались у численних кримінально-правових та кримінологічних працях О. М. Бандурки, В. В. Боровикової, П. С. Булатецького, С. М. Гусарова, В. І. Галагана, Ю. І. Гололобової, М. О. Д'ячкової, О. М. Литвинова, М. О. Мокряк, Ю. В. Орлова, О. Г. Радзієвської, А. І. Русиняка, Т. Черненка та багатьох інших учених. Визнаючи їх ґрунтовний характер та значущість для кримінально-правової та кримінологічної доктрини й практики, зауважимо, що низка організаційно-управлінських детермінант криміналізації ЗМІ досліджена недостатньо, окремі їх криміногенні аспекти дослідниками й досі не знайшли своєї належної наукової розробки.

Формулювання цілей. Мета статті полягає у виявленні, описі та поясненні окремих організаційно-управлінських факторів криміналізації ЗМІ.

Виклад основного матеріалу. Опрацювання спеціальної кримінологічної літератури дозволяє дійти висновку, що організаційно-управлінські фактори, як правило, пов'язані з недоліками публічного адміністрування, державного управління галузями, секторами, напрямами,

органами. Зважаючи на це, аналіз практики державного управління у сфері поширення інформації у публічному медіапросторі дозволяє виділити низку різновидів організаційно-управлінських факторів криміналізації ЗМІ. До їх кола можуть належати: недоліки нормативної визначеності загальних і спеціальних засад організаційно-управлінської діяльності ЗМІ окремих форм власності, у тому числі організаційно-управлінської діяльності зі створення, поширення та використання інформації в мережі Інтернет; бюрократична тяганина у процедурах видачі (продовження дії) дозвільних документів на здійснення діяльності у сфері масових комунікацій; проблеми, що виникають в процесі отримання журналістами інформації під час здійснення професійної діяльності; недоліки в системі управління правоохоронними органами в частині забезпечення організації досудового розслідування кримінальних проваджень, одним з учасників яких є юридична особа ЗМІ, щодо якої здійснюється таке провадження; відчуження більшої частини населення від громадського контролю за діяльністю ЗМІ.

Розглянемо далі основні положення, покладені в підґрунтя цього підходу, що організовують межі можливих аспектів характеристики вказаних організаційно-управлінських факторів криміналізації ЗМІ.

Недоліки нормативної визначеності загальних і спеціальних засад організаційно-управлінської діяльності ЗМІ окремих форм власності, у тому числі організаційно-управлінської діяльності зі створення, поширення та використання інформації в мережі Інтернет. Аналіз наявної у відкритому публічному просторі інформації, акумулювавши її, дозволяє стверджувати, що, зокрема, у сучасній сфері створення, поширення та використання інформації через ЗМІ, негайного вирішення потребують такі проблеми як: 1) формування правових умов для забезпечення плюралізму, прозорості та неупередженості діяльності ЗМІ, недопущення їх монополізації та використання у маніпулятивних цілях (у цьому випадку йдеться про те, що недостатня контрольованість державою відносин власності на ключові вітчизняні ЗМІ, обумовлює створення передумов для монополізації медіа-ринків фінансово-промисловими групами, які через належні їм ЗМІ вдаються до формування змістовного наповнення інформаційних продуктів на власний розсуд, обслуговуючи не стільки суспільні та загальнодержавні, скільки вузькогрупові корпоративні інтереси, використовуючи ЗМІ у маніпулятивних цілях. Журналістські колективи передусім через непрозорість трудових відносин з власниками, а також слабку самоорганізацію, при цьому практично не мають можливостей для проведення незалежної редакційної політики); 2) фактично відсутнє правове регулювання функціонування в Україні міжнародних інформаційних обмінів та інформаційних систем, найяскравішим прикладом яких є Інтернет; 3) потребує унормування діяльності з поширення інформації в мережі Інтернет. Відсутність поняття ЗМІ в мережі Інтернет, унеможливлює здійснення перевірки інформації, яка там поширюється та створює передумови для використання Інтернет-ЗМІ у деструктивних цілях; 4) потребує вдосконалення система управлінських заходів із захисту інтелектуальної власності в умовах поширення Інтернет-технологій, оскільки значна частина авторських творів, доступних в українському сегменті Інтернету, опинилася там з порушенням прав інтелектуальної власності [4]; 5) загалом національне законодавство не передбачає дієвих організаційно-управлінських механізмів захисту національного медіа-простору України, у тому числі в умовах гібридної війни та загроз інформаційній безпеці [8].

Бюрократична тяганина у процедурах видачі (продовження дії) дозвільних документів на здійснення діяльності у сфері масових комунікацій. У пояснювальній записці до проекту Закону України «Про медіа» зазначено, що чинне законодавство України у сфері масових комунікацій містить цілу низку застарілих та неефективних процедурних норм, що стосуються реєстрації та/або ліцензування діяльності в сфері медіа, документообігу тощо, допускає правову невизначеність при здійсненні регуляторних та наглядових повноважень в сфері медіа [8].

У зв'язку з цим, проект Закону України «Про медіа», поданий 02.07.2020 р. народними депутатами України – членами Комітету з питань гуманітарної та інформаційної політики, спрямований не лише на удосконалення процедури реєстрації та/або ліцензування діяльності в сфері медіа, але й на забезпечення реалізації права на свободу вираження поглядів, права на отримання різнобічної, достовірної та оперативної інформації, на забезпечення плюралізму думок і вільного поширення інформації, на захист національних інтересів України та прав користувачів медіа-сервісів [9].

Можна довго сперечатися з приводу тих чи інших зауважень щодо окремих його положень, але необхідність і доцільність його прийняття в цілому вже давно назріла та не викликає жодних сумнівів. У зв'язку з цим, важко зрозуміти окремі наявні в інформаційному просторі публікації результатів онлайн опитувань респондентів щодо доцільності прийняття цього нормативно-правового документа. Так, наприклад, голова національної спілки журналістів України повідомляє, що чинний законопроект «Про медіа» не підтримує 85 % редакторів національних та місцевих газет. Підтримують лише 6 %, а 9 % або утримуються від підтримки, або не вивчали чи не вважають актуальною цю законодавчу ініціативу [1].

Більше того, ми схильні підтримати тих вітчизняних експертів, які обґрунтовують необхідність і доцільність прийняття не лише спеціального законодавчого акту у сфері масових комунікацій, але й, окремо, Кодексу України про інформацію. Цей кодифікований нормативно-правовий акт має розроблятися з урахуванням європейських стандартів розвитку інформаційних відносин в Україні. Цей кодекс, зокрема, має чітко визначити не лише об'єкт так предмети інформаційного права, суб'єкти інформаційних правовідносин, правовий режим доступу до інформації, включаючи доступ до публічної інформації (інформації органів державної влади та органів місцевого самоврядування), персональних даних, державної та іншої, передбаченої законом таємниці, але, в певній мірі, й засади організаційної-управлінської діяльності у сфері масових комунікацій, у тому числі пов'язаної з процедурними питаннями видачі (продовження дії) дозвільних документів на здійснення діяльності зі створення, поширення та використання інформації медіа ресурсами [5].

Проблеми, що виникають в процесі отримання журналістами інформації під час здійснення професійної діяльності. Так, суттєвою організаційно-управлінською проблемою взаємовідносин влади із медіа є порушення гарантованих чинним законодавством України прав ЗМІ на доступ до публічної інформації, свободу слова та професійної діяльності. Останнім часом органи державної влади та місцевого самоврядування часто ігнорують інформаційні запити журналістів, надають інформацію не в повному обсязі або невчасно, приховують відкриту інформацію або створюють перепони для її збирання. Не завжди у повному обсязі публікується інформація і на веб-сайтах державних установ, які є однією з основних форм доступу до офіційної інформації. За даними експертного опитування, проведеного Українським незалежним центром політичних досліджень і Центром політико-правових реформ, найчастіше право громадян та журналістів на доступ до інформації порушують представники органів місцевого самоврядування (57,9 %), обласних та районних державних адміністрацій (54,4 %). Абсолютна більшість опитаних (86,0 %) також назвала неналежним або неповним подання інформації на офіційних вебсайтах органів влади [7].

Недоліки в системі управління правоохоронними органами в частині забезпечення організації досудового розслідування кримінальних проваджень, одним з учасників яких є юридична особа ЗМІ, щодо якої здійснюється таке провадження. Тут доречно зазначити, що одним з правових наслідків криміногенного впливу ЗМІ, насамперед тих, що мають статус юридичної особи, може бути так звана квазікримінальна відповідальність ЗМІ, оскільки щодо останніх згідно з чинним кримінальним законодавством України можуть бути застосовані передбачені у розділі XIV-I Загальної частини КК України заходи кримінально-правового характеру щодо юридичної особи ЗМІ у випадку вчинення її уповноваженою особою:

1) *від імені* такої юридичної особи кримінального правопорушення, передбаченого ст. 258-2 КК України (п. 3 ст. 96-3 КК України);

2) *в інтересах та від імені* такої юридичної особи кримінальних правопорушень, передбачених ст.ст. 109, 110, 301, 301-1, 301-2, 343, 345, 376, 377, 436, 437, 447 КК України (п. 4–6 ст. 96-3 КК України).

Передбачені у розділі XIV-I Загальної частини КК України заходи кримінально-правового характеру щодо ЗМІ, утвореного у вигляді юридичної особи, за своєю суттю не є кримінальним покаранням. Це альтернативні покаранню засоби впливу, що тягнуть негативні для такої юридичної особи наслідки майнового, компенсаційного чи організаційно-правового характеру. Ці заходи хоча й відмінні від покарання, водночас є такими, що реалізуються в межах кримінально-правових відносин. Їх метою є відновлення правовідносин, порушених учиненням будь-якого кримінального правопорушення, зазначеного у статті 96-3 КК України, а також запобігання вчиненню уповноваженою особою юридичної особи, в нашому випадку ЗМІ, будь-якого нового кримінального правопорушення з тих, які зазначено у цій статті КК України [6, с. 190].

Переважна більшість вітчизняних науковців сьогодні зазначає, що практика застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб, у тому числі приналежних до ЗМІ, не поширена або взагалі відсутня [11, с. 155]. Вказане важко заперечувати, не зважаючи на той факт, що сучасна вітчизняна судова практика багата прикладами чисельних кримінальних проваджень, в яких фігурують ЗМІ, що зареєстровані як юридичні особи, та щодо яких потенційно можливе здійснення такого провадження. Так, скажімо, ми не виключали б можливість здійснення кримінального провадження щодо Товариства з обмеженою відповідальністю «Робітнича газета», наслідком якого могло би бути застосування щодо останнього заходів кримінально-правового характеру, передбачених розділом XIV-I Загальної частини КК України. Як вбачається, 07.02.2019 р. слідчим управлінням Головного управління Служби безпеки України у місті Києві та Київській області здійснювалося досудове розслідування у кримінальному провадженні, зареєстрованому у Єдиному реєстрі досудових розслідувань за ознаками вчинення кримінального правопорушення, передбаченого частиною 1 статті 109 та частиною 1 статті 111 КК України. В ході досудового розслідування кримінального провадження встановлено, що протягом 2018 р. результатом видавничої діяльності газети «Робітнича газета» («Robochaya gazeta», «Рабочая газета»), зареєстрованої Державним комітетом телебачення та радіомовлення України 08 грудня 2005 року, засновником якої є Товариство з обмеженою відповідальністю «Робітнича газета», є поширення статей, зміст яких містить мовні ознаки схиляння та підбурювання до зміни чинної української влади і діючої в Україні системи суспільного державного укладу та встановлення соціалістичного ладу шляхом насильницької зміни існуючого суспільного порядку, розпалювання в українському суспільстві нетерпимості на ґрунті ідеологічних та політичних переконань [10]. Водночас цього не відбулося, а державне реагування цьому випадку лише обмежилося рішенням Окружного адміністративного суду м. Києва про припинення випуску цієї газети. Очевидно, що така практика навряд чи сприяє ефективності державного реагування на подібні протиправні дії, оскільки припинена діяльність газети «Робітнича газета» («Robochaya gazeta», «Рабочая газета») очевидно, що може бути у будь-якій іншій формі відновлена Товариством з обмеженою відповідальністю «Робітнича газета», адже правоздатність цього товариства ніяким чином не обмежена чи припинена. Отже, слід погодитися з С. М. Гусаровим, який зазначає, що ефективність застосування примусових заходів кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб залежить не стільки від удосконалення чинного законодавства, скільки від упорядкування законодавчо закріпленого механізму здійснення кримінального провадження щодо юридичних осіб [3, с. 19].

У зв'язку з цим, робимо висновок, що система управління правоохоронними органами в частині забезпечення організації досудового розслідування кримінальних проваджень, одним з учасників яких є юридична особа ЗМІ, щодо якої здійснюється таке провадження, зумовлює свого удосконалення за рахунок своєчасного використання суб'єктами правозастосовної діяльності передбачених кримінальним процесуальним законом України приписів, що регулюють механізм реалізації державного реагування на протиправні посягання з боку ЗМІ, зареєстрованих у формі юридичні осіб.

Нарешті, одним з організаційно-управлінських чинників криміналізації ЗМІ є *відчуження більшої частини населення від громадського контролю за діяльністю ЗМІ*. Доречно зазначити, що поняття «громадського контролю ЗМІ» в Україні невизначене та не досліджене. Власне, найвагоміша причина криміналізації ЗМІ – відсутність цього контролю як такого, оскільки поки що він здійснюється ситуативно і хаотично. В ідеалі, «громадський контроль ЗМІ» – системні заходи, ініційовані громадськістю, спрямовані на медіа та окремих журналістів для виявлення дезінформації та покращення функціонування медіасфери в цілому. Нові медіа дозволяють читачам брати участь в обговоренні й критиці медіа та окремих журналістів. Кожен може прокоментувати матеріали в мережі: висловити своє незадоволення чи захоплення, запропонувати власне рішення, вказати журналістам на помилки. З огляду на те, що значна кількість аккаунтів може виявитися фейковими, конструктивного результату з коментування частіше всього не виходить. Громадські організації, які здійснюють моніторинг ЗМІ, намагаються впливати на якість журналістики в Україні, проте процес її удосконалення відбувається повільно та болісно [2]. Отже, очевидно, що впорядкування механізму дієвого громадського контролю за діяльністю ЗМІ лише б тільки сприяло належному функціонування вітчизняної медіасфери.

Висновки. У результаті проведеного дослідження доходимо висновку, що організаційно-управлінські фактори криміналізації ЗМІ можуть бути репрезентовані: 1) недоліками нормативної визначеності загальних і спеціальних засад організаційно-управлінської діяльності ЗМІ окремих форм власності, у тому числі організаційно-управлінської діяльності зі створення, поширення та використання інформації в мережі Інтернет; 2) бюрократична тяганина у процедурах видачі (продовження дії) дозвільних документів на здійснення діяльності у сфері масових комунікацій; 3) проблеми, що виникають в процесі отримання журналістами інформації під час здійснення професійної діяльності; 4) недоліки в системі управління правоохоронними органами в частині забезпечення організації досудового розслідування кримінальних проваджень, одним з учасників яких є юридична особа ЗМІ, щодо якої здійснюється таке провадження; 5) відчуження

більшої частини населення від громадського контролю за діяльністю ЗМІ.

Доведено необхідність і доцільність прийняття як спеціального законодавчого акту у сфері масових комунікацій, так і Кодексу України про інформацію. Ці нормативно-правові акти очевидно, що сприятимуть більш ефективній практичній реалізації організаційної-управлінських засад діяльності у сфері масових комунікацій.

Окремо наголошено на недоліках у системі управління правоохоронними органами в частині забезпечення організації досудового розслідування кримінальних проваджень, одним з учасників яких є юридична особа ЗМІ, щодо якої здійснюється таке провадження.

ЛІТЕРАТУРА

1. Абсолютна більшість газетярів заперечує ідею поширення на друковані ЗМІ сфери дії телевізійного регулятора. LB.ua (дорослий погляд на світ). URL: https://lb.ua/news/2021/03/24/480674_zakon_pro_media_pidtrimuyut_85.html
2. Громадський контроль ЗМІ в Україні: реальний стан та перспективи. URL: https://www.mediakrytyka.info/ohlyady-analityka/hromadskyy-kontrol-zmi-v-ukrayini-realnyy-stan-ta-perspektyvy.html
3. Гусаров С. М. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб: деякі міркування щодо перспектив застосування в контексті ухвалення Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень». *Кримінально-правові та кримінологічні засоби протидії злочинам проти громадської безпеки та публічного порядку* : зб. тез доп. міжнар. наук.-практ. конф. до 25-річчя ХНУВС (м. Харків, 18 квіт. 2019 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Кримінол. асоц. України. Харків : Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2019. С. 16–19.
4. Конах В. К. Проблеми інформаційного законодавства України в сфері створення, поширення та використання інформації та шляхи їх вирішення. Аналітична записка. Національний інститут стратегічних досліджень. URL: https://niss.gov.ua/doslidzhennya/informaciyni-strategii/problemi-informaciynogo-zakonodavstva-ukraini-v-sferi
5. Красноступ Г. М. Організаційно-правові аспекти необхідності реформування сучасного інформаційного законодавства. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_5461
6. Крижановський М., Ященко А. Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб : монографія. Харків : Право, 2020. 264 с.
7. Налагодження механізмів взаємодії уряду з неурядовими громадськими організаціями : наук.-метод. розробка / авт. кол.: С. А. Чукут (наук. кер.), О. В. Загвойська, Н. М. Драгомирецька, В. М. Дрешпак, С. Г. Соловьов, Т. В. Джига та ін. Київ : НАДУ, 2010. 64 с.
8. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про медіа» / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69353 (дата звернення: 28.06.2022).
9. Проект Закону про медіа / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69353
10. Рішення Окружного адміністративного суду м. Києва у справі від 19.08.2019 № 640/6624/19 // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/84329415
11. Фріс П. Л. До питання про кримінальну відповідальність юридичної особи. *Юридичний вісник*. 2015. № 2 (35). С. 152–156.

УДК 343.32(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/79

НОВЕЛИ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО КОЛАБОРАЦІЙНУ ДІЯЛЬНІСТЬ: ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ТА СПРОБА ЇХ РОЗВ'ЯЗАННЯ

NEW PROVISIONS OF CRIMINAL LAW OF UKRAINE ON COLLABORATIVE ACTIVITIES: DISCUSSION ISSUES AND ATTEMPT TO SOLVE THEM

Письменський Є.О., д. ю. н., професор,
завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін
Луганський державний університет внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка

Мовчан Р.О., д. ю. н., професор,
професор кафедри конституційного, міжнародного і кримінального права
Донецький національний університет імені Василя Стуса

Аналізуються окремі складники кримінально-правової норми про колабораційну діяльність (ст. 111-1 Кримінального кодексу України), на основі чого висуваються ідеї з розв'язання найбільш складних та контроверсійних проблем, які можуть виникнути у процесі правозастосування, висловлюються пропозиції з удосконалення кримінального законодавства в цій частині.

Доводиться, що з певними засторогами колабораційна діяльність утворює спеціальний склад кримінального правопорушення стосовно державної зради як основного складу.

Обґрунтовано, що за ч. 7 ст. 111-1 Кримінального кодексу України може кваліфікуватися зайняття будь-яких посад у незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території, зокрема й тих, які не пов'язані з наявністю організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, однак без яких реалізація відповідних функцій не була б можливою.

Аргументовано, що жодні вчинені під впливом примусу дії (недобровільні), зокрема й передбачені ст. 111-1 Кримінального кодексу України, не можуть визнаватися кримінально протиправними. Для того ж, щоб усунути підґрунтя для помилкової кримінально-правової кваліфікації, запропоновано виключити з усіх частин ст. 111-1 Кримінального кодексу України вказівку на добровільність.

Констатується некоректність побудови кваліфікуючих ознак колабораційної діяльності (ч. 8 ст. 111-1 Кримінального кодексу України) та пропонуються способи усунення виявлених вад.

Обґрунтовано доцільність передбачення спеціальної підстави для звільнення від кримінальної відповідальності за вчинення колабораційної діяльності.

Сформульовано відповіді на дискусійні питання, що постають у зв'язку із запровадженням кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність, виникнення яких з-поміж іншого зумовлюється законодавчими вадами.

Ключові слова: колабораціонізм, державна зрада, добровільність, примус, кваліфікуючі ознаки.

Some components of the criminal law provision on collaborative activities (Article 111-1 of the Criminal Code of Ukraine) are analyzed, based on which ideas are put forward to solve the most complex and controversial issues, that may arise in the law enforcement process, the proposals are made to improve criminal law in this part.

It is proved, that with the certain caveats the collaborative activities establishes a specific offence of high treason, which is considering as a main offence.

It is substantiated, that holding any position in illegal judicial or law enforcement agencies, established in the temporarily occupied territory, including those, that are not related to the execution of organizational and regulatory, administrative and economic functions, but without which the implementation appropriate functions would be impossible, may qualify under Part 7 of Art. 111-1 of the Criminal Code of Ukraine.

It is argued that no acts committed under the influence of coercion (involuntary behavior), including those, which are provided for in Art. 111-1 of the Criminal code of Ukraine, can't be recognized as criminally illegal. In order to eliminate the grounds for incorrect criminal qualification, it is proposed to exclude from all parts of Art. 111-1 of the Criminal code of Ukraine the instruction on voluntariness.

The incorrectness of the construction of the constituent elements of collaborative activities (Part 8 of Article 111-1 of the Criminal Code of Ukraine) is stated and ways to eliminate the identified defects are proposed.

The expediency of providing a special basis for exemption from criminal liability for collaborative activities is substantiated.

The answers to the debatable issues, which are arising in connection with the introduction of criminal liability for collaborative activities, the occurrence of which, among the others, is due to legislative defects, are given.

Key words: collaborative activities, high treason, voluntariness, coercion, constituent elements.

Уже з перших днів відкритої агресії російської федерації (далі – рф) проти України стало зрозумілим, що вітчизняний кримінальний закон не виявився готовим належним чином протидіяти тим численним викликам, які виникли у зв'язку із розгортанням нової фази війни. Як наслідок, за відносно короткий період, який минув після уведення воєнного стану, парламентарі в екстреному порядку прийняли вже дванадцять окремих законів, спрямованих на усунення відповідних прогалин у кримінально-правовому регулюванні.

Не заперечуючи проти важливості та злободенності цих змін, водночас варто визнати, що чи не найбільше питань як у правозастосовувачів, так і у членів суспільства загалом виникає стосовно кримінально-правової новели, яку містить ст. 111-1 Кримінального кодексу (далі – КК) України «Колабораційна діяльність». Зазначена норма з'явилась у результаті ухвалення Закону України від 3 березня 2022 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо встановлення кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність» (далі – Закон від 3 березня 2022 р.). Прагненням розв'язати деякі з цих питань, які видаються дискусійними на поточному етапі правотворення та правозастосування, зумовлене звернення до зазначеної проблематики.

Незважаючи на новизну норми про колабораційну діяльність, вітчизняна правова доктрина вже може похизуватися наявністю принаймні декількох ґрунтовних робіт, у яких на високому теоретичному рівні було проаналізовано окремі проблеми кваліфікації та вдосконалення ст. 111-1 КК. Зокрема, ідеться про праці І. Бердник, М. Бондаренко, О. Кравчука, В. Кузнецова, А. Орлеана, М. Сийплокі, Н. Стефанів, М. Хавронюка та деяких інших. Попри

констатовану дослідницьку активність, чимало проблем, пов'язаних із тлумаченням, застосуванням і визначенням подальших перспектив відповідної кримінально-правової заборони, викликають полеміку, а окремі з них залишаються не достатньо вивченими.

Метою статті є аналіз окремих положень ст. 111-1 КК, за результатами якого робиться спроба: по-перше, сформулювати рекомендації щодо вирішення тих дискусійних питань, відсутність відповідей на які спроможна завадити ефективному правозастосуванню; по-друге, виявити притаманні нормі про колабораційну діяльність вади, наявність яких уже негативно позначається на її результативності, та висловити пропозиції з їх усунення.

Реалізація зазначеної мети статті передбачається через розгляд нижче викладених питань, які постають у зв'язку із запровадженням кримінальної відповідальності за колабораційну діяльність.

Чи є склад кримінального правопорушення, передбачений ст. 111-1 КК, спеціальним щодо складу, який містить ст. 111 КК?

Кримінально-правова доктрина виходить з того, що при конкуренції загальної та спеціальної кримінально-правових норм загальна кримінально-правова норма охоплює певне коло злочинів, а спеціальна – частину цього кола, тобто різновид злочину, передбаченого загальною нормою [1, с. 138].

З урахуванням цього, можна стверджувати, що із застерогами[1], але колабораційна діяльність утворює спеціальний склад кримінального правопорушення стосовно державної зради як основного складу[2]. Такий підхід цілком відповідає соціальній та правовій природі розгляданого діяння й узгоджується із сучасними здобутками історичної та правової науки, відповідно до яких розуміння колабораціонізму зводиться до усвідомленого, добровільного й умисного співробітництва з ворогом у його інтересах на шкоду своїй державі. Про колабораційну діяльність як прояв державної зради свідчить також місце розміщення відповідної норми у структурі КК.

З викладеного випливає, що до внесення досліджуваних змін колабораційна діяльність у формах, визначених нині у ст. 111-1 КК, здебільшого могла одержувати правову оцінку за ст. 111 КК про державну зраду. Інша справа, що правозастосовувачі через надто абстрактний спосіб описання суспільно небезпечних діянь у складі державної зради не завжди йшли на цей крок. Показово, що М. Рубащенко (на тлі окупації частини території України 2014 р.) переконував у тому, що кримінальна відповідальність за колабораціонізм була передбачена (криміналізована) у складі такого злочину, як державна зрада, а тому, на його думку, запровадження нової (самостійної) форми такого діяння призведе до плутанини та нестиме небезпеку порушення прав і свобод людини. Колабораційна діяльність могла набувати будь-якої з передбачених ст. 111 КК форм державної зради та здійснюватись у військовій, адміністративній, економічній і навіть побутовій сферах. Проте кримінальна відповідальність за таку діяльність наставатиме лише за діяння, які є умисними, та якими заподіюється істотна шкода суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України або створюється реальна загроза її заподіяння [3, с. 329–330].

Підтвердженням викладеного слугують і міркування О. Маріна, який наводить такий приклад: за відсутності ч. 3 ст. 111-1 КК здійснення громадянином України пропаганди в закладах освіти незалежно від форм власності з метою сприяння здійсненню збройної агресії проти України повинно було б оцінене за ч. 2 ст. 111 КК як державна зрада у формі надання іноземній державі допомоги в проведенні підривної діяльності проти України в умовах воєнного стану. Водночас фахівець наголошує на тому, що нові нормативні положення (про колабораційну діяльність) містять необґрунтовано привілейовані спеціальні норми [4].

З приводу такої необґрунтованості хотілося б висловити певні сумніви, адже в загальному вигляді (попри низку вад побудови санкцій ст. 111-1 КК) саме нині впроваджений підхід заслуговував на схвалення. З-поміж іншого тут можна спиратися на досвід Литовської Республіки, КК якої передбачає норму про колабораціонізм (ст. 120) як самостійний привілейований вид злочинної зради (ст. 117) та/або надання допомоги іншій державі у здійсненні діяльності, ворожої до Литовської Республіки (ст. 118) [5]. Тож колабораціонізм, справді, повинен утворювати привілейовану форму державної зради, передбачаючи більш м'яке та специфічне покарання порівняно з іншими діяннями, які становлять державну зраду. Такий формат дає змогу не лише належним чином диференціювати кримінальну відповідальність за вчинення державної зради, але й, з огляду на запізнілість законодавчого розв'язання відповідної проблеми, забезпечуватиме зворотну дію відповідної кримінально-правової норми в часі [6, с. 115].

Аналіз чинної ст. 111-1 КК засвідчує, що саме ця ідея, зміст якої полягає у прагненні пом'якшити, а не посилити відповідальність за певні форми державної зради, і була сприйнята народними депутатами України. Парламентарі, вочевидь, вважають недоречним застосовувати покарання у виді позбавлення волі на п'ятнадцять років або довічного позбавлення волі за вчинені навіть у воєнний час, скажімо, зайняття посад у незаконних органах (особливо некерівних), здійснення відповідної пропаганди, передачу окупантам матеріальних ресурсів тощо.

Водночас однією з ключових умов успішної реалізації відповідної ідеї мало б бути адекватне визначення кола діянь, відповідальність за які установлена в межах привілейованої норми про державну зраду у формі колабораційної діяльності – тобто конкретних форм цієї діяльності, які є істотно менш небезпечними за всі інші, що містить загальна норма, потребували наукового обґрунтування (ст. 111 КК).

На жаль, навіть поверховий аналіз положень ст. 111-1 КК свідчить, що такого підходу до розв'язання зазначеного питання не спостерігається. Зокрема, постає питання, чому законодавець, передбачивши у ч. 7 ст. 111-1 КК відповідальність за такі дії, як добровільна участь громадянина України в збройних формуваннях держави-агресора, пом'якшив покарання за них? Адже йдеться про один із різновидів такої форми державної зради, як перехід на бік ворога в період збройного конфлікту. Якщо це діяння визнається менш небезпечною формою державної зради (привілейований склад), то які ж посягання тоді повинні розглядатись як більш небезпечні (ніж добровільна участь в збройних формуваннях держави-агресора) і каратися відповідно до ч. 2 ст. 111 КК?

Зайняття яких посад у незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території, тягне кримінальну відповідальність відповідно до ч. 7 ст. 111-1 КК?

На думку окремих юристів, якщо посада, яку особа добровільно зайняла в судовому чи правоохоронному органі, не передбачає організаційно-розпорядчих або

[1] Ідеться про: ч. 1 ст. 111-1 КК, яку треба тлумачити обмежувально (зазначені в ній заперечення та заклики є елементом співпраці з державою-окупантом); відсутність текстуального зазначення громадянина України як суб'єкта колабораційної діяльності при тому, що за змістом відповідної кримінально-правової норми таким суб'єктом може бути лише громадянин України; застереження, зроблене в ч. 6 ст. 111-1 КК про відсутність ознак державної зради, яке треба розуміти так, що мається на увазі лише зрада у формі шпигунства.

[2] Насамперед мовиться про таку форму державної зради, як надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підривної діяльності проти України, яка за слушним твердженням дослідників, полягає в будь-якій допомозі у проведенні діяльності, спрямованої на завдання будь-якої шкоди інтересам України [2, с. 131]. Як видається, колабораційна діяльність у загальному вигляді може становити окремий вираз надання такої допомоги.

адміністративно-господарських функцій, вчинене необхідно кваліфікувати за ч. 2 ст. 111-1 КК. Склад злочину добровільного зайняття посади в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території, матиме місце в разі зайняття лише таких посад у незаконних органах влади, які передбачають виконання організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій. Зайняття посад, що не передбачають зазначених функцій, пропонується кваліфікувати за ч. 2 ст. 111-1 КК [7, с. 202].

Подібним чином розмірковує і М. Хавронюк, який пише, що посада в незаконних судових або правоохоронних органах – це посада хоча б в одному із таких органів, що створений під час окупації, яка передбачає діяльність як судді, або як працівника правоохоронного органу (у розумінні ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів»). Зайняття посади помічника судді, судового розпорядника, іншої посади в апараті суду, прокуратури тощо, слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 111-1 КК як зайняття посади, не пов'язаної з виконанням організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій [8].

Оцінюючи висловлений підхід, хотілося б наголосити на тому, що в ч. 7 ст. 111-1 КК відсутня подібна до передбаченої у ч. 5 вказівка, згідно з якою відповідальність настає лише за зайняття посад, пов'язаних із наявністю відповідних функцій. Цей факт можна сприймати як доказ того, що за ч. 7 ст. 111-1 КК може (чи виправдано – це інше питання) кваліфікуватися зайняття будь-яких посад у незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території, зокрема й тих, які не пов'язані з наявністю організаційно-розпорядчих або адміністративно-господарських функцій, однак без яких реалізація відповідних функцій не була б можливою: посади судового розпорядника, помічника судді, секретаря судового засідання, посади у канцелярії суду, відділі управління з персоналом, бухгалтерії тощо.

Водночас треба виходити з того, що хоч ч. 7 ст. 111-1 КК передбачає відповідальність за зайняття будь-яких посад у незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території, незалежно від виконуваних функцій, обіймання деяких з них може визнаватися малозначним діянням (наприклад, ідеться про прибиральника службових приміщень або водія голови суду, функції яких є другорядними, допоміжними).

Насамкінець можна стверджувати, що ч. 7 ст. 111-1 КК містить спеціальний склад кримінального правопорушення стосовно дій, описаних у ч. 2 і ч. 5 ст. 111-1 КК, адже мовиться про окремий вид незаконних органів влади, створених на тимчасово окупованій території (додаткова ознака).

Чи може наставати кримінальна відповідальність за колабораційну діяльність, вчинену не добровільно?

Разом із співпрацею однією з конститутивних ознак, що характеризують явище колабораціонізму, слушно визнається добровільний характер такої співпраці (добровільною є участь у колабораційній діяльності, що здійснюється за власною ініціативою суб'єкта такої діяльності та за умови його вільного волевиявлення). Отже, будь-яка поведінка, описання якої передбачає ст. 111-1 КК, мала б визначатися з урахуванням ознаки добровільності співпраці з окупантом (державою-агресором).

Однак на противагу частинам 2, 5 та 7 у всіх інших частинах ст. 111-1 КК вказівка на «добровільність» відсутня[3], у зв'язку з чим виникає питання: невже передбачені в цих нормах (частини 1, 3, 4, 6) ті ж такі публічні заклики до підтримки рішень держави-агресора, пропаганда в закладах освіти, передача матеріальних ресурсів, проведення відповідних політичних заходів тощо мають визнаватися кримінально протиправними незалежно від того, чи були вони добровільними?

З одного боку, відсутність безпосереднього згадування про «добровільність» у відповідних частинах ст. 111-1 КК не виключає застосування при кримінально-правовій оцінці відповідних дій положень ст. 40 КК про фізичний або психічний примус. Наявність цього положення слугує нормативним запобіжником визнання кримінально протиправними будь-яких вчинених під безпосереднім впливом примусу діянь із співпраці з окупантом (наприклад, коли колабораційна діяльність вчиняється через погрозу вбивства близьких для особи людей). З іншого боку, постає питання, чим же насправді керувався законодавець, коли вибірково визначав (стосовно окремих форм колабораційної діяльності) ознаку добровільності? Можна припустити, що йдеться про банальну помилку, яких було зроблено кілька в процесі поспіхом здійснюваної воєнної законотворчості. Принаймні пояснювальна записка до відповідного проєкту закону не містить належних пояснень.

Переконані, незважаючи на відсутність відповідної вказівки на добровільність, жодні вчинені під впливом примусу («недобровільні») дії, зокрема й передбачені ст. 111-1 КК, не можуть визнаватися кримінально протиправними[4]. Ознака добровільності відповідної поведінки має виключатися, якщо вона є результатом примусу, тобто нездоланних у конкретній ситуації перешкод. Про таку ситуацію загалом ідеться, якщо рішення про участь у колабораційній діяльності ухвалювалося під впливом фізичного або психічного примусу з боку представників держави-агресора. Водночас треба мати на увазі, що добровільною участь буде тоді, коли особа вчинила відповідне діяння, перебуваючи під впливом своїх родичів та близьких, знайомих і друзів, які її умовили погодитися на співпрацю з державою-агресором.

Для того ж, щоб усунути будь-яке підґрунтя для помилкової кримінально-правової кваліфікації, у перспективі законодавець повинен уніфікувати свій підхід, що може бути досягнуто через виключення з усіх частин ст. 111 КК відповідної вказівки про добровільність.

Що мав на увазі законодавець, визначаючи кваліфікуючі ознаки колабораційної діяльності (ч. 8 ст. 111-1 КК)?

Аналіз кваліфікованого складу колабораційної діяльності (ч. 8 ст. 111-1 КК) показує, що його утворюють такі ознаки, які визначають суспільно небезпечні наслідки:

а) загибель людей як наслідок поведінки осіб, що визначена у ч. 5, ч. 6 та ч. 7 ст. 111-1 КК (означає спричинення смерті щонайменше двом особам);

б) настання інших тяжких наслідків як наслідок цієї ж поведінки – передбачає заподіяння такої шкоди, що згідно з ч. 4 примітки ст. 111-1 КК в одну тисячу і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (далі – НМДГ).

На окрему увагу заслуговує законодавча недбалість, через яку не коректно були викладені кваліфікуючі ознаки у ч. 8 ст. 111-1 КК, відповідно до якої кримінально караним вважається «вчинення особами, зазначеними у частинах п'ятій – сьомій цієї статті, дій або прийняття рішень, що призвели до загибелі людей або настання інших тяжких наслідків».

По-перше, недоцільною видається одночасна вказівка у ч. 8 ст. 111-1 КК на «вчинення дій» та «прийняття рішень», адже прийняття рішень є лише одним із багатьох різновидів дій.

[3] Як резонно зауважує М. Хавронюк, термін колаборація означає діяння, яке здійснюється у формі співпраці з державою-агресором, і характерною ознакою такої співпраці є добровільність, попри те, що вона зазначена у ст. 111-1 КК лише щодо п'яти форм цього кримінального правопорушення [8].

[4] У зв'язку з цим не можна визнати правильним підхід, відповідно до якого окремі колаборанти нібито несуть відповідальність лише за добровільну співпрацю, а інші – за будь-яку. Зокрема, як помилкове слід розглядати твердження про те, що для вчителів норма про колабораційну діяльність є дещо іншою: добровільно чи ні, а будь-який освітянин, який викладає у школі за російськими стандартами, вважається колаборантом [9].

По-друге. Виходить так, що ознакам ч. 8 ст. 111-1 КК (найбільш суворе покарання – позбавлення волі на строк п'ятнадцять років або довічне позбавлення волі) формально відповідають будь-які діяння, які спричинили загибель людей або інші тяжкі наслідки. Хоча очевидно, що намірами парламентаріїв охоплювалося посилення відповідальності лише за вчинення відповідними суб'єктами «діянь, передбачених частинами 5–7, що призвели до загибелі людей або настання інших тяжких наслідків».

Установлена законодавча вада має зазнати нагального усунення. Допоки цього не сталося, використовуючи обмежувальне тлумачення, суть розгляданої кваліфікуючої ознаки слід розуміти так, що маються на увазі не особи, які зазначені у ч. 5–7 ст. 111-1 КК, а лише особи, які вчиняють відповідні дії, описані у ч. 5–7 ст. 111-1 КК, унаслідок чого настали тяжкі наслідки.

По-третє, відомо, що невизначеність поняття «інші тяжкі наслідки» в багатьох передбачених КК випадках провокує неоднакове його тлумачення як у частині правозастосування, так і в теоретичній площині [10]. У ст. 111-1 КК законодавець розкриває його зміст безпосередньо у п. 4 примітки, одночасно (абсолютно недалекоглядно) «прив'язавши» інші тяжкі наслідки до загибелі людей. Як наслідок – ситуація, що виникла, може потягнути формування різної практики встановлення кваліфікованого складу колабораційної діяльності, адже не виключається таке тлумачення ч. 8 ст. 111-1 КК, за якого зміст тяжких наслідків визначатимуть без застосування системного підходу. Отже, уповноважені суб'єкти кваліфікації уникатимуть правової оцінки за ч. 8 ст. 111-1 КК діянь, які призвели не лише до наслідків політичного, адміністративного (організаційного), екологічного характеру (масові безлади, значна екологічна шкода, припинення діяльності законно обраної (призначеної) української влади тощо), а й до завдання шкоди фізичного характеру (шкоди здоров'ю людей) – смерті однієї особи, тяжких тілесних ушкоджень одній або декільком особам, не кажучи вже про заподіяння «лише» середньої тяжкості двом або більше особам, або ж, наприклад, заподіяння внаслідок розгону мирного мітингу легких тілесних ушкоджень десяткам осіб.

Зважаючи на викладене, не викликає сумніву, що кримінально-правова норма про кваліфікований склад колабораційної діяльності (ч. 8 ст. 111-1 КК) і в зазначеній частині потребує свого вдосконалення. Для цього можна використати різні підходи (маючи на увазі, що в перспективі нормативна регламентація такої наскрізної кваліфікуючої ознаки, як (інші) тяжкі наслідки заслуговує на уніфікацію), базовими з яких є такі, що викладені альтернативно:

– виключити п. 4 примітки ст. 111-1 КК, повністю залишивши оцінку «інших тяжких наслідків» на угляд правозастосовувача;

– сформулювати п. 4 примітки ст. 111-1 КК з використанням способу, який був апробований у первинній редакції ст. 364 КК та наразі втілений, наприклад, у ст. 232-1 КК – таким чином (або ж подібно до цього): «Іншими тяжкими наслідками у частині восьмій цієї статті, *якщо вони полягають у заподіянні матеріальних збитків*, вважається шкода, що в одну тисячу і більше разів перевищує НМДГ». Це уможливить кваліфікацію за ч. 8 ст. 111-1 КК діянь, які призвели як до вираженої у відповідному грошовому еквіваленті (одна тисяча і більше НМДГ) матеріальної (майнової) шкоди, так і до наслідків будь-якого іншого характеру, які розцінюватимуться як тяжкі.

Окремим складником проблеми, пов'язаної з формуванням кваліфікованого складу колабораційної діяльності, є залишення поза увагою низки обставин, наявність яких могла б вплинути на посилення відповідальності за вчинене, диференціюючи її відповідним чином. Як приклад, кваліфікуючі ознаки складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 111-1 КК, могло б утворити таке поєднання окремих форм колабораційної діяльності з: їх повторним вчиненням; розпалюванням національної чи релігійної ворожнечі (насамперед стосується здійснення пропаганди у закладах освіти або здійснення інформаційної діяльності у співпраці з державою-агресором); попереднім виконанням функцій представника Української держави (зокрема, йдеться про зайняття тих чи інших посад у незаконних органах влади).

Чи потребує кримінально-правова норма про колабораційну діяльність спеціальної підстави для звільнення від кримінальної відповідальності?

Законодавець хибно не передбачив спеціальної підстави для звільнення від кримінальної відповідальності за вчинення колабораційної діяльності. Таке рішення видається не зовсім виправданим хоча б через те, що запровадження відповідної підстави дало б змогу запобігти настанню більш серйозних негативних наслідків у діяльності осіб, які співпрацюють з окупантом, а також трансформації колабораціонізму в більш тяжке кримінальне правопорушення. Компроміс з колаборантами за умов виконання ними певних вимог є запорукою успішного виявлення та ефективної протидії тим міжнародним злочинам, які вчиняються з боку рф щодо України, починаючи з 2014 р.

Показово, що свого часу подібні ідеї вже висловлювались, але з часом не знайшли свого прикладного втілення. Ще 2018 р. тогочасний міністр внутрішніх справ А. Аваков пропонував у межах підготовки до реалізації пропонованої ним стратегії відновлення цілісності України (так званий механізм «малих кроків») сформувати законодавчу базу щодо колаборантів з установленням: чітких і зрозумілих меж злочинної поведінки з можливістю передбачувано встановити категорії осіб, які її демонструють; заборони громадянам України, які згідно з рішенням суду визнані колаборантами, обиратися і обіймати посади в органах влади та місцевого самоврядування, перебувати на державній службі; сприяння відновленню державного суверенітету України над окупованими територіями як умову звільнення від кримінальної відповідальності або її пом'якшення; перспективної можливості амністування колаборантів (за винятком тих, хто вчинив тяжкі кримінальні правопорушення, включаючи воєнні злочини) [11].

Пізніше один із авторів цієї статті пропонував орієнтовну модель кримінально-правової норми про звільнення колаборантів від кримінальної відповідальності, передбачивши її встановлення для осіб, які щиро покаялись і припинили колабораціоністську діяльність (*умова у виді відмови від продовження подальшої кримінально караної поведінки*), добровільно повідомили органи державної влади про вчинене та активно сприяли розкриттю інших кримінальних правопорушень (*умова у виді співпраці з правоохоронними органами*). Такий підхід передбачає заохочення осіб до припинення протиправної поведінки до закінчення окупації, створює належне підґрунтя для виявлення та розкриття більш тяжких злочинів, вчинених іншими особами (зокрема з боку громадян рф). Широке інформування населення, яке перебуває на непідконтрольній українській владі території, про наявність такої можливості розглядалось як необхідний складник цього процесу [6, с. 109].

Висловлену позицію нині розвивають В. Кузнецов і М. Сийплокі, зокрема, обґрунтовуючи це резонним посиланням на нелогічність ситуації, за якої особа, яка вчинила державну зраду (ст. 111 КК), може бути звільнена від кримінальної відповідальності, а менш тяжке кримінальне правопорушення (ст. 111-1 КК) не дає винному такої можливості [12].

На підставі проведеного дослідження доходимо таких **висновків**: 1) як *de lege lata*, так і *de lege ferenda* склад кримінального правопорушення, передбачений ст. 111-1 КК, можна вважати спеціальним щодо складу, який містить ст. 111 КК; 2) за ч. 7 ст. 111-1 КК мають оцінюватися дії особи, яка займає будь-яку посаду в незаконних судових або правоохоронних органах, створених на тимчасово окупованій території, незалежно від характеру виконуваних функцій, що разом з тим не виключає застосування до деяких з цих осіб положення про малозначність діяння; 3) незважаючи на те, що ознака добровільності зазначена у ст. 111-1 КК щодо окремих форм колабораційної діяльності, кримінальна відповідальність за неї має наставати в разі її вчинення у будь-якій з форм з власного бажання особи й без її фізичного та/або психічного примусу; 4) справжній зміст кримінально-правової норми про кваліфікуючі ознаки колабораційної діяльності (ч. 8 ст. 111-1 КК), попри істотні вади її законодавчого визначення, потребує встановлення із застосуванням належних способів тлумачення; 5) відсутність спеціальної підстави для звільнення від кримінальної відповідальності осіб, які вчиняють колабораційну діяльність, розглядається як помилка законодавця, що не сприяє ефективній протидії більш небезпечним діянням проти державних інтересів України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ус О. В. Теорія та практика кримінально-правової кваліфікації : лекції. Харків : Право, 2018. 368 с.
2. Дячок Д. До питання визначення форм державної зради. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності :* тези V Всеукраїнської науково-практичної конференції (Хмельницький, 25 лютого 2022 р.). Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2022. С. 129–131.
3. Рубащенко М. А. Кримінальна відповідальність за колабораціонізм за чинним КК України. *Соціальна функція кримінального права: проблеми наукового забезпечення, законотворення та правозастосування* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 12–13 жовт. 2016 р. / редкол.: В. Я. Тацій, В. І. Борисов та ін. Харків : Право, 2016. С. 329–330.
4. Марін Олександр. Парадокси кримінального права, або для чого приймати привілейовані спеціальні норми? / Facebook. URL: https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=3040631389534320&id=100007624658020 – Назва з екрана. – Дата публікації: 06.04.2022. – Дата перегляду: 03.05.2022.
5. Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso, patvirtintas 2000 m. rugsėjo 26 d. įstatymu Nr. VIII-1968 (*The Criminal Code of the Republic of Lithuania*). URL: e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/TAIS.111555
6. Письменський Є. О. Колабораціонізм як суспільно-політичне явище в сучасній Україні (кримінально-правові аспекти) : наук. нарис. Сєвєродонецьк, 2020. 121 с.
7. Кравчук О. О., Бондаренко М. С. Колабораційна діяльність : науково-практичний коментар до нової статті 111-1 КК. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2022. № 3. С. 198–204.
8. Хавронюк М. Колаборанти з точки зору Кримінального кодексу / Ракурс (20 квітня 2022 р.). URL: racurs.ua/ua/b222-kolaboranti-z-tochki-zoru-kriminalnogo-kodeksu.html
9. Онищенко О. Окупація: як працюють, живуть і на що сподіваються вчителі / Дзеркало тижня (07 травня 2022 р.). URL: zn.ua/ukr/EDUCATION/okupatsija-jak-pratsjujut-zhivut-i-na-shcho-spodivajutsja-vchiteli.html
10. Дудоров О. О., Мовчан Р. О. Кримінально-правове поняття «інші тяжкі наслідки»: проблеми тлумачення та вдосконалення законодавства. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2015. № 1. С. 162–170.
11. Аваков А. Ми повинні говорити про амністію, але не для тих, хто вбивав мирних жителів та наших військових / МВС України (07 червня 2018 р.). URL: mvs.gov.ua/ua/news/14023_Arsen_Avakov_Mi_povinni_govoriti_pro_amnistiyu_ale_ne_dlya_tih_hto_vbivav_mirnih_zhiteliv_ta_nashih_viyskovih_.htm
12. Кузнецов В. В., Сийплокі М. В. Кримінальна відповідальність за колабораційну діяльність як новий виклик сьогодення. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2022. Вип. 70 (1). С. 374–381. URL: dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/handle/lib/40900

УДК 343.9:[351.71:69]
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/80

КРИМІНОЛОГІЧНО ЗНАЧУЩІ ЗАСАДИ ФУНКЦІОНУВАННЯ РИНКУ ЖИТЛОВОГО БУДІВНИЦТВА

CRIMINOLOGICALLY SIGNIFICANT PRINCIPLES OF HOUSING CONSTRUCTION MARKET FUNCTIONING

Сірець О.О., аспірант кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У науковій статті ключову увагу присвячено кримінологічному дослідженню ринку житлового будівництва у контексті вивчення його так званих «організаційних засад», підтверджено виключну кримінологічну цінність останніх з точки зору попередження та ефективної протидії кримінальним правопорушенням у вказаній сфері.

Здійснено статистичну та аналітичну оцінку проведенню досудового розслідування та судового розгляду зазначеної категорії справ, констатовано їх значну поширеність із тенденцією до її зростання та спеціалізації вчинюваних кримінальних правопорушень. З'ясовано актуальність проблематики протидії кримінальним правопорушенням у сфері житлового будівництва і таких потенційно криміногенних факторів, як-от: наявність високого рівня різниці між кількістю розпочатого та зданого в експлуатацію багатоквартирного житла, що свідчить про наявність «довгобудів» та недобудов; стабільно висока кількість зареєстрованих кримінальних проваджень у галузі будівництва, зокрема й житлового; порівняно із кількістю зареєстрованих кримінальних проваджень на стадії досудового розслідування наявність значно меншої кількість судових вироків, що додатково вказує на значну латентність кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва.

Через всебічне вивчення попередніх наукових досліджень здійснено класифікацію засад ринку житлового будівництва на організаційні та правові, при цьому констатовано виключну кримінологічно-значущу роль організаційних засад як нормотворчих, визначальних при конструюванні існуючого на сьогодні ринку житлового будівництва, порівняно з вторинним щодо них характером правових засад.

Визначено кримінологічно-значущі організаційні засади ринку житлового будівництва. Зокрема, було зосереджено особливу увагу та здійснено детальний аналіз таких організаційних засадах ринку житлового будівництва, як державне регулювання ринку житлового будівництва, доступність житла на ринку житлового будівництва, достатність обсягів здійснення житлового будівництва, а також забезпечення державою достатнього рівня платоспроможності населення. У той же час, констатовано, що всі досліджені в статті організаційні засади ринку житлового будівництва мають суттєве кримінологічне значення в тому чи іншому ступені.

У висновку підтверджено той факт, що ринок житлового будівництва є достатньо криміногенною сферою людського господарювання. Запропоновано кримінологічні заходи врегулювання.

Ключові слова: криміногенність ринку житлового будівництва, кримінальні правопорушення у сфері житлового будівництва та їх запобігання, організаційні засади ринку житлового будівництва.

In scientific article the key attitude is dedicated to criminological research of the housing construction market in the context of studying its so-called «organizational principles», exceptional criminological value of the latter from the point of view of warning and effective counteraction to crimes in this sphere is confirmed.

Statistical and analytical evaluation of pre-trial investigation and trial execution of this category of cases is performed, their significant prevalence with a tendency to growing and specialization of committed crimes is stated. Actuality of the crime prevention in the sphere of housing construction problem and such potentially criminogenic factors as the presence of a high level of difference between the number of started and commissioned apartment buildings, which indicates the presence of «long-term» and unfinished buildings; consistently high number of registered criminal proceedings in the field of construction, including housing construction; compared to the number of registered criminal proceedings at the stage of pre-trial investigation, there are significantly fewer court verdicts, which further indicates a significant latency of criminal offenses in the field of housing.

Through a comprehensive study of previous researches, the classification of housing construction market principles into organizational and legal is carried out, and the exceptional criminologically significant role of organizational principles as normative, determining in the designing of the existing housing construction market, compared with the secondary nature of legal principles, is stated.

Criminologically significant organizational principles of the housing construction market are determined. In particular, special attention was paid and a detailed analysis of such organizational principles of the housing construction market as state regulation of the housing construction market, availability of housing in the housing construction market, adequacy of housing construction, as well as ensuring a sufficient level of people's solvency is performed. At the same time, it is stated that all the organizational principles of the housing construction market studied in the article have a significant criminological significance to one degree or another.

The conclusion confirms the fact that the housing construction market is a fairly criminogenic sphere of human economy. Criminological settlement measures are proposed.

Key words: criminogenicity of the housing construction market, criminal offenses in the field of housing construction and their prevention, organizational principles of the housing construction market.

Постановка проблеми. Ринок житлового будівництва існує та функціонує відповідно до певних своїх засад як формотворчих, фундаментальних категорій. Виключно формуючись на них, житловий ринок набуває власних індивідуальних, характерних виключно для нього рис.

У той же час, мусимо констатувати, що для вітчизняного ринку житлового будівництва характерною є криміногенність – він нерідко стає об'єктом протиправних посягань. Так, відповідно до звітів Офісу Генерального прокурора України, за період 2016 р. у сфері будівництва було зареєстровано 3083, за 2017 р. – 3520, за 2018 р. – 3922, за 2019 р. – 3742, за 2020 р. – 4582, за 2021 р. – 4552, а за період січень-квітень 2022 р. – 873 кримінальні провадження, у яких до суду було направлено у 2016 р. – 592, у 2017 р. – 732, у 2018 р. – 927, у 2019 р. – 708, у 2020 р. – 1665, у 2021–2415, а за період січень-квітень 2022 р. – 282 обвинувальних акти, у тому числі й із угодами [1].

Крім того, аналізуючи дані Єдиного державного реєстру судових рішень стосовно кримінальних проваджень у сфері житлового будівництва, варто звернути увагу на те, що, теоретично, ключовими нормами Кримінального кодексу України, за якими здійснюється обвинувачення у даній категорії справ, є ст.ст. 190, 191, 197-1, 212, 364-1, 366 Кримінального кодексу України. Внаслідок проведення аналізу доходимо до висновку, що ряд норм Кримінального кодексу України, які з теоретичного

аспекту мають бути найбільш застосовними для кваліфікації кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва, та такі, що фактично застосовуються, є дещо відмінними. Так, найбільш застосовними на практиці статтями кримінального закону є ст.ст. 190, 197-1, 358, 366, 191, 364, 364-1, рідше – ст.ст. 367 та 209 Кримінального кодексу України. У той же час, основною, профільною нормою Кримінального кодексу України стосовно переважної кількості кейсів у сфері житлового будівництва є ст. 364-1 Кримінального кодексу України [2]. Звідси робимо висновок, що характерним для сучасного вітчизняного ринку житлового будівництва є те, що переважно на ньому вчиняються саме майнові та навіть корупційні кримінальні правопорушення.

Таким чином, підтверджується актуальність проблематики протидії кримінальним правопорушенням у сфері житлового будівництва. Аргументами на користь цього є:

– високий рівень різниці між кількістю розпочатого та зданого в експлуатацію багатоквартирного житла, що свідчить про наявність «довгобудів» та недобудов;

– стабільно висока кількість зареєстрованих кримінальних проваджень у галузі будівництва, зокрема й житлового;

– порівняно із кількістю зареєстрованих кримінальних проваджень на стадії досудового розслідування кількість судових вироків є значно меншою, що додатково вказує на значну латентність кримінальних правопорушень у сфері житлового будівництва.

Окрім того, враховуючи особливості провадження в Україні житлово-будівельної господарської діяльності, варто акцентувати на неможливості здійснення зловживань та вчинення кримінальних правопорушень у даній галузі без залучення органів державної влади та органів місцевого самоврядування, що прямо та безальтернативно ще раз підтверджує нашу тезу про корупційну складову такої кримінально-протиправної діяльності.

Очевидно, що дана проблема підлягає науковому дослідженню. Оскільки житловий ринок формується на основі власних засад, то є підстави стверджувати, що розвиток явища злочинності на ринку житлового будівництва є безпосереднім наслідком недостатньої вивченості таких засад, недостатнього проникнення в сутність його природи.

Усю сукупність засад ринку житлового будівництва пропонуємо умовно поділити на засади організаційні, тобто, такі, що забезпечують існування ринку житлового будівництва взагалі у такому вигляді, в якому він представлений на сьогоднішній день, та правові, тобто, такі, що легалізують правовий статус ринку житлового будівництва, а також визначають його місце у всеохоплюючій системі правових відносин. Але саме організаційні засади є нормотворчими, визначальними при конструюванні існуючого на сьогодні ринку житлового будівництва, і тому – значущими з точки зору кримінології; порівняно з ними, правові засади фактично можемо вважати вторинними відносно організаційних засад. При цьому, якщо розглянути значущість організаційних засад житлового будівництва у контексті головного завдання кримінології – створення системи кримінального запобігання різного роду правопорушенням у різноманітних сферах матеріального та духовного життя – то повністю зникають сумніви щодо визначальної кримінологічної ролі організаційних засад ринку житлового будівництва у запобіганні та ефективній протидії в ньому злочинності [3]. Тому, у рамках даного дослідження пропонуємо зробити наголос саме на дослідженні організаційних засад.

Стан дослідження проблематики. Окремі засади ринку житлового будівництва вивчалися рядом науковців, зокрема, А. В. Сердюком, І. О. Шапошніковою, О. П. Ковалевською, П. В. Гудзьом, С. В. Шаровою, І. М. Базарко, В. С. Сапігою, К. В. Пивоваровим, А. Беркутою, І. С. Карпою, І. Г. Буркун. У той же час, варто відзначити, що питання визначення та систематизації засад ринку житлового будівництва ще не було досліджено у науковій літературі, що дає підстави претендувати даному дослідженню на першість із вказаного питання.

Звідси, **метою** даного дослідження є вивчення та систематизація так званих організаційних засад ринку житлового будівництва, а також, спираючись на вищезазначене дослідження, висловлення пропозицій законодавцю щодо підвищення ефективності запобігання та протидії злочинності у сфері житлового будівництва.

У процесі проведення дослідження застосовано традиційні загальнонаукові методи, такі як **індукція та дедукція**, **аналіз та синтез**.

Виклад основного матеріалу. Питання визначення організаційних засад функціонування ринку житлового будівництва є сутнісним та фактично недостатньо проаналізованим у вітчизняній науці, оскільки в ході проведення дослідження не було виявлено жодного чітко структурованого переліку організаційних засад функціонування ринку житлового будівництва. У той же час, окремі аспекти, засади все ж розглядалися науковцями, внаслідок чого ми можемо вказати такий перелік.

Організаційними засадами ринку житлового будівництва є наступні:

– державне регулювання ринку житлового будівництва;

– відповідність процесів на ринку житлового будівництва вимогам законодавства;

– доступність житла на ринку житлового будівництва;

– достатність обсягів здійснення житлового будівництва;

– строковість реалізації будівельних проектів;

– задовільні умови об’єктів житлового будівництва;

– забезпечення державою достатнього рівня платоспроможності населення;

– екологічність та енергоефективність ринку житлового будівництва;

– забезпечення конкурентності та інвестиційної привабливості на ринку житлового будівництва;

– допущення до ринку житлового будівництва виключно компетентних та професійних забудовників.

Почнемо аналіз вище перелічених організаційних засад ринку житлового будівництва з засади *державної регульованості*. Загальновідомо, що відповідно до існуючих моделей державного управління, а саме демократичної та автократичної, де роль держави в управлінні суспільними та правовими відносинами є принципово відмінною, так само можна розрізняти й дві моделі державної участі в регулюванні економічних (а, отже, й житлово-будівельних) відносин – вільноринкова, де держава обмежується створенням законодавчих засад та механізмів функціонування тих чи інших суспільних відносин, та патерналістська, де держава здійснює не лише регулювання, але й активне втручання за допомогою ряду інституцій, прерогатив у їх регулювання. У той же час, правовий режим держави та її «економічна модель» не завжди можуть співпадати. Як приклад наведемо Данію, яка хоч і є країною з демократичним режимом правління, однак проводить активну державну політику саме патерналістської моделі в сфері ринку житлового будівництва [4].

У той же час, слід вказати, що, по-перше, без участі держави у будь-якій її формі функціонування ринку житлового будівництва є неможливим у будь-якому разі, по-друге, залежно від моделі державного регулювання модель ринку є відмінною. У той час як перша теза не викликає жодних сумнівів, то другу варто розглянути більш детально. Так, у випадку патерналістської моделі керування економікою (або окремими її галузями) всі важелі формування та впливу на ключові економічні категорії – попит та пропозицію, ринкову інфраструк-

туру – будуть перебувати виключно в руках держави, яка на власне переконання буде обирати пріоритетні напрямки реалізації державної політики в економічній сфері, тобто, узагальнюючи, буде «в ручну» здійснювати перерозподіл прибутків та витрат між учасниками ринкової інфраструктури [5; 6, с. 50]. Звісно, така модель у певних своїх проявах може бути привабливою в силу відсутності зловживань учасників ринку житлового будівництва, їх недобросовісності, тощо, проте, на моє переконання, така модель жодним чином не убезпечує учасників ринку від зловживань з боку самої держави, а по-друге, досвід колишнього СРСР показав, що відсутність хоча б певних елементів ринковості у регулюванні тієї чи іншої сфери економіки здатне призвести до банкрутства самої держави як учасника, зокрема, й ринку житлового будівництва. Якщо ж розглядати модель вільноринкової держави, то роль такої держави, наприклад, у ринку житлового будівництва обумовлюється принципом субсидіарності, тобто, втручання в другу чергу за наявності на те вагомих підстав, і, як наслідок – не втручання без вагомих підстав [7; 8, с. 69–72]. Роль такої держави у регулюванні вказаної сфери суспільних відносин починає обмежуватись виключно суспільною (у даному випадку – ринковою) необхідністю, коли приватного капіталу та вільноринкових механізмів буде недостатньо для того, аби належним чином регулювати та забезпечувати безперебійне функціонування ринку, у нашому випадку – ринку житлового будівництва [9, с. 63].

Кожна із вищезгаданих моделей має як свої переваги, так і недоліки, є більш застосовною залежно від ряду національних та супутніх умов, тож, не вважаємо необхідним виокремлення та оцінювання якої-небудь із них. Більше того, на сьогоднішній день рідко можна зустріти ту чи іншу модель у чистому своєму вигляді, що пов'язано з їх поєднанням з метою підвищення ефективності застосування. Так, зокрема, аналізуючи представлений в Україні у сучасному його стані ринок житлового будівництва, А. В. Сердюк наголошує на значній недостатності державного регулювання даної сфери економіки саме у контексті державного регулювання ціноутворення на об'єкти будівництва [10, с. 8]. Зосереджуючись на цій самій проблемі вітчизняного ринку житлового будівництва, І. О. Шапошнікова розробила авторську схему реалізації державного інжинірингового моніторингу вартості житла на первинному ринку житлової нерухомості [11, с. 208–211]. Як наслідок неефективної та деформованої вітчизняної ринкової системи, зокрема, й у сфері житлового будівництва, маємо так званий «дикий ринок» з усіма притаманними йому негативними наслідками [12; 13, с. 104–105].

Наступна засада – *відповідність законодавству*. Так, житлове будівництво як господарська діяльність є такою, що підлягає ліцензуванню та, відповідно, не може здійснюватися без отримання відповідної ліцензії [14]; здійснення житлового будівництва має чітко відповідати містобудівним умовам та законодавчим обмеженням [15]; окремі категорії осіб (наприклад, військовослужбовці) відповідно до Житлового кодексу України наділені правом на отримання житла на пільгових умовах [16] та ряд інших законодавчих вимог. У той же час, В. Я. Тацій та О. Г. Данильян вказують, що на сьогоднішній день рівень дотримання правових приписів у нашій державі, не обмежуючись лише сферою житлового будівництва, не є на належному рівні [17, с. 12], що є достатньою підставою стверджувати, що вітчизняний ринок житлового будівництва функціонує неналежним чином.

Засада *доступності житла на ринку житлового будівництва* є чи не однією з ключових та вирішальних засад даної сфери господарської діяльності. Варто почати з того, що слово «доступний» слід розглядати як щось таке, що можна отримати, зазнаючи при цьому порівняно якнайменших втрат. Тобто, доступне житло – таке, яке може собі дозволити широке коло осіб. Однак, український житловий ринок ми в жодному разі не можемо назвати таким, що відповідає даній засаді. При чому це стосується як державних програм із будівництва житла для визначених відповідно до Житлового кодексу України категорій осіб, малоефективність яких пов'язана перш за все з недостатньою ефективністю діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування [11, с. 205; 18, с. 47], так і так званого цивільного житлового будівництва, на яке пропонуємо звернути особливу увагу. Так, відповідно до основних законів макроекономіки, ефективний розвиток ринку житлового будівництва та, зокрема, його державне регулювання є можливим виключно у випадку забезпечення довгостроковості рівноваги між попитом та пропозицією об'єктів житлового будівництва [11, с. 205]. У той же час, на переконання К. В. Пивоварова, на вітчизняному ринку житлового будівництва відсутня реальна конкуренція забудовників та водночас монополія як серед останніх, так і з числа виробників будівельних матеріалів, що, у свою чергу, сприяє недостатній доступності житла [19], що, як вважає І. С. Карпа, стає ще більш недоступною у зв'язку з існуванням практики прямих договір інвестування в будівництво з забудовником [20, с. 626]. Така ситуація фактично обмежує доступ осіб до ринку житлового будівництва за майновим критерієм, адже особи з невисокими доходами фактично не мають змоги бути гравцями даного ринку. З цього приводу А. В. Сердюк та І. С. Карпа стверджують, що таку негативну ситуацію можна подолати шляхом запровадження механізму іпотечного кредитування, що є, по-перше, поширеним та таким, що добре себе зарекомендував у західних країнах, по-друге, розширить доступ до ринку житлового будівництва, таким чином, надавши можливість забезпечити практичну реалізацію передбаченого у ст. 47 Конституції України права на житло [21].

Крім того, до числа організаційних засад ринку житлового будівництва варто включити також і *задовільні умови об'єктів житлового будівництва*. А. В. Сердюк зазначає, що така умова стосується як об'єктів будівництва, що створюються на умовах придбання їх приватними особами, так і об'єктів, створюваних в рамках цільових програм для забезпечення житлом відповідних категорій осіб згідно з положеннями Житлового кодексу України [10, с. 6]. Окрім того, І. С. Карпа влучно згадує, що, відповідно до сьогоднішніх тенденцій, забудовник має опікуватися не лише якістю житлового будинку, проте й цілим комплексом супутніх питань, як от: якість комунікацій, прибудинкової території, суміжних доріг тощо [20, с. 628], із чим, безсумнівно, погоджуємось.

Достатні обсяги будівництва. Така організаційна засада ринку житлового будівництва, безсумнівно, має місце й на вітчизняному житловому ринку. Констатовано, що вітчизняне житлове будівництво здійснюється у недостатніх обсягах. Так, відповідно до проведеного А. В. Сердюком у 2010 році дослідження, на одного українця припадає 22,8 кв. м житлової площі – у 2–4 рази менше за аналогічний показник у розвинених країнах; так, наприклад, аналогічний середньоєвропейський показник того часу складав 30–35 кв. м на одну людину. У той же час, протягом 2003–2007 років на одну людину в Україні було збудовано 0,13–0,22 кв. м житлової площі за наявного міжнародного стандарту з відтворення житла річним обсягом в близько 1 кв. м житлової площі на людину [10, с. 6–7]. Необхідно проаналізувати більш пізні показники площі житлового будівництва на одну людину:

– станом на кінець 2018 року було прийнято в експлуатацію 8 689 356 кв. м житлових приміщень [22]; станом на 1 січня 2019 року населення України складало 42 153 200 чоловік [23]. Отже, через дію ділення загальної площі прийнятого в експлуатацію житла на кількість

населення отримуємо показник річного обсягу будівництва житла на одну людину:

8 689 356 кв. м / 42 153 200 чол. = 0,21 кв. м/люд.

– станом на кінець 2019 року було прийнято в експлуатацію 11 029 327 кв. м житлових приміщень [22]; станом на 1 січня 2020 року населення України складало 41 902 400 чоловік [23]. Отже:

11 029 327 кв. м / 41 902 400 чол. = 0,26 кв. м/люд.

– станом на кінець 2020 року було прийнято в експлуатацію 8 451 221 кв. м житлових приміщень [22]; станом на 1 січня 2021 року населення України складало 41 588 400 чоловік [23]. Отже:

8 451 221 кв. м / 41 588 400 чол. = 0,20 кв. м/люд.

– станом на кінець вересня 2021 року було прийнято в експлуатацію 8 752 939 кв. м житлових приміщень [22]; станом на 1 жовтня 2021 року населення України складало 41 319 800 чоловік [23]. Отже:

8 752 939 кв. м / 41 319 800 чол. = 0,21 кв. м/люд.

Таким чином, маємо показники за 2018 – вересень 2021 року 0,21 кв. м, 0,26 кв. м, 0,20 кв. м та 0,21 кв. м відповідно на одну людину збудованого житла, що майже не змінилося у порівнянні з показниками, наведеними А. В. Сердюком за 2003–2007 роки та все ще є далеким від міжнародного стандарту.

Строковість реалізації житлово-будівельних проектів. На актуальності даного аспекту житлового будівництва акцентував увагу К. В. Пивоваров [24]. Зокрема, на сьогоднішній день фактично відсутній механізм строкового регулювання проведення житлового-будівельної господарської діяльності, хоча надання конкретного, обмеженого строку для реалізації того чи іншого житлового проекту є конче необхідним, наприклад, шляхом закріплення державного механізму здійснення контролю за строками житлового будівництва. У той же час, для всебічного вирішення проблеми актуальним є також встановлення такого механізму часового лімітування для органів державної влади та органів місцевого самоврядування в контексті підготовки дозвільної, правовстановлюючої документацій, погоджень тощо [25, с. 6; 26, с. 9].

Конкурентність ринку житла, а також *покращення інвестиційної привабливості галузі житлового будівництва*. Комплексна організаційна засада ринку житлового будівництва. З одного боку, гарантування та створення конкурентного середовища на ринку житлового будівництва гарантуватиме появу на ньому ефективних забудовників, що змушені будуть підтримувати на високому рівні якість та ряд інших характеристик своєї продукції з метою збереження та залучення нових клієнтів, створить дійсний та ефективний ринковий механізм у сфері житлового будівництва. З іншого боку, сприяння з боку держави у створенні дійсної ринкової кон'юнктури у сфері житлового будівництва сприятиме покращенню інвестиційної привабливості галузі житлового будівництва, заохочуватиме вкладників до активних дій на ринку, що з необхідністю матиме наслідком встановлення належного балансу між попитом та пропозицією у даній сфері, а також безперебійне функціонування ринку без необхідності зовнішнього втручання [11, с. 205].

Компетентність та професіоналізм забудовника. Дана засада є тісно пов'язаною як із засадою задовільних умов об'єктів житлового будівництва, так і з засадою конкурентності ринку житла, оскільки, по-перше, лише компетентний та професійний забудовник має змогу збудувати якісний житловий об'єкт, по-друге, лише такий забудовник зможе залишатися активним учасником ринку житлового будівництва [10, с. 12].

Засада *екологічності та енергоефективності ринку житлового будівництва* означає, що об'єкти такого будівництва мають зводитися із застосуванням екологічно прийнятних матеріалів, процес зведення не має шкодити навколишньому середовищу, а фінальний продукт будівництва має бути виконаний із таких композитних матеріалів, що в кінцевому підсумку завдяки своїм властивостям дозволяють користувачам такого житла без вжиття додаткових заходів економити на використанні сторонніх енергоресурсів.

Забезпечення достатнього рівня платоспроможності населення. Як не дивно, проте забезпечення певної фінансової стійкості та незалежності населення як учасників ринку житлового будівництва стимулює їх до активної участі в ньому, що, як наслідок, сприяє належному функціонуванню та подальшому розвитку житлового ринку. У той же час, варто констатувати, що в даному аспекті українське населення у переважній своїй частині не відповідало раніше та досі не відповідає необхідному критерію.

Так, можна стверджувати, що в 2008 році в середньому по регіонах певне значення, яке відповідає середній вартості 1 кв. м житлової нерухомості в певному місті (у виразі дол. США), є половиною певного значення, яке відповідає середньомісячній заробітній платі (у виразі грн) у тому ж регіоні [27, с. 7]. Однак, у ході поверхневих прорахунків очевидним стає той факт, що більшість населення із врахуванням середньомісячної зарплати будуть змушені витратити достатньо багато часу, аби отримати змогу придбати власне житло.

Більше того, слід вказати, що рівень зростання цін в Україні на житло є надзвичайно високим, що вкотре підтверджує тезу про недоступність житла та, відповідно, неплатоспроможність населення по відношенню до об'єктів житлового будівництва [10, с. 7].

Висновок. Перш за все, проведеним дослідженням знов підтверджений той факт, що ринок житлового будівництва є достатньо криміногенною сферою людського господарювання. І, на превеликий жаль, станом на сьогодні ситуація не змінюється у кращому напрямку.

Вважаємо, що наявність кримінальної вразливості сфери житлового будівництва пояснюється недостатньою вивченістю ринку житлового будівництва, у першу чергу, його засад, зокрема, організаційних засад.

Виходячи з вищезазначеного, вважаємо слушною наступну **законодавчу пропозицію** задля, принаймні, зниження рівня злочинності у сфері житлового будівництва – прийняття нового Житлового кодексу України, зокрема, з наступними цілями, що мають свої кримінологічні цілі: 1) об'єднання актуальних положень чинного Житлового кодексу України та норм із інших нормативно-правових актів, що регулюють приватний житловий сектор, у числі якого й ринок житлового будівництва; 2) обов'язкове включення до складу нового Житлового кодексу України норми, що б вміщувала виключний перелік засад, як організаційних, так і правових, ринку житлового будівництва з необхідним розкриттям змісту кожної із засад.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про кримінальні правопорушення, вчинені на підприємствах, в установах, організаціях, за видами економічної діяльності. *Офіс Генерального Прокурора* : веб-сайт. URL: https://gp.gov.ua/ua/posts/pro-kriminalni-pravoporushennya-vchineni-na-pidpriyemstvah-v-ustanovah-organizaciyah-za-vidami-ekonomichnoyi-diyalnosti-2 (дата звернення: 15.06.2022).
2. Єдиний державний реєстр судових рішень : веб-сайт. URL: https://reyestr.court.gov.ua/
3. Кримінологія : підручник / за ред. В. В. Голіни, Б. М. Головкіна. Х. : Право, 2014. 440 с.
4. Flere billige almene boliger. Afrapportering fra arbejdsgruppen vedrørende billige almene boliger. April 2021. Indenrigs og boligministeriet. Elektronisk Publikation: ISBN: 978-87-971298-9-0. 31 s.
5. Донцов Д. І. Націоналізм. Київ : ФОП Стебеляк, 2017. 256 с. ISBN: 978-966-1635-15-8.

6. Попова В. Національна макросистема як природна одиниця розвитку при розробленні концептуальних засад економічного націоналізму. *Економічний націоналізм та соціальна справедливість* : зб. матеріалів Шостих Бандерівських читань, 1 лют. 2019 р. К. : НАЦ «УССД», 2019 р. С. 37–59.

7. Гальчинський А. Політична нооекономіка: начала оновленої парадигми економічних знань. К. : Либідь, 2013. ISBN: 978-966-06-0636-4. 472 с.

8. Маринович М. Митрополит Андрей Шептицький і принцип «позитивної суми» / передмова Адріана Сливоцького. Львів : Видавництво Старого Лева, 2019. ISBN: 978-617-679-613-8. 248 с.

9. Гальчинський А. Лібералізм: уроки для України : наук.-попул. есе. К. : Либідь, 2011. ISBN: 978-966-06-0593-0. 288 с.

10. Сердюк А. В. Організаційно-економічні основи формування та розвитку ринку доступного житла : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук: 08.00.04. Київ, 2010. 22 с.

11. Шапошнікова І. О. Вдосконалення системи державного регулювання ринку житла на засадах вартісного інжинірингу. *Шляхи підвищення ефективності будівництва в умовах формування ринкових відносин. Сер. Економіка*. 2018. Вип. 38. С. 205–214.

12. Ковалевська О. П. Концепція формування і розвитку ринку житла в Україні. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2012. № 8. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=447 (дата звернення: 11.06.2022).

13. Гудзь П. В., Шарова С. В. Ціновий фактор розподілу регіонального ринку житла. *Сталий розвиток економіки*. 2011. № 4. С. 104–109.

14. Про ліцензування видів господарської діяльності : Закон України від 2 березня 2015. № 222-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-19#Text (дата звернення: 19.06.2022).

15. Про основи містобудування : Закон України від 16 лист. 1992. № 2780-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2780-12#Text (дата звернення: 19.06.2022).

16. Житловий кодекс України від 30 черв. 1983 р. № 5464-X. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5464-10#Text (дата звернення: 22.06.2022).

17. Тацій В. Я., Данильян О. Г. Розбудова правової держави в Україні: проблеми та перспективи. *Державне будівництво та місцеве самоврядування.* 2020. Вип. 40. С. 11–26.

18. Базарко І. М., Сапіга В. С. Організаційно-правові засади державного управління процесом забезпечення військовослужбовців житлом на сучасному етапі. *Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія: Державне управління*. 2018. Том 29 (68), № 2. С. 46–51.

19. Пивоваров К. В. Державне регулювання й стимулювання в сфері житлового будівництва. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2009. № 4. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=250 (дата звернення: 11.06.2022).

20. Карпа І. С. Фінансовий механізм забезпечення розвитку житлової нерухомості: теоретико-організаційні засади. *Модернізація економіки: сучасні реалії, прогнозні сценарії та перспективи розвитку* : матеріали І Міжнародної наук.-практ. конф., присвячена 60-річчю ХНТУ, 25–26 квіт. 2019 р. Херсон : ХНТУ, 2019. С. 625–628.

21. Конституція України від 28 черв. 1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text (дата звернення: 22.06.2022).

22. Загальна площа житлових будівель, прийнятих в експлуатацію, за видами у 2018–2020 роках. *Державна служба статистики України*. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/operativ/operativ2019/bud/kzp_Ukr/u/arh_kzp_Ukr_2019.htm (дата звернення: 15.06.2022).

23. Население Украины. *Минфин* : веб-сайт. URL: https://index.minfin.com.ua/reference/people/ (дата звернення: 07.06.2022).

24. Пивоваров К. В. Удосконалення державної політики у сфері житлового будівництва України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. наук з держ. упр.: 25.00. Миколаїв, 2011. 20 с.

25. Беркута А. Економічні аспекти розвитку будівельного комплексу України. *Економіка будівництва*. 2006. № 1. С. 5–8.

26. Кірхнер Р., Джуччі Р., Возняк Р. Житлове будівництво в Україні: Причини поточної кризи та висновки для економічної політики : аналітична записка. К. : Інститут економічних досліджень та політичних консультацій, Німецька консультативна група, 2008. 16 с.

27. Буркун І. Г. Організаційно-економічні засади функціонування регіонального ринку житлової нерухомості : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. екон. наук: 08.00.05. Харків, 2011. 24 с.

УДК 343.57(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/81

КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ВСТАНОВЛЕННЯ АБО ПОШИРЕННЯ ЗЛОЧИННОГО ВПЛИВУ В УКРАЇНІ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR ESTABLISHING OR SPREADING CRIMINAL INFLUENCE IN UKRAINE UNDER CONDITIONS OF WARTIME

Терех У.В., аспірант кафедри кримінально-правових дисциплін
Інститут права Львівського державного університету внутрішніх справ

Стаття присвячена актуальному питанню кримінальної відповідальності за встановлення або поширення злочинного впливу в Україні в умовах воєнного стану. Актуальність теми дослідження обумовлена тим, що спільнота «ворів у законі» є найбільш небезпечним та найбільш стійким феноменом, який існує виключно на території пострадянського простору, а самі представники цієї кримінальної субкультури визнаються лідерами злочинної спільноти в Україні.

Особливо небезпечним це явище видається в умовах воєнного стану, який запроваджено у нашій країні, оскільки на фоні кризових явищ у соціальній, економічній і політичних сферах, воно може отримати швидке розповсюдження та спричинити вкрай небезпечні та негативні явища для України. Проблема кримінальної ситуації у нашій державі є одною з її ключових проблем національної безпеки, що надзвичайно важливо в умовах воєнного стану.

У дослідженні було проаналізовано модель поведінки злочинних організацій в умовах воєнного стану, зокрема, ті механізми, які вони використовують у своїй кримінальній діяльності, використовуючи легальні ресурси держави, зокрема, щодо її фінансової та транспортної системи. У дослідженні було проаналізовано причини виникнення злочинних організацій в Україні, у першу чергу, економічні та соціальні, а також виокремлено їх специфічні ознаки. Окремо у дослідженні було приділено увагу вивченню тих загроз, які можуть виникнути в Україні в умовах та по завершенню воєнного стану, внаслідок групової злочинної діяльності під керівництвом «ворів у законі», за умови розповсюдження та використання на території України легальної та нелегальної зброї. У дослідженні підкреслено складність попередження та розслідування злочинів, вчинених групою осіб, в умовах воєнного стану, за обставин першочерговості боротьби з воєнною злочинністю. Крім того, у дослідженні було акцентовано увагу на необхідності вдосконалення кримінального законодавства України відповідно європейських стандартів, у зв'язку з отриманням нею статусу кандидата на вступ до ЄС.

Ключові слова: «вори в законі», кримінальна відповідальність, воєнний стан, злочинна організація, злочин, кримінальне правопорушення.

The article is devoted to the topical issue of criminal liability for the establishment or spread of criminal influence in Ukraine under martial law. The relevance of the research topic is due to the fact that the community of «thieves in law» is the most dangerous and stable phenomenon that exists only in the post-Soviet space, and the representatives of this criminal subculture are recognized as leaders of the criminal community in Ukraine.

This phenomenon seems especially dangerous in the martial law imposed in our country, because against the background of crisis in the social, economic and political spheres, it can spread rapidly and cause extremely dangerous and negative phenomena for Ukraine. The problem of the criminal situation in our country is one of its key problems of national security, which is extremely important in a state of war.

The study analyzed the model of behavior of criminal organizations in martial law, in particular, the mechanisms they use in their criminal activities, using the legal resources of the state, in particular, in relation to its financial and transport system. The study analyzed the causes of criminal organizations in Ukraine, primarily economic and social, as well as identified their specific features. Separately, the study focused on the study of threats that may arise in Ukraine in the conditions and after the martial law, as a result of group criminal activity led by «thieves in law», provided the proliferation and use of legal and illegal weapons in Ukraine. The study emphasizes the complexity of preventing and investigating crimes committed by a group of persons under martial law, in the circumstances of the priority of the fight against war crime. In addition, the study focused on the need to improve the criminal legislation of Ukraine in accordance with European standards, in connection with its obtaining the status of a candidate for EU membership.

Key words: "thieves in law", criminal liability, martial law, criminal organization, crime, criminal offense.

Запровадження воєнного стану у тій чи іншій країні передбачає, у першу чергу, обмеження прав і свобод громадян, пов'язане з першочерговим забезпеченням безпеки держави, збереження її територіальної цілісності та державного суверенітету. Зокрема, мова йде про введення в обіг спеціальних перепусток, введення комендантської години, обмеження доступу до відвідування певних громадських місць.

У правовому полі запровадження воєнного стану передбачає також і посилення кримінальної відповідальності, як за вчинення злочинів, так і за вчинення кримінальних правопорушень. Проте мова йде, у першу чергу, про воєнний злочин, яким «...вважається міжнародний злочин, що умисно чи з грубої необережності вчиняється комбатантом та прирівняними до них особами чи по відношенню до них цивільною особою під час збройного конфлікту і полягає у масовому і серйозному порушенні норм міжнародного гуманітарного права та посягає на підзахисних осіб, їх права чи найважливіші принципи міжнародного гуманітарного права» [1, с. 125].

Будь-який воєнний конфлікт, не зважаючи на те, чи він виникає на внутрішньодержавному або на міждержавному рівні, має деструктивний характер для життєдіяльності тієї країни, у якій він відбувається. Очевидно, що вплив соціально-економічних змін у суспільстві України, який гостро проявляє себе на фоні воєнного конфлікту, спричиняє, як переосмислення його морально-ціннісних поглядів, так і зниження рівня життя населення нашої країни, яка зазнала збройної агресії міжнародного характеру.

Матеріальні умови життя громадян України в умовах воєнного стану наразі визначаються декількома факторами. Зокрема, ми можемо відзначити той факт, що збройна агресія Російської Федерації проти України й окупація нею частини її територій, які є важливими сільськогосподарськими районами нашої країни, спричиняють суттєве скорочення виробництва основних споживчих благ.

Також у нових воєнних реаліях уряд України зіштовхнувся з труднощами щодо поставки продовольчих і товарів широкого вжитку, як для Збройних Сил, так і для цивільного населення. Відсутність в умовах воєнного стану необхідної кількості продовольчих і промислових товарів може спричинити зростання числа злочинів економічного характеру, які, зазвичай, вчиняються груповим способом, у співучасті.

Одночасно з цими процесами виникає соціальне напруження у нашій країні, оскільки в умовах воєнного стану швидко поширюється безробіття, а також відбувається скорочення різноманітних соціальних виплат. Крім того, зниження доходів населення нашої країни і, як наслідок цього, зростання рівня злочинності, стає додатковим фактором для розвитку кримінальної субкультури.

Загальновідомо, що особливу роль у групових злочинах відведено організатору таких суспільно небезпечних діянь. «...термін "злодій у законі" є передусім кримінологічним, аніж кримінально-правовим, та властивий переважно кримінальній субкультурі країн пострадянського простору, на що також вказують і західні дослідники, коли аналізують діяльність російськомовних організованих злочинних груп у Європейському Союзі» [2].

У Кримінальному Кодексі України у прим. 2 ст. 255 передбачено, що «під особою, яка перебуває у статусі суб'єкта підвищеного злочинного впливу, у тому числі у статусі «вора в законі», ... слід розуміти особу, яка завдяки авторитету, іншим особистим якостям чи можливостям здійснює злочинний вплив і координує злочинну діяльність інших осіб, які здійснюють злочинний вплив» [3], «"ворів у законі" доцільно розглядати як вид соціально організованих злочинних формувань, тобто в класифікації за кримінально-правовими ознаками цей вияв організованої злочинності належить до злочинних спільнот, а за критерієм рівня діяльності – до транснаціональних організованих злочинних угруповань» [4, с. 99].

Погоджуємося з думкою, що «...нові нормативні положення, спрямовані на протидію суб'єктам, які займають вище становище у злочинній ієрархії, є складними для застосування, частково неоднозначними і дискусійними» [5, с. 51]. Подібне формулювання викликає також зауваження з наступних причин, по-перше, в умовах воєнного конфлікту з Російською Федерацією видається недоречним збереження такого терміну з огляду його запозичення з російської мови. По-друге, враховуючи той факт, що Україна отримала статус кандидата на вступ до ЄС, національне законодавство, у тому числі й кримінальне, повинно бути повністю оновлене відповідно до європейських стандартів.

Проте необхідно зауважити, що, зазначені новели Кримінального кодексу України повинні виявити свою ефективність, особливо, за умов воєнного стану. З точки зору системно-функціонального підходу, злочинну організацію можна визначити, як систему, функціонування якої спрямовано на досягнення конкретної, загальної для всіх її учасників мети. Як у мирний час, так і в умовах воєнного стану, нею є отримання прибутків від злочинної діяльності, «мета злочинної спільноти зводиться як правило до вчинення злочинів корисливої чи корисливо-насильницької спрямованості, або встановлення та поширення злочинного впливу» [6, с. 95].

Завдяки системному підходу, відмежовуючись від таких факультативних ознак, як наявність лідера й ієрархії, конкретна кількість учасників, застосування насилля під час здійснення злочинної діяльності, спільні фінансові ресурси, дисципліна й ідеологія, можливо виокремити специфічні ознаки злочинної організації.

Мова йде, у першу чергу, про її регенеративний характер та високий рівень життєздатності, здатність швидко відновлювати втрачені елементи своєї системи; динамічний характер, здатність до реактивних і проактивних змін; активна здатність до самовідтворення, самовдосконалення та самоорганізації; гетерогенність, різнорідність елементів структури, якими можуть бути, як окремі індивідууми, так і самі структури різного типу, зокрема, ієрархії; складність, що зумовлюється гетерогенністю та характером самих зв'язків між структурними елементами, різноманіттям варіантів можливих їх поведінки та реакцій; органічність, кожен елемент більше залежить від системи, аніж система від кожного її елемента; здатність до розвитку, у тому числі, нелінійного характеру, який не обмежується лише кількісним збільшенням елементів; розвиток такої системи може відбуватися субстрактно, на рівні самих елементів, а також структурно, на рівні взаємовідносин між ними.

Щодо структури системи злочинної організації, то особливо небезпечним її елементом є «вори у законі», які готують злочини та кримінальні правопорушення, а також керують ними, активно доповнюють систему новими елементами, й, таким чином, формують нові злочинні кадри, а також організовують фінансування кримінального середовища.

Лідерство у кримінальній субкультурі України є складним і багатоаспектним явищем, що нерозривно повязано з самою злочинністю, яка, незважаючи на її аморфність, асоціальність та аморальність, має дві основні, з перерахованих вище, ознак, а саме – постійність і адаптивність. Насамперед, вони проявляються у здібності злочинності протистояти тим заходам, які вживають державні правоохоронні органи нашої держави щодо її попередження, ліквідації та деактивації.

«...в Україні найбільш небезпечним злочинним угрупуванням була так звана одеська мафія» [7, с. 74]. Щодо категорії кримінальної субкультури «вори у законі», то у нашій державі вона з'являється не стихійно, її появі передувало багаторічна стратифікація кримінального середовища, виокремлення тих осіб, які мали відповідні лідерські компетенції, що й визначило їх майбутній вплив на кримінальну спільноту. Поступово у кримінальному середовищі відокремлюється група осіб, «ворів у законі», яка позиціонує себе, як закриту спільноту, тим самим позбавляючи можливості інших злочинців долучитися до цієї «еліти».

Крім того, при цьому «вори у законі» не втрачають можливості керувати злочинними масами та закріплювати своє переважне становище над ними. Також «ворами у законі» в Україні, як і в інших країнах пострадянського простору, з метою утримання свого привілейованого становища у кримінальній спільноті, було сформовано ідейний зміст своєї діяльності у вигляді власного «кодексу», правил поведінки, які стосувалися виключно «ворів у законі».

Основними закономірностями розвитку кримінального лідерства в Україні стали його високий рівень життєздатності, адаптивність і гнучкість «воровського» закону, а також перманентна боротьба за владу «ворів у законі». Також необхідно відзначити, що, незважаючи на той факт, що на сучасному етапі в Україні кількість осіб, яких можна кваліфікувати, як «ворів у законі» суттєво скоротилася, «...вони, будучи «верхівкою» кримінального соціуму, контролюють різноманітні економічні та політичні процеси: тіньовий капітал, розкрадання бюджетних коштів, «відмивання» доходів, організація незаконного бізнесу, «махінації» на митницях тощо» [8, с. 210].

Організована злочинність, учасники організованих груп і злочинних організацій на чолі зі своїми кримінальними лідерами є небезпечним соціальним явищем, що проникає та впливає на всі сфери життя суспільства. З іншого боку, одним з найбільш впливових факторів, які впливають на кримінальну ситуацію в Україні, можна визначити послаблення соціального контролю.

Так, встановлення контролю над злочинністю та напрацювання конкретних практичних заходів, спрямованих на стримування виникнення та розвитку процесів кримінального характеру, залежить від багатьох факторів, «нестабільні і непродумані трансформації економічної, політичної, соціальної і культурної сфер життя, порушення принципу рівності, несправедлива приватизація, різке соціальне розмежування, безробіття, інфляція, корупція, бідність, конфлікти у суспільстві, – ось соціальна основа злочинності» [9, с. 38].

Отже, можливо визначити основні фактори, які впливають на стримування процесів кримінального характеру в Україні, це: стан економіки, політичної стабільності, рівень вирішення соціальних проблем, характеру та спрямованості кримінальної політики держави, а також стану її кримінального законодавства, забезпечення адекватного сприйняття певного історичного етапу, який переживає суспільство.

Відповідно до зазначеного, визначальним для розуміння шляхів боротьби та протидії встановленню або поширенню злочинного впливу в Україні на сучасному етапі є здійснення збройної агресії Російської Федерації проти нашої держави та запровадження на українській території режиму воєнного стану, що «...як кваліфікуючу ознаку слід розглядати як указану в законі і характерну для частини злочинів певного виду суттєву обставину, що відображає типовий, значно змінений у порівнянні з основним складом злочину ступінь суспільної небезпеки вчиненого та особи винного, і яка впливає на законодавчу оцінку (кваліфікацію) вчиненого і міру відповідальності за нього» [10, с. 239].

Боротьба з організованою злочинністю та підтримання правопорядку та законності у демократичній правовій державі на всіх історичних етапах її розвитку є найбільш важливим завданням органів державної влади. Проте, в історії багатьох країн відбувалися такі події, що надавали їм особливої, виключної актуальності. В умовах воєнного стану всі зусилля правосуддя країни спрямовані, у першу чергу, на попередження та розслідування воєнних і військових злочинів. Проте, одночасно з цим процесом, відбувається активізація злочинної діяльності і серед цивільного населення.

Негативні кримінальні процеси, про які ми зазначили вище, безпосередньо пов'язані з особливостями життя суспільства в умовах воєнного стану та по його завершенню: бідність громадян і низький рівень їх доходів, поява великої кількості неповнолітніх, які залишилися без батьківського нагляду та піклування, дитяча безпритульність. Евакуація, стрімкий наступ агресора, руйнування населених пунктів в Україні, значні людські втрати стають причиною дитячої бездоглядності.

Крім того, кримінальна субкультура, яка виникає та розвивається у суспільстві, а не ізольовано від нього, містить у собі своєрідний моральний заряд і негативно впливає на розвиток особистості, що у результаті спричиняє зниження духовного та морального потенціалу суспільства у цілому. У сукупності зазначені фактори, в умовах воєнного стану та по його завершенню в Україні, можуть спровокувати зростання рівня злочинності серед неповнолітніх.

Воєнний конфлікт спричиняє не лише вкрай негативні соціальні явища у суспільстві, як от, зростання рівня злочинності, він безпосередньо впливає на економічні процеси, які відбуваються у державі. Це можливо пояснити з тої точки зору, що організована злочинність є своєрідною формою економічною діяльності, напряму повязана з функціонуванням легальної економіки. Злочинні організації зацікавлені у встановленні контролю над легальною економікою: їх основною метою виступає легалізація прибутків, отриманих злочинним шляхом, а також легалізація соціального статусу причетних до цієї діяльності осіб.

Наслідком цього стала криміналізація суспільного життя України, поширення й інституціоналізації кримінальних практик, як прийнятної моделі поведінки, яка дозволяє досягти бажаного результату найбільш швидким способом і відносно прийнятним з точки зору суспільства. Таким чином, організована злочинність в Україні почала використовувати легальну економіку для здійснення конкретних злочинних планів ще до початку воєнного конфлікту на території нашої держави. А воєнний конфлікт з його деструктивними наслідками соціального, економічного та політичного характеру для України, став своєрідним каталізатором для поглиблення злочинної діяльності за допомогою використання таких легальних засобів.

Крім загального впливу, що здійснюється організованою злочинністю на економіку України в умовах воєнного стану у цілому, відбувається вплив на її окремі галузі зокрема. У першу чергу мова про ті сфери економічної діяльності, функціонування та діяльність яких забезпечуються державою, навіть за умови запровадження воєнного стану: сфера торгівлі, сфера обслуговування, транспортна галузь, сфера зв'язку й інформації.

Щодо прикладу можна зазначити, що, як у мирний час, так і в умовах воєнного стану, запровадженого в Україні, учасники організованих груп і злочинних організацій використовують транспортну та портову інфраструктуру України для переміщення великих партій наркотичних засобів і сильнодіючих речовин. Така ситуація відбувається й на незаконному ринку прекурсорів, які, в основному виробляються легальною хімічною промисловістю.

У межах впливу організованої злочинності на легальну економічну діяльність держави, необхідно зазначити її проникнення й до банківської, податкової, та фінансової системи. Так, більша частина транзакцій грошей, які були отриманні злочинним шляхом, здійснюються за допомогою легальної фінансової системи та легальних банківських операцій.

Актуальним питанням в умовах воєнного стану також є обіг легальної та нелегальної зброї в Україні. Торгівля зброєю, як правило, пов'язана з придбанням її у легальних постачальників і подальшим виведенням у незаконний обіг. Легальні суб'єкти підприємництва, у той чи інший спосіб, на різних етапах використовуються й іншими формами злочинності. Очевидно, що за умов воєнного стану попереджувати й розслідувати злочини, скоєні злочинними угрупованнями з застосуванням насилля та зброї, ще складніше, враховуючи обмеження фінансового, юридичного та людського ресурсу, спрямованого на це.

Доцільним видається питання щодо посилення кримінальної відповідальності за встановлення або поширення злочинного впливу в Україні в умовах воєнного стану, оскільки результатом такого впливу злочинності воєнного та поствоєнного часу на легальну економіку України стане формування цілого прошарку спеціалістів у різних сферах, наприклад, фінансистів, адвокатів, які будуть слугувати інтересам злочинних груп, причому їх дії будуть цілком легальними.

Вказаний механізм кримінального характеру спотворює економічну модель держави та суспільства у цілому, позаяк до його складу входить група осіб, які будуть залежними від злочинних інтересів, зацікавленими в існуванні злочинних організацій, відстоювати та лобіювати їх цілі, у тому числі, й на законодавчому рівні.

Очевидно, що, по завершенню воєнного конфлікту, Україну очікує зростання рівня злочинності, зокрема, економічних злочинів, що буде спричинене комплексом наслідків збройної агресії проти України, такими, як, наприклад, погіршення соціально-економічного становища населення, зруйновані певні галузі промисловості, скорочення соціальних виплат, дефіцит промислових і продовольчих товарів, втрати та збитки, які будуть завдані сфері сільського господарства.

Проте, крім подолання об'єктивних труднощів у сфері економіки на майбутнє, важливими є заходи щодо попередження та боротьби з організованою злочинністю. У першу чергу, на нашу думку, повинні бути застосовані саме превентивні заходи, цілей яких можна досягти за допомогою підвищення життєвого рівня населення, завершення проведення реформування кримінального законодавства відповідно до європейських стандартів, вилучення нелегальної зброї у цивільного населення, а також поповнення кадрового резерву правоохоронних органів,

які зазнали значних людських втрат внаслідок збройної агресії проти України.

Необхідним є й отримання правоохоронними органами на регулярній основі достовірної та реальної інформації щодо злочинів, які готуються, щодо місць ймовірного збуту майна та коштів, отриманих злочинним шляхом. Також найбільш ефективним напрямом протидії груповій злочинності, по завершенню воєнного конфлікту в Україні, є забезпечення безпеки функціонування її легальної економіки, попередження її використання злочинними організаціями, тому необхідним є цілеспрямоване посилення правоохоронної діяльності й у цьому напрямі.

Комплекс запропонованих заходів допоможе підірвати фінансове підґрунтя злочинних організацій, дестабілізувати сформовані канали незаконних фінансових транснаціональних операцій і, у такий спосіб, привести рівень злочинності в Україні до мінімального показника, що є важливим для нашої держави у період післявоєнної відбудови.

ЛІТЕРАТУРА

1. Репецький В. М., Лисик В. М. Поняття та ознаки воєнних злочинів. *Альманах міжнародного права.* 2009. № 1. С. 120–125.
2. Kego W., Molcean A. Russian Speaking Organized Crime Groups in the EU. Geneva : Institute for Security and Development Policy, 2011. 59 p.
3. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. Дата оновлення: 23.04.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text (дата звернення: 26.06.2022).
4. Малюк В. В. Характеристика осіб-носіїв оперативно значущої поведінки, які вчиняють кримінальні правопорушення у складі злочинних спільнот. *Науковий вісник публічного та приватного права.* 2021. № 2. С. 96–101. URL: https://doi.org/10.32844/2618-1258.2021.2.18 (дата звернення: 26.06.2022).
5. Вознюк А. А. Актуальні питання кримінальної відповідальності учасників злочинної організації та злочинної спільноти. *Актуальні проблеми кримінального права :* матеріали XII Всеукр. наук.-теорет. конф., присвяч. пам'яті проф. П. П. Михайленка, м. Київ, 18 листоп. 2021 р. К. : Нац. акад. внутр. справ, 2021. С. 51–56.
6. Околіт О. В. Злочинна спільнота як форма співучасті. *Вісник Пенітенціарної асоціації України.* 2022. № 3. С. 85–99. URL: https://doi.org/10.34015/2523-4552.2021.3.06 (дата звернення: 26.06.2022).
7. Павленко С. О. Шляхи удосконалення правового регулювання протидії особам, віднесеним до категорії «злодіїв у законі» в Україні. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2016. № 6 (3). С. 73–79.
8. Копйова І. А., Ципищук К. В. Щодо доцільності введення категорії «вор/злодій в законі» в кримінальне законодавство України. *Вісник асоціації кримінального права України.* 2020. № 2 (14). С. 209–219. URL: https://doi.org/10.21564/2311-9640.2020.14.218040 (дата звернення: 26.06.2022).
9. Тимошенко В. І. Соціальна основа злочинності. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2018. № 2. С. 35–39. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmju_2018_2_11 (дата звернення: 26.06.2022).
10. Мармура О. З. Система ознак, що кваліфікують злочин за кримінальним правом України : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Львів, 2016. 270 с.

УДК 343.3
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/82

ЩОДО ПРОБЛЕМ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ СТАТТІ 435[1] «ОБРАЗА ЧЕСТІ І ГІДНОСТІ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦЯ, ПОГРОЗА ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦЮ» КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

REGARDING THE PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF ARTICLE 435[1] «INSULT OF HONOR AND DIGNITY OF A SERVICEMAN, THREAT TO A SERVICEMAN» OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE

Тимофеєв А.О., старший викладач соціальної кафедри № 1
Інститут підготовки юридичних кадрів для Служби безпеки України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Когут А.А., старший викладач соціальної кафедри № 1
Інститут підготовки юридичних кадрів для Служби безпеки України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Членов М.В., старший викладач соціальної кафедри № 1
Інститут підготовки юридичних кадрів для Служби безпеки України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено дослідженню положень статті 435-1 «Образа честі і гідності військовослужбовця, погроза військовослужбовцю» Кримінального кодексу України, якою кодекс було доповнено в березні 2022 року у зв'язку з агресією Російської Федерації проти України. Визначено основну мету доповнення Кримінального кодексу України цією статтею та суб'єктний склад осіб, які підлягають захисту та відповідальності. Зазначено проблеми правової визначеності певних положень диспозиції статті та надано шляхи їх вирішення шляхом внесення змін до чинного законодавства. Було звернено увагу на відсутність зазначення окремих категорій осіб, які очевидно повинні бути під захистом цієї статті, в її диспозиції та надано шляхи вирішення цієї проблеми з оглядом на широкомасштабну збройну агресію Російської Федерації проти України. Зроблено акцент на складність правозастосування вищевказаної статті у зв'язку з віднесенням її до підслідності відразу двох органів досудового розслідування та внесено пропозиції по зміні законодавства в цій частині. Акцентовано увагу на складності дефініції окремих понять в диспозиції статті 435-1 Кримінального кодексу України, що може призвести до неправильної кваліфікації дій осіб з подальшим постановлення виправдувальних вироків в разі направлення відповідних кримінальних проваджень до суду. Окремо висвітлено питання застосування понять, які мали місце в Кримінальному кодексі 1960 року та можливість застосування дефініцій, які були надані уповноваженим органом на сьогоднішній день. Висвітлено також інші проблеми правового регулювання даної норми, які ускладнюють її застосування на практиці, та надано пропозиції щодо вдосконалення чинного кримінального законодавства, як шляхом внесення змін до вже існуючих нормативно правових актів, так і шляхом прийняття нових законодавчих документів та роз'яснень відповідних уповноважених органів.

Ключові слова: військовослужбовець, образа, честь і гідність військовослужбовця, погроза військовослужбовцю, правовий захист, військові злочини, злочин проти честі і гідності військовослужбовця.

The article is devoted to the research of Article 435-1 «Insulting the honor and dignity of a serviceman, threatening a serviceman» of the Criminal Code of Ukraine, which was amended in March 2022 in connection with the aggression of the Russian Federation against Ukraine. Defined the main purpose of supplementing the Criminal Code of Ukraine with this article and the subject composition of persons who must be protected and responsible persons are determined. The problems of legal certainty of certain provisions of the disposition of the article are indicated and ways of solving them by making changes to the current legislation are provided. Attention was drawn to the lack of designation of certain categories of persons who should obviously be under the protection of this article in its disposition, and ways of solving this problem were provided with an overview of the large-scale armed aggression of the Russian Federation against Ukraine. Emphasis was placed on the complexity of law enforcement of the above-mentioned article in connection with its assignment to the jurisdiction of two pre-trial investigation bodies at once, and proposals were made to change the legislation in this pArt. Attention is focused on the complexity of the definition of certain concepts in the disposition of Article 435-1 of the Criminal Code of Ukraine, which can lead to the incorrect qualification of the actions of persons with the subsequent passing of acquittals in the case of referral of relevant criminal proceedings to court. Mentioned the issue of the application of the concepts that took place in the Criminal Code of 1960 and the possibility of applying the definitions that were provided by the authorized body to date are highlighted separately. Other problems of the legal regulation of this norm, which complicate its application in practice, are also highlighted, and proposals are provided to improve the current criminal legislation, both by making changes to already existing normative legal acts, and by adopting new legislative documents and clarifications by the relevant authorized bodies.

Key words: serviceman, insult, honour and dignity of a serviceman, threat to the serviceman, legal protection, war crimes, crime against honor and dignity of a serviceman.

Вступ. У зв'язку з початком широкомасштабної відкритої агресії Російської Федерації проти України, в якій держава-агресор проводить не тільки воєнні дії, але і здійснює інформаційну війну, в якій застосовує пропаганду, фейки, дискредитацію, образи, приниження честі і гідності захисників України, які здійснюють заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації, Законом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення кримінальної відповідальності за виготовлення та поширення забороненої інформаційної продукції» від 03.03.2022 № 2110-IX, який набрав чинності 07.03.2022, Кримінальний кодекс України (далі – КК України) доповнено статтею 435[1] КК України «Образа честі і гідності військовослужбовця, погроза військовослужбовцю», яку розміщено у розділі XIX «Злочини проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини)» [1]. Однак, незважаючи на беззаперечно позитивний задум законодавця, диспозиція вказаної статті та її розташування в КК України викликали певні труднощі її застосування на практиці. Цим і обумовлена актуальність наукової дискусії щодо диспозиції вказаної статті, виявлення проблемних питань правової регламентації цього злочину з метою надання науково обґрунтованих пропозицій щодо її законодавчого удосконалення.

Аналіз останніх наукових досліджень свідчить, що науковий інтерес до питань захисту честі і гідності особи, людини, громадянина, працівників правоохоронних органів, військовослужбовців, є доволі значним. Зокрема, стосовно нової ст. 435[1] КК України Д. С. Шеін, О. С. Бондаренко зазначили, що основним безпосереднім об'єктом даного злочину є суспільні відносини, що встановлюють порядок несення військової служби, а додатковим об'єктом – суспільні відносини у сферах забезпечення миру, мирного співіснування, недоторканність честі й гідності особи військовослужбовця [2, с. 550]; О. В. Остроглядь звернув увагу на необхідність уточнення диспозиції ст. 435[1] КК України, оскільки вказівка на «Російську Федерацію» як суб'єкта агресії, замість словосполучення «держава-агресор» призводить до її обмеженого застосування, оскільки не враховує випадки участі в агресії на боці РФ інших держав, в той час як фактично агресія РФ здійснюється з використанням території і технічних можливостей Республіки Білорусь [3, с. 289]; К. М. Алієва вважає, що суспільна небезпечність посягань на честь і гідність працівників правоохоронних органів при здійсненні заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації є не меншою, ніж аналогічні посягання на честь і гідність військовослужбовців, тому пропонує внести відповідні зміни до КУпАП, закріпивши відповідальність за образу честі і гідності працівника правоохоронного органу [4, с. 373]. О. В. Кухар зробив висновок про обмежений строк дії ст. 435[1] КК України – виключно на строк, коли військовослужбовець здійснює заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації, тобто неможливість застосування цієї статті в інший час – після припинення здійснення цих заходів [5, с. 332]. Разом із тим, комплексно положення ст. 435[1] КК України раніше не досліджувалися, чимало проблем відповідальності за образу честі і гідності військовослужбовця залишаються недостатньо дослідженими, що і обумовило необхідність додаткового наукового аналізу даної норми.

Метою статті є юридичний аналіз положень ст. 435[1] КК України, яка набрала чинності 16.03.2022, звернення уваги на проблеми формулювання її диспозиції, які ускладнюють її застосування на практиці, та надання обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення кримінального законодавства.

Виклад основного матеріалу. Верховна Рада України, запроваджуючи кримінальну відповідальність за образу честі і гідності військовослужбовця, насамперед орієнтується на захист базових, природних і невідчужуваних немайнових прав особи, які гарантуються національними і міжнародними нормативно-правовими актами. Так, в статтях 1, 5, 22 Загальної декларації прав людини від 10.12.1948 зазначається про рівність людей своїй гідності і правах, про заборону приниження гідності людини, її соціальних правах, необхідних для підтримання її гідності [6]. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12.08.1949 забороняє «наругу над людською гідністю, образливе та принизливе поводження» [7]. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання» від 10.12.1984 не тільки декларує право людини на гідність, а й надає тлумачення основних форм виявлення його порушення та способи захисту [8].

Конституція України проголошує, що честь поряд із гідністю визнається однією із найголовніших соціальних цінностей в Україні, утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3); усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах; права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними (ст. 21); кожен має право на повагу до його гідності; ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню (ст. 28) [9]. Відповідно до ст. 270 ЦК України фізична особа має право на свободу та особисту недоторканність, право на недоторканність особистого і сімейного життя, право на повагу до гідності та честі. Поняття честь і гідність особи виступають особистими немайновими правами, які належать кожній фізичній особі від народження або за законом та захищаються в судовому порядку.

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ч. 1 ст. 435[1] КК України передбачає покарання за такі діяння: 1) образа честі і гідності військовослужбовця; 2) погроза вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням його майна. Відповідно до абз. 2 п. 4 Постанови пленуму Верховного Суду України (далі – ППВСУ) № 1 від 27 лютого 2009 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» під гідністю особи слід розуміти визнання цінності кожної фізичної особи як унікальної біопсихосоціальної цінності, а з честю пов'язується позитивна соціальна оцінка особи в очах оточуючих, яка ґрунтується на відповідності її діянь (поведінки) загальноприйнятим уявленням про добро і зло [10]. Поняття «честь» людини необхідно розуміти як позитивну оцінку суспільства, яка надається конкретній людині. При цьому первинна природа честі є загальною для різних форм і рівнів суспільної свідомості, а первинна (антропна) її всезагальна природа «честі» є однаковою для всієї юриспруденції [11, с. 89].

Честь як об'єкт правової охорони перебуває на межі таких засобів регулювання суспільних відносин, як моральні норми та правові норми. Для військовослужбовця честь та гідність мають виключне значення. Це зумовлено передусім тим, що він є захисником Вітчизни. Згідно ст. 17 Конституції України, ст. 2 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» [12]. Проходження військової служби – це оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканості. Згідно ст. 49 Статуту Збройних Сил України (далі – ЗСУ) військовослужбовці повинні постійно бути зразком високої культури, скромності й витримки, берегти військову честь, захищати свою й поважати гідність інших людей, зобов'язані завжди пам'ятати, що за їх поведінкою судять не лише про них, а й про ЗСУ в цілому [13]. Тому честь та гідність для військовослужбовця означає його чисту совість, повагу, благородні поступки, великі справи, відвагу, здатність віддати життя за Вітчизну та її народ [2, с. 549].

Чинне законодавство не містить законодавчу дефініцію поняття «образа», проте даний термін крім ст. 435[1], застосовується в ст. 161 «образа почуттів громадян», ст. 365 «образа особистої гідності потерпілого» КК України. Також слід зазначити, що поняття «образа» раніше застосовувалось в КК України 1960 року (ст. 176-3 «Образа судді»; ст. 189 «образа представника влади, або представника громадськості, який охороняє громадський порядок», ст. 189-1 «образа працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку або військовослужбовця», ст. 237 «образа насильницькою дією»), який втратив чинність.

Відповідно до Словника української мови, образа – зневажливе висловлювання, негарний вчинок і т. ін., що спрямовані проти кого-небудь, і викликають у нього почуття гіркоти, душевного болю. Образа може бути нанесена у вигляді висловлювання (словесно, письмово) або у вигляді дії (ляпас, плювок, непристойний жест), а також публічно або в відсутність об'єкта образи [14]. В абзаці 3 пункту 11 постанови Пленуму ВСУ № 7 від 28.09.1990 року «Про застосування судами законодавства, що регулює захист честі, гідності і ділової репутації громадян та організацій» образа тлумачиться як приниження честі і гідності потерпілого шляхом вислов-

лювання нецензурних чи брутальних слів, вчиненням непристойних або насильницьких дій (жесту та ін.), або дає непристойну оцінку особистим якостям чи поведінці потерпілого в формі, яка різко суперечить прийнятому спілкуванню між людьми [15]. Образа полягає у приниженні честі і гідності потерпілого. При цьому, під час розслідування слід розрізняти образу та оціночне судження, висловлювання якого не буде мати складу злочину, передбаченого ст. 435[1] КК України. Відповідно до ч. 2 ст. 30 Закону України «Про інформацію» оціночними судженнями, за винятком наклепу, є висловлювання, які не містять фактичних даних, критика, оцінка дій, а також висловлювання, що не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані, зокрема з огляду на характер використання мовно-стилістичних засобів (вживання гіпербол, алегорій, сатири) [16]. Тобто, відсутність законодавчої дефініції «образи», а також використання в диспозиції ст. 435[1] КК України щодо таких категорій моралі та права як «честь», «гідність» по відношенню до військовослужбовців, викликає на практиці труднощі здійснення кримінально-правової кваліфікації дій осіб, оскільки встановлення цих фактів можливо шляхом проведення відповідних судових експертиз: семантико-текстуальних, авторознавчих, а також психологічних для встановлення факту наявності моральних страждань у потерпілої фізичної особи-військовослужбовця, визначення розміру компенсації за завдання моральної шкоди внаслідок приниження честі і гідності військовослужбовця.

Що стосується погрози вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна, то ситуація з правовою визначеністю є кращою, у зв'язку з наявністю схожих складів злочину в розділі кримінальних правопорушень проти авторитету органів державної влади. Відповідно до постанови Пленуму ВСУ № 8 від 26 червня 1992 року «Про застосування судами законодавства, що передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність та власність суддів і працівників правоохоронних органів», погроза може виявлятися у висловлюванні (усно, письмово, із застосуванням технічних засобів), а також жестах або інших діях, за допомогою яких винний залякує потерпілого вчиненням вбивства, застосуванням до нього насильства чи знищенням його майна [17]. Під погрозою насильством слід розуміти погрозу заподіяння потерпілому побоїв чи тілесних ушкоджень. Як погрозу знищення майна слід кваліфікувати погрозу знищити будь-яке майно повністю або його частину. Під знищенням майна слід розуміти доведення його до повної непридатності для використання за цільовим призначенням. При пошкодженні майна настає погіршення його якості, зменшення цінності або приведення на деякий час у стан, непридатний для використання за цільовим призначенням.

Погроза може бути висловлена як публічно, так і за відсутності третіх осіб; від особи винного або від конкретно названих осіб чи групи осіб. На кваліфікацію вказані обставини не впливають. Злочин вважається закінченим з моменту доведення погрози до відома потерпілого-військовослужбовця. При цьому можливість реально здійснити особою висловлену погрозу або сприйняття реальності чи уявності даної погрози на кваліфікацію не впливають. При цьому, в ході досудового розслідування даного злочину, необхідним є проведення судової лінгвістичної експертизи, з метою підтвердження належності виразів до вищевказаної категорії, без чого неможливо направлення даної категорії справ до суду.

Що стосується складу військовослужбовців, які підпадають під правову охорону ст. 435[1] КК України, то відповідно до ч. 9 ст. 1 ЗУ «Про військовий обов'язок та військову службу», військовослужбовці – особи, які проходять військову службу. Відповідно до ч. 1 ст. 2 цього Закону, військова служба є державною службою особливого характеру, яка полягає у професійній діяльності придатних до неї за станом здоров'я і віком громадян України (за винятком випадків, визначених законом), іноземців та осіб без громадянства, пов'язаній із обороною України, її незалежності та територіальної цілісності. Ч.6 ст. 2 вказаного Закону містить перелік видів військової служби. Задля правильної кваліфікації злочину, вкрай важливим є визначення точної дати початку проходження особою військової служби, початок якої визначається відповідно до ч. 1 ст. 24 Закону.

При цьому слід зазначити, що відповідно до ч. 3 ст. 9 ЗУ «Про основи національного спротиву» від 16.07.2021 [18], до складу добровольчих формувань територіальних громад зараховуються громадяни України, які відповідають вимогам, встановленим Положенням про добровольчі формування територіальних громад, пройшли медичний, професійний та психологічний відбір і підписали контракт добровольця територіальної оборони. У разі введення в Україні або в окремих її місцевостях воєнного стану всі добровольчі формування територіальних громад переходять в оперативне підпорядкування командирів відповідних військових частин Сил територіальної оборони Збройних Сил України (дала – ЗСУ) і за рішенням Головнокомандувача ЗСУ ці добровольчі формування можуть залучатися до виконання завдань територіальної оборони поза межами визначеної зони територіальної оборони, а також направлятися до районів ведення воєнних (бойових) дій.

Виходячи з цього, учасники добровольчих формувань, якими відповідно до п. 2 ч. 1 ст.9 цього Закону в особливий період комплектуються органи військового управління, військові частини Сил територіальної оборони ЗСУ, які здійснюють заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації також підпадають під об'єкт правової охорони за ст. 435[1] КК України. при цьому, ті члени територіальної оборони, які не є військовослужбовцями, не підпадають під правову охорону ст. 435[1] КК України.

Багато питань виникає щодо суб'єкта вчинення цього злочину з урахуванням місця розташування даної статті в КК України. Д. С. Шеін, О. С. Бондаренко вважають, що в ст. 435[1] КК України суб'єкт злочину загальний – особа, якій виповнилося 16 років [2, с. 550]. Напевне, що законодавець мав намір зробити саме так, формулюючи диспозицію цього злочину. Однак, ст. 435[1] КК України розміщено в Розділі XIX КК України. При цьому, ч. 2 ст. 401 КК України вказує, що за відповідними статтями цього розділу несуть відповідальність військовослужбовці Збройних Сил України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, Державної спеціальної служби транспорту, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, а також інші особи, визначені законом. Тобто, за результатом буквального тлумачення ч. 2 ст. 401 КК України можна зробити висновок, що за ст. 435[1] КК України відповідальність можуть нести лише спеціальні суб'єкти – військовослужбовці, адже ця норма міститься в розділі КК, який передбачає перелік саме військових злочинів. Це сильно звужує сферу застосування даного злочину, оскільки в більшості випадків особами, які здійснюють образу честі і гідності, погрозу вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо військовослужбовця виступають саме цивільні, тобто загальні суб'єкти злочину, а не військовослужбовці. На нашу думку, дана норма призначена для захисту військовослужбовців від протиправних дій будь-якого суб'єкта (особи). Одним з шляхів виправлення цього упущення з боку законодавця є внесення змін до ч. 2 ст. 401 КК України, якими після слова «розділу» слід доповнити словосполученням «крім статті «435[1] КК України».

Крім того, метою запровадження ст. 435[1] КК України було здійснення правової охорони тих військовослужбовців, які здійснюють заходи із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації. Однак, формулювання диспозиції статті викладено таким чином, що склад злочину матиме місце при посяганні на будь-якого військовослужбовця, навіть не пов'язаного з виконанням ним службових обов'язків. Тобто, навіть побутовий конфлікт з таким військовослужбовцем (на ґрунті ревнощів, матеріальних претензій тощо) буде підпадати під ознаки даного складу злочину. Тому пропонується внести до ч. 1 ст. 435[1] КК України законодавчі зміни, якими словосполучення «який здійснює заходи» замінити словосполученням «у зв'язку зі здійсненням ним заходів».

Певні питання виникають й відносно кваліфікації діянь, які передбачені ч. 2 ст. 435[1] КК України. Так, передбачена відповідальність за виготовлення та розповсюдження матеріалів, які містять відомості, зазначені в диспозиції статті. При цьому використання союзу «та» означає, що особа повинна вчинити обидві дії: спочатку виготовити певні матеріали та потім їх поширити. При цьому, в разі якщо особа лише виготовляє матеріали (типографія, яка здійснює друк) або лише поширює (кур'єр, який здійснює доставку або поширює листівки на вулиці), то відповідно до диспозиції статті вона не буде нести відповідальність за ст. 435[1] КК України, адже відповідальність настає лише за сукупність цих дій. У зв'язку з цим пропонується внести законодавчі зміни до ч. 2 ст. 435[1] КК України, якими словосполучник «та» замінити словосполучником «чи», та зробити формулювання цієї частини диспозиції щодо поширення … як в ст.ст. 109, 110 КК України.

Певні питання викликає й підслідність ст. 435[1] КК України. Так, відповідно до п. 3 ч. 4 ст. 216 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), слідчі органів державного бюро розслідувань здійснюють досудове розслідування кримінальних правопорушень проти встановленого порядку несення військової служби (військові кримінальні правопорушення), крім кримінальних правопорушень, передбачених статтею 422 КК України. Тобто, дане кримінальне правопорушення має входити до підслідності Державного бюро розслідувань. Проте, відповідно ч. 2 ст. 216 КПК України, слідчі органи безпеки здійснюють досудове розслідування визначених кримінальних правопорушень, у т. ч. й ст. 435[1] КК України. На нашу думку, розслідування даного злочину має здійснюватися саме слідчими Державного бюро розслідувань. В даному випадку в статті 216 КПК України має місце колізія, яка може викликати неоднакову практику в аспекті визначення підслідності кримінальних правопорушень, передбачених ст. 435[1] КК України. У зв'язку з цим пропонується виключити з ч. 2 ст. 216 КПК ст. 435[1] КК України.

Висновки. За результатами проведеного дослідження можна резюмувати, що диспозиція ст. 435 КК України та розташування цієї статті в КК України підлягають корегуванню шляхом внесення запропонованих законодавчих змін. Напрямком подальших наукових розвідок є визначення об'єкта кримінального посягання, конкретизація суб'єкта даного злочину; дослідження категорії «майно» військовослужбовця в контексті ст. 435[1] КК України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р., № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#n3035 (дата звернення: 28.06.2022).
2. Шеін Д. С., Бондаренко О. С. Образа честі і гідності військовослужбовця, погроза військовослужбовцю як військове кримінальне правопорушення. *Реформування правової системи в контексті євроінтеграційних процесів : матеріали VI Міжнародної науково-практичної конференції* (м. Суми, 19–20 травня 2022 року). Суми : Сумський державний університет, 2022. С. 549–552.
3. Остроглядо О. В. Кримінально-правова політика в умовах війни: законодавчий аспект. *«Аналітично-порівняльне правознавство»:* Ужгородський національний університет. 2022, № 1. С. 286–290.
4. Алієва К. М. Питання криміналізації образи честі і гідності працівника правоохоронного органу. *Реформування правової системи в контексті євроінтергаційних процесів : матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції* (м. Суми, 19–20 травня 2022 року). Суми : Сумський державний університет, 2022. С. 372–374.
5. Кухар О. В. Щодо окремих новел кримінального законодавства України пов'язаних із зовнішньою агресією проти неї. *Актуальні проблеми приватного та публічного права.* 2022. С. 330–333. URL: http://surl.li/chvld (дата звернення: 28.06.2022).
6. Загальна декларація прав людини : Міжнародний документ ООН від 10 грудня1948 р. № 995_015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 28.06.2022).
7. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими : Міжнародний документ ООН від 12.08.1949. URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/995_153 (дата звернення: 28.06.2022).
8. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання : Міжнародний документ ООН від 10.12.1984 № 995_085. URL: http://surl.li/chxca (дата звернення: 28.06.2022).
9. Конституція України : Закон України № 254к/96-ВР від 28.06.1996. *Верховна Рада України*. URL: https://bit.ly/3zf8WtJ (дата звернення: 28.06.2022).
10. Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи: Постанова пленуму Верховного суду України від 27.02.2009 № 1. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09#Text (дата звернення: 28.06.2022).
11. Підгородинський В. Поняття честі та гідності особи. *Вісник прокуратури.* 2009. № 10. С. 88–94.
12. Про військовий обов'язок і військову службу : Закон України від 25.03.1992, № 2232-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2232-12#n572 (дата звернення: 28.06.2022).
13. Статут Збройних сил України : Закон України від 24.03.1999 № 548-XIУ. URL: http://surl.li/chxly (дата звернення: 28.06.2022).
14. Словник Української мови. URL: http://sum.in.ua/s/obraza (дата звернення: 28.06.2022).
15. Про застосування судами законодавства, що регулює захист честі, гідності і ділової репутації громадян та організацій: Постанова пленуму Верховного суду України від 28.09.1990 р. № 7 (втратила чинність). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-90#Text (дата звернення: 28.06.2022).
16. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 № 2657-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text (дата звернення: 28.06.2022).
17. Про застосування судами законодавства, що передбачає відповідальність за посягання на життя, здоров'я, гідність та власність суддів і працівників правоохоронних органів: Постанова пленуму Верховного суду України від 26.06.1992 р., № 8. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0008700-92#Text (дата звернення: 28.06.2022).
18. Про основи національного спротиву : Закон України від 16.07.2021 № 1702-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1702-20#Text (дата звернення: 28.06.2022).

УДК 343.135(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/83

ТИПОЛОГІЯ НЕПОВНОЛІТНІХ ЖЕРТВ КРИМІНАЛЬНО ПРОТИПРАВНИХ ПОСЯГАНЬ В УКРАЇНІ

TYPOLOGY OF JUVENILE VICTIMS OF CRIMINALLY ILLEGAL INVESTIGATIONS IN UKRAINE

Тіточка Т.І., к. ю. н.,
докторант докторантури
Донецький державний університет внутрішніх справ

У статті автор розглядає типологію неповнолітніх жертв кримінально протиправних посягань в Україні. Вказується, що кримінально протиправна поведінка формується під впливом низки чинників, основними з яких є прагнення особи отримати бажаний результат, якого не можна досягти правомірним шляхом. До структури особистості неповнолітньої жертви кримінального правопорушення має входити: 1) демографічні ознаки – особливості людини, які характеризують її як біологічну, розумну істоту, наділену певними елементарними рольовими функціями (стать, вік, сімейне положення тощо); 2) соціально-побутові – особливості людини, набуті внаслідок дорослішання, якими обумовлено якість виховання в родині, закладах освіти тощо. Соціально-побутові ознаки визначають загальне уявлення неповнолітнього про базові речі; 3) громадянсько-рольові – особливості людини, які формують її як громадянина країни (дотримання конституційних обов'язків); 4) морально-ціннісні – уявлення неповнолітнього про духовність, саморефлексія, розуміння найвищої цінності людського буття та усіх, пов'язаних із цим матерій; 5) психолого-медичні – особливості, які обумовлені відхиленнями у здоров'ї дитини, що сприяє віктимізації; 6) кримінологічні – інтеракція із кримінальним правопорушником та всі пов'язані із цим об'єктивні та суб'єктивні фактори віктимізації. Запропонована структура обумовлює відповідну типологію неповнолітніх жертв кримінальних правопорушень. Підсумовується, що до типів неповнолітніх жертв кримінального правопорушення можна віднести: 1) всебічно-віктимний – неповнолітні особи, наділені рисами, які обумовлюють її високий віктимний потенціал; 2) ірраціонально-некритичний – неповнолітні особи, які є віктимними через своє незнання та невміння правильно оцінювати життєві ситуації; 3) провокативно-імпульсивний – активно-агресивні неповнолітні, які своїми діями провокують суб'єкта на вчинення кримінального правопорушення; 4) лабільний – неповнолітні особи, які несвідомо ставлять себе під загрозу через психологічні особливості нервової системи та швидкості сприйняття (такі особи часто стають хронічними/рецидивними жертвами); 5) жертви-ретристи – неповнолітні особи, віктимна поведінка яких обумовлена фактичною віддаленістю від суспільства, що призвело до втрати орієнтування у правилах безпечної поведінки.
Ключові слова: неповнолітній, кримінальне правопорушення, жертва, віктимна поведінка, структура особистості, типологія.

In the article the author considers the typology of juvenile victims of criminally illegal encroachments in Ukraine. It is pointed out that criminally illegal behavior is formed under the influence of a number of factors, the main of which is the desire of a person to obtain the desired result, which can not be achieved in a lawful way. The personality structure of a juvenile victim of a criminal offense should include: 1) demographic characteristics – human characteristics that characterize him as a biological, intelligent being, endowed with certain basic role functions (gender, age, marital status, etc.); 2) social and domestic – human characteristics acquired as a result of growing up, which determine the quality of education in the family, educational institutions, etc. Socio-domestic characteristics determine the general idea of the minor about the basic things; 3) civic-role – features of a person that shape him as a citizen of the country (compliance with constitutional obligations); 4) moral and value – the minor's idea of spirituality, self-reflection, understanding of the highest value of human existence and all related matters; 5) psychological and medical – features that are due to abnormalities in the health of the child, which contributes to victimization; 6) criminological – interaction with the criminal offender and all related objective and subjective factors of victimization. The proposed structure determines the appropriate typology of juvenile victims of criminal offenses. It is concluded that the types of juvenile victims of a criminal offense include: 1) comprehensive-victim – minors endowed with traits that determine its high victim potential; 2) irrational-uncritical – minors who are victimized due to their ignorance and inability to properly assess life situations; 3) provocative-impulsive – active-aggressive minors who by their actions provoke the subject to commit a criminal offense; 4) labile – minors who unknowingly put themselves at risk due to the psychological characteristics of the nervous system and the speed of perception (such persons often become chronic / recurrent victims); 5) victims-retrievers – minors whose victim behavior is due to the actual distance from society, which led to a loss of orientation in the rules of safe behavior.
Key words: juvenile, criminal offense, victim, victim behavior, personality structure, typology.

Постановка проблеми. Представники сучасної віктимологічної науки все частіше почали робити спроби відійти від класичного розуміння сутності віктимної поведінки потерпілого від кримінального правопорушення та особливостей його особистості як детермінанта віктимності. Однак, не дивлячись на це, закладений «скелет» уявлення про кримінально небезпечну поведінку залишається універсальним та являє собою схему: «віктимогенні чинники та фактори – викривлення уявлення про здорову та безпечну поведінку – неприйняття потенційної кримінально протиправної небезпеки – віктимізація». Отже, ми можемо стверджувати, що віктимна поведінка завжди починається із компіляції внутрішніх та зовнішніх чинників, котрі негативно впливають на свідомість людини. При цьому, на жаль, віктимна поведінка інколи трансформується у кримінально протиправну, що обумовлено тим, що вони обидві мають спільне ядро, яким є девіантність. Таким чином, враховуючи актуальність та доцільність розгляду структури та типології жертви кримінального правопорушення як «керівного центру» віктимності, пропонуємо зупинитись на цьому питанні більш детально.

Стан опрацювання проблематики. Питанням визначення типології неповнолітніх жертв кримінально протиправних посягань в Україні присвятили свої праці такі вчені як М. Андріяшевська, Ю. Антонян, Л. Давиденко, П. Дагель, А. Джужа, О. Джужа, А. Закалюк, А. Зелінський, В. Коновалова, Н. Кузнецова, В. Мінська, О. Михайлов, Є. Мойсеєв, О. Литвинов, Є. Назимко та ін. При цьому, не дивлячись на зацікавленість теоретиків досліджуваною тематикою, низка проблем залишається невирішеною.

Метою даної статті є дослідження типології неповнолітніх жертв кримінально протиправних посягань в Україні.

Виклад основного матеріалу. Поведінка жертви об'єктивно виступає в роді істотних і навіть вирішальних кримінологічних складових частин механізму злочину. Залежно від конкретних обставин її поведінка може бути однією з причин або умовою, що сприяє вчиненню злочину [1, с. 216]. Однак сама по собі поведінка жертви не може призвести до злочину, вона обов'язково взаємодіє з негативними факторами, які належать до злочинця [2, с. 142]. Нерідко в механізмі злочину ролі злочинця і жертви тісно

переплітаються, тоді взагалі доводиться констатувати той факт, що відмінність між ними досить відносна, оскільки лише випадок вирішує, хто стане потерпілим, а хто злочинцем. До того ж ці ролі можуть взаємозамінюватися і поєднуватися в одній особі. Наприклад, у ситуаціях, пов'язаних з нападом в ході бійки, сторони взаємно завдають один одному шкоду, від важко вловимих нюансів залежить, за ким у цьому залишиться перевага [1, с. 216]. Кримінально протиправна поведінка формується під впливом низки чинників, основними з яких є прагнення особи отримати бажаний результат, якого не можна досягти правомірним шляхом. В загальному сенсі під механізмом кримінально протиправної поведінки необхідно розуміти систему особистих якостей особи, якими обумовлені її алгоритмічні дії, спрямовані на реалізацію кримінально протиправного інтересу та досягнення бажаного результату.

Особливості особистості жертви завжди корелюються із ситуативно-варіативним фактором, який обумовлює конкретний вид протиправного діяння у відношенні конкретної особи. По-друге, під час характеристики жертви, у т. ч. – неповнолітньої ми маємо враховувати медичну сторону її особистості, тобто певні захворювання, котрі обумовлюють її віктимність. Отже, під структурою особистості неповнолітньої жертви кримінального правопорушення необхідно розуміти сукупність об'єктивних та суб'єктивних чинників та факторів, котрі впливають на індекс ймовірності потрапляння підлітка у кримінально протиправну ситуацію, що обумовлено наявністю сприяючих умов. Враховуючи вказане, вважаємо, що до структури особистості неповнолітньої жертви кримінального правопорушення має входити: 1) ***демографічні ознаки*** – особливості людини, які характеризують її як біологічну, розумну істоту, наділену певними елементарними рольовими функціями (стать, вік, сімейне положення тощо); 2) ***соціально-побутові*** – особливості людини, набуті внаслідок дорослішання, якими обумовлено якість виховання в родині, закладах освіти тощо. Соціально-побутові ознаки визначають загальне уявлення неповнолітнього про базові речі; 3) ***громадянсько-рольові*** – особливості людини, які формують її як громадянина країни (дотримання конституційних обов'язків); 4) ***морально-ціннісні*** – уявлення неповнолітнього про духовність, саморефлексія, розуміння найвищої цінності людського буття та усіх, пов'язаних із цим матерій; 5) ***психолого-медичні*** – особливості, які обумовлені відхиленнями у здоров'ї дитини, що сприяє віктимізації; 6) ***кримінологічні*** – інтеракція із кримінальним правопорушником та всі пов'язані із цим об'єктивні та суб'єктивні фактори віктимізації. Запропонована структура обумовлює відповідну типологію неповнолітніх жертв кримінальних правопорушень.

Відтак, один із найвідоміших дослідників питань віктимології держав пострадянського простору Д. Рівман наводить широке коло критеріїв виокремлення типів жертв злочинів: «Залежно від ставлення жертв злочинів до злочинця, залежно від морально-психологічних ознак жертв, залежно від ступеня вини жертв тощо». Крім цього, згаданий автор пропонує провести типологію жертв злочинів залежно від тяжкості злочинів, від яких вони постраждали. За цим критерієм можна виокремити жертв злочинів невеликої тяжкості, жертв злочинів середньої тяжкості, жертв тяжких злочинів та жертв особливо тяжких злочинів» [1, с. 52]. Фахівці надають такий коментар: «Віктимна поведінка – це дії або бездіяльність особи, що зумовили вибір її у ролі жертви і стали приводом для вчинення злочину в конкретній життєвій ситуації. За своєю суттю віктимна поведінка – це небезпечна для суб'єкта поведінка в ситуації взаємодії зі злочинцем. Небезпечною така поведінка стає з урахуванням особливостей місця, часу та сценарію розвитку подій перед вчиненням злочину або у момент злочинного посягання. Віктимна поведінка привертає увагу зловмисника, зумовлює вибір жертви, стає приводом для вчинення злочину проти конкретної особи, яка виявилася підвищено уразливою у конкретній ситуації. За формою вини така поведінка переважно є необережною. Значно рідше люди навмисно наражаються на небезпеку протиправних посягань. За моментом виникнення віктимна поведінка передує вчиненню злочину або проявляється у момент взаємодії злочинця і жертви. Так само розгортання та зміна віктимної поведінки відбувається у ході вчинення злочину. Проявів віктимної поведінки відносно небагато, здебільшого вони є типовими. Віктимна поведінка становить зовнішній прояв віктимності особи. Вона формується під впливом генотипу, життєвого досвіду та середовища проживання» [3, с. 125]. Насправді, запропоноване вище є занадто узагальненим та у глобальному сенсі не вирішує проблеми типології неповнолітніх жертв кримінальних правопорушень. На нашу думку, завжди необхідно враховувати той факт, що будь-яка жертва – це заручник власної поведінки та вміння реагувати на нестандартні ситуації. Детермінація віктимної поведінки не залежить від тяжкості кримінального правопорушення, вона пов'язана в першу чергу зі ступенем фактичної ролі жертви у механізмі кримінально протиправної поведінки та її інтеракції із суб'єктом правопорушення. Тобто, нас має цікавити ступінь взаємозв'язку жертви із правопорушником, вини жертви та її загальна особистісна характеристика.

О. Джужа наводить комплексний підхід до досліджуваного питання, кладучи в основу класифікації ступінь віктимності. На його думку, це дає можливість виділити кілька типів жертв злочинів: 1) випадкова жертва – коли особа стає такою внаслідок збігу обставин. Взаємовідносини, що виникли між жертвою і злочинцем, не залежать від їх волі і бажання; 2) жертва з незначним ступенем ризику – особа, яка живе за нормальних для всіх людей факторів ризику, і віктимність якої зросла непередбачено під впливом конкретної несприятливої ситуації; 3) жертва з підвищеним ступенем ризику – особа, яка володіє низкою віктимних властивостей. До цієї категорії належать два основні види жертв: а) жертви необережних злочинів – коли характер роботи, що вони виконують, або їх поведінка у громадських місцях мають вищу, ніж звичайна, віктимність; б) жертви умисних злочинів, соціальний статус яких або роль, що вони виконують, містять підвищений ризик; 4) жертва з дуже високим ступенем ризику – особа, морально-соціальна деформація якої не відрізняється від правопорушників [4, с. 129, 130]. О. Юрченко вважає за доцільне провести класифікацію жертв злочинів залежно від характеру взаємовідносин між потерпілим та злочинцем, які передували злочину, відносячи до них: 1) ситуаційні жертви (вчинення злочину відбувається під впливом конкретної життєвої ситуації, що склалася; вибір жертви є випадковим; як правило, потерпілий і спричинювач шкоди не були знайомі і не мали ніяких стосунків. Це характерно, наприклад, для вбивства або заподіяння тяжких тілесних ушкоджень з хуліганських мотивів); 2) імовірнісні жертви (вчинення протиправних діянь стосовно цих осіб має імовірний характер. Злочинний наслідок, за таких обставин, є випадковим щодо конкретної жертви. Наприклад, у ході бійки мають значення фізичні особливості людини: сила, спритність, здатність першим заволодіти знаряддям злочину. Теоретично для учасників конфлікту існує рівна ймовірність стати злочинцем або потерпілим); 3) заздалегідь визначені жертви злочинних діянь (шкоди зазнають люди, пов'язані зі злочинцем родинними, дружніми, інтимними та іншими близькими стосунками. Найчастіше злочин є результатом несприятливої ситуації, що склалася ще задовго до його вчинення, напружених стосунків між учасниками конфлікту) [5, с. 11]. В контексті вищерозглянутих типологій та класифікацій, ми можемо підсумувати, що ***на сьогоднішній день до типів неповнолітніх жертв кримінального правопорушення можна***

віднести: 1) всебічно-віктимний – неповнолітні особи, наділені рисами, які обумовлюють її високий віктимний потенціал; 2) ірраціонально-некритичний – неповнолітні особи, які є віктимними через своє незнання та невміння правильно оцінювати життєві ситуації; 3) провокативно-імпульсивний – активно-агресивні неповнолітні, які своїми діями провокують суб'єкта на вчинення кримінального правопорушення; 4) лабільний – неповнолітні особи, які несвідомо ставлять себе під загрозу через психологічні особливості нервової системи та швидкості сприйняття (такі особи часто стають хронічними/рецидивними жертвами); 5) жертви-ретристи – неповнолітні особи, віктимна поведінка яких обумовлена фактичною віддаленістю від суспільства, що призвело до втрати орієнтування у правилах безпечної поведінки.

Як ми вже вище вказували, поряд із віктимною поведінкою завжди присутній ситуативно-рольовий фактор, котрий взаємопов'язаний із типом особистості неповнолітньої жертви. Такі ситуації не завжди вписані в механізм кримінально протиправної поведінки та часто існують самостійно, мотивуючи тим самим початок сценарію кримінально протиправної поведінки. Всі ситуації, в яких неповнолітній може стати жертвою незаконного діяння вчені поділяють на декілька видів, серед яких: 1) ситуації, у яких поведінка жертви спричиняє об'єктивну можливість учинення злочину: дії жертви, що призвели до аварійної ситуації на транспорті; всепрощення, яке дає злочинцеві змогу продовжувати злочинну діяльність; відсутність критичності, без якої шахрайство було б неможливим; 2) ситуації провокаційного характеру з негативною поведінкою жертви. У цих випадках поведінка жертви полягає в нападі, образі, приниженні, провокації, підбурюванні, загрози тощо; 3) ситуації провокаційного характеру з позитивною поведінкою жертви (наприклад, дії працівника поліції, який постраждав під час захисту третьої особи); 4) замкнуті ситуації, у яких дії жертви спрямовано на заподіяння шкоди собі самій (наприклад, заподіяння собі каліцтва з метою ухилення від військової служби, знищення власного майна тощо); 5) ситуації, у яких поведінка жертви є абсолютно нейтральною з точки зору впливу на поведінку злочинця і вчинення злочину [6, с. 90]. Тобто, виходячи із запропонованої типологізації, можна говорити про те, що моменту найвищої точки віктимності (безпосередньо злочинний акт) передує низка факторів: віктимна поведінка (яка включає в себе сукупність взаємопов'язаних дій: **суб'єктивні** – мотивація тих чи інших дій, які роблять вагомий внесок в механізм злочину, а саме: ***латентна віктимна поведінка*** (тривала позиція жертви, обумовлена небажанням співпрацювати із правоохоронними органами через страх помсти з боку злочинця, зневіра в поліції, небажання завдавати шкоду злочинцеві через родинні зв'язки із ним, матеріальну залежність тощо (Б. М. Головкін зазначає, що моментом виникнення стану латентності жертви є фактичне заподіяння злочином шкоди фізичній чи юридичній особі. Моментом припинення стану є правова легалізація постраждалої особи шляхом її встановлення та визнання потерпілим у кримінальному провадженні [7])); ***рецидивна віктимна поведінка*** (стійка думка про те, що світ не може існувати без злочинності, небажання слідувати заходам безпеки через віру про неминучість долі тощо); ***недбала віктимна поведінка*** (зумовлена необачністю, невіглаством, зухвалістю, а також іншими психологічними особливостями неповнолітнього) та **об'єктивні** – конкретні фактори та життєві ситуації, які спричинили вчинення злочину: ***особливості особистості підлітка:*** вік, стать, зовнішні дані тощо, які роблять його випадковою жертвою, через особливі присмаки злочинця (має місце, коли умови, в яких вчинюється суспільно небезпечне діяння не забезпечені поведінкою неповнолітнього: у денний час, у людному місці тощо); ***конкретна життєва ситуація*** (комплекс дій, які мають місце лише у даний час та у даному місці): злочин, обумовлений непередбачуваною поведінкою злочинця (наприклад, завдання шкоди дитини батьками, які знаходяться у стані алкогольного/наркотичного сп'яніння тощо); злочин, обумовлений психічними захворюваннями злочинця (спонтанні ґвалтівники, агресори тощо) [8, с. 93]. Варто звернути увагу, що не виокремлюючи в загальному сенсі окремі типи неповнолітніх жертв кримінальних правопорушень, ми не можемо не приділити окрему увагу підліткам, які потерпіли від суспільно небезпечних діянь сексуального характеру. Останнє можна пояснити тим, що сексуально перверсивна поведінка кримінального правопорушника у більшості випадків провокується або обумовлюється поведінкою неповнолітньої жертви.

Дійсно, у загальному розумінні типи неповнолітніх жертв сексуальних кримінальних правопорушень різко не відрізняються інших жертв таких злочинів. При цьому типологія таких осіб є дещо звуженою за рахунок частого домінування певних особливостей, котрі провокують кримінального правопорушника на вчинення протиправного діяння. Наприклад, якщо особа прагне вчинити крадіжку або грабіж / розбій, жертва частіше за все відіграє другорядну роль, оскільки на перший план виходять обставини, які сприяють правопорушенню (темний час доби, відсутність сторонніх осіб тощо). У випадку насильницького інцесту або будь-якого іншого суспільно небезпечного діяння сексуального характеру увага акцентується на потерпілому як на об'єкті бажання. Саме тому кримінальний правопорушник зазвичай звертає увагу на два таких аспекти: біологічні особливості жертви та поведінкові реакції. Вивчення статистики та судової практики дозволило нам підсумувати, що у більшості випадків такого роду кримінальне правопорушення вчиняється у відношенні малолітніх / неповнолітніх осіб, котрі мають привабливу зовнішність та пасивний тип поведінки (не прикладають надмірної кількості зусиль для захисту та попередження інцесту). Отже, враховуючи сказане, зазначимо, що ***до найбільш розповсюджених належать такі типи жертв насильницького інцесту***: 1) фізично приваблива жертва – особа, котра за своїми зовнішніми даними, віком, іншими особливостями (у т. ч. і вадами) зовнішності відповідає сексуальним уподобанням кримінального правопорушника; 2) гендерно приваблива жертва – особа, котра відповідає уподобанням правопорушника за своєю статевою приналежністю; 3) активна жертва (у т. ч. і жертва-провокатор) – особа, котра своєю поведінкою (флірт, відвертий одяг тощо) «заохочує» сексуальні зазіхання кримінального правопорушника; 4) пасивна жертва – особа, кора усвідомлює вчинення у відношенні себе сексуального насильства та або взагалі не вчиняє дій, спрямованих на самозахист, або вчиняє їх не в повній мірі; 5) жертва обставин – особа, яка потерпіла від сексуального насильства через збіг певних обставин (алкогольна агресія правопорушника, відсутність інших осіб, котрі відповідали б уподобанням правопорушника). «Жертва, потрапляючи в екстремальну ситуацію здійснення проти неї акту насильства, намагається уникнути цієї ситуації або звести до мінімуму можливі негативні наслідки. У такий момент у жертви виникає кілька варіантів поведінки для досягнення зазначеної мети. Вибір варіантів поведінки відбувається з урахуванням як попереднього власного, так і чужого життєвого досвіду, а також на підставі власних особистісних якостей. Якщо у центральній нервовій системі людини переважають процеси гальмування, то, потрапляючи в екстремальні умови здійснення проти неї акту насильства, вона поводиться в перший момент пасивно, не починаючи практично ніяких активних дій. І навпаки, людина, у якої переважають процеси збудження, починає негайно випробовувати різні варіанти виходу із ситуації, що виникла. Час перебування

в такому «мобілізованому» стані залежить від швидкості зміни нервових процесів у даної людини. Чим вищою для жертви є значимість можливої втрати, тим вищим є загальний рівень її емоційної напруги. У міру розвитку ситуації й усвідомлення жертвою неможливості уникнути насильства рівень її емоційної напруги підвищується. Якщо ж постраждала сторона є невпевненою у своїх силах протистояти насильнику, емоції ще більше підсилюються. Передбачуваний негативний результат подій, що розвиваються, ще більше підсилює збудженість жертви. У цьому випадку, як показують результати досліджень, поведінка жертви може переходити у сферу неконтрольованої з її боку й зумовлюватися тими стереотипами, що були сформовані раніше» [9, с. 132]. Вивчення судової практики дозволило нам підсумувати, що більшість неповнолітніх жертв насильницького інцесту перебувала у стані крайнього стресу, у зв'язку із чим вони навіть не намагались зупинити реалізацію кримінальним правопорушником протиправного умислу. Максимальні дії були такими: жертви просили насильника зупинитись та припинити свої дії, плакали або намагались кликати на допомогу. Зустрічної агресії майже не було, що свідчить про відсутність своєчасної необхідної оборони.

Висновки. Таким чином, проведене дослідження дозволило підсумувати, що ***під особою жертви кримінального правопорушення*** необхідно розуміти сукупність суб'єктивних соціально та юридично значущих особливостей, котрі в поєднанні з іншими об'єктивними умовами та обставинами сприяють та/або обумовлюють схильність людини стати жертвою суспільно небезпечного діяння тим самим віктимізуючи її під структурою особистості неповнолітньої жертви кримінального правопорушення необхідно розуміти сукупність об'єктивних та суб'єктивних чинників та факторів, котрі впливають на індекс ймовірності потрапляння підлітка у кримінально протиправну ситуацію, що обумовлено наявністю сприяючих умов. Враховуючи вказане, вважаємо, що до структури особистості неповнолітньої жертви кримінального правопорушення має входити: 1) ***демографічні ознаки*** – особливості людини, які характеризують її як біологічну, розумну істоту, наділену певними елементарними рольовими функціями (стать, вік, сімейне положення тощо); 2) ***соціально-побутові*** – особливості людини, набуті внаслідок дорослішання, якими обумовлено якість виховання в родині, закладах освіти тощо. Соціально-побутові ознаки визначають загальне уявлення неповнолітнього про базові речі; 3) ***громадянсько-рольові*** **–** особливості людини, які формують її як громадянина країни (дотримання конституційних обов'язків); 4) ***морально-ціннісні*** **–** уявлення неповнолітнього про духовність, саморефлексія, розуміння найвищої цінності людського буття та усіх, пов'язаних із цим матерій; 5) ***психолого-медичні*** **–** особливості, які обумовлені відхиленнями у здоров'ї дитини, що сприяє віктимізації; 6) ***кримінологічні*** – інтеракція із кримінальним правопорушником та всі пов'язані із цим об'єктивні та суб'єктивні фактори віктимізації. Запропонована структура обумовлює відповідну типологію неповнолітніх жертв кримінальних правопорушень.

До типів неповнолітніх жертв кримінального правопорушення можна віднести: 1) всебічно-віктимний – неповнолітні особи, наділені рисами, які обумовлюють її високий віктимний потенціал; 2) ірраціонально-некритичний – неповнолітні особи, які є віктимними через своє незнання та невміння правильно оцінювати життєві ситуації; 3) провокативно-імпульсивний – активно-агресивні неповнолітні, які своїми діями провокують суб'єкта на вчинення кримінального правопорушення; 4) лабільний – неповнолітні особи, які несвідомо ставлять себе під загрозу через психологічні особливості нервової системи та швидкості сприйняття (такі особи часто стають хронічними/рецидивними жертвами); 5) жертви-ретристи – неповнолітні особи, віктимна поведінка яких обумовлена фактичною віддаленістю від суспільства, що призвело до втрати орієнтування у правилах безпечної поведінки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ривман Д. В. Криминальная виктимология. Санкт-Петербург : Питер, 2002. 304 с.
2. Давиденко В. Л. Роль потерпілого в механізмі злочинної поведінки. *Європейські перспективи*. 2014. № 7. С. 141–144.
3. Головкін Б. М. Віктимна поведінка жертв злочинів. *Проблеми законності*. 2016. Вип. 135. С. 124–135.
4. Курс кримінології: Загальна частина : підручник: у 2 кн.: Кн. 1 / за заг. ред. О. М. Джужи. К. : Юрінком Інтер, 2001. 352 с.
5. Юрченко О. Роль віктимної поведінки потерпілих при вчиненні тяжких насильницьких злочинів проти життя та здоров'я особи : автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Х. : Національна юридична академія імені Ярослава Мудрого, 2004. 18 с.
6. Джужа А. О., Тичина Д. М. Роль потерпілого (жертви) в механізмі вчинення злочину. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2017. № 4. С. 87–98.
7. Головкін Б. М. Поняття латентної віктимізації від злочинних посягань. URL: http://inter.criminology.onua.edu.ua/?p=21808
8. Назимко Є. С., Андріяшевська М. С., Тіточка Т. І. Ювенальна віктимологія: теоретико-правова модель : монографія. Запоріжжя : Гельветика, 2021. 208 с.
9. Ханна Дорота Сасаль. «Блакитні карти». Процедура втручання поліції на випадок домашнього насильства. Winrock International, 1999. 238 с.

УДК 343.122
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/84

БЛИЗЬКІ ОСОБИ ЯК ПОТЕРПІЛІ ВІД КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

RELATED PERSONS AS VICTIMS OF CRIMINAL OFFENSES

Ткаченко І.М., к. ю. н.,
викладач кафедри кримінального права
Національна академія внутрішніх справ

У статті досліджено доцільність та обґрунтованість застосування різних категорій близьких осіб для позначення потерпілих від кримінальних правопорушень у КК України. Серед них близькі, близькі особи, близькі родичі, близькі родичі чи члени сім'ї, а також подружжя чи колишнє подружжя або інша особа, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах.

Розглянуто проблемні питання, що стосуються близьких (близьких родичів, членів сім'ї) як потерпілих від кримінальних правопорушень, які пов'язані з довільним оперуванням відповідною термінологією.

Вживання різних термінів для позначення осіб, які перебувають у родинних, сімейних чи інших близьких відносинах з потерпілим, визнано необґрунтованим. Адже йдеться про однорідні, а в певних випадках, як видається, навіть тотожні категорії осіб. Така широка варіація термінів обумовлена не потребою диференціації, а банальною кримінально-правовою помилкою, що полягає у дотриманні елементарних правил законодавчої техніки.

У КК України слід уніфікувати понятійно-категоріальний апарат, що використовується для позначення досліджуваних категорій потерпілих від кримінальних правопорушень шляхом вибору найбільш оптимального терміну та науково-обґрунтованого його застосування у конструкціях відповідних кримінально-правових норм.

На підставі аналізу наукової літератури, положень нормативно-правових актів (КК України, КПК України, Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів», проєкту нового КК України) встановлено, що найбільш оптимальним в цьому плані визнано термін «близька особа». Він повинен охоплювати три категорії близьких осіб: 1) близький родич; 2) член сім'ї або колишній член сім'ї; 3) інша особа, що має важливе значення для потерпілої особи.

Ключові слова: близька особа, близький родич, член сім'ї, потерпілий від кримінального правопорушення, склад кримінального правопорушення.

The article examines the appropriateness and reasonableness of using different categories of relatives to identify victims of criminal offences in the Criminal Code of Ukraine. These are loved ones, close persons, close relatives, family members, as well as the spouse or former spouse or another person with whom the perpetrator is (has been) in a family or close relationship.

Problematic issues concerning close persons (close relatives, family members) as victims of criminal offenses related to arbitrary use of the relevant terminology, are considered.

The use of various terms to refer to persons in a family or other close relationship with the victim is considered unreasonable. After all, they are homogeneous, and in certain cases, even the same categories of persons. Such a wide variation of terms is not due to the need for differentiation, but a common criminal error of complying with elementary rules of legislative technique.

The Criminal Code of Ukraine should unify the conceptual and categorical apparatus used to designate the examined categories of victims of criminal offenses by choosing the most optimum time and scientifically-based application in structures of relevant criminal law.

Based on the analysis of scientific literature, provisions of legal instruments (Criminal Code of Ukraine, Criminal Procedure Code of Ukraine, Law of Ukraine "On State Protection of Court and Law Enforcement Employees", draft of the new Criminal Code of Ukraine) it is determined that the term «close person» is considered the most optimal. It should cover three categories of close persons: 1) a close relative; 2) a family member or a former family member; 3) another person who is important to the victim.

Key words: close person, close relative, family member, victim of a criminal offense, elements of a criminal offense.

Серед об'єктивних ознак складу кримінального правопорушення важливе місце відводиться потерпілому, захист інтересів якого є одним з пріоритетних завдань КК України. Кримінально-правова категорія потерпілого є не лише обов'язковою ознакою окремих складів злочинів та кримінальних проступків, але й має значення для застосування інших інститутів кримінального права, зокрема звільнення від кримінальної відповідальності, призначення покарання, застосування обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння тощо.

У КК України вживаються різні категорії потерпілих, серед яких близькі особи, близькі родичі, члени сім'ї. Насамперед виникають питання який зміст цих термінів, чи існує потреба у такому широкому спектрі варіантів позначення відповідних потерпілих та який варіант уніфікації є найкращим. Ці та інші проблемні питання суттєво ускладнюють застосування відповідних кримінально-правових норм на практиці.

Актуальні проблеми різних категорій близьких осіб як потерпілих від кримінальних правопорушень досліджено в наукових працях В. П. Беленка, А. В. Бойка, Л. П. Брич, А. А. Вознюка, І. О. Давидович, О. О. Дудорова, О. О. Кирбятєва, В. А. Клименка, В. В. Кузнєцова, В. І. Осадчого, А. В. Савченка, А. М. Удода, М. І. Хавронюка, С. Д. Шапченка та ін. Водночас проблеми, які виникають на практиці, пов'язані з тлумаченням відповідних термінів, потребують подальших досліджень.

Метою статті є дослідження актуальних проблем, пов'язаних з різними категоріями близьких осіб як потерпілих від кримінальних правопорушень задля формування шляхів удосконалення кримінального законодавства та практики його застосування.

Серед потерпілих від кримінальних правопорушень важливо відмітити осіб, які перебувають у родинних, сімейних чи інших близьких відносинах з умовно кажучи головним потерпілим (наприклад, представником влади, працівником правоохоронного органу).

Детальний аналіз положень кримінального законодавства свідчить про те, що в КК України вживаються різні терміни для позначення осіб, які перебувають у родинних, сімейних чи інших близьких відносинах з потерпілим, зокрема такі:

«подружжя чи колишнє подружжя або інша особа, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах» (п. 6-1 ч. 1 ст. 67, ст. 126-1, ч. 2 ст. 152, ч. 2 ст. 153 КК України);

«близькі» (ч. 2 ст. 126, ч. 2, 3 ст. 149, ч. 1–3 ст. 350 КК України);

«близькі особи» (ч. 1 ст. 206, ч. 1 ст. 280 КК України);

«близькі родичі» (ч. 2 ст. 115, ч. 3 ст. 154, ч. 1 ст. 189, ч. 1 ст. 343, ч. 1, 2, 3 ст. 345, ч. 1 ст. 346, ч. 1 ст. 347, ст. 348,

ст. 349, ч. 1 ст. 352, ч. 1 ст. 355, ч. 1–3 ст. 377, ч. 1 ст. 378, ст. 379, ст. 380, ст. 386, ч. 1, 2 ст. 398, ч. 1 ст. 399, ст. 400 КК України);

«близькі родичі чи члени сім'ї» (ч. 1, 2, 3 ст. 345-1, ч. 1 ст. 347-1, ст. 348-1, ст. 349-1, ч. 2 ст. 385, ч. 1-2 ст. 435-1 КК України).

У зв'язку з цим слід дослідити питання про те чи усі ці особи дійсно є потерпілими від кримінальних правопорушень, доцільність застосування такої варіації однорідних, а в певних випадках, як видається, навіть тотожних категорій потерпілих. Важливо визначити шляхи оптимізації кримінального законодавства в цьому напрямку шляхом уніфікації понятійно-категоріального апарату для позначення досліджуваних категорій потерпілих від кримінальних правопорушень. Не слід залишати поза увагою і якісне змістовне наповнення відповідних термінів. Розглянемо зазначені питання більш детальніше.

Щоб дати відповідь на питання чи усі зазначені особи є потерпілими від кримінальних правопорушень слід встановити хто такий потерпілий. У сучасній теорії українського кримінального права існують різні концепції потерпілого від кримінального правопорушення [1, с. 100–107; 2, с. 210–218; 3; 4, с. 73–85]. Водночас якою б не була дискусія з цього питання беззаперечним видається той факт, що в будь-якому випадку потерпілою є фізична особа. Прихильники концепції потерпілий – фізична особа вважають, що це факультативна ознака об'єкта злочину, що характеризує людину, з приводу якої вчиняється злочин та/або якій, відповідно до кримінально-правової норми, злочином завдається істотна шкода (чи створюється загроза її заподіяння) (А. А. Музика та Є. В. Лащук) [3, с. 82–83]; фізична особа, якій злочином заподіяно шкоду (або існує загроза її заподіяння), на підставі чого вона набуває права вирішувати питання про кримінально-правові наслідки вчинення злочину в межах, визначених КК України (Т. І. Присяжнюк) [5, с. 176]; фізичну особу (людину), якій злочином безпосередньо заподіяно моральну, фізичну або майнову шкоду (А. В. Савченко) [6, с. 98]; особу, яка наділена ознаками, що прямо названі у кримінальному законі чи які випливають з інших ознак складу злочину, і стосовно якої здійснюється злочинне посягання (В. С. Ковальський) [7, с. 176].

Виходячи із зазначених ознак виникає запитання чи відповідають досліджувані категорії осіб (близькі, близькі особи, близькі родичі, близькі родичі чи члени сім'ї, а також подружжя чи колишнє подружжя або інша особа, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах) кримінально-правовим ознакам потерпілого від кримінального правопорушення.

Візьмемо для прикладу погрозу вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо близьких родичів чи членів сім'ї журналіста у зв'язку із здійсненням цим журналістом законної професійної діяльності (ст. 345-1). Безперечно тут потерпілим є близький родич чи член сім'ї журналіста.

Натомість зовсім інша справа з мордуванням, що вчиняється з метою залякування потерпілого чи його близьких (ч. 2 ст. 126 КК України). Чи є потерпілими в кримінально-правовому значенні в цьому випадку близькі? Напевно, що ні, оскільки відносно них вчиняється мордування, однак вони можуть зазнавати шкоди від залякування. Водночас у зазначеній нормі закріплені підстави кримінальної відповідальності саме за мордування певної особи з метою залякування її чи її близьких.

Схожа ситуація у випадках з торгівлею людьми, передбаченою ч. 2, 3 ст. 149 КК України (поєднана з насильством, яке є (не є) небезпечним для життя чи здоров'я близьких потерпілого). Фактично близькі потерпілого згадуються в контексті способу торгівлі людьми. Однак такі особи не можуть бути потерпілими оскільки їх не вербують, не переміщають, не переховують, не передають або не одержують з метою експлуатації з використанням примусу, викрадення, обману, шантажу, матеріальної чи іншої залежності, уразливого стану або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання згоди на його експлуатацію, тобто відносно них не вчиняються діяння, які утворюють об'єктивну сторону злочину, передбаченого ст. 149 КК України.

З огляду на зазначене можна підсумувати, що терміни «близькі», «близькі особи», «близькі родичі», «близькі родичі чи члени сім'ї», «подружжя чи колишнє подружжя або інша особа, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах» не завжди позначають потерпілих у статтях Особливої частини КК України.

Водночас виникає запитання до якого елемента складу кримінального правопорушення варто їх віднести.

Т. І. Присяжнюк з цього приводу зауважує, що жертвами злочину є як потерпілі у кримінально-правовому сенсі (первинні жертви), так і родичі, близькі та інші потерпілого (рикошетні жертви). У КК України, а також у КПК України необхідно чітко вирішити питання про те, що родичі та близькі загиблої внаслідок вчинення злочину особи не є потерпілими у кримінально-правовому сенсі. Вони можуть за певних умов набувати прав учасників процесу (наприклад, з метою отримання належного відшкодування шкоди), однак їм не властиві ознаки, які притаманні безпосереднім потерпілим від злочинів. Водночас родичі та близькі загиблої внаслідок вчинення злочину особи є жертвами злочину у віктимологічному розумінні. Питання про визнання потерпілими у кримінально-правовому сенсі близьких родичів чи близьких осіб особи, якій злочином безпосередньо було спричинено шкоду, є спірним у теорії кримінального права. Так, наприклад, адресатами погроз під час учинення вимагання можуть бути близькі родичі (ст. 189 КК України), адресатами погроз під час вчинення протидії законній господарській діяльності можуть бути близькі особи (ст. 206 КК України). Звичайно, ці особи також відчувають шкоду спричинену злочином. Однак у кримінальному праві доцільно розглядати як потерпілого лише ту особу, проти якої безпосередньо спрямований злочин, а не її родичів або близьких їй осіб [8, с. 93–94, 175].

Як бачимо проблема визначення місця певних категорій близьких осіб нині залишається актуальною та потребує окремого ґрунтовного дослідження.

Повертаючись до аналізу вживання термінів «близькі», «близькі особи», «близькі родичі», «близькі родичі чи члени сім'ї», «подружжя чи колишнє подружжя або інша особа, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах» не можна не помітити відсутність єдиного уніфікованого підходу законодавця принаймні в двох моментах: 1) щодо термінів, які мали б позначати, як видається, тотожні категорії фізичних осіб – потерпілих від кримінального правопорушення; 2) щодо вибіркового та, як видається, безсистемного їх вживання у конструкціях заборонних кримінально-правових норм.

Щодо першого моменту слід звернути увагу принаймні на те, що терміни «близькі» та «близькі особи» – позначають одну й ту ж категорію потерпілих від кримінальних правопорушень.

Незрозумілою є позиція законодавця у випадку визнання потерпілим у кримінальних правопорушеннях проти журналістів близьких родичів чи членів сім'ї журналіста, а у тотожних чи однорідних кримінальних правопорушеннях щодо представників влади чи громадян, які виконують громадський обов'язок – лише близьких родичів. Наприклад, у ч. 1 ст. 345 КК України криміналізовано погрозу вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо працівника правоохоронного органу, а також щодо його *близьких родичів* у зв'язку з виконанням цим працівником службових обов'язків. Натомість у ч. 1 ст. 345-1 КК України

встановлено кримінальну відповідальність за погрозу вбивством, насильством або знищенням чи пошкодженням майна щодо журналіста, його *близьких родичів чи членів сім'ї* у зв'язку із здійсненням цим журналістом законної професійної діяльності. Наведене свідчить про відсутність в кримінальному законодавстві єдиних підходів до використання термінів, що позначають окремі види потерпілих від кримінальних правопорушень.

Щодо другого моменту заслуговує на увагу позиція І. І. Давидович, яка слушно звертає увагу на те, що потерпілими від злочину, передбаченого ч. 1 ст. 350 КК, визнаються близькі службової особи, в той час, як потерпілими від посягань, склади яких описані у ч. 2 та ч. 3 ст. 350, можуть визнаватись як близькі службової особи, так і близькі громадянину, який виконує громадський обов'язок. Очевидно, розбіжність у підході законодавця щодо захисту близьких службової особи і близьких громадянина, який виконує громадський обов'язок, є наслідком технічної помилки. Якщо це так, то помилка має бути виправлена шляхом внесення відповідної зміни у диспозицію ч. 1 ст. 350 КК. Якщо ж це принципова позиція законодавця, то не є зрозумілим, чим вона пояснюється. Коли громадянин, вільно обравши для себе певний варіант поведінки, вчиняє дії, спрямовані на охорону правопорядку, і саме у зв'язку з такими діями здійснюється злочинний вплив на його близьких, на думку І. І. Давидович, блага (інтереси) цих близьких повинні підлягати посиленому захисту на підставі спеціальних норм кримінального закону. Тим більше це стосується випадків, коли мова йде про близьких членів громадських формувань з охорони громадського порядку та військовослужбовців, адже останні за певних обставин позбавлені варіанту вибору поведінки і зобов'язані підтримувати правопорядок, тим більше, коли діють за наказом або розпорядженням [9, с. 57–58].

Розглянувши проблемні питання, що стосуються близьких (близьких родичів, членів сім'ї) як потерпілих від кримінальних правопорушень, пов'язані з довільним оперуванням відповідною термінологією, перейдемо до питання про зміст зазначеного терміну, а також найбільш оптимальний варіант для позначення цих суб'єктів. З цією метою доцільно звернутися до його тлумачення в нормативно-правових актах, наукових працях, а також до змісту схожих термінів.

Коректними видаються формулювання, в яких про потерпілих йдеться в однині. Як слушно зауважує Л. П. Брич, на відміну від ч. 1 ст. 345 КК, де поняття «близькі родичі» вжито в множині, у п. 8 ч. 2 ст. 115 КК йдеться про близького родича особи, яка виконує службовий або громадський обов'язок, в однині. Це є законодавчим недоліком ст. 345 КК України. Застосування системного тлумачення положень Кодексу дає підстави стверджувати, що погроза або насильство щодо принаймні одного близького родича працівника правоохоронного органу у зв'язку з виконанням цим працівником своїх службових обов'язків повинна тягнути відповідальність за відповідною частиною ст. 345 КК України [10, с. 1055]. Така позиція має бути відображена в усіх випадках, де існує необхідність застосування відповідної термінології. Тобто потерпілих у конструкціях відповідних кримінально-правових заборон слід викладати в однині.

Безумовно термінологія, що вживається у КК України для позначення відповідних категорій потерпілих, потребує уніфікації. Має рацію Т. Ю. Присяжнюк в тому, що очевидною є помилковість позиції законодавця щодо відсутності єдиного підходу в термінології і використання у Особливій частині КК України паралельно словосполучень «близькі родичі» та «близькі особи». Більш правильним є вибір по всіх статтях Особливої частини єдиного терміна [8, с. 175]. А. В. Бойко обґрунтовуючи доцільність застосування терміну «близькі родичі та члени сім'ї» зауважує, що позиція законодавця в п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК України найбільш відповідає суті того поняття «близький родич», що застосовується у кримінальному праві. Але законодавець, справедливо, поряд з терміном «близькі родичі» вживає термін «члени сім'ї» (тобто, особи не пов'язані з працівником правоохоронного органу кровними родинними зв'язками). Безумовно, інтереси цих осіб, також, є цінними для такого працівника. Уніфікація основних термінів, що вживаються у КПК, КК та інших кодексах України, буде сприяти їх однаковому розумінню та правильному застосуванню, виключає необхідність розкривати їх зміст у статтях закону, де вони вживаються. Таке правове регулювання сприяє ефективному засвоєнню змісту норм, полегшує користування кодексами, зокрема, КК України [11, с. 110].

З усіх термінів найбільш обмеженим за значенням видається термін «близькі родичі». Близькі родичі, які відповідно до ч. 2 ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23 грудня 1993 р. підлягають захисту, – це батьки, дружина (чоловік), діти, рідні брати і сестри, дід, баба, онуки, посягання на життя, здоров'я, житло і майно яких перешкоджає виконанню працівниками суду і правоохоронних органів покладених на них законом обов'язків і здійсненню наданих прав [12]. Вади цього терміну в тому, що він не охоплює ні усіх родичів, на усіх членів сім'ї, не кажучи вже про інші категорії близьких осіб.

Не випадково окремі вчені для тлумачення терміну «близькі родичі» пропонують звертатися до положень КПК України [11, с. 110, 13, с. 724]. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК до близьких родичів і членів сім' належать: чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права й обов'язки, у тому числі особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі [14]. За своїм змістом категорія близьких родичів, наведена в КПК України, є значно ширшою від аналогічної категорії, на яку законодавець вказав у Законі України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» [15, с. 52–53].

Позиція законодавця щодо використання положень п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК України для застосування відповідних кримінально-правових норм була піддана аргументованій критиці вчених. На думку А. М. Удода використовувана в КПК категорія «близькі родичі та члени сім'ї» має дещо інше функціональне призначення у сфері кримінального судочинства, аніж у сфері кримінально-правового захисту суспільних відносин та пов'язана, перш за все, з нормативним закріпленням певних обмежень на здійснення окремих процесуальних дій чи кримінального провадження в цілому при наявності родинних, сімейних зв'язків з відповідними особами, які фігурують у провадженні. В кримінально-правовому ж контексті, акцент зміщується з процесуально-правових обмежень на матеріально-правові межі захисту суспільних відносин. У зв'язку з цим, на його думку, характеристика потерпілих від злочину, передбаченого ст. 345 КК виключно через означене вище поняття (поряд з працівниками правоохоронних органів) не забезпечує повноцінної кримінально-правової охорони суспільних відносин, що складають його основний безпосередній об'єкт [16, с. 96]. У контексті зазначеного В. П. Беленок зауважує, що попри те, що КПК врегульовує суспільні відносини, які виникають між учасниками кримінального процесу, у зв'язку з чим прийняття за основу та використання термінологічних тлумачень, наведених у КПК, під час кваліфікації погрози або насильства щодо працівника правоохоронного органу видається недоречним, ми не можемо нехтувати позитивними надбаннями

національного кримінального процесуального законодавства [15, с. 52–53].

Слід відмітити, що до положень КПК України в контексті тлумаченні відповідних кримінально-правових положень рекомендовано звертатися навіть в окремих статтях КК України. Так, у примітці до ст. 155 КК зафіксовано, що у ст. 155, 156 КК під близькими родичами або членами сім'ї слід розуміти осіб, визначених п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК. Однак незважаючи на це звернення до КПК України в цій ситуації хоча й видається логічним, однак позиція законодавця не є безспірною. Краще вживати більш широкий термін для позначення досліджуваної категорії осіб.

Окремі вчені обґрунтовують доцільність застосування для позначення потерпілих від кримінальних правопорушень терміну «близькі родичі та члени сім'ї» [17, с. 5; 18, с. 16]. Однак більшість науковців слушно рекомендує не обмежуватися у цьому випадку сімейними та родинними відносинами, а тому лунають пропозиції щодо використання таких термінів як «рідні та близькі» [19, с. 17], «близькі» [9, с. 134; 20, с. 16], «близька особа» [21, с. 287; 22, с. 36], «близькі особи» [23, с. 12; 16, с. 96–97; 24, с. 4–5, 17].

З цього приводу А. М. Удод наголошує, що вихід з цієї ситуації вбачається нами у запровадженні до КК України категорії «*близькі особи*» на позначення додаткової групи можливих потерпілих від злочину. У суворо логічному зазначений цей термін є більш широким за обсягом, аніж «близькі родичі та члени сім'ї», адже охоплює будь-яких осіб, з якими працівник правоохоронних органів підтримує відносини та доля яких йому не байдужа: інтимні партнери, близькі друзі, віддалені родичі: свекор, теща, свекруха, тесть, двоюрідні брати, сестри, тітки, дядьки, хрещені батьки та хрещені діти тощо. В цьому аспекті не можна не звернути увагу на національні особливості родичівства (кровного та свояцтва) в нашій державі, які вирізняються достатньо розвиненою мережею довколосімейних відносин та близькістю відповідних зв'язків зі значною кількістю категорій осіб. Відтак, врахування цих особливостей в процесі оптимізації кримінально-правового захисту суспільних правоохоронних відносин є об'єктивно необхідним, відповідає тенденціям відродження традицій та самобутності української нації, зокрема в аспекті часткового поширення механізмів правового гарантування недоторканості усталених в звичаєвому обороту фамілістичних відносин (різновиду суспільних відносин, дотичних до сімейних в розумінні ст. 3 Сімейного кодексу України). Останні ж так само традиційно займають суттєву нішу в системі соціально корисних зв'язків практично будь-якої людини в нашій країні. У зв'язку з цим, суспільно небезпечні посягання на них, зокрема у спосіб погроз чи насильства щодо близьких осіб, потенційно з великим ступенем вірогідності здатні вплинути на поведінку працівника правоохоронного органу, спричинивши дисфункцію виконання ним своїх службових обов'язків та порушивши відносини у сфері правоохоронної діяльності як такої [16, с. 96–97].

Як слушно зауважує В. І. Осадчий враховуючи, що вплив на діяльність працівника правоохоронного органу може бути і через осіб, які не охоплюються поняттям «близькі родичі», перед законодавцем доцільно поставити питання про зміну редакцій відповідних норм в частині, що стосується цього питання. Як варіант, може бути запропоновано замість слів «близькі родичі» вжити слова «рідні та близькі» [25, с. 110; 26, с. 17]. У подальшому в конструкціях статей, запропонованих вченим, вживається термін «близькі або рідні» [26, с. 25–27].

На переконання І. І. Давидович поняття «близькі» є більш широким, ніж «близькі родичі», адже охоплює не тільки осіб, які мають родинні стосунки з службовою особою чи громадянином, який виконує громадський обов'язок, а й будь-яких інших осіб, які сприймаються ними як рідні [9, с. 57]. На її думку кращим буде використання у статтях 345, 346, 347, 348, 249, 352, 377, 378, 379, 398, 399, 400, п. 8 ч. 2 ст. 115 КК поняття «близькі», – це сприятиме реальному захисту осіб, які виконують службовий або громадський обов'язок [9, с. 56–57].

Прихильник терміну «близькі особи» А. М. Удод зазначає, що немає можливості визначити вичерпний перелік близьких осіб, адже навіть ідентичні соціальні статуси в кожній конкретній ситуації можуть не обумовлювати фактичної близькості у змісті відносин між працівником правоохоронного органу й відповідною особою. Через це він вважає за можливе, запровадивши категорію «близькі особи» на позначення додаткової категорії потерпілих від злочину, передбаченого ст. 345 КК України, віднести процес її тлумачення до сфери правозастосувального розсуду [16, с. 97].

В. М. Мамчур вважає, що посиленого кримінально-правового захисту потребують як близькі родичі особи, яка виконує службовий або громадський обов'язок, так і інші особи, які є близькими цій особі в силу тих чи інших життєвих обставин. Тому запропонував змінити формулювання у ст. 112, п. 8 ч. 2 ст. 115, 348, 379, 400 КК «їх близьких родичів» на формулювання «близьких для них осіб» [24, с. 4–5, 17].

На думку М. М. Комарницького більш оптимальною була б вказівка у аналізованих злочинах на потерпілих від злочину «близьких осіб», а не «близьких родичах», оскільки часто не родинна близькість, а глибокі особисті стосунки з певними особами можуть стати «вразливим місцем» особи, яка виконує службовий чи громадський обов'язок, впливаючи на яке шляхом погроз або насильства у відношенні їхніх друзів, коханих винний може з великими шансами на успіх домогтися своєї мети [23, с. 111–112].

А. В. Савченко та Н. М. Ярмиш наголошують, що особи, які вчиняють певні дії у зв'язку з виконанням особою професійних функцій, впливаючи для досягнення своїх цілей не на нього, а на інших людей, добре знають «больові точки» цього професіонала. Вони обирають найбільш дорогих для нього людей, які не обов'язково належать до тих, хто визначений у законодавчому переліку. Тому більш адекватним для реалізації принципу справедливості було б відповідних потерпілих визначати як «близьких осіб». Саме таким було відповідне формулювання у КК 1961 року. Таких осіб одностайно розуміли як людей, доля яких не байдужа для відповідної особи. До слова, у розділі XV Особливої частини КК України міститься ст. 359 «Погроза або насильство щодо службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок» де йдеться саме про «близьких осіб», без уточнення їхнього родинного та сімейного статусу (те саме спостерігається і у статтях з інших розділів, зокрема, ч. 2 ст. 126 КК України «Побої та мордування») [27, с. 98].

Близькими особи можуть бути як по відношенню до потерпілого, так і особи, яка вчинила кримінальне правопорушення. А. А. Вознюк характеризуючи близьких осіб наголошує, що близькими особами слід вважати всіх осіб, з якими особа, що вчинила злочин, перебуває в близьких відносинах, зокрема і найближчих друзів суб'єкта, з якими в нього існує спільний побут у формі спільного відпочинку, харчування, спілкування тощо [28, с. 53–54].

Правильність поглядів щодо доцільності розширення досліджуваних категорій осіб підтверджується і сучасними розробками проєкту нового КК України, у якому доречі пропонується як термін «близька особа», так і термін «близький родич». Відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 1.3.1 проєкту близька особа – близький родич, член сім'ї або колишній член сім'ї: а) шляхом заподіяння шкоди чи погрози заподіяння шкоди якому здійснюється вплив на поведінку потерпілої особи чи помста за її попередню поведінку або б) на користь чи в інтересах якого вчиняється

кримінальне правопорушення [29]. Натомість близький родич – чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний і двоюрідний брат, рідна і двоюрідна сестра, рідний брат та сестра дружини (чоловіка), племінник, племінниця, рідний дядько, рідна тітка, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, зять, невістка, тесть, теща, свекор, свекруха, батько та мати дружини (чоловіка) сина (дочки), усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням [29].

Положення проєкту є важливим, однак як зауважують вчені не бездоганними. Наприклад, вважається, що запропонований авторами проєкту перелік близьких осіб не є вичерпним. Термін «близький» означає пов'язаний почуттям симпатії, дружби, спільністю ідей, інтересів. У житті близькою особою можуть бути інші люди, наприклад, товариш чи колега, які інколи можуть мати більш важливе значення для потерпілого, ніж його окремі близькі родичі [30, с. 7–13]. Має рацію В. О. Навроцький в тому, що про те, що особа є близькою, свідчить не ступінь спорідненості, а характер стосунків» [31, с. 600]. З огляду на це зазначений у проєкті КК термін «близькі особи» слід уточнити вказівкою на інших осіб, що мають важливе значення для потерпілої особи. У цьому випадку найбільш повно буде враховано характер зв'язку і взаємовідносини між представником влади і близькою особою.

Вживання різних термінів («близькі», «близькі особи», «близькі родичі», «близькі родичі чи члени сім'ї», «подружжя чи колишнє подружжя або інша особа, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах») для позначення осіб, які перебувають у родинних, сімейних чи інших близьких відносинах з потерпілим, є необґрунтованим. Адже йдеться про однорідні, а в певних випадках, як видається, навіть тотожні категорії осіб. Така широка варіація термінів обтулена не потребою диференціації, а банальною кримінально-правовою помилкою, що полягає у дотриманні елементарних правил законодавчої техніки.

У КК України слід уніфікувати понятійно-категоріальний апарат, що використовується для позначення досліджуваних категорій потерпілих від кримінальних правопорушень шляхом вибору найбільш оптимального терміну та науково-обґрунтованого його застосування у конструкціях відповідних кримінально-правових норм.

Найбільш оптимальним в цьому плані видається термін «близька особа». Він повинен охоплювати три категорії близьких осіб: 1) близький родич; 2) член сім'ї або колишній член сім'ї; 3) інша особа, що має важливе значення для потерпілої особи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Борисов В. І. Потерпілий від злочину як соціальний суб'єкт кримінально-правової охорони. *Право України.* 2017. № 2. С. 100–107.
2. Вознюк А. А., Кузьмічова-Кисленко Є. В. Проблеми встановлення потерпілого від порушення правил безпеки дорожнього руху чи експлуатації транспорту особами, які керують транспортними засобами. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ.* 2017. № 3 (104). С. 210–218.
3. Музика А. А., Лащук Є. В. Предмет злочину: теоретичні основи пізнання : монографія. Київ : Паливода А. В., 2011. 192 с.
4. Ткаченко І. М. Сучасні концепції потерпілого від кримінального правопорушення в теорії кримінального права. *Вісник Пенітенціарної асоціації України.* 2021. № 4 (18). С. 73–85. DOI: 10.34015/2523-4552.2021.4.06
5. Присяжнюк Т. І. Інститут потерпілого у кримінальному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2006. 20 с.
6. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / [Ю. В. Александров, В. І. Антипов, М. В. Володько, О. О. Дудоров та ін.]; за ред. М. І. Мельника, В. А. Климента. 5-те вид., переробл. та доповн. Київ : Атіка, 2009. 408 с.
7. Українське кримінальне право. Загальна частина : підручник / за ред. В. О. Навроцького. Київ : Юрінком Інтер, 2013.
8. Присяжнюк Т. І. Інститут потерпілого у кримінальному праві України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2006. 214 с.
9. Давидович І. І. Кримінально-правова охорона представників влади і громадскості, які охороняють правопорядок : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2007. 252 с.
10. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [А. М. Бойко, Л. П. Брич, О. О. Дудоров та ін.]; за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка [10-те вид., переробл. та доповн.]. Київ : Дакор, 2018. 1360 с.
11. Бойко А. В. Кримінальна відповідальність за погрозу або насильство щодо працівника правоохоронного органу : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2013. 231 с.
12. Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів : Закон України від 23 груд. 1993 р. № 3781-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3781-12#Text
13. Кримінальний кодекс України. Науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, В. І. Борисова, В. І. Тютюгіна. 5-те вид., доповн. Харків : Право, 2013. Т. 2: Особлива частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, В. І. Тютюгін та ін. 2013. 1040 с.
14. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4651-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text
15. Беленок В. П. Кримінально-правова та кримінологічна характеристика погрози або насильства щодо працівника правоохоронного органу. : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2021. 353 с.
16. Удод А. М. Кримінально-правова характеристика погрози або насильства щодо працівника правоохоронного органу (ст. 345 КК України) : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2013. 220 с.
17. Бойко А. В. Кримінальна відповідальність за погрозу або насильство щодо працівника правоохоронного органу : автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2013. 21 с.
18. Ізай І. М. Кримінально-правова протидія втручанню в діяльність працівників правоохоронних органів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2018. 20 с.
19. Осадчий В. Проблеми кримінально-правового захисту правоохоронної діяльності : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2004. 36 с.
20. Сийплокі М. В. Кримінально-правовий захист охоронної діяльності в Україні : автореф. дис. ... д-ра юрид наук: 12.00.08. Харків, 2020. 36 с.
21. Беленок В. П. Потерпілий як ознака складу злочину «погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу». *Права людини у філософському, політологічному, соціологічному та правовому вимірах :* матеріали III Міжнар. наук. конф. (Харків, 14 груд. 2007 р.). Харків : ХНУ ім. В. Н. Каразіна, 2007. С. 284–287.
22. Кирбят'єв О. О. Кримінально-правова охорона професійної діяльності працівників правоохоронних органів : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Запоріжжя. 2021. 36 с.
23. Комарницький М. М. Кримінально-правова охорона осіб чи їх близьких родичів у зв'язку з виконанням ними свого службового чи громадського обов'язку : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2017. 225 с.
24. Мамчур В. М. Кримінальна відповідальність за умисне вбивство особи чи її близького родича у зв'язку з виконанням цією особою службового або громадського обов'язку : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. К., 2003. 20 с.
25. Осадчий В. І. Кримінально-правовий захист правоохоронної діяльності : монографія. Київ : Атіка, 2004. 336 с.
26. Осадчий В. Проблеми кримінально-правового захисту правоохоронної діяльності : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2004. 36 с.

27. Посібник до навчального курсу щодо безпеки журналістів : навч. посіб. / [Вознюк А. А., Калиновський Б. В., Камінська Н. В. та ін.]. Рада Європи, 2021. 146 с.

28. Вознюк А. А. Удосконалення обставин, які пом'якшують та обтяжують покарання, у контексті реалізації положень Стамбульської конвенції. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ.* 2019. № 1 (110). С. 50–57.

29. Контрольний текст проєкту нового КК України (станом на 18 лютого 2022 року). URL: https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/02/18/kontrolnyj-proekt-kk-18-02-2022.pdf

30. Чернєй В. В., Вознюк А. А. Проєкт нового Кримінального кодексу України: окремі пропозиції щодо удосконалення. *Реформування кримінального законодавства крізь призму історичного надбання* : матеріали міжвідом. наук.-практ. круглого столу (Київ, 18 берез. 2021 р.). Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2021. С. 7–13.

31. Навроцький В. О. Кримінальне право України. Особлива частина : курс лекцій. – К. : Т-во «Знання», КОО, 2000. – 771 с.

РОЗДІЛ 9
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/85

ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТОК КРИМІНАЛІСТИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ НА ТЕРЕНАХ УКРАЇНИ

NASCENCE AND DEVELOPMENT OF FORENSIC RESEARCH IN THE INVESTIGATION OF CRIMINAL OFFENSES ON THE TERRITORY OF UKRAINE

Арешонков В.В., д. ю. н., с. н.с,
провідний науковий співробітник наукової лабораторії
з проблем протидії злочинності навчально-наукового інституту № 1
Національна академія внутрішніх справ

Луценко Ю.В., д. ю. н., доцент,
начальник відділу
Міжвідомчий науково-дослідний центр з проблем боротьби з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України

Атаманчук В.М., к. ю. н.,
завідувач кафедри криміналістичного забезпечення
та судових експертиз навчально-наукового інституту № 2
Національна академія внутрішніх справ

Стаття присвячена дослідженню питань, пов'язаних із виникненням та розвитком криміналістичних досліджень при розслідуванні кримінальних правопорушень на теренах України в історичній ретроспективі. З огляду на існуючу на сьогодні концепцію об'єднання пошуку слідів злочину, їх огляду та попереднього дослідження, перевірки за криміналістичними обліками та криміналістичних експертиз у єдину технологію, існує потреба більш детального вивчення передумов розвитку цих різновидів досліджень та їх взаємозв'язку на окремих історичних етапах. На основі аналізу літературних джерел щодо початку проведення різних видів криміналістичних досліджень (експертиз) зроблено висновок, що виникнення таких досліджень було зумовлено: відкриттям певного феномена або явища в науці; систематичним використанням у злочинних цілях певної категорії об'єктів в якості знаряддя вчинення злочину; систематичною підробкою певної категорії об'єктів; введенням заборони чи обмеження на певну категорію об'єктів; а також технічним прогресом, який призвів на певному етапі до появи можливості досліджень певної категорії об'єктів. При цьому автори наголошують, що науковий та технічний рівень криміналістичних досліджень наприкінці XIX – на початку XX століття був ще досить низьким, що часто призводило до малоінформативних та помилкових висновків, а також зумовлювало існування декількох рівнів криміналістичних експертиз. Окрім цього зазначається, що такі різновиди криміналістичних досліджень як пошук слідів злочину, їх огляд, попередні дослідження, перевірки за криміналістичними обліками та криміналістичні експертизи із самого початку їх появи були тісно взаємопов'язані між собою та досить часто проводились одними і тими ж установами. В ході аналізу розвитку державних установ, які проводили криміналістичні дослідження на території України починаючи з початку XX століття, розкрито різновиди таких досліджень та відповідно можливості установ з їх проведення на різних історичних етапах. Зроблено висновок, що наразі в Україні створена широка та якісна мережа державних установ, які проводять різноманітні судово-експертні дослідження, а також з'являються все більше установ даного профілю недержавної форми власності. Автори наголошують, що створення такої мережі, а також існуючих можливостей проведення криміналістичних досліджень, є результатом багаторічної праці кваліфікованих управлінських та наукових кадрів, а також практичних працівників цих установ.

Ключові слова: кримінальні правопорушення, криміналістичні дослідження, попередні дослідження, криміналістичні обліки, криміналістичні експертизи.

The article is devoted to the study of issues related to the emergence and development of forensic research in the investigation of criminal offenses in Ukraine in historical retrospect. Given the current concept of combining the search for traces of crime, their review and preliminary research, forensic accounting and forensic examinations into a single technology, there is a need for more detailed study of the preconditions for the development of these types of research and their relationship at different historical stages. Based on the analysis of literature sources on the beginning of various types of forensic research (examinations), it was concluded that the emergence of such research was due to: the discovery of a phenomenon or phenomenon in science; systematic use for criminal purposes of a certain category of objects as an instrument of crime; systematic forgery of a certain category of objects; introduction of a ban or restriction on a certain category of objects; as well as technical progress, which led at a certain stage to the possibility of researching a certain category of objects. At the same time, the authors emphasize that the scientific and technical level of forensic research in the late XIX – early XX centuries was still quite low, which often led to uninformative and erroneous conclusions, as well as the existence of several levels of forensic examination. In addition, it is noted that such types of forensic research as search for traces of crime, their review, preliminary research, forensic records and forensic examinations from the very beginning of their appearance were closely interrelated and often conducted by the same institutions. In the course of the analysis of the development of state institutions that have conducted forensic research on the territory of Ukraine since the beginning of the XX century, the varieties of such research and, accordingly, the possibilities of institutions to conduct them at different historical stages are revealed. It is concluded that currently in Ukraine there is a wide and high-quality network of government agencies that conduct various forensic studies, as well as more and more institutions of this profile of non-state ownership. The authors emphasize that the creation of such a network, as well as the existing opportunities for forensic research, is the result of many years of work of qualified management and research staff, as well as practitioners of these institutions.

Key words: criminal offenses, forensic research, preliminary research, forensic records, forensic examinations.

Постановка проблеми. Сучасному періоду розвитку теорії криміналістики та судової експертизи характерно не тільки подальше розширення її теоретичних положень і практичних можливостей, але і, безумовно, вивчення шляху її історичного розвитку.

Вивчаючи певну категорію, особливо якщо вона має практичну складову, яка полягає в діяльності із дослідження матеріальних об'єктів – слідів злочину, важливо зрозуміти її витоки, передумови та особливості становлення та розвитку. Це дозволяє більш глибоко зрозуміти сутність цієї діяльності, простежити її закономірності та взаємозв'язки наявних елементів (різновидів).

Стан дослідження теми. Розвитку криміналістики в історичній ретроспективі, виникненню і розвитку окремих різновидів техніко-криміналістичних досліджень, а також експертних установ України присвячено значну кількість робіт таких вітчизняних і зарубіжних науковців: П. Д. Біленчука, Р. С. Бєлкіна, Н. І. Клименко, В. О. Комахи, А. В. Кофанова, І. П. Красюка, І. Ф. Крилова, В. С. Пєчнікова, С. І. Тихенка, В. К. Лисиченка, М. В. Салтевського, М. Я. Сегая, В. В. Семенова, Г. О. Стрілець, В. В. Федчишиної, В. М. Чиснікова, В. В. Юсупова та багатьох ін. Значний внесок у вивчення методологічних проблем застосування криміналістичних знань у розслідуванні злочинів, криміналістичного забезпечення практики протидії злочинності та, особливо, проблем періодизації розвитку криміналістичної науки, зокрема в частині криміналістичної техніки, зробив український учений-криміналіст А. В. Іщенко.

Зазначені вчені зробили значний внесок у пізнання історії криміналістики, судової експертології та окремих установ, які в різні часи проводили ті чи ті криміналістичні дослідження. Проте з огляду на існуючу на сьогодні концепцію об'єднання пошуку слідів злочину, їх огляду та попереднього дослідження, перевірки за криміналістичними обліками та криміналістичних експертиз у єдину технологію, існує потреба більш детального вивчення передумов розвитку цих різновидів досліджень та їх взаємозв'язку на окремих історичних етапах.

Мета статті. Метою статті є дослідження процесу виникнення та розвитку криміналістичних досліджень при розслідуванні кримінальних правопорушень на теренах України.

Викладення основного матеріалу. Окремі рекомендації криміналістичного характеру відомі здавна, оскільки з появою перших типів держави та виникненням правових відносин, пов'язаних із вчиненням злочинних дій, звичайно, тією чи іншою мірою виникала необхідність у використанні спеціальних знань.

Перші відомі документи, у яких зазначалося про речові докази та пошук злочинця за слідами, належать до часів Київської Русі та датовані X-XI ст. Такими документами є договір Русі з Візантією 911 року, у ст. 3 якого зазначалося, що «Что же касается преступлений, если случится злодеяние, договоримся так: пусть обвинение, содержащееся в публично представленных (вещественных) доказательствах, будет признанно доказаным….» [1, с. 11], а також відомій збірці стародавнього звичаєвого права – Руській правді. У ст. 77 її «розгорнутої редакції» йшлося, що «Если вора не будет (сразу обнаружено), то искать (его) по следу…если же (при разыскании) след затеряется на большой дороге…», а також «Если кто-либо будет избит до крови или до синяков, то не искать этому человеку свидетелей; если же на нем не будет никаких следов (побоев), то пусть придут свидетели» [1, с. 81]. Зрозуміло, що для того щоб «публічно представити» докази, їх потрібно було комусь зібрати та, відповідно, для розшуку злочинця «по сліду» такі сліди хтось повинен був знайти та правильно «прочитати».

За відсутністю письмових джерел щодо слідчої практики того часу встановити, які сліди почали використовуватися в розслідуванні злочинів першими, достеменно не можливо, проте, виходячи із зазначених пам'яток права, можна припустити, що це були сліди ніг (сліди «на великій дорозі») та сліди крові.

Одні з перших документальних прикладів проведення дослідження слідів цієї категорії із застосуванням спеціальних знань обізнаних осіб датовані XIX ст. В одному випадку в 1846 році за слідом босої ноги, залишеним кров'ю на місці скоєння вбивства, експерт зміг зняти підозру з однієї людини та підтвердити присутність на місці події іншої, яка спочатку заперечувала свою причетність до скоєння злочину, а пізніше визнала свою вину [2, с. 6]. Інший приклад належить до криміналістичних (попередніх) досліджень слідів крові та датований 1866 роком. У цьому випадку за слідами крові, виявленими під час огляду місця події по факту подвійного вбивства на вхідних дверях квартири та на перилах сходів, був зроблений висновок про те, що такі сліди залишені лівою рукою, яка в злочинця була поранена. Цей висновок дозволив підтвердити вину підозрюваного, якого затримали під час слідчих (розшукових) дій [3, с. 233–235].

Також одними з перших з-поміж криміналістичних досліджень почали проводитися почеркознавчі дослідження та дослідження документів. Це пов'язано з виникненням і поширенням писемності та появою й розповсюдженням різноманітних документів і грошових знаків та, відповідно, появою фактів їх підробки.

Хронологічні межі появи згадок про проведення почеркознавчих досліджень та дослідження документів на теренах України різні автори визначають по-різному, починаючи з XIV ст. й закінчуючи XVII ст. Проте більшість все ж зазначає про XVI–XVII ст., що є більш достеменним, оскільки в наукових джерелах містяться приклади таких досліджень саме цього історичного періоду. Наприклад, І. Ф. Крилов у своїх роботах з історії криміналістики зазначає про одну з перших таких експертиз, яка була проведена на початку XVI ст., у 1508 році, й об'єктом якої стала купча грамота, котра засвідчувала угоду про продаж земельної ділянки з майном на ній [3, с. 157–158]. У цьому випадку тотожність записів у документах встановлювали дяки – писарі князівської канцелярії. Тобто, починаючи з XVI–XVII століття, для проведення дослідження підписів та тексту все частіше почали залучати осіб, які були обізнані в письмі та каліграфії.

У 1864 році, зі вступом у дію Статуту кримінального судочинства, перелік обізнаних осіб, які могли бути залучені для проведення досліджень, був суттєво розширений. У статті 325 Статуту було зазначено, що обізнані особи запрошуються в тих випадках, коли для точного розуміння обставини, яка зустрічається у справі, необхідні спеціальні відомості чи досвідченість у науці, мистецтві, ремеслі, промислі чи якомусь занятті. Також у наступній статті йшлося, що в якості обізнаних людей можуть бути запрошені лікарі, фармацевти, професори, вчителі, техніки, художники, ремісники, скарбники та особи, котрі тривалими заняттями по будь-якій службі або справі набули особливої досвідченості [4, с. 139]. Тобто, по суті, слідчий мав повну свободу у виборі експерта для проведення дослідження. Проте існували й деякі обмеження у виборі. Зокрема, статтею 1160 та 1161 було прямо передбачено, що «за злочинами та проступками проти власності та доходів казни судовий слідчий вимагає обізнаних осіб із числа службовців казенного управління» [4, с. 457–458].

У порівнянні з дослідженнями почерку та документів, дещо пізніше виникли дактилоскопічні та судово-балістичні дослідження. Виникнення дактилоскопічних досліджень було напряму пов'язане з відкриттям в середині XIX століття англійськими вченими Вільямом Гершелем та Генрі Фолдсом, незалежно один від одного, феномену пальцевих відбитків пальців – їхньої індивідуальності

та незмінюваності папілярних візерунків протягом усього життя людини.

У Російській імперії, до складу якої на той момент входила й частина українських земель, у 1906 році була введена дактилоскопічна система реєстрації злочинців, по суті, перший загальнодержавний криміналістичний облік, за яким здійснювалися перевірки осіб, котрих було затримано за підозрою у вчиненні тяжких злочинів. Для створення дактилокартотеки при Головному тюремному управлінні було засновано Центральне дактилоскопічне бюро. З накопиченням масиву дактокарт та досвіду в цій галузі бюро почало проводити й перші дактилоскопічні експертизи.

Проте дактилоскопічні експертизи проводились не тільки в Центральному дактилоскопічному бюро. У зазначений період вони вже проводилися, хоча ще не так часто, у сискних відділеннях великих міст. Досить показовим у цьому аспекті є випадок слухання в Одеській судовій палаті у вересні 1911 року кримінальної справи по обвинуваченню одеського злочинця Бабицького. Примітно, що єдиним доказом який його викривав, були відбитки його пальців, які досліджувалися спочатку працівниками Одеської сискної поліції, а пізніше – фахівцями Петербурзького сискного відділення, котрі встановили, що сліди пальців рук на місці події були залишені саме Бабицьким [5]. Також показовим у цій справі є статус особи, яку на той момент викликали в судовому засіданні в якості експерта – ним був начальник Одеської сискної поліції. Зрозуміло, що у такому разі, хоча відбитки пальців рук дійсно могли належати обвинуваченому, проте з погляду сучасних принципів проведення судових експертиз, про жодну незалежність експертів та, відповідно, неупередженість у наданні ними висновку говорити абсолютно неможливо.

По суті, зі створенням вищезгаданого Центрального дактилоскопічного бюро була запроваджена дактилоскопічна реєстрація на загальнодержавному рівні, проте на місцевому рівні дактилоскопічна реєстрація була запроваджена ще раніше. Наприклад, у Києві дактилоскопічне бюро при антропометричному кабінеті Київської сискної поліції почало свою роботу в 1904 році. Заслуги з його відкриття та загалом розвитку дактилоскопії в Україні належать Г. М. Рудому – начальнику Київського сискного відділення у 1901–1907 рр.

Окрім цього, Г. М. Рудим була розроблена та запроваджена в дію в січні 1905 року «Інструкція чинам Київської сискної поліції». З цього приводу В. М. Чисніков зауважує, що ця Інструкція була першим в Російській імперії нормативно-правовим актом, який не лише юридично закріплював використання в поліцейській практиці дактилоскопії як одного з методів кримінальної реєстрації та визначав різні способи її практичного використання в боротьбі зі злочинністю, а й регламентував усебічні аспекти організації та діяльності сискного відділення, був універсальним практичним посібником криміналіста по роботі зі слідами злочину (слідами крові, рук, ніг, втиснутих та іншими слідами) [6, с. 60]. До речі, у цій інструкції в § 171 зазначалося про необхідність залучення слідчим, з дозволу начальника сискною частиною, завідуючого антропометричним (у деяких джерелах – антропологічним) кабінетом разом із фотографом – у випадку виявлення на місці злочину слідів пальців рук чи ніг для їх детального дослідження та фотографування [7, с. 174]. Тобто Інструкція вже передбачала залучення спеціалістів для допомоги слідчому в проведенні огляду місця події при роботі зі слідами пальців рук та слідами ніг.

Зародження судово-балістичних досліджень зумовлене появою вогнепальної зброї, з якою пов'язані випадки як необережного, так і навмисного заподіяння вогнепальних ушкоджень. Першими, кому довелося зайнятися криміналістичними дослідженнями зброї, снарядів і слідів їх дії ще в XVIII столітті, були зброярі, медики та хіміки. У XIX ст. по допомогу фахівців слідчі та судді стали звертатися набагато частіше. В особливо складних випадках вони стали залучати відомих вчених [3, с. 126].

Хоча фотографія в царській Росії почала використовуватися приблизно з 1839 року, а з метою реєстрації злочинців для їх подальшої ідентифікації – приблизно з 1890 року, з появою станцій антропометричних вимірів при Управліннях сискної поліції, проте на початку XX століття цей вид експертизи ще був не достатньо поширеним. Причини цього полягали в тому, що на той момент для ідентифікації злочинців широко використовували зібрані антропометричні дані (розміри частин тіла людини) та починали використовувати відбитки пальців рук, окрім цього, наукові основи цієї експертизи перебували ще на стадії свого формування. На той момент були розроблені лише метод «накладення» однієї картки на іншу та метод «словесного портрету» або ж візуального порівняння ознак зовнішності на досліджуваних фотокартках. Методологічні засади цього різновиду дослідження були закладені в 30–50 роках XX століття.

Про рівень криміналістичної експертизи наприкінці XIX століття та поділ такого різновиду криміналістичних досліджень можна зробити висновок на підставі публікацій відомого на той час криміналіста М. О. Козлова. З приводу помилок у висновках криміналістичних експертиз він зазначав, що «…Якщо в деяких випадках помилки практично неможливі, то можливо нарахувати цілу низку видів експертизи, де ніхто не наважиться, поклавши руку на серце, стверджувати, що в даному разі не було чи не могло бути помилки…одним із таких видів експертиз…є хіміко-фотографічна експериза» [8, с. 4]. Окрім цього він зазначає про два різновиди експертизи «при слідстві» та «на суді».

Досить показовою з погляду рівня проведення тогочасних експертних досліджень є форма відображення їхніх результатів. Зокрема, у науковому збірнику, присвяченому криміналістичним реєстраційно-довідковим й судово-експертним установам Міністерства внутрішніх справ та Міністерства юстиції Російської імперії (1889–1917 рр.) у 2-х книгах, наводиться приклад «Протоколу експертизи» по кримінальній справі щодо розбійного нападу на квартиру Лейби Гранберга за 1908 рік. У ньому зазначається, що в. о. судового слідчого проводив порівняння почерків на документах «через експерта, вчителя малювання жіночої гімназії». У протоколі також зазначається, що, ознайомившись з матеріалами, «експерт заявив», що почерки в документі та зразку тотожні «як за загальним характером, так і за окремими літерами, наприклад, Е, Г, б, ц……». Відповідно, «на основі вказівок експерта» в.о. судового слідчого «дійшов до висновку», що обидва документи виконані однією особою і якою саме. Цей протокол підписаний самим слідчим, експертом та двома понятими [7, с. 202].

Зрозуміло, що за відсутності загальнообов'язкової методики проведення такого дослідження, детального опису етапів експертизи та обґрунтування сукупності ознак, які покладені у висновок, оцінити причини помилковості висновку було неможливо. Водночас, враховуючи також відсутність формальних ознак у документі, за якими експерта у разі свідомого викривлення результатів дослідження можливо було б притягнути до кримінальної відповідальності, були абсолютно відсутні гарантії правильності висновку, до якого дійшов експерт.

Зазначене стосувалося не тільки проведення криміналістичних експертиз, а й інших різновидів криміналістичних досліджень, а саме: пошуку слідів, їх огляду та попереднього дослідження. Хоча на початку XIX ст. вже існували наукові праці щодо особливостей розслідування злочинів та роботи зі слідами на місці події, наприклад, відомий тогочасний правник М. І. Стояновський у 1852 році

зазначав, що в разі вчинення злочину та наявності слідів слідчий повинен шляхом огляду та освідування «відкрити та зберегти» всі залишені злочинцем сліди [9, с. 69], проте наукових рекомендацій та технічних засобів такого «відкриття» було ще досить мало.

Отже, науковий та технічний рівень техніко-криміналістичних досліджень наприкінці XIX – на початку XX століття був ще досить низьким, що часто призводило до малоінформативних та помилкових висновків, а також зумовлювало існування декількох рівнів криміналістичних експертиз, які, по суті, хоч і дублювали один одного, проте підвищували вірогідність отримання повних та достовірних даних про вчинений злочин та особу злочинця.

Першими українськими спеціалізованими установами для проведення досліджень у формі криміналістичних експертиз стали Кабінети науково-судової експертизи при прокурорах Київської та Одеської судових палат, засновані в січні 1914 року.

Дослідивши діяльність Кабінетів науково-судової експертизи при прокурорах Київської та Одеської судових палат В. В. Юсупов зазначає, що вона полягала в проведенні експертиз у кримінальних і цивільних справах, участі при оглядах місць подій для допомоги працівникам поліції, судовим слідчим у виявленні, фіксації та вилученні слідів злочину. Він зауважує, що зазначені Кабінети структурно складалися з фотографічних, криміналістичних та хімічних відділів, що відповідало розвитку методів криміналістичних досліджень того часу та видам об'єктів, які вилучалися з місць злочинів та спрямовувалися на експертизи [10, с. 153].

На той час поділу експертиз на наявні на сьогодні класи, роди та види судових експертиз тоді ще не існувало. Вони поділялись переважно за об'єктами, завданнями, що вирішувалися, або методами, які при цьому використовувалися. При цьому, по суті, у Кабінетах науково-судової експертизи виконувалися тією чи іншою мірою дактилоскопічні, почеркознавчі, трасологічні, біологічні експертизи, а також експертиза зброї, матеріалів, речовин та виробів і технічна експертиза документів. Кількість об'єктів, яка досліджувалась щороку в Кабінетах науково-судової експертизи була досить незначною.

Відповідно попри створення спеціалізованих державних експертних установ, основна кількість досліджень як і раніше проводилась «обізнаними особами» у певній галузі науки, техніки чи ремесла. Відповідно, як і раніше, відсутність єдиних методик проведення досліджень та вимог до кваліфікації експертів досить часто призводила до помилкових висновків. Проте вищезгадані Кабінети науково-судової експертизи вже були установами, де могли бути за необхідності проведені, так би мовити, повторні експертизи та отримані достовірні дані у справі.

У липні 1923 р. після остаточного запровадження радянської влади Радою народних комісарів УРСР було затверджено «Положення про Краєві кабінети науково-судової експертизи» в містах Києві, Харкові, та Одесі, а в листопаді 1923 року затверджено «Інструкцію Краєвим Кабінетам Науково-судової експертизи», визначивши їх завдання як: «…для підмоги органам слідчої влади, сприяти до встановлення злочину, проводити різні науково-технічні досліди в судових справах шляхом фотографії, мікрофотографії, дактилоскопії, хімії та інших наукових способів» [11]. Проте вже в 1925 році Кабінети науково-судової експертизи були перетворені на інститути науково-судової експертизи (Київський, Харківський та Одеський), структура та порядок діяльності яких були закріплені в спеціальному розділі Положення про судоустрій УРСР за 1925 рік. Поступово в кожному із інститутів були створені секції, частина яких стосувалася проведення саме криміналістичних досліджень, серед яких: 1) індивідуальної ідентифікації; 2) судової фотографії; 3) судової хімії; 4) судової біології [12, с. 19].

Новий етап розвитку судово-експертних установ Міністерства юстиції УРСР було розпочато в 1944 році, коли інститути науково-судової експертизи відновили свою діяльність після Другої світової війни та були реорганізовані в Київський, Харківський та Одеський інститути науково-судової експертизи, діяльність яких регламентувалася Положеннями про науково-дослідні інститути судової експертизи.

На початку 60-х років розпочався новий етап у розвитку криміналістичних установ УРСР, що полягав в оновленні їх функцій і структури. Оскільки в криміналістичних установах починає активно ведеться науково-дослідна робота, починають формуватися науково-експертні школи інститутів судових експертиз Міністерства юстиції та формуватися наукові основи різних видів експертиз та досліджень.

Як слушно зауважує В. В. Юсупов основними видами судової експертизи, які проводились у криміналістичних установах МЮ УРСР у той період були: криміналістичні експертизи (дактилоскопічна, почеркознавча, авторознавча, балістична, технічна експертиза документів, трасологічна, фототехнічна і портретна), експертиза матеріалів, речовин та виробів та товарознавча експертиза [13, с. 519].

У 1970 р. Державним комітетом Ради Міністрів СРСР з науки і техніки було прийнято Загальне положення про науково-дослідні, конструкторські, проектно-конструкторські й технологічні організації. Оскільки це положення передбачало індивідуалізацію правового регулювання діяльності науково-дослідних установ, у грудні 1971 р. МЮ УРСР затвердило статути Київського і Харківського НДІСЕ, що визначали завдання і форми діяльності інститутів на той час. Діяльність Одеської науково-дослідної лабораторії судової експертизи регулювалося окремим положенням, затвердженим МЮ УРСР. З 1991 р., після здобуття Україною суверентету, експертні установи МЮ України перетворилися на мережу науково-дослідних інститутів судових експертиз, які функціонували в Києві, Харкові. Одесі, Львові (на базі відділення Київського інституту), Донецьку, Дніпропетровську та Криму (на базі відділень Харківського інституту) [14, с. 18].

Проте установи МЮ УРСР були не єдиними установами, які мали право проводити криміналістичні експертизи. Експертні дослідження, а також інші різновиди криміналістичних досліджень проводили підрозділи радянської міліції.

Поява криміналістичних експертних установ на території України пов'язана зі створенням у 1922 році науково-технічного відділення й фотохімічної частини в Центрроозиску УРСР. В. В. Комаха наголошує, що основними завданнями науково-технічного відділення було: розробка наукових методів боротьби зі злочинністю та організація криміналістичного музею. Натомість завданнями фотохімічної лабораторії було: проведення різноманітних аналізів, дослідження плям, речовин забарвлення, рідин, отруєної їжі, складання колекції отруйних речовин, читання лекцій із фотохімії та інструктаж з цих питань працівників карного розшуку на місцях, проведення фотографічних робіт для потреб карного розшуку, фотографування місця події і речових доказів. Проте діяльність із фотографування місця події покладалася також і на працівників реєстраційного бюро, хоча основним завданням їхньої діяльності були реєстрація злочинців та встановлення їх особистості, а також невпізнаних трупів [15, с. 167–168].

Отже, можна бачити, що організаційно із самого початку створення перших експертних установ в структурі органів радянської міліції проведення криміналістичних експертиз та ведення криміналістичних обліків (на початку тільки дактилоскопічного) покладалося на ті самі установи, тобто вони були нерозривно пов'язані між собою.

У 1932 році відбулась важлива подія в історії криміналістичних підрозділів міліції України. У цьому році Рада

народних комісарів України затверджує Положення про Головне управління робітничо-селянської міліції при РНК УСРР, яким у галузі боротьби зі злочинністю серед інших функцій міліції визначено проведення «науково-технічних експертиз» [16, с. 130]. Тобто вперше на законодавчому рівні цим підрозділам міліції надавалось право проводити судові експертизи.

Зауважимо, що у 20–30 рр. назва, підпорядкування, завдання та структурна чисельність науково-технічних підрозділів досить часто змінювалася. Проте, як відзначають Р. С. Бєлкін та А. І. Вінберг, до 1936 року в Радянському союзі практично було завершено створення розвиненої сітки науково-технічних підрозділів міліції (науково-технічних відділень). В обов'язки їх співробітників входили: проведення криміналістичних та інших експертиз, участь у різноманітних слідчих діях і, особливо, в оглядах місць подій, консультування оперативних співробітників з питань застосування спеціальних знань у розкритті та розслідуванні злочинів [17, с. 65].

В Україні самостійний науково-технічний відділ управління міліції МВС УРСР (НТВ) було створено у серпні 1948 року, а в 1949 році криміналістичні підрозділи міліції функціонували вже в усіх областях України. Як зауважує В. В. Юсупов, у 1950-х роках склалася така структура науково-технічних апаратів: 1) науково-технічний відділ в МВС Української РСР; 2) науково-технічні відділи, відділення, науково-технічні групи в Управліннях міліції областей; 3) науково-технічні (криміналістичні) лабораторії міських і районних відділів міліції [13, с. 518].

У травні 1970 року внаслідок реорганізації науково-технічний відділ, відділ оперативного зв'язку і відділ обчислювальної техніки перетворено на оперативно-технічне управління. На той час в Україні функціонувало 30 оперативно-технічних відділів (відділень) та 87 криміналістичних лабораторій, які попри незначну чисельність співробітників у 1970 році провели понад 21 тис. досліджень і понад 16 тис. оглядів місць подій, а за допомогою картотеки відбитків пальців рук і колекції стріляних гільз розкрито 968 злочинів. У 1981 році оперативно-технічне управління МВС УРСР було розформовано й утворено самостійне Експертно-криміналістичне управління МВС УРСР з відповідними підрозділами в територіальних органах (відповідні відділи (відділення) на місцях) [18, с. 12–13], а зі здобуттям Україною своєї незалежності в 1991 р. було створено Експертно-криміналістичну службу МВС України, яка на той час складалася з Експертно-криміналістичного управління, 26 експертно-криміналістичних відділів обласних управлінь міліції і м. Києва. На сьогодні ж Експертна служба МВС України представлена ДНДЕКЦ як центральною установою даної служби та обласними НДЕКЦ.

Щодо криміналістичних обліків потрібно зазначити, що, окрім уже згадуваного дактилоскопічного обліку, який був запроваджений, починаючи ще з початку XX століття, інші різновиди були запроваджені дещо пізніше. Зокрема, облік куль, гільз та патронів зі слідами вогнепальної зброї, що були вилучені з місць пригод (кулегільзотека) почав вестися разом з обліком фальшивих грошей тільки з 1972 року. Як зауважує В. О. Приходько, кулегільзотека як кущовий облік уперше була офіційно виписана в першій Настанові про експертну службу, закріпленій Наказом МВС СРСР № 45 від 10.02.1972 р. [19, с. 103]. Настановою передбачалася також можливість ведення інших обліків. Поступово були розроблені й упроваджені спочатку на локальному, а згодом і на регіональному рівні облік слідів знарядь зламування (1973), слідів низу взуття (початок 1980-х), підробних медичних рецептів та зразків почерку осіб, які займалися їх підробкою (1980) та інші, які вперше за часів незалежності були закріплені в 1994 р. відомчою Інструкціїєю про формування, ведення і використання криміналістичних обліків Криміналістичного центру МВС України та пізніше у 2009 р. Інструкцією з організації функціонування криміналістичних обліків експертної служби МВС.

Одним із останніх був запроваджений у практику розкриття та розслідування злочинів облік генетичних ознак людини, який являє собою банк даних результатів ДНК-аналізу слідів біологічного походження, вилучених з місць скоєння нерозкритих особливо тяжких злочинів, для встановлення осіб злочинців, що їх вчинили [20, с. 168].

Висновки. Отже, виникнення криміналістичних досліджень в кожному конкретному випадку було зумовлено: відкриттям певного феномена або явища в науці (дактилоскопічні дослідження); систематичним використанням у злочинних цілях певної категорії об'єктів в якості знаряддя вчинення злочину (судово-балістична експертиза); систематичною підробкою певної категорії об'єктів (експертиза документів); введення заборони чи обмеження на певну категорію об'єктів (експертиза холодної зброї); технічним прогресом, який призвів на певному етапі до появи можливості досліджень певної категорії об'єктів (портретна експертиза тощо).

Такі різновиди криміналістичних досліджень як пошук слідів злочину, їх огляд, попередні дослідження, перевірки за криміналістичними обліками та криміналістичні експертизи із самого початку їх появи були тісно взаємопов'язані між собою та досить часто проводились одними і тими ж установами.

Наразі в Україні створена широка та якісна мережа державних установ, які проводять різноманітні судово-експертні дослідження, а також з'являються все більше установ даного профілю недержавної форми власності. До державних, окрім уже згаданих науково-дослідних установ судових експертиз МЮ України та Експертної служби МВС України, також спеціалізовані підрозділи Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, а також перебувають на етапі створення такі підрозділи інших новостворених правоохоронних органів України. Створення такої мережі, а також існуючих можливостей проведення криміналістичних досліджень, є результатом багаторічної праці кваліфікованих управлінських та наукових кадрів, а також практичних працівників цих установ.

ЛІТЕРАТУРА

1. Памятники русского права / под ред. С. В. Юшкова. Москва : Гос. изд-во юрид. лит., 1952. Вып. 1: Памятники права Киевского государства. X–XII вв. / сост. А. А. Зимин. 287 с.
2. Игнатовский А. С. Судебная медицина : курс лекций, читанных в Императорском Юрьевском университете. Выпуск 2. Юрьев, 1912. 286 с.
3. Крылов И. Ф. В мире криминалистики. Ленинград : Изд. Ленингр. университета, 1980. 279 с.
4. Судебные уставы 20 ноября 1864 года: с изложением рассуждений, на коих они основаны. С.-Петербург : В типографии 2 отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1867. Ч. 2: Устав уголовного судопроизводства. 2-е издание, дополненное. 523 с.
5. Чесніков В. М. Як у дорадянській Одесі розкривали злочини. «*Вісник* поліції» розповідає… URL: https://lexinform.com.ua/v-ukraini/yak-u-doradyanskij-odesi-rozkryvaly-zlochyny-visnyk-politsiyi-rozpovidaye/ (дата звернення: 15.05.2019).
6. Чисніков В. М. «Інструкція чинам Київської сискної поліції» (1905 р.) – важливе джерело організації та діяльності карного розшуку Російської імперії. *Держава і право*. 2001. Вип. 11. С. 59–62.
7. Криміналістичні реєстраційно-довідкові й судово-експертні установи Міністерства внутрішніх справ та Міністерства юстиції Російської імперії (1889–1917 рр.): у 2-х книгах / М. Г. Вербенський, С. І. Гирько, Т. О. Проценко, В. М. Чисніков, Т. А. Плугатар, І. Е. Нікітіна, С. Г. Лаптєв. Київ, Харків : ДНДІ МВС України, 2013. Кн. 1. 637 с.

8. Козлов Н. А. Применение предварительной химико-фотографической экспертизы к определению доброкачественности документов и её значение вообще. *Судебная газета*. 1984. № 27 (3 июля). С. 45.

9. Стояновский Н. И. Практическое руководство к русскому уголовному судопроизводству. Санкт-Петербург, 1852. 142 с.

10. Юсупов В. В. Становлення та розвиток судово-експертних установ на теренах України (1914–1917 рр.). *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2012. Вип. 6 (85). С. 151–161.

11. Федчишина В. В. Історичні віхи розвитку і становлення Київського науково-дослідного інституту судових експертиз Мністерства юстиції України. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2013. № 12. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=662 (дата звернення: 05.06.2017).

12. Крылов И. Ф. Очерки истории криминалистики и криминалистической экспертизы. Ленинград : Изд-во Ленингр. ун-та, 1975. 188 с.

13. Юсупов В. В. Розвиток криміналістичних установ в Україні у другій половині XX століття. *Криміналістика і судова експертиза*. 2017. Вип. 62. С. 517–528.

14. Щербаковський М. Г. Проведення та використання судових експертиз у кримінальному провадженні : монографія. Харків : В деле, 2015. 560 с.

15. Комаха В. В. Перші криміналістичні установи в системі МВС України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2006. Вип. 26. С. 166–170.

16. Пєчніков В. С. Є така служба... / під ред. І. П. Красюка. Київ : Еліт Прінт, 2011. Том 1. Частина 1. 585 с.

17. Белкин Р. С., Винберг А. И. История советской криминалистики: этап возникновения и становления науки (1917–1930 годы) : учеб. пособие. Москва : Юрид. лит., 1982. 70 с.

18. Красюк І. П., Пєчников В. С. Виникнення, становлення та розвиток експертно-криміналістичних підрозділів органів внутрішніх справ України. *Криміналістичний вісник*. 2010. № 1 (13). С. 6–18.

19. Приходько В. О. Криміналістичні обліки Експертної служби МВС України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. Вип. 41 (Том 4). С. 101–105.

20. Дяченко Н. М., Полтавський А. О. Встановлення особи за допомогою криміналістичних обліків ОВС України: сучасний стан та перспективи розвитку. *Теорія та практика судової експертизи і криміналістики*. 2003. Вип. 3. С. 167–170.

УДК 343.102
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/86

ВПЛИВ ЕТАПУ ПІДГОТОВКИ ТА ПЛАНУВАННЯ НА ЕФЕКТИВНІСТЬ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ІНТЕРВ'Ю

THE MAIN INFLUENCE OF THE PREPARATION AND PLANNING STAGE ON EFFICIENCY OF INVESTIGATIVE INTERVIEWING

Гавгун С.Р., аспірантка кафедри кримінально-правових дисциплін
Інститут права Львівського державного університету внутрішніх справ

«Готуючись до бою, я завжди чітко розумів, що будь-які плани є марними, однак планування – незамінним».

Дуайт Ейзенхауер, колишній президент США, верховний головнокомандувач Антигітлерівської коаліції у Європі під час Другої світової війни

Дана стаття присвячена особливостям першого етапу процесуального інтерв'ювання – підготовки та планування, що лежить в основі продуктивного способу збирання, перевірки та фіксації достовірної, надійної і точної інформації для встановлення істини у справі, їх характеристиці та аналізу. У статті розглянуті та проаналізовані обов'язкові складові підготовки та планування до проведення такої процесуальної дії з метою виконання завдань конкретного кримінального провадження. Розглядається доцільність та переваги першого етапу інтерв'ювання при розслідуванні кримінальних правопорушень. Автором акцентується увага на впливі етапу підготовки та планування на успішність та результативність розслідування шляхом систематичного виконання ряду дій інтерв'юером перед початком фактичного проведення процесуального інтерв'ю з інтерв'юентом. Зазначено, що під час етапу планування та підготовки необхідно обміркувати мету, цілі та структуру процесуального інтерв'ю, визначити важливі для розслідування теми, зібрати інформацію про особу інтерв'юента, врахувати особливості законодавчих вимог щодо обставин конкретного розслідування, можливі непередбачувані обставини, а також практично забезпечити підготовку до інтерв'ю та підготувати детальний план його проведення. Проаналізовано, що за результатами етапу планування та підготовки інтерв'юер матиме у своєму арсеналі складений план запитань, який визначає, які обставини мають обов'язково бути обговореними, у якому порядку та в який момент, короткий опис наявних у справі доказів, сформульовані та обґрунтовані версії-гіпотези, які можуть бути підтверджені, спростовані повністю або частково, чи видозмінені в процесі фактичного інтерв'ювання, а також буде створено сприятливе для інтерв'юента та інтерв'юера середовище, щоб співпрацювати та охоче комунікувати в рамках кримінального розслідування. Як результат, було зроблено висновок, що підготовка і планування є невід'ємними та ефективними складовими у роботі органів правопорядку із встановлення особи правопорушника та доведення винуватості останнього, у порядку передбаченому законодавством.

Ключові слова: розслідування, кримінальне провадження, процесуальне інтерв'ю, інтерв'юер, інтерв'юент, етапи процесуального інтерв'ю, етап планування та підготовки процесуального інтерв'ю.

This article focuses on the features of the first stage of investigative interviewing named "preparation and planning" that is a basis of a productive way of gathering, verifying and recording reliable and accurate information to establish the truth of the case, its characterization and analysis. This article considered and analyzed the mandatory components of preparation and planning of such procedural action in order to carry out the tasks of specific criminal proceedings. As part of this research, the appropriateness and benefits of the first phase of interviewing during investigation of criminal offenses were considered. The author drew attention to the impact of the stage of preparation and planning on the success and effectiveness of the investigation by systematically performing a series of interviewer's activities before beginning the actual investigative interview with an interviewee. It was noted that during the stage of preparation and planning it is necessary to consider the purpose, goals and structure of the investigative interview, identify important topics for the investigation, gather information about the interviewee, take into account the legal requirements for the circumstances of a particular investigation, possible unforeseen circumstances and practically provide preparation for the interview and prepare a detailed plan for its conduct. It was analyzed that according to the results of the stage of preparation and planning the interviewer will have in his arsenal a plan of questions, which determines what circumstances must be discussed, in what order and at what time, a brief description of evidences in the case, formulated and substantiated hypothesis versions that can be confirmed, refuted in whole or in part, or modified during the actual interview, and also will be created a conducive environment for interviewer and interviewee to cooperate and communicate as part of the criminal investigation. As a result it was concluded that preparation and planning are an integral and effective part of the work of law enforcement agencies in identifying the offender and proving his / her culpability in accordance with the procedure provided by law.

Key words: investigation, criminal proceedings, investigative interview, interviewer, interviewee, stages of investigative interview, the preparation and planning stage of investigative interview.

Постановка проблеми. Поява наприкінці XX століття процесуального інституту інтерв'ювання у кримінальних розслідуваннях була зумовлена пошуком та розвитком нових способів запобігання злочинам та захисту права людини на заборону від катування або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження на всіх етапах кримінального провадження. Передбачена Конвенцією проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання норма, що «кожна держава-сторона розглядає правила, інструкції, методи і практику щодо допиту, а також умови утримання під вартою й поводження з людьми, які піддані будь-якій формі арешту, затримання чи ув'язнення на будь-якій території, що перебуває під її юрисдикцією, з тим, щоб не допускати жодних випадків катувань» [1] є правовою гарантією, а також філософією процесуального інтерв'ю, де встановлення істини, щодо подій, стосовно яких проводиться розслідування, є рівнозначним та рівноцінним дотриманню прав і основоположних свобод особи-учасника кримінального провадження, особливо під час допиту осіб, через невід'ємний ризик погроз, примусу або неналежного поводження зі сторони органів правопорядку. Для вирішення такого роду проблеми у різних зарубіжних країнах було запроваджено процесуальне інтерв'ю, як систему психологічно-тактичних дій зі збору, фіксації та перевірки отриманої від інтерв'юента (особи, щодо якої проводиться інтерв'ю) інформації, як невід'ємної складової кримінального процесу, що впливає на результати, достовірність і справедливість розслідування в цілому. Незважаючи на незаперечні наукові докази того, що примусові методи допиту, навіть якщо вони не досягають рівня катувань, однаково призводять

до неправдивих зізнань або судових помилок, а також послаблюють довіру населення до органів правопорядку та їх працівників, тенденція до їх використання зменшується досить повільно та часто із протистоянням і ворожістю зі сторони зазначених владних органів. Крім цього, попри категоричну вимогу міжнародного права щодо забезпечення основних гарантій і належного розгляду для всіх осіб, які знаходяться під вартою, їх застосування на практиці часто має недоліки. Виходячи з цього, а також з огляду на існування ефективних моделей процесуального інтерв'ю у багатьох країнах світу (PEACE – Сполучене королівство Великої Британії та Північної Ірландії, Нова Зеландія, Нідерланди, Австралія, Бельгія; PCFQCE – Німеччина; KREATIV – Норвегія, Ісландія; PRICE – Шотландія (будучи у складі Сполученого королівства Великої Британії та Північної Ірландії); фазова модель RCMP – Канада; протокол NICHD – Сполучені Штати Америки, Канада, Фінляндія, Ізраїль, Японія, Корея, Норвегія, Португалія, Шотландія; HUMINT – Сполучені Штати Америки; WISCI – Сполучені Штати Америки), необхідною умовою для успішної роботи над вищезгаданими проблемами стане поглиблений аналіз системи послідовних етапів процесуального інтерв'ю, серед яких планування та підготовка є фундаментальними на шляху до покращення результатів роботи органів правопорядку із одночасним забезпеченням захисту прав людини і виконанням ключових законних зобов'язань із запобігання катуванням і неналежному поводженню.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. В жовтні 2016 року колишній Спеціальний доповідач ООН з катувань Хуан Мендес представив Генеральній Асамблеї свою тематичну доповідь [2] із закликом розробити універсальний протокол процесуального інтерв'ю і супутніх гарантій. Приблизно в той самий час, Рада з прав людини в Резолюції 31/31 [3] закликала до впровадження гарантій запобігання катуванням в умовах тримання під вартою в поліції і досудового ув'язнення. Як результат, у 2017 році було створено Керівний комітет та Консультативну раду, завданнями яких було у трирічний строк представити Генеральній асамблеї ООН «Універсальний протокол інтерв'ю та супутніх гарантій» для обговорення та затвердження державами-членами [4].

Становлення, розвиток та правове регулювання інституту процесуального інтерв'ювання досліджує ряд науковців-правників, які зробили значний внесок у розробку зазначеної проблематики у галузі кримінального процесуального права, криміналістики та психології, а саме – Булл Р., Шеперд Е., Мостон С., Раклев А., Шоллум М., Кепінська Якобсен К., Фасінг І., Мілне Б., Снук Б., Іствуд Дж., Феллон М., Ферраро Е., Вільямсон Т., Блек І., Баррон Т., О'Мара Ш., Пітт-Пейн Б., Гріффітс Е., Джей Д., Фішер Р., Гайзельмен Е., Бенсон М., Карр Д., Луцик В., Броневицька О., Бєлоусов Ю., Деркач С., Орлеан А.

Метою цього дослідження є визначення впливу етапу підготовки та планування процесуального інтерв'ю на результативність і успішність розслідування задля отримання від інтерв'юента точної, надійної та достовірної інформації, досягнення завдань кримінального провадження та сприяння дотриманню прав людини у системі кримінальної юстиції, його характеристика та аналіз.

Виклад основного матеріалу дослідження. Як і більшість процесуальних дій, інтерв'ювання побудоване на системі послідовних етапів, що включає конкретні елементи, зокрема ключові компоненти і завдання, які слід враховувати. Важливою особливістю є ланцюгова реакція, яка полягає в тому, що кожен етап має істотний вплив на наступний. Так, першим і обов'язковим у всіх моделях процесуального інтерв'ю є етап планування і підготовки, що є основою для ефективного та продуманого процесу комунікації з інтерв'юентом у спосіб, коли інтерв'юер першочергово готує себе та матеріальну базу задля швидкого, точного, інформативно наповненого результату у кримінальному розслідуванні розслідуванні. Водночас, зазначений етап складається з двох різних за змістом процесів – процесу планування інтерв'ю та процесу підготовки до нього, що поєднані однією ціллю та досягненням одних і тих самих завдань кримінального провадження з метою отримання точної, надійної та достовірної інформації від інтерв'юента для встановлення істини щодо подій, стосовно яких проводиться розслідування.

Перша частина полягає у ментальному та емоційному налаштуванні інтерв'юера шляхом збору інформації про обставини вчиненого правопорушення, особу інтерв'юента, криміналістичну тактику та методику розслідування окремих видів злочинів, нормативно-правові акти, які регулюють такі суспільні відносини, що в підсумку дасть змогу керувати ходом інтерв'ювання, щоб переконатися, що воно йде у правильному напрямку. При процесі планування застосовується прийом R. A. P. I. D. [5, с. 108], який є акронімом початкових літер наступних дій: 1) перегляд усіх наявних матеріалів справи (**R**eview of all file materials); 2) оцінка допустимості будь-яких попередніх заяв/свідчень та підстав для арешту (**A**ssessment of any previous statements/contacts for admissibility and grounds for arrest); 3) характеристика підозрюваного/-них, свідка/-ків, правопорушення/-нь (**P**rofile of the suspect(s), the victim(s), and the offence(s); 4) визначення предмета звернення третіх осіб, мети інтерв'ю, особи інтерв'юера та ресурси підтримки (**I**dentify third party appeal subjects, interview objectives, interviewers, and support resources); 5) розробити план представлення доказів (тактичний та стратегічний), послідовність дій інтерв'ювання, можливий або перспективний сценарій арешту особи, організацію (побудову) інтерв'ю (**D**evelop an evidence presentation (tactical/strategic evidence), interview plan, arrest script, and the interview setting) [5, с. 111]. Виходячи із вище переліченого, важливою умовою успішного процесуального інтерв'ювання є обізнаність та ґрунтовна системна робота над усіма відомими фактами розслідування. Самі матеріали справи повинні бути охайними та організованими, адже недопустимо, щоб інтерв'юер виглядав так, ніби він заплутався в посиланнях на докази. З цією метою його особисті нотатки повинні містити короткий опис кожного з наявних доказів і його значення, щоб до них можна було швидко звернутися в процесі інтерв'ю. Також в процесі підготовки інтерв'юер має розвинути в собі адаптивність та високий рівень акомодації для сприйняття, швидкого аналізу та побудови можливих нових версій, як результат на отриману від інтерв'юента інформацію, що може частково або повністю спростовувати його попередні гіпотези.

Друга складова цього етапу процесуального інтерв'ю є практичною підготовкою умов і обстановки, в яких воно проводитиметься, адже такі фізичні, адміністративні та інші практичні аспекти, можуть вплинути на його перебіг. Вони також відіграють роль в тому, чи матиме інтерв'ю примусовий характер або супроводжуватиметься іншою неналежною поведінкою, в результаті якої інтерв'юент відчуватиме примус або тиск (що не обов'язково супроводжує сам процес інтерв'ювання в правоохоронних органах). Відповідні матеріальні умови інтерв'ю можуть суттєво вплинути на встановлення контакту між інтерв'юером і інтерв'юентом. Зокрема, у випадку підозрюваних, кімнати для проведення процесуальної дії можуть підтримувати атмосферу залякування і підсилювати тиск, характерний для процесу допиту/сприяти випадкам примусу. Важливим буде облаштування кімнати, в якому варто уникати будь-яких небезпечних елементів, зокрема чорного кольору, використання ламп, направлених на опитувану особу, а також ситуації, коли інтерв'ю'ер сидить на підвищенні або віддалено від особи [6, с. 19]. Експерти рекомендують відмовитися від стола, адже коли особа сидить за столом навпроти інтерв'юера, можливість

спостерігати за рухами його/її тіла зменшується на 50 %. Це стосується і фізичного аспекту, і психологічного, бо за столом інтерв'юент може відчувати себе «схованим» чи закритим [7]. Відповідно до стандартів Комітету з питань запобігання катуванням, кімнати для інтерв'ю повинні мати достатнє освітлення, опалення і вентиляцію, особі необхідно дозволити сидіти на такому ж за стандартом і комфортом стільці, як і інтерв'юеру, також рекомендовані нейтральні кольори. Рекомендовано виділити окреме приміщення для інтерв'ю. В той же час, у випадку підозрюваних і свідків, варто пам'ятати, що формальні умови кімнат для інтерв'ю можуть мати негативний вплив (наприклад, викликати страх/тривогу). Також кімнати для проведення інтерв'ювання повинні відповідати основним вимогам щодо структури та належного доступу до базових послуг відповідно до мінімальних міжнародних стандартів, зокрема щодо: наявності питної води і щонайменше двох поживних прийомів їжі на день; належних санітарних умов тощо [8, с. 47]. Тривалість інтерв'ю в перспективі має бути спланована попередньо із врахуванням положень законодавства у цій сфері, де передбачається максимальна тривалість безперервності такої процесуальної дії, вимоги до періоду відпочинку/перерв під час і між інтерв'юванням, щоб уникнути примусу [6, с. 18].

Ще один елементом підготовки є наявність технічного оснащення та перевірка його справності, адже відео-/аудіо фіксація під час процесуального інтерв'ю вважається основоположною гарантією запобігання катуванням. Такий електронний запис фіксує процес надання показів і зберігає інформацію про те, що саме відбувалося в цей період. Дана практика запобігає фальшивим звинуваченням та підвищує загальну довіру громадськості до системи правопорядку. З іншого боку, фіксація процесуальної дії запобігає зміні свідчень інтерв'юента і зменшує можливість того, що докази або свідчення будуть втрачені або перекручені пізніше під час слухання в суді [7].

На етапі планування та підготовки інтерв'юер ставить перед собою основні завдання, яких він прагнутиме досягнути надалі, а саме: отримання максимально можливої кількості інформації про події, щодо яких проводиться розслідування, включаючи і від інтерв'юента; визначення мети процесуальної дії відповідно до плану розслідування, а також всі пов'язані або взаємовиключні припущення, які необхідно дослідити, та ймовірність невинуватості підозрюваного; оцінка того, яка додаткова інформація необхідна, і визначення найкращого способу її отримання; дотримання законодавства, відповідних рекомендацій і правил; підготовка технічних аспектів (приділити увагу доказам, логістичним питанням, місцю проведення, обладнанню, розташуванню, присутності адвоката, перекладача тощо) [9].

За результатами етапу планування та підготовки інтерв'юер матиме у своєму арсеналі складений план запитань, який визначає, які обставини мають бути обговорені, у якому порядку та в який момент, короткий опис наявних у справі доказів, сформульовані та обґрунтовані версії-гіпотези, які можуть бути підтверджені, спростовані повністю або частково, чи видозмінені в процесі фактичного інтерв'ювання, а також буде створене сприятливе для інтерв'юента та інтерв'юера середовище, щоб співпрацювати та охоче комунікувати в рамках кримінального розслідування.

Коли ж етап планування та підготовки пропускається, то це призводить до неефективного встановлення психологічного контакту або повної його відсутності, неточного довільного викладу обставин справи інтерв'юентом, втрати доказової та розвідувальної інформації, недосягнення мети та завдань розслідування (погано заплановане інтерв'ю завжди негативно впливатиме на хід розслідування в цілому), відсутності достатніх доказів для продовження розслідування, необхідності повторного проведення інтерв'ю [10].

Висновки. Численні наукові дослідження доводять, що усталені практики та методи допиту з використанням примусу дають ненадійну і неправдиву інформацію, в зв'язку з чим була розроблена методика процесуального інтерв'ю. Тим самим, інтерв'ювання отримало широке визнання як найбільш практичний, етичний і ефективний інструмент отримання показань при виконанні завдань кримінального провадження. Він не лише запобігає катуванням або іншим формам неналежного поводження, але й допомагає уникнути як досудових, так і судових помилок у розслідуванні, отримати надійні докази та підвищити довіру до органів правопорядку та інших суб'єктів владних повноважень, зменшуючи ризик схильності до тунельного бачення, що сприяє розвитку верховенства права.

В основу успішного процесуального інтерв'ю, завданням якого є досягнення конкретного, а не абстрактного, результату в розслідуванні, покладено дотримання системи послідовних дій із набором тактичних прийомів та методик, що отримала назву етапів, де першим з них є планування та підготовка. Будучи частинами одного етапу, ці два різні за змістом процеси мають за ціль встановлення істини щодо подій, стосовно яких проводиться розслідування на шляху до покращення результатів роботи органів правопорядку із одночасним забезпеченням захисту прав людини і виконанням ключових законних зобов'язань із запобігання катуванням і неналежному поводженню. Також необхідно виокремити три умовні елементи етапу планування та підготовки процесуального інтерв'ю – змістовний (документальний), тактичний (криміналістичний) та організаційний (адміністративний та технічний).

Загалом, якщо перший етап інтерв'ювання буде невдалий, то це зашкодить комунікації між інтерв'юером та інтерв'юентом, що в результаті призведе до різкого зниження якості та надійності отриманої інформації, що прямо пропорційно вплине на наступні етапи, а також успішність та результативність кримінального розслідування в цілому.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085 (дата звернення: 20.05.2022).
2. Méndez J. Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment : note / by the Secretary-General. URL: https://digitallibrary.un.org/record/839995?ln=en (дата звернення: 21.05.2022).
3. Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment: safeguards to prevent torture during police custody and pretrial detention. Resolution adopted by the Human Rights Council on 24 March 2016 31/31. URL: https://www.right-docs.org/doc/a-hrc-res-31-31/ (дата звернення: 21.05.2022).
4. Good progress towards "Universal Protocol on Investigative Interviewing and Associated Safeguards". URL: https://apt.ch/en/news_on_prevention/good-progress-towards-universal-protocol-on-investigative-interviewing-and-associated-safeguards/ (дата звернення: 21.05.2022).
5. Carr D. The RCMP Phased Interview Model for Suspects. Generating Information through Dialogue. Royal Canadian Mounted Police, 2015. Vol. 5. 282 p.
6. Універсальний протокол процесуального інтерв'ю і супутніх гарантій : довідковий документ Керівного Комітету ООН. Ріо, 2018. 31 с.
7. Деркач С. Як місце проведення допиту може допомогти або завадити слідчому. URL: https://site.ua/investigative.interview/22037/ (дата звернення: 22.05.2022).

8. Foley C. Combating Torture. A Manual for Judges and Prosecutors. Human Rights Centre, University of Essex. Great Britain, 2003. 151 p.

9. Процесуальне інтерв'ю в кримінальних справах. Навчальні матеріали CTI. 1/2017. URL: https://cti2024.org/content/images/CTI-Training_Tool_1_UKR.pdf (дата звернення: 22.05.2022).

10. Professional Investigators Investigative Interviewing Course. URL: https://training.interviewmanagementsolutions.com/courses/take/professional-investigators-interviewing-course/pdfs/414180-module-thirteen-powerpoint-slides (дата звернення: 22.05.2022).

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/87

КОНТЕКСТУАЛЬНІ ЕЛЕМЕНТИ У ПРОВАДЖЕННЯХ ЩОДО ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ: ПРЕДМЕТ ДОКАЗУВАННЯ SUI GENERIS

CONTEXTUAL CIRCUMSTANCES IN WAR CRIMES PROCEEDINGS: SUI GENERIS SUBJECT OF PROOF

Гловюк І.В., д. ю. н., професор, Заслужений юрист України,
професор кафедри кримінально-правових дисциплін
Інститут права Львівського державного університету внутрішніх справ

Тетерятник Г.К., д. ю. н., доцент,
завідувач кафедри кримінального процесу
Одеський державний університет внутрішніх справ

Стаття присвячена дослідженню питання ідентифікації правової природи контекстуальних елементів у аспекті доказування воєнних злочинів в умовах збройного конфлікту. Такі елементи детермінують правильну кваліфікацію діянь саме як воєнних, а не загальнокримінальних злочинів. Дослідження проблеми базується на тому, що в умовах повномасштабної війни росії з Україною наявність міжнародного збройного конфлікту є загальновідомим фактом. Тому на перший план доказування воєнних злочинів, вчинених з 24 лютого 2022, виходить саме встановлення зв'язку діяння та збройного конфлікту.

Авторами доведено хибність тези, що контекстуальні елементи відносяться до обставин вчиненого кримінального правопорушення (п. 1 ч. 1 ст. 91 КПК України – інші обставини вчинення кримінального правопорушення), оскільки: обстановка злочину повинна мати причинно-наслідковий зв'язок із самим діянням (його об'єктивною стороною); обстановка має впливати на суб'єктивне ставлення особи до діяння, яке вчиняється (суб'єктивна сторона); сукупність доказів мають вказувати, що є дії, які прямо передбачені статтями КК України, більшість з яких є бланкетними до міжнародних актів.

У статті проаналізовано вироки за ст. 438 КК України – порушення законів та звичаїв війни.

Доведено наявність спеціального предмету доказування у категоріях проваджень щодо воєнних злочинів, специфіка якого обумовлена, по-перше, особливостями кваліфікації, яка є нестандартною, з урахуванням побудови ст. 438 КК України, яка відсилає до норм міжнародних договорів та включає широке коло діянь, які можуть бути віднесені до воєнних злочинів виключно за доведеності контекстуальних обставин. По-друге, необхідність встановлення контекстуальних обставин кримінального правопорушення, які знаходяться у причинно-наслідковому зв'язку з іншими елементами предмету доказування, впливає на особливості здійснення самого доказування. Зокрема, перелік питань, які мають ставитися під час допитів, речі і документи, які мають вилучатися під час огляду, обшуку, особливості проведення огляду та слідчого експерименту, який проводиться на місцевості, отримання інформації з відкритих джерел та ін.

Ключові слова: збройний конфлікт, кримінальне провадження, воєнні злочини, контекстуальні елементи, предмет доказування, елементи доказування, процесуальні дії.

The article is devoted to the study of the issue of identification of contextual elements' legal nature of in aspect of proving war crimes in the conditions of armed conflict. Such elements determine the correct classification of acts as war crimes, but not general criminal offenses. The study of the problem is based on the fact that in the context of a full-scale war between russia and Ukraine, the existence of an international armed conflict is a well-known fact. Therefore, the establishment of a connection between the act and the armed conflict comes to the forefront of proving war crimes committed since February 24, 2022.

The authors proved the falsity of the thesis that the contextual elements belong to the circumstances of the criminal offense (paragraph 1, part 1 of Article 91 of the CPC of Ukraine – other circumstances of the criminal offense), because: the crime must have a causal relationship with the act (its objective side); the situation should affect the subjective attitude of the person to the act being committed (subjective party); the set of evidence must indicate that there are actions that are directly provided in the articles of the Criminal Code of Ukraine, most of which are blanket to international acts.

The article analyzes the sentences under Art. 438 of the Criminal Code of Ukraine – violation of the laws and customs of war.

The existence of a special subject of evidence in the categories of war crimes proceedings has been proved, which specificity is based on, firstly, the peculiarities of the qualification, which is non-standard, taking into account the construction of Art. 438 of the Criminal Code of Ukraine, which refers to the rules of international treaties and includes a wide range of acts that can be attributed to war crimes only if contextual circumstances are proven. Secondly, the need to establish the contextual circumstances of the criminal offense, which are causally related to other elements of the subject of evidence, affects the specifics of the evidence itself. In particular, the list of questions to be asked during interrogations, things and documents to be seized during the inspection, search, features of the inspection and investigative experiment carried out on the ground, obtaining information from open sources, etc.

Key words: armed conflict, criminal proceedings, war crimes, contextual elements, subject of proof, elements of evidence, procedural actions.

Постановка проблеми. Військова агресія російської федерації, яка триває з 2014 року і набула характеру широкомасштабної, поставила нові виклики у тому числі, перед правниками. Одним із актуальних питань є притягнення до кримінальної відповідальності за воєнні злочини, які вчиняються російськими військовими та на території України. За офіційними даними Офісу Генерального прокурора станом на 29 червня 2022 року зареєстровано вже 20 243 злочини агресії та воєнних злочинів [1]. Для кваліфікації діянь як воєнних злочинів (як і злочинів проти людяності) необхідне встановлення контекстуальних елементів, на що зверталася увага у доктрині [2, с. 1336; 3, с. 122; 4, с. 18–19; 5, с. 208; 6, с. 6; 7], а при тлумаченні ст. 438 КК України це досліджується у розрізі обстановки злочину [8, с. 129–130; 9, с. 122].

Стан дослідження. Незважаючи на те, що питання воєнних злочинів (ознак, особливостей визначення, кваліфікації, тлумачення за міжнародним кримінальним правом та національним законодавством) розглядалися у дослідженнях Р. А. Авраменка, А. В. Андрушка, В. П. Базова, А. Б. Благи, О. М. Броневицької, М. М. Гнатовського, К. П. Задоя, Н. А. Зелінської, Д. О. Коваля, І. О. Колотухи, Н. О. Кононенко, А. О. Кориневича, Т. Р. Короткого, С. П. Кучевської, В. М. Лисика, В. О. Миронової, В. В. Михайленко, С. М. Мохончука, М. В. Піддубної, В. П. Пилипенка, В. П. Попович, В. О. Рибалки, В. В. Рогальської, В. М. Репецького,

М. І. Хавронюка, О. В. Харитонової, О. В. Червякової та ін., тобто як у царині як міжнародного кримінального права, так і у межах національного кримінального права, проте, процесуальні питання доказування специфіки ознак воєнних злочинів у аспекті предмета та засобів збирання та перевірки доказів у доктрині практично не досліджені, за винятком окремих публікацій Р. А. Авраменка, М. Є. Громової, Ю. І. Дмитрика, Д. О. Коваля, Ю. А. Комісарчук, Н. О. Кононенко, М. М. Майстренко, О. В. Римарчук, І. І. Татарина, Г. К. Тетерятник, Г. А. Уткіної.

Метою статті є отримання наукового результату у вигляді теоретично обґрунтованих положень стосовно контекстуальних обставини у провадженнях щодо воєнних злочинів (предмет доказування sui generis), а також їх праксеологічного значення у розслідуванні цієї категорії проваджень.

Виклад основного матеріалу. Воєнні злочині як різновид міжнародних злочинів мають специфіку в аспекті умов, за яких вони можуть тлумачитися як такі: йдеться про вчинення під час збройного конфлікту та пов'язаність з ним [3, с. 122]. Саме про це свідчать у Елементи злочинів: згідно з пунктом 2 статті 8 Статуту ознаки складу воєнних злочинів слід тлумачити у встановлених рамках міжнародного права збройних конфліктів, включно, у відповідних випадках, з нормами міжнародного права збройних конфліктів, що застосовуються до збройних конфліктів на морі. … (c) існує тільки вимога щодо усвідомлення фактичних обставин, які свідчать про існування збройного конфлікту, що мається на увазі у фразі «відбувалися в контексті... і були пов'язані з» [10]. Відповідно, це актуалізує питання урахування цього аспекту у (1) категоріях доказового права (її місця, значення тощо) та (б) діяльності у доказування у кримінальному провадженні (предмет, межі, стандарти та процес доказування).

У дослідженнях, які проводилися впродовж збройного конфлікту у Донецькій та Луганській областях уже приверталася увага до того, що «Обставини, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні», не містить таких контекстуальних елементів, як факт існування збройного конфлікту на території вчинення злочину. І у цьому аспекті доцільно застосовувати більш широкий підхід до «обставин вчинення кримінального правопорушення» та розкривати крізь його призму всі важливі елементи для доказування даної категорії злочинів» [11, с. 34–35]. Без встановлення контекстуальних обставин та їх причинно-наслідкового зв'язку із діянням правильна кваліфікація і належне доказування складу міжнародних злочинів унеможливлена.

Щодо воєнних злочинів у тлумаченні національного законодавства, це надає можливість кваліфікувати відповідні діяння саме як порушення законів та звичаїв війни, а не як інші кримінальні правопорушення, та забезпечити належний механізм доказування.

Такими контекстуальними елементами є наступні: 1) діяння мало місце у контексті міжнародного збройного конфлікту або неміжнародного збройного конфлікту і було пов'язано з ним; 2) виконавець усвідомлював фактичні обставини, що засвідчували існування збройного конфлікту. Контекстуальний елемент один: вимагає, щоб докази встановлювали: існування МЗК; або існування НМЗК; і діяння мало місце у контексті збройного конфлікту і було пов'язане з ним [12, с. 188].

В Основних стандартах розслідування для співробітників служб оперативного реагування при розслідуванні міжнародних злочинів визначається, що перед тим, як збирати інформацію або брати показання у свідка, необхідно знати наступне: (i) дві основні цілі доказів, які загалом створюють базу судового розгляду в МКС – «місце та обставини вчинення злочинів» та «докази причетності»; (ii) що становлять злочин геноциду, воєнні злочини і злочини проти людяності з точки зору МКС, а саме обставини та індивідуальні злочинні діяння; та (iii) основні види співучасті (а саме, яким чином були скоєно злочини) [13, с. 24]. Саме докази причетності створюють підґрунтя для доказування причинно-наслідкового зв'язку між вчиненим діяннями та тими військовими, політичними структурами, які беруть участь у військових конфліктах та керують ними.

В умовах повномасштабної війни росії з Україною наявність МЗК є загальновідомим фактом. Тому на перший план доказування воєнних злочинів, вчинених з 24 лютого 2022, виходить саме встановлення зв'язку діяння та збройного конфлікту, і цей елемент не завжди є простим для доказування. Адже, як визнано у стандартах розслідування міжнародних злочинів, не усі злочинні діяння, які вчиняються під час збройного конфлікту, кваліфікуються як воєнні злочини. Наприклад, дрібний злочин, який відбувається під час збройного конфлікту без будь-якого зв'язку з бойовими діями, не може бути охарактеризований як воєнний злочин. Тільки ті, які скоєні «в контексті» та «пов'язані» із збройним конфліктом, можуть прирівнюватись до воєнних злочинів. Вимога наявності зв'язку означає, що діяння має бути тісно пов'язане із збройним конфліктом, що відбувається у будь-якій частині територій, контрольованих сторонами у конфлікті. Іншими словами, має існувати достатній територіально-темпоральний зв'язок між діянням та бойовими діями. Докази не обов'язково повинні показувати, що конфлікт був причиною діяння, і діяння не обов'язково має відбуватися саме під час бою. Виконавець не обов'язково має бути учасником конфлікту, тобто входити до складу збройних сил. Однак, необхідно довести, що конфлікт відіграв важливу роль у рішенні виконавця, у здатності вчинити злочин або в тому, яким чином його було скоєно. Наступні фактори, хоч і не є вичерпними, можуть бути враховані: той факт, що виконавець є комбатантом; той факт, що потерпілий не є комбатантом; той факт, що потерпілий належить до протилежної сторони; той факт, що це діяння може бути кінцевою метою військової кампанії; той факт, що злочин скоєно як частину або в контексті офіційних обов'язків виконавця [12, с. 193–194].

Зважаючи на те, що збройний конфлікт має вплинути саме на рішення вчинити злочин, критично важливим є усвідомлення зв'язку злочину та збройного конфлікту особою, яка його вчиняє. Як слушно зазначається дослідниками, основою для доведення зв'язку між конфліктом і конкретним діянням є два фактори: а) спрямованість нападів проти осіб, які не беруть участі у збройному конфлікті; б) діяння має бути спрямовано на виконання певних цілей збройного формування у конфлікті або ж якимось чином допомагати виконанню таких цілей, або, як мінімум, відбуватись одночасно зі збройним конфліктом (також бути певним чином схожим на інші операції в рамках збройного конфлікту) [4, с. 19].

Це також ускладнює і робить процес доказування по такій категорії проваджень специфічним. Відповідно, зважаючи на потребу встановлення цих контекстуальних елементів, виникає питання стосовно співвідношення цих обставин із предметом доказування, який у тих чи інших інтерпретаціях у доктрині пов'язується із колом (схемою) обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні [14, с. 298; 15, с. 155; 16, с. 86]. Досліджуючи предмет доказування по таким категоріям злочинів, можна було б висунути тезу про те, що ці обставини відносяться до обставин вчиненого кримінального правопорушення (п. 1 ч. 1 ст. 91 КПК України – інші обставини вчинення кримінального правопорушення). Однак, на наше переконання, така теза є хибною. По-перше, обстановка злочину повинна мати причинно-наслідковий зв'язок із самим діянням (його об'єктивною стороною). Відмітимо, що у дослідженнях щодо кваліфікації та аналізу складу ст. 438 КК України – порушення законів та звичаїв війні,

збройний конфлікт розглядається якраз у аспекті обстановки [8, с. 129–130; 9, с. 151]. По-друге, вона має впливати на суб'єктивне ставлення особи до діяння, яке вчиняється (суб'єктивна сторона). По-третє, сукупність доказів мають вказувати, що є дії, які прямо передбачені статтями КК України, більшість з яких є бланкетними до міжнародних актів, які визначають специфіку дій, «правил» ведення війни, поводження з полоненими та цивільними особами. Таким чином, схожі діяння в умовах МЗК, в залежності саме від контекстуальних обставин, можуть бути кваліфіковані як за «загальнокримінальними» нормами КК України, так і за статтями глави XX кримінального закону. Необхідно встановлювати повну контекстуальну картину події: характеристики потерпілого (наприклад, приналежність його до етнічної групи, громадська позиція, статус військовий-цивільний) та суб'єкта злочину (приналежність до збройних сил), обставини вчиненого діяння, соціально-політичний контекст подій у яких було вчинено злочин та ін. [17, с. 248].

Зазначену тезу ми спробуємо продемонструвати на прикладі першої після 24 лютого 2022 справи за ст. 438 КК України, у якій засуджено російського військовослужбовця Шишимаріна (вирок іще не набрав законної сили). Як зазначає В. Яворський, «Шишимаріна звинувачують у порушенні законів та звичаїв війни. На мою думку, це помилкова кваліфікація його дій або щонайменше вона не може бути доведена за наявних доказів. Вбивство цивільного не завжди є порушенням законів і звичаїв війни. Для того, щоб довести цей злочин, потрібно в першу чергу допитати того, хто віддав наказ, щоб з'ясувати причину вбивства. Особливо, коли є сумніви щодо причини. В цій справі військові стверджують, що зустріли людину, яка почала телефонну розмову і могла повідомити про їхнє місцеперебування. Цивільний, що повідомляє про розташування військ, втрачає імунітет захисту як цивільного, оскільки бере участь у знищенні військових. Вбивство такого цивільного швидше за все не буде розглядатися як вбивство цивільного і, відповідно, міжнародним злочином. Однак допитати тих, хто віддав наказ, немає можливості: один вбитий, другий обміняний. Тобто ці обставини не можуть бути доведеними, а тому мають тлумачитися на користь обвинуваченого. Також варто зважити на те, що військові не вбивали всіх цивільних підряд без оцінки загроз. Вони відпустили водія машини, охоронця та взагалі не вбили жодного іншого цивільного. Це свідчить на користь того, що вони вбили, бо вважали, що ця людина може співпрацювати з військовими України. Ми знаємо, що вони помилялися в оцінці загрози, однак це не створює їхній умисел на порушення законів і звичаїв ведення війни, бо для цього потрібний прямий умисел» [18]. Звісно, надати оцінку зібраним доказам та їх кореляції із кваліфікацією у цьому кримінальному провадженні неможливо, попередньо не ознайомившись з матеріалами кримінального провадження. Але зазначений приклад підтверджує важливість доказування контекстуальних елементів та формування у таких категоріях кримінального провадження спеціального предмету доказування, у якому більшість обставин, визначених у ст. 91 КПК України повинні доказуватися у причинно-наслідковому зв'язку з контекстуальними обставинами.

У вироку по цій ситуації, судячи з тексту [19], контекстуальні елементи (хоча так не іменувалися) ідентифікувались шляхом: вказання на те, що обвинувачений є комбатантом; описом загальної обстановки нападу на Україну конкретними підрозділам збройних сил рф; ідентифікації потерпілого як цивільної особи («не створюючи жодної небезпеки військовослужбовцям РФ, будучи одягнутим у цивільний одяг, не озброєним, повертався з велосипедом до себе додому (АДРЕСА_2 [19]) та розмовляв по мобільному телефону» [19]); застосування зброї проти цивільної особи при русі у складі інших військовослужбовців та за наказом (суд визнав злочинність наказ: «Невідома особа, яка віддала цей наказ, була без розпізнавальних знаків, які відображають її військове звання, обвинувачений особисто її не знав, наказ був незаконним, а тому він не повинен був його виконувати, однак все ж виконав, щоб від нього відчепилися» [19]); розуміння обвинуваченим, що потерпілий є цивільною особою («ОСОБА_2 пояснив, що коли вперше побачив потерпілого, то розумів, що він є цивільною особою та розумів, що міг діяти по іншому, наприклад, просто налякати» [19]).

У іншому вироку відображення контекстуальних елементів характеризується указанням на службу у збройних силах рф, бойової обстановки, характеру застосовуваної зброї («Град», невибіркова дія, радіус ураження), виконання наказу командира [20].

Отже, предмет доказування по воєнним злочинам є, по суті, двоелементним: (1) перший елемент є загальним і включає у себе обставини, передбачені ст. 91 КПК України, проміжні та допоміжні факти, залежно від процесуальної ситуації та специфіки кримінального провадження; (2) другий елемент є контекстуальним (спеціальним), який зумовлює специфіку складу злочину по усіх його складових (об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона). Ці елементи мають прямий та зворотній взаємозв'язок, зважаючи на залежність ідентифікації контекстуальних елементів від загальних обставин вчиненого діяння та специфіку оцінки об'єктивної сторони в умовах збройного конфлікту.

Судова практика, зважаючи на те, що війна триває з 2014 року, має і більш ранні вироки за ст. 438 КК України. Отже, важливо оцінити, яким чином там відображено контекстуальні елементи щодо зв'язку діяння та збройного конфлікту. Аналіз цих вироків надав можливість виокремити такі основні позиції:

1) у вироках детально не ідентифіковано природу збройного конфлікту (відповідно, були аргументи у скаргах щодо того, що дії, які передбачені диспозицією цієї норми, можуть бути вчинені лише під час війни, однак воєнний стан офіційно не визнаний Україною та Радою Безпеки ООН) [21; 22];

2) у вироках відображено зв'язок із збройним конфліктом, проте, без прив'язки до виділених у Стандартах факторів, які можуть бути враховані у аспекті наявності зв'язку; відмітимо, разом з тим, що у вироку було формулювання стверджувального характеру, що «При цьому ОСОБА_1 знав про існування воєнного конфлікту і що його протиправні дії стосовно ОСОБА_3, ОСОБА_2 та ОСОБА_4 вчиняються в контексті військових дій, усвідомлював, що полонені знаходиться під захистом норм міжнародного гуманітарного права» [23]; в одному вироку указано про «вирішуючи стратегічні та тактичні потреби окупаційної армії як частину військових операцій» [24];

3) є посилання на норми МГП для розкриття об'єктивної сторони порушення законів та звичаїв війни;

4) зв'язок зі збройним конфліктом у вироках випливає з: характеру діяльності засудженого (приналежність до незаконних збройних формувань (форма, зброя, завдання тощо), роль у цьому формуванні, фактично виконувані обов'язки); заборона діяння нормами МГП; приналежність потерпілих до цивільного населення та неучасть у збройних зіткненнях; приналежність потерпілих-полонених до ЗСУ; місце утримання потерпілих, яких було примушено до праці, та характер здійснюваної ними примусової праці («саме будівництво захисних стін навколо огорожі об`єктів дислокації не передбаченого законом збройного формування, з мішків з піском, побутового облаштування цих територій, прибирання їдальні, казарми та санітарних приміщень, приготування їжі для учасників не передбаченого законом збройного формування, заготівлі дрів для опалення приміщень, ремонт транспортних засобів та військової техніки») [25];

5) джерелами доказів, з яких найбільше вбачається зв'язок зі збройним конфліктом, є: показання обвинуваченого («йому повідомили, що основні сили незаконного збройного формування групуються в приміщенні УБОЗу. По приходу туди його піддали ретельній співбесіді, з`ясовували, чи не шпигун він. Після цього він увійшов до складу підрозділу «Комунікація», який називали «К». Працюючи в цьому відділі він створив сайт, який працював лише локально, інформація з нього не потрапляла в мережу Інтернет. Сайт він наповнював інформацією про обстріли м. Горлівка. Також він знімав різні сюжети, допити полонених; займався виготовленням та розповсюдженням агітаційних листівок, в яких всім бажаючим пропонував вступити в лави народного ополчення. Лише одного разу він здійснював конвоювання полонених. Під час конвоювання ніякої сили або примусу до полонених не застосовував») [23]; показання потерпілих; показання свідків; протоколи слідчих експериментів (зокрема, стосовно місцевості); протоколи огляду відеозаписів; протоколи пред`явлення для впізнання.

Специфіка методології розслідування воєнних злочинів, які вчиняються в умовах збройного конфлікту полягає у застосуванні колективного (бригадного) методу розслідування, розслідування по «гарячих слідах» та спеціальних порядках слідчих (розшукових) дій в умовах збройного конфлікту. Це стосується як традиційних слідчих (розшукових) дій (допита, обшуку, огляду місця події та ін.), так і нових для криміналістики прийомів, які знайшли широке практичне застосування саме у місцях збройного конфлікту (наприклад, допит військових, огляд місць масових поховань, аналіз радіопередач та ін.) [26, p. 684].

Важливі контекстуальні обставини у воєнних злочинах, вчинених військовими рф з лютого 2022 року встановлено завдяки отриманню інформації з відкритих джерел, супутникових знімків, радіоперехоплень, відеозаписів з камер очевидців, а також камер, які були розташовані на місцевості, де вчинялися злочини.

Встановлення контекстуальних обставин має враховуватися при організації та проведенні слідчих (розшукових) дій. У першу чергу, необхідно звернути увагу на предмет допитів. Під час збройного конфлікту слідчі повинні провести зазначену слідчу (розшукову) дію найбільш компетентно, повно та вичерпно, використовуючи контрольні та розгорнуті питання, які створюють можливість не тільки отримати детальні показання, але й здійснити їх перевірку при співставленні з іншими обставинами кримінального провадження. Крім того, використання слідчими єдиної стандартної програми допиту допомагає, раціонально використовуючи час, скласти індивідуальний план допиту з урахуванням конкретної слідчої ситуації на різних етапах розслідування [27, p. 85–86]. Слід зауважити, що на сьогоднішніх день Тренінговим центром прокурорів України розроблені пам'ятки щодо проведення допиту потерпілих і свідків за фактами кримінальних правопорушень вчинених в умовах збройного конфлікту. У них міститься детальний перелік питань, які доцільно ставити цим суб'єктам провадження, а також надаються рекомендації з організації та проведення допитів. Такі питання також можна умовно поділити на ті, які характеризують безпосередньо вчинення злочину та ті, які контекстуально вказують на зв'язок його елементів зі збройним конфліктом для правильної кваліфікації, а також планування розслідування та доказування.

Окрема увага має приділятися встановленню контекстуальних обставин, у випадку надходження в умовах збройного конфлікту заяв про безвісне зникнення людини. Під час допиту свідків у таких категоріях провадження обставини зникнення особи, її приналежність до збройних сил, військових формувань, зв'язки з ними, перебування на певній території таких сил та ін. повинні бути встановлені та детально описані.

Висновки. Отже, слід констатувати наявність спеціального предмету доказування у категоріях проваджень щодо воєнних злочинів, специфіка якого обумовлена, по-перше, особливостями кваліфікації, яка є нестандартною, з урахуванням побудови ст. 438 КК України, яка відсилає до норм міжнародних договорів та включає широке коло діянь, які можуть бути віднесені до воєнних злочинів виключно за доведеності контекстуальних обставин. По-друге, необхідність встановлення контекстуальних обставин кримінального правопорушення, які знаходяться у причинно-наслідковому зв'язку з іншими елементами предмету доказування, впливає на особливості здійснення самого доказування. Зокрема, перелік питань, які мають ставитися під час допитів, речі і документи, які мають вилучатися під час огляду, обшуку, особливості проведення огляду та слідчого експерименту, який проводиться на місцевості, отримання інформації з відкритих джерел та ін.

Перспективними для подальших наукових розвідок вбачаються питання, пов'язані зі специфікою проведення слідчих (розшукових) дій при розслідуванні воєнних злочинів в умовах збройного конфлікту, співвідношення стандартів доказування у кримінальному процесі України та МКС, особливостей кваліфікації воєнних злочинів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Злочини вчинені в період повномасштабного вторгнення рф. URL: https://www.gp.gov.ua
2. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / за ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 10-те вид., переробл. та допов. Київ : ВД «Дакор», 2018. 1360 с.
3. Репецький В. М., Лисик В. М. Поняття та ознаки воєнних злочинів. URL: https://intrel.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2015/09/amp_2009_1_15.pdf – С. 120–125.
4. Коваль Д. О., Авраменко Р. А. Воєнні злочини. Особливості розслідування міжнародних злочинів, скоєних в контексті збройного конфлікту на Донбасі. Київ : ГО Truth Hounds; Одеса : Фенікс, 2019. 36 с.
5. Михайленко В. Воєнні злочини в міжнародному праві. Базове дослідження із застосування правосуддя перехідного періоду в Україні : монографія / за заг. ред. А. П. Бущенка, М. М. Гнатовського. – К. : «РУМЕС», 2017. С. 186–230.
6. Пилипенко В. П. Воєнні злочини в статутах міжнародних кримінальних трибуналів та Римському Статуті Міжнародного кримінального суду. *Право.ua.* 2020. № 2. С. 5–10. URL: http://pravo.unesco-socio.in.ua/wp-content/uploads/2020/10/5-_Pylypenko.pdf
7. Тетерятник Г. К. Кримінальне провадження в умовах надзвичайних правових режимів: теоретико-методологічні та праксеологічні основи: монографія. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. 500 с.
8. Базов В. П. Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни (аналіз складу злочину) : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Харків, 2008. 222 с.
9. Миронюк В. О. Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни : дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Дніпропетровськ, 2008. 218 с.
10. Elements of Crimes. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf
11. Принцип комплементарності: стандарти міжнародного правосуддя в Україні: звіт, підготований ULAG. 94 с.
12. Basic Investigative Standards for International Crimes. August 2019. URL: https://globalrightscompliance.com/wp-content/uploads/2022/03/Basic-Investigative-Standards-for-International-Crimes-Hardcopy.pdf – 279 p.
13. Основні стандарти розслідування для співробітників служб оперативного реагування при розслідуванні міжнародних злочинів. Червень 2016. 70 с. URL: https://mart-ngo.org.ua/wp-content/uploads/2019/04/2016-09-15-10_08_06-1.pdf

14. Лукашкіна Т. В. Предмет доказування в кримінальному провадженні. *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку держави та права в умовах євроінтеграції* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (20 травня 2016 р., м. Одеса): у 2 т. Т. 2. – Одеса : Юридична література, 2016. – С. 297–299.

15. Степаненко А. С. Стандарт доказування «поза розумним сумнівом» у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2017. 234 с.

16. Вапнярчук В. В. Теорія і практика кримінального процесуального доказування : монографія. Х. : Юрайт, 2017. 408 с.

17. Тетерятник Г. К. Значення контекстуальних обставин як елементів складу злочину при розслідуванні окремих категорій злочинів. *Права людини – пріоритет сучасної держави :* Всеукраїнська науково-практична Інтернет-конференція, 10 грудня 2020 року, м. Одеса : збірник матеріалів конференції. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2020. С. 245–249.

18. Яворський В. Справа російського військового Шишимаріна: на які проблеми судочинства та розслідування вказав процес. URL: https://zmina.info/columns/sprava-rosijskogo-vijskovogo-shyshymarina-dyvni-rechi-yaki-pokazaly-problemy-z-sudom-ta-rozsliduvanyam/

19. Вирок Солом`янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 року, справа № 760/5257/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104432094

20. Вирок Котелевського районного суду Полтавської області від 31 травня 2022 року, справа № 535/244/22. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104531363

21. Ухвала Луганського апеляційного суду від 05.10.2020, справа № 415/2182/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/92065176

22. Ухвала ККС ВС від 03.02.2022, справа № 415/2182/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/103466917

23. Вирок Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 15.12.2021, справа № 243/6186/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/101948384

24. Вирок Лисичанського міського суду Луганської області від 18.05.2020, справ № 415/2182/20. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/89984664

25. Вирок Лисичанського міського суду Луганської області від 28.09.2021, справа № 415/4570/21. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/99929812

26. Kononenko Nataliia, Patskan Valeriy Hromova, Maryna, Utkina Halyna, Mykhailo Serebro. International guidelines for managing investigation and collection of evidence of war crimes. *Cuestiones Políticas*. 2021. № 72 (vol. 39). P. 670–689.

27. Tataryn Ihor, Komissarchuk Yuliia, Dmytryk Yurii, Maistrenko Mariia, Rymarchuk Olha. Features of detection and obtaining evidence of war crimes committed in the context of international armed conflict. *Cuestiones Políticas*. 2021. № 69 (vol. 39). P. 74–90.

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/88

МЕЖІ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНОЇ СПРАВИ ЗА КОЛОМ ОСІБ: АНАЛІЗ ЗАКОНОДАВЧОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ

BOUNDARIES OF CRIMINAL JUDICIAL PROCEDURE CASE BY PERSONS: ANALYSIS OF LEGISLATIVE REGULATION

Гуртієва Л.М., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри кримінального процесу, детективної
та оперативно-розшукової діяльності
Національний університет «Одеська юридична академія»

Актуальність теми даного дослідження обумовлена потребами науки кримінального процесуального права та правозастосовної діяльності суду першої інстанції щодо уточнення теоретичних положень про межі судового розгляду кримінальної справи за колом осіб відповідно до норм чинного Кримінального процесуального кодексу України (*далі* – КПК), Кримінального кодексу України (*далі – КК)*, судової практики (в т. ч. окремих правових позицій Європейського суду з прав людини та Верховного Суду).

Аналіз положень ч. 1 ст. 337 КПК дозволяє дійти висновку, що межі судового розгляду за колом осіб визначені лише стосовно обвинуваченого. Обвинувачений як суб'єкт кримінального судочинства може бути лише в тих кримінальних провадженнях, в яких досудове розслідування було закінчено направленням до суду обвинувального акта (ч. 2 ст. 42 КПК, ч. 2 ст. 110 КПК), а обвинувальний акт було призначено до судового розгляду (тобто в загальному виді кримінального провадження). Межі судового розгляду в таких особливих видах кримінального провадження, як у кримінальному провадженні щодо застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру не врегульовано. Вбачається доцільним внесення доповнень до ч. 1 ст. 337 КПК: «У кримінальних провадженнях щодо застосування примусових заходів медичного або виховного характеру судовий розгляд проводиться лише стосовно особи, щодо якої вирішується питання про застосування відповідних примусових заходів».

За чинним КПК України судовий розгляд кримінальної справи може бути проведено стосовно як фізичної особи, так юридичної особи (щодо якої можуть застосовуватися заходи кримінально-правового характеру). Юридична особа не є суб'єктом кримінального правопорушення, проте є учасником кримінального провадження (в т. ч. учасником судового провадження) з боку сторони захисту, оскільки саме щодо юридичної особи починається та здійснюється кримінальне провадження (ч. 8 ст. 214 КПК, ч. 2 ст. 337, ст. 339 КПК) та вирішується питання про застосування заходів кримінально-правового характеру. Цілком доречним буде внести відповідні доповнення до п.п. 19, 25 та 26 ч. 1 ст. 3 КПК.

Отже, в залежності від виду кримінального провадження судовий розгляд може бути проведено щодо наступного кола осіб: **а)** обвинуваченого; **б)** особи, стосовно якої вирішується питання про застосування примусових заходів виховного характеру; **в)** особи, стосовно якої вирішується питання про застосування примусових заходів медичного характеру (в тому числі, яка може мати статус як підозрюваного, так і обвинуваченого); **г)** юридичної особи, стосовно якої вирішується питання про застосування примусових заходів кримінально-правового характеру.

Ключові слова: стадія судового розгляду, межі судового розгляду за колом осіб, Кримінальний процесуальний кодекс України.

The relevance of the topic of this study is due to the needs of the science of criminal procedural law and law enforcement activities of the court of first instance to clarify the theoretical provisions on the boundaries of the trial of a criminal case on a circle of persons in accordance with the norms of the current Criminal Procedure Code of Ukraine (hereinafter referred to as the Criminal Procedure Code), the Criminal Code of Ukraine (hereinafter referred to as the Criminal Code), judicial practice (including certain legal positions of the European Court of Human Rights and the Supreme Court).

Analysis of the provisions of Art. 337 of the Code of Criminal Procedure allows us to conclude that the boundaries of the trial by circle of persons are determined only in relation to the accused. The accused as a subject of criminal proceedings can only be in those criminal proceedings in which the pre-trial investigation was completed by sending an indictment to the court (part 2 of article 42 of the Criminal Procedure Code, part 2 of article 110 of the Criminal Procedure Code), and the indictment was assigned to the trial). The limits of judicial proceedings in criminal proceedings on the application of coercive measures of a medical or educational nature have not been regulated. It is considered expedient to make additions to Art. 337 Code of Criminal Procedure: "In criminal proceedings on the application of coercive measures of a medical or educational nature, the trial is conducted only in relation to the person in respect of whom the issue of the application of appropriate coercive measures is being decided".

According to the current Code of Criminal Procedure of Ukraine, the trial of a criminal case can be held in relation to both an individual and a legal entity (in respect of which measures of a criminal law nature may be applied). A legal entity is not a subject of a criminal offense, however, it is a participant in criminal proceedings (including a participant in court proceedings) on the part of the defense, since it is in relation to a legal entity that criminal proceedings are initiated and carried out (part 8 of article 214 of the Code of Criminal Procedure, part 2 of article 337, article 339 of the Code of Criminal Procedure) and the issue of the application of measures of a criminal law nature is being decided. It would be quite appropriate to carry the corresponding additions to p.p. 19, 25 and 26 h. 1 tbsp. 3 Code of Criminal Procedure.

Consequently, depending on the type of criminal proceedings, the trial may be conducted for the following circle of persons: **a)** the accused; **b)** a person in respect of whom the issue of application of compulsory educational measures is being decided; **c)** a person in respect of whom the issue of applying compulsory medical measures is being decided; **d)** a legal entity in respect of which the issue of applying coercive measures of a criminal law nature is being decided.

Key words: the stage of the trial, the boundaries of the trial by circle of persons, the Criminal Procedure Code of Ukraine.

Постановка проблеми. Актуальність теми даного дослідження обумовлена потребами науки кримінального процесуального права та правозастосовної діяльності суду першої інстанції щодо:

а) перегляду та уточнення теоретичних положень про межі судового розгляду кримінальної справи за колом осіб згідно з нормами чинного Кримінального процесуального кодексу України (*далі* – КПК) [1], Кримінального кодексу України (*далі – КК)* [2] та судовою практикою (в т. ч. правових позицій Європейського суду з прав людини (*далі* – ЄСПЛ), Верховного Суду) з метою формулювання сучасних наукових підходів;

б) вдосконалення положень КПК (в частині закріплення меж судового розгляду за колом осіб) та порядку їх реалізації з метою забезпечення належної правової процедури судового розгляду кримінальної справи.

Крім того, вказана проблематика цілком відповідає сучасним тенденціям судово-правової реформи (зокрема,

наближення до міжнародних стандартів у сфері кримінального судочинства), напрямам Національної стратегії у сфері прав людини [3, п. 4 § 4 «Забезпечення права на справедливий суд» та ін.], Стратегії розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки [4].

Аналіз останніх досліджень і публікацій дозволяє дійти висновку, що після прийняття КПК України 2012 р. окремі аспекти законодавчого регулювання інституту меж судового розгляду кримінальної справи (за колом осіб) досліджували такі українські вчені, як Ю. П. Аленін, В. О. Гринюк, І. В. Гловюк, О. В. Капліна, Т. В. Лукашкіна, А. В. Лапкін, Н. П. Сиза, І. І. Скільський та інші вчені. Вказану проблематику частково ми також розглядали [5]. Однак, з огляду на постійне оновлення національного законодавства, нечіткості в змісті окремих нормативних положень та ін., дане питання потребує уточнення та подальшої наукової розробки.

Мета статті – на підставі аналізу чинного національного законодавства, судової практики, наукових публікацій виявити окремі проблемні ситуації врегулювання у КПК меж судового розгляду кримінальної справи за колом осіб та сформулювати пропозиції щодо їх подолання.

Виклад основного матеріалу. Належне законодавче закріплення меж судового розгляду є гарантією права на справедливий суд [6, ст. 6; 7, ст. 7 та ін.].

Згідно з ч. 1 ст. 337 КПК «судовий розгляд проводиться **лише стосовно особи**, якій висунуте обвинувачення, і лише в **межах висунутого обвинувачення** відповідно до обвинувального акта, <...>».

Зі змісту вказаних положень вбачається, що, *по-перше,* межі судового розгляду визначено щодо **1) кола осіб,** стосовно яких проводиться судовий розгляд та **2) змісту обвинувачення**[1]**.** *По-друге*, за колом осіб межі судового розгляду визначені лише стосовно **обвинуваченого**. За ч. 2 ст. 42 КПК обвинуваченим є особа, обвинувальний акт щодо якої переданий до суду в порядку, передбаченому статтею 291 КПК. Обвинувальний акт є процесуальним рішенням, яким прокурор висуває обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і яким завершується досудове розслідування (ч. 4 ст. 110 КПК).

Досліджуючи межі судового розгляду за колом осіб, деякі науковці (В. В. Корецька, І. І. Скільський та ін.) також стверджують, що судовий розгляд проводиться лише стосовно обвинуваченого [8, с. 102; 9, с. 230 та ін.]. Так, І. І. Скільський зазначає, що «межі судового розгляду – це встановлені Кримінальним процесуальним кодексом кордони судового дослідження і судового рішення, що визначаються висунутим обвинуваченому обвинуваченням, що викладено в обвинувальному акті, <...>» [9, с. 230 та ін.].

На наш погляд, такий підхід (і законодавця в частині визначення меж судового розгляду в ч. 1 ст. 337 КПК, і науковців) є **недостатньо повним**. Адже обвинувачений як суб'єкт кримінального судочинства може бути лише в тих кримінальних провадженнях, які проводяться в загальному порядку. Проте досудове розслідування може бути завершено направленням до суду як обвинувального акту, так й клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності (п. 5 ч. 1 ст. 3 КПК, ст. 283 КПК). На стадії підготовчого провадження суд може призначити судовий розгляд як обвинувального акта, так й клопотання про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру (п. 5 ч. 3 ст. 314 КПК). Особа, щодо якої передано до суду та призначено судовий розгляд клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру **не є обвинуваченим** (щодо неї не складається обвинувальний акт, не вирішується питання про винуватість у вчиненні кримінального правопорушення, вона не є суб'єктом кримінального правопорушення[2], не може бути притягнута до кримінальної відповідальності). Отже, в деяких видах кримінального провадження такого учасника судового розгляду як обвинувачений немає. Мова йде про:

1) кримінальне провадження, яке врегульовано § 2 глави 38 КПК («Застосування примусових заходів виховного характеру до неповнолітніх, які не досягли віку кримінальної відповідальності») та

2) кримінальне провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру (глава 39 КПК), у **разі вчинення особою суспільно небезпечного діяння,** передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, **у стані неосудності** (п. 1 ч. 1 ст. 503 КПК).

1. Судовий розгляд кримінального провадження щодо **застосування примусових заходів виховного характеру** (§ 2 глави 38 КПК) проводиться стосовно неповнолітньої особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, після досягнення одинадцятирічного віку і до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Такий висновок випливає з положень ч. 2 ст. 97 КК та ст. 498 КПК, ч. 2 ст. 500 КПК. У вказаному виді провадження[3] неповнолітня особа не є суб'єктом кримінального правопорушення, оскільки не досягла віку кримінальної відповідальності, проте є учасником кримінального судочинства зі сторони захисту, а за термінологією КПК може бути визначена, як «**особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів виховного характеру або вирішується питання про їх застосування**» (п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК). В судовій практиці судді не завжди враховують вказані положення, а в ухвалі про застосування примусових заходів виховного характеру по-різному вказують статус вказаної особи: «малолітня правопорушниця» [12] (що не відповідає принципу презумпції невинуватості); «малолітній» [13; 14] (що не відповідає правовій визначеності, оскільки незрозуміло, який статус має учасник судового провадження).

2. За ч. 1 ст. 503 КПК **кримінальне провадження щодо застосування примусових заходів медичного характеру**, передбачених законом України про кримінальну відповідальність, здійснюється за наявності достатніх підстав вважати, що:

1) особа вчинила суспільно небезпечне діяння, передбачене законом України про кримінальну відповідальність, у стані неосудності;

2) особа вчинила кримінальне правопорушення у стані осудності, але захворіла на психічну хворобу до постановлення вироку.

У випадку, передбаченому п. 1 ч. 1 ст. 503 КПК, особа не є суб'єктом кримінального правопорушення, оскільки є **неосудною**, проте є учасником кримінального судочинства зі сторони захисту, а за термінологією КПК може

[1] В п. 13 ч. 1 ст. 3 КПК надано визначення обвинувачення в його матеріально-правовому значенні, як «твердження про вчинення певною особою діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, висунуте в порядку, встановленому цим Кодексом».

[2] Нагадаємо, що за ч. 1 ст. 18 КК (Суб'єкт кримінального правопорушення) «суб'єктом кримінального правопорушення є фізична осудна особа, яка вчинила кримінальне правопорушення у віці, з якого відповідно до КК може наставати кримінальна відповідальність».

[3] Чинний КПК передбачає **два види порядку** провадження щодо неповнолітніх: ***перший*** – відносно осіб, які досягли віку кримінальної відповідальності, встановленого ст. 22 КК, але не досягли повноліття (§ 1 глави 38 КПК)); ***другий*** – щодо осіб, які досягли одинадцятирічного віку, але не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність. Форми закінчення досудового розслідування у вказаних видах провадження щодо неповнолітніх мають відмінності [10, с. 135–137], як і підсумкові рішення судового розгляду. В даному дослідженні ми ведемо мову про другий вид провадження щодо неповнолітніх (§ 2 глави 38 КПК), в якому досудове розслідування закінчується або закриттям кримінального провадження, або направленням до суду клопотання про застосування примусових заходів виховного характеру (ч. 5 ст. 499 КПК); судовий розгляд завершується постановленням ухвали про застосування примусових заходів виховного характеру або про відмову в їх застосуванні (ч. 2 ст. 500 КПК, ч. 2 ст. 501 КПК). Більш докладніше вказане питання ми вже розглядали [11, с. 146–150]).

бути визначена, як «**особа, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного характеру або вирішується питання про їх застосування**» (п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК, ч. 1 ст. 506 КПК та ін.).

Якщо вирішується питання про застосування примусових заходів медичного характеру щодо особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, а після цього захворіла на психічне захворювання (п. 2 ч. 1 ст. 503 КПК), то тут ситуація відрізняється від вище розглянутої. Особа має статус підозрюваної (якщо наявність психічного розладу було виявлено під час досудового розслідування) або обвинуваченої (якщо психічний розлад було встановлено в суді, до якого надійшов обвинувальний акт). Така особа внаслідок психічного розладу втрачає кримінальну процесуальну дієздатність, тому провадження щодо неї **не може бути вирішене по суті**, а оскільки ця особа є суспільно небезпечною внаслідок психічного розладу та вчинення нею кримінального правопорушення (маємо на увазі, що особа обвинувачується у вчиненні правопорушення), то до неї можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру до її одужання. Вважаємо, що, у розглядуваній ситуації, такі заходи мають характер (правову природу) заходів забезпечення кримінального провадження. Питання про винуватість особи, про вчинення нею конкретного правопорушення буде вирішувати суд, який розглядатиме таке кримінальне провадження по суті після одужання особи (ч. 2 ст. 515 КП).

В юридичній літературі [5, с. 41–42; 15, с. 127] вже зверталась увага на необхідність врегулювання в КПК меж судового розгляду за колом осіб у кримінальних провадженнях щодо застосування примусових заходів медичного та виховного характеру. Доцільним вбачається внесення доповнень до ст. 337 КПК наступним положенням: «У кримінальних провадженнях щодо застосування примусових заходів медичного або виховного характеру судовий розгляд проводиться лише стосовно особи, щодо якої вирішується питання про застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру».

Такий підхід узгоджено, зокрема, з положеннями ч. 1 ст. 21 КПК: «**Кожному** гарантується право на справедливий розгляд та вирішення справи <...>», п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та практикою ЄСПЛ.

Так (*по-перше*), основним принципом, який регулює застосування статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., є справедливість (справа «Грегачевич проти Хорватії» (Gregačević v. Croatia) [16, § 49] та ін.). Однак складові справедливого судового розгляду не можуть бути предметом єдиного незмінного правила та повинні залежати від обставин конкретної справи (справа «Ібрагім та інші проти Сполученого Королівства» (Ibrahim and Others v. The United Kingdom) [ВП] [17, § 250] та ін.). Отже, вимоги справедливого судового розгляду мають бути забезпечені в кримінальних провадженнях, які проводяться як в загальному, так і в особливих порядках. Не тільки обвинувачений, але й особа, стосовно якою вирішується питання про застосування примусових заходів виховного чи медичного характеру мають право на справедливий суд.

По-друге, в практиці ЄСПЛ тлумачення поняття «кримінальне обвинувачення» має «автономне» значення, не залежить від законодавчого закріплення визначення обвинувачення, врегулювання його видів (форм), що застосовується у внутрішньо-правових системах Держав-учасниць (справа «Адольф проти Австрії» (Adolf v. Austria) [18, § 30] та ін.). ЄСПЛ розглядає кримінальне обвинувачення як універсальне поняття, яке є наслідком будь-яких діянь протиправного характеру; не пов'язує обвинувачення із обвинувальним актом, який складає слідчий (дізнавач, прокурор) по закінченню досудового розслідування. Для визначення кримінального обвинувачення ЄСПЛ застосовує три послідовні критерії: 1) критерій національного права, 2) критерій кола адресатів, 3) критерій форми і тяжкості правових наслідків для адресата [19]. Наявність вказаних критеріїв спостерігаються у кримінальних провадженнях щодо застосування примусових заходів виховного та медичного характеру.

Далі. За чинним КПК України судовий розгляд кримінальної справи може бути проведено стосовно як фізичної особи, так і **юридичної особи** (щодо якої вирішується питання про застосування заходів кримінально-правового характеру). Проведення судового розгляду щодо юридичної особи стало можливим після прийняття та введення в дію Закону України № 314-VII від 23.05.2013 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб» [20]. Із введенням в дію цього Закону Загальна частина КК була доповнена розділом XIV-I «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб» (тобто новим інститутом кримінального права). Оскільки кримінальне судочинство покликане забезпечити можливість правильного застосування норм матеріального права (в першу чергу – норм кримінального права), то цілком доречно вести мову про такий інститут кримінального процесуального права, як застосування заходів кримінально-правового характеру (що можна також розглядати як вид провадження щодо юридичної особи). З аналізу положень ст. 96-3 КК вбачається, що суб'єктом кримінального правопорушення є уповноважена особа юридичної особи (тобто фізична особа). Щодо вказаної фізичної особи вирішується питання про притягнення до кримінальної відповідальності, а щодо юридичної особи – про застосування заходів кримінально-правового характеру. До юридичних осіб судом можуть бути застосовані такі заходи кримінально-правового характеру: 1) штраф; 2) конфіскація майна; 3) ліквідація (ст. 96-6 КК). Провадження стосовно юридичної особи здійснюється одночасно з кримінальним провадженням, у якому обвинувачений (підозрюваний) є уповноваженою особою юридичної особи. В обвинувальному акті зазначаються підстави застосування заходів кримінально-правового характеру щодо юридичної особи, які прокурор вважає встановленими (п. 7-1 ч. 2 ст. 291 КПК).

Цілком логічно поставити питання: чи є юридична особа, щодо якої вирішується питання про застосування заходів кримінально-правового характеру, учасником кримінального провадження?

На жаль, відповідь на це питання в КПК не врегульована. Зазначена юридична особа не вказана, ані як сторона кримінального провадження (п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК), ані як учасник кримінального провадження (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК), ані як учасник судового провадження (п. 26 ч. 1 ст. 3 КПК). Проте представника юридичної особи вказано учасником кримінального провадження (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК, § 5 глави 3 КПК) та учасником судового провадження (п. 26 ч. 1 ст. 3 КПК).

На наш погляд, розглядувана юридична особа не є суб'єктом кримінального правопорушення, проте є **учасником кримінального провадження** (в т. ч. учасником судового провадження). Аргументи щодо такої позиції наступні: саме щодо юридичної особи починається та здійснюється кримінальне провадження (ч. 8 ст. 214 КПК, ч. 2 ст. 337, ст. 339 КПК), вирішується питання про застосування заходів кримінально-правового характеру [5, с. 42–43]; саме юридична особа має процесуальні інтереси (а от свої процесуальні інтереси реалізує через представника). Крім того, Верховний Суд у постанові від 22 березня 2021 р. у справі № 760/120/18 (провадження № 51-1578кмп19) розглядає юридичну особу як учасника кримінального провадження. Так, у вказаній постанові зазначено: «Судове рішення, постановлене сто-

совно юридичної особи, **яка є учасником судового провадження,** за скаргою (заявою) її представника, може бути оскаржене до суду вищої інстанції іншим представником цієї юридичної особи» [21]. Отже, доречним буде внести відповідні доповнення до п. 25 та п. 26 ст. 3 КПК, а також до п. 19 ч. 1 ст. 3 КПК, зазначивши як учасника кримінального провадження з боку сторони захисту юридичну особу, щодо якої вирішується питання про застосування заходів кримінально-правового характеру.

Висновки. Системний аналіз положень КПК України 2012 р. дозволяє дійти висновку, що в залежності від виду порядку кримінального провадження судовий розгляд кримінальної справи може проводитись щодо наступного кола осіб: **а)** обвинуваченого; **б)** особи, стосовно якої вирішується питання про застосування примусових заходів виховного характеру; **в)** особи, стосовно якої вирішується питання про застосування примусових заходів медичного характеру (в тому числі, яка може мати статус як підозрюваного, так і обвинуваченого); **г)** юридичної особи, стосовно якої вирішується питання про застосування примусових заходів кримінально-правового характеру.

В ч. 1 ст. 337 КПК межі судового розгляду за колом осіб визначені лише стосовно обвинуваченого. У кримінальних провадженнях щодо застосування примусових заходів медичного або виховного характеру межі судового розгляду не врегульовано. Вбачається доцільним внести доповнення до ч. 1 ст. 337 КПК, зазначивши, що «у кримінальних провадженнях щодо застосування примусових заходів медичного або виховного характеру судовий розгляд проводиться лише стосовно особи, щодо якої вирішується питання про застосування відповідних примусових заходів».

За чинним КПК судовий розгляд може бути проведено стосовно як фізичної особи, так юридичної особи. На наш погляд, юридична особа є учасником кримінального провадження (в т. ч. учасником судового провадження) з боку сторони захисту, оскільки саме щодо юридичної особи починається та здійснюється кримінальне провадження (ч. 8 ст. 214 КПК, ч. 2 ст. 337, ст. 339 КПК), вирішується питання про застосування заходів кримінально-правового характеру; саме юридична особа має процесуальні інтереси. Доречним буде внести відповідні доповнення до п.п. 19, 25 та 26 ч. 1 ст. 3 КПК, зазначивши як учасника кримінального провадження з боку сторони захисту юридичну особу, щодо якої вирішується питання про застосування заходів кримінально-правового характеру.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (дата звернення: 23.06.2022).
2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws (дата звернення: 23.06.2021).
3. Національна стратегія у сфері прав людини. Затверджена Указом Президента України від 24 березня 2021 року № 119/202 / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/119/2021#Text
4. Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки. Затверджена Указом Президента України від 11 червня 2021 року № 231/2021 / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/231/2021#Text
5. Гуртиева Л. Н. Определение пределов судебного разбирательства по кругу лиц в УПК Украины 2012 года. *Очерки новейшей камералистики*. № 4. 2016. С. 40–43.
6. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, прийнята Радою Європи 04.11.1950 р. / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text
7. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text (дата звернення: 23.06.2022).
8. Корецька В. В. Межі судового розгляду. *Наше право*. № 3. 2020. С. 99–104.
9. Скільський І. І. Поняття та зміст меж судового розгляду. *Правова держава*. № 16. 2013. С. 227–231.
10. Лукашкіна Т. В., Гуртієва Л. М. Деякі проблемні питання законодавчого регулювання кримінального провадження щодо неповнолітніх (у світлі дії принципу правової визначеності). *Науковий вісник МГУ. Серія «Юриспруденція»*. № 37. 2019. С. 134–138.
11. Gurtieva L., Stepanenko A. Ruling on Enforcement of Compulsory Measures of Educational Character: Cases, Grounds of Adoption and Standard of Proof. *Advances in Economics, Business and Management Research*, volume 170. Proceedings of the International Conference on Economics, Law and Education Research (ELER 2021). 2021. Published by Atlantis Press B. V. P. 146–151. URL: https://www.atlantis-press.com/article/125954394.pdf
12. Ухвала Овідіопольського районного суду Одеської області від 22 липня 2020 року (справа № 509/1614/20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/90547980
13. Ухвала Київського районного суду м. Одеси від 15 червня 2020 року (справа № 947/11662/20). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/8980544
14. Ухвала Біляївського районного суду Одеської області від 26 грудня 2019 року (справа № 496/4983/19). URL: https://opendatabot.ua/court/86680227-986853d391cf3cf25ead2bdbf4cf49a5
15. Лукашкина Т. В. Пределы судебного разбирательства. *Актуальні проблеми держави і права :* зб. наук. праць. Вип. 27 / Редкол.: С. В. Ківалов та ін; відп. за вип. Ю. М. Оборотов. Одеса : Юрид. літ. 2006. С. 125–133.
16. Case of Gregačević v. Croatia (Application no. 58331/09): Judgment of the European Court of Human Rights, Strasbourg, 10 July 2012. European court of human rights : website. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112090
17. Case of Ibrahim and Others v. The United Kingdom (Applications nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09): Judgment of the European Court of Human Rights, Strasbourg, 13 September 2016. European court of human rights : website. URL: https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-166680
18. Case of Adolf v. Austria (Application no. 8269/78): Judgment of the European Court of Human Rights, Strasbourg, 26 March 1982. European court of human rights : website. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57417
19. Соловйов О. В. Кримінальне обвинувачення у справах публічно-правового характеру (практика Європейського Суду з прав людини). URL: https://minjust.gov.ua/m/str_3302
20. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб : Закон України від 23.05.2013 р. № 314-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 12, ст. 183. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/314-18#Text
21. Постанова Верховного Суду від 22 березня 2021 року у справі № 760/120/18 (провадження № 51-1578кмп19). URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/95905193

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/89

КРИМІНАЛІСТИЧНІ ЕКСПЕРТИЗИ В СТРУКТУРІ СУДОВО-ЕКСПЕРТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ОСОБЛИВОСТІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

CRIMINALISTIC EXAMINATIONS IN THE STRUCTURE OF FORENSIC SCIENCE ACTIVITY: FEATURES OF LEGAL REGULATION

Демидова Є.Є., к. ю. н., доцентка,
доцентка кафедри криміналістики,
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Латиш К.В., к. ю. н.,
асистентка кафедри криміналістики
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена висвітленню проблем удосконалення нормативно-правового регулювання здійснення судово-експертної діяльності. Особливу увагу зосереджено на питаннях, пов'язаних з призначенням та проведенням криміналістичних експертиз.

Акцентовано увагу, що на сьогодні в Україні встановлено монополію на проведення криміналістичних експертиз державними спеціалізованими установами. Виокремлено суб'єктів здійснення судово-експертної діяльності пов'язаної з провадженням криміналістичних експертиз. Аргументовано позицію, що встановлення виключного права державних спеціалізованих установ на проведення криміналістичних експертиз, не відповідає сучасним потребам практики та протирічить гармонізації законодавства в судово-експертній діяльності. Зазначено, що надання можливості для залучення інших фахівців до проведення судової експертизи є раціональним, адже не завжди в державній експертній установі є судові експерти, які мають необхідну для проведення певної судової експертизи кваліфікацію, або можливі випадки, коли взагалі не існує експертної методики, яка відповідає певним потребам розслідування, оскільки модернізація експертної системи об'єктивно не встигає за розвитком багатьох сфер суспільного буття. Також акцентовано увагу на відсутності можливості залучення до проведення криміналістичних експертиз провідних фахівців інших держав в рамках міжнародного співробітництва відповідно до чинного законодавства. Відповідне міжнародне співробітництво судово-експертних установ різних країн має важливе значення для вдосконалення судово-експертної діяльності та підвищення якості провадження судових експертиз, у тому числі криміналістичних.

Досліджено різні підходи до визначення поняття судово-експертної діяльності, її структури. Запропоновано його авторське формулювання.

Ключові слова: судово-експертна діяльність, судова експертиза, криміналістична експертиза, судовий експерт.

The problems of improving the legal regulation of forensic science activity are considered in the article. Special attention is focused on issues related to the appointment and conduct of criminalistic examinations.

Emphasis is placed on the fact that today in Ukraine there is a monopoly on criminalistic examinations by state specialized agencies. The subjects of forensic activities related to the production of forensic examinations are identified. The position is argued that the establishment of the exclusive right of state specialized institutions to conduct forensic examinations does not meet the modern needs of practice and contradicts the harmonization of legislation in forensic science. It was noted that providing opportunities to involve other specialists in the forensic examination is rational, because not always in the state expert institution there are forensic experts who have the necessary qualifications to conduct a particular forensic examination, or possible cases where there is no appropriate expert methodology. certain needs of the investigation, as the modernization of the expert system objectively does not keep up with the development of many branches of public life. Emphasis is also placed on the lack of possibility to involve leading specialists of other countries in the conduct of forensic examinations in the framework of international cooperation in accordance with current legislation. Relevant international cooperation of forensic institutions of different countries is important for the improvement of forensic activities and improving the quality of forensic examinations, including forensic ones.

Different approaches to defining the concept of forensic activity, its structure are studied. Its author's formulation is offered.

Key words: forensic science activity, forensic examination, criminalistic examinations, forensic expert.

Використання спеціальних знань у формі судової експертизи відкриває широкі можливості для учасників кримінального провадження та судового розгляду, забезпечуючи швидкість, повноту та ефективного здійснення судочинства. Сучасність висуває нові вимоги до спеціальних знань судових експертів та їх відповідності модернізованим і новим викликам, а так само до їх застосування відповідно до міжнародних та європейських стандартів. В умовах глобального реформування судової системи в країні це питання особливо загострюється та зумовлює необхідність детального аналізу проблем здійснення судово-експертної діяльності з метою розробки і впровадження новітніх підходів до її організації.

Судово-експертна діяльність регламентується переважно нормами Цивільного процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та Кримінального процесуального кодексу України, Митного кодексу України та Закону України «Про судову експертизу» і Закону України від 22 лютого 2000 року «Про психіатричну допомогу», відомчими правилами та інструкціями Міністерства юстиції України, Міністерства внутрішніх справ України та Міністерства охорони здоров'я України з питань проведення експертиз.

Базовим законом, що регламентує експертну діяльність, є Закон України «Про судову експертизу», який визначає правові, організаційні та фінансові основи судово-експертної діяльності з метою забезпечення правосуддя України незалежною, кваліфікованою й об'єктивною експертизою.

Положення Закону України «Про судову експертизу» поширюються на всі види судової експертизи, які існують в Україні. Цей Закон визначає права, обов'язки та відповідальність судових експертів, порядок їх атестації, питання оплати праці та соціального захисту судових експертів, а також питання міжнародного співробітництва в галузі судової експертизи. Необхідно звернути увагу, що законодавство України не містить визначення поняття «судово-експертна діяльність». В даний час пропонуються варіанти визначень такої діяльності. Наприклад, у проекті Закону України «Про судово-експертної діяльності в Україні» від 30 жовтня 2017 р. реєстраційний номер 2149-VIII, ініціатором якого є народний депутат України І. А. Лапін, визначається, що судово-експертна діяльність – це діяльність держави, юридичних і фізичних осіб з метою забез-

печення правосуддя України незалежною, кваліфікованою і об'єктивною експертизою, орієнтованою на максимальне використання досягнень науки, техніки, мистецтва та ремесла [1]. Пропонована дефініція викликає багато зауважень щодо свого змісту, зокрема щодо віднесення до неї діяльності держави, відсутність зв'язку з діяльністю судового експерта, відриву від процесуальної регламентації судової експертизи і т. д. Наведений законопроект знаходиться на розгляді комітетів Верховної Ради України разом з іншими проектами законів про судово-експертну діяльність, в яких реалізуються спроби запропонувати законодавцю дефініцію судово-експертної діяльності. Тому визначення поняття та змісту судово-експертної діяльності є вимогою сьогодення.

Дослідженню проблем здійснення судово-експертної діяльності у різних її формах приділяли увагу багато вчених, зокрема Т. В. Аверьянова, В. Д. Арсеньєв, Р. С. Бєлкін, А. І. Вінберг, А. В. Дулов, А. А. Ейсман, А. В. Іщенко, Н. І. Клименко, Ю. Г. Корухов, Н. Т. Малаховський, М. В. Салтевський, М. Я. Сегаєв, Е. Б. Сімакова-Єфремян, О. Р. Россинська, А. Р. Шляхов та інші. У науковій літературі є різні підходи до визначення судово-експертної діяльності. Так, на думку Г. О. Стрілець, судово-експертна діяльність – це врегульована законодавством діяльність судово-експертних установ, спрямована на проведення незалежних судових експертиз унаслідок об'єктивного, повного і всебічного дослідження з дотриманням сучасних досягнень науки і техніки, організація роботи судово-експертних установ в цілому і їхніх структурних підрозділів, їх науково-методичне і інформаційне забезпечення, підбір і підготовка судово-експертних кадрів [2, с. 10]. Необхідно звернути увагу, що науковець розглядає суб'єктами здійснення такої діяльності лише судово-експертні установи. На наш погляд, це достатньо звужений підхід, оскільки судово-експертну діяльність в Україні здійснюють, крім спеціалізованих установ, також судові експерти, які не є працівниками зазначених установ, та інші фахівці (експерти) з відповідних галузей знань у порядку та на умовах, визначених Законом України «Про судову експертизу» [3]. Однак, останнім часом підходи до визначення суб'єктів здійснення судово-експертної діяльності дійсно зазнали суттєвих змін.

Так, на сьогодні в Україні встановлена монополія на проведення криміналістичних експертиз. Відповідно до ст. 7 Закону України «Про судову експертизу» криміналістичні експертизи проводиться виключно державними спеціалізованими установами [3]. Таким чином, суб'єктами здійснення судово-експертної діяльності в сфері провадження криміналістичних експертиз є: 1) судові експерти науково-дослідних установ судових експертиз Міністерства юстиції України та 2) судові експерти експертних служб Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України та Державної прикордонної служби України.

Однак, необхідно зазначити, що надання можливості для залучення інших фахівців до проведення судової експертизи є раціональним, адже не завжди в державній експертній установі є судові експерти, які мають необхідну для проведення певної судової експертизи кваліфікацію, або можливі випадки, коли взагалі не існує експертної методики, яка відповідає певним потребам розслідування, оскільки модернізація експертної системи об'єктивно не встигає за розвитком багатьох сфер суспільного буття. Так, наприклад, для вирішення кола завдань із дослідження гранатометів і ствольної артилерійської зброї необхідні висококваліфіковані фахівці в галузі ракетно-артилерійського озброєння, які мають значний стаж роботи в ракетно-артилерійських підрозділах Збройних Сил України. В експертних установах Міністерства юстиції України, МВС та СБУ такі спеціалісти наразі відсутні [4, с. 100]. Таким чином, для оперативності та всебічності провадження судочинства у деяких випадках є необхідність у залученні до проведення судових експертиз обізнаних осіб, які не працюють у державних експертних установах. Проте слід зауважити, що, в першу чергу, проведення експертизи необхідно доручати кваліфікованому судовому експерту, а вже за відсутності останнього – іншій обізнаній особі, яка володіє необхідним обсягом спеціальних знань.

Крім того, у зв'язку з тим, що Законом України «Про судову експертизу» встановлено виключне право проведення криміналістичних експертиз лише державними спеціалізованими установами, виникає питання щодо можливості залучення до проведення криміналістичних експертиз провідних фахівців інших держав в рамках міжнародного співробітництва. Особливе значення це набуває в сучасних реаліях нашої держави. Відповідне міжнародне співробітництво судово-експертних установ різних країн має важливе значення для вдосконалення судово-експертної діяльності та підвищення якості провадження судових експертиз. Тому встановлення виключного права державних спеціалізованих установ на проведення криміналістичних експертиз, на наш погляд, не відповідає сучасним потребам практики та протирічить гармонізації законодавства в судово-експертній діяльності.

З метою забезпечення довіри до результатів проведення судової експертизи, підвищення достовірності досліджень та усунення можливості виникнення корупційних проявів у судово-експертній діяльності, а також максимальне використання сучасних досягнень науки, техніки, мистецтва та ремесла, на наш погляд, важливим є існування й приватних судових установ (приватних експертів), діяльність яких повинна відповідати національним принципам, міжнародним професійним і правовим стандартам. Крім того, як слушно зазначає Г. К. Авдєєва скасування виключного права на проведення судових експертиз державними спеціалізованими установами надасть можливість активізувати розвиток судової експертизи в умовах конкуренції державних судових експертів з суб'єктами недержавної судової експертизи, що призведе до набуття судовою експертизою якісно нового наукового рівня, зменшення вартості експертних досліджень, дасть забезпечити реалізацію прав всіх учасників кримінального процесу на самостійне залучення найбільш кваліфікованих експертів в умовах змагального кримінального судочинства і, як наслідок, призведе до підвищення рівня довіри суспільства до інститутів державної влади [5, с. 87].

У науковій літературі є й більш широкі підходи до визначення судово-експертної діяльності. Так, Т. В. Аверьянова, Р. С. Белкін, Ю. Г. Корухов, та О. Р. Россинська, стверджують, що судово-експертна діяльність є системою дій і пов'язаних з ними правовідносин, що здійснюються в процесі судочинства уповноваженими органами і особами з призначення, організації і проведення судових експертиз [6, с. 440]. Таким чином, науковці відносять до суб'єктів здійснення судово-експертної діяльності осіб, які уповноважені залучати судового експерта до призначення судової експертизи. На нашу думку, це занадто широкий підхід та не слід змішувати функції судових експертів з функціями інших учасників процесу. Застосування спеціальних знань обізнаних осіб при розслідуванні злочинів або під час судового розгляду сприяє встановленню істини, забезпечує дотримання прав і свобод учасників процесу й виконання їх обов'язків. Такі особи шляхом виконання своїх функцій сприяють реалізації функцій інших суб'єктів (функцій слідчого, прокурора, суду тощо). І це перебуває в системній єдності та взаємозв'язку. Судово-експертна діяльність здійснюється систематично, в порядку встановленому законодавством і пов'язана з безпосереднім виникненням різноманітних відносин з широким колом учасників [7, с. 46]. Це відбувається під час залучення судового експерта, отримання суднову судо-

вої експертизи, отримання роз'яснень висновку судової експертизи тощо. Проте це не означає, що всі ці учасники, які пов'язані зі здійсненням судово-експертної діяльності, є її суб'єктами. Так, слідчі, прокурори, слідчі судді не є суб'єктами здійснення судово-експертної діяльності, хоча результат їх діяльність є підставою виникненням необхідності у залученні судового експерта.

На думку Тимченко О. В., судово-експертна діяльність – це процес дослідження об'єктів або явищ, що виконуються компетентною, незалежною та незацікавленою особою (судовим експертом), якій у встановленому законом порядку надано право проведення експертизи відповідних напрямків [8, с. 94]. У запропонованому визначенні поняття «судово-експертна діяльність» обмежується лише проведенням судової експертизи. Вважаємо, що це також досить звужений підхід. Проведення досліджень, дійсно, займає центральне місце у судово-експертній діяльності, проте ними не вичерпується.

Здійснення судово-експертної діяльності, в першу чергу, пов'язано з реалізацією функцій судового експерта, спрямованих на проведення дослідження та надання об'єктивного та обґрунтованого письмового висновку. Проте, виконання зазначених функцій можливе за умови здійснення інших напрямків судово-експертної діяльності. До них належить: здійснення підготовки, атестації (переатестації) та підвищенні кваліфікації судових експертів з метою належного забезпечення правосуддя відповідними фахівцями; проведення наукових досліджень та розробок з питань удосконалення провадження судової експертизи; здійснення розробок теоретичної та методичної бази проведення судової експертизи; проведення наукових розробок з питань організації проведення судових експертиз, фінансове та організаційне забезпечення проведення експертиз тощо. Зазначені напрямки спрямовані на належне та ефективне забезпечення правосуддя України незалежною, кваліфікованою і об'єктивною експертизою.

Важливим напрямком здійснення судово-експертної діяльності є також вдосконалення професійної майстерності експертів, поліпшення якості та обґрунтованості їх висновків шляхом проведення рецензування висновків судових експертиз. Таке рецензування здійснюється відповідно до Порядку проведення рецензування висновків судових експертів та висновків експертних досліджень, затвердженого Наказом Міністерства юстиції від 25.05.2015 № 775/5. Суб'єктами здійснення такої діяльності є співробітники науково-дослідних установ судових експертиз Міністерства юстиції України, які мають кваліфікацію судового експерта з тієї експертної спеціальності, за якою складено поданий на рецензування висновок, та не менше ніж трирічний стаж експертної роботи. За результатами такого рецензування рецензентом надаються рекомендації щодо удосконалення роботи експерта та підвищення рівня його професійних знань [9]. Не викликає сумнівів, що здійснення такого напрямку судово-експертної діяльності є важливим та необхідним для забезпечення викування принципів законності, незалежності та об'єктивності судово-експертної діяльності. Однак необхідно звернути увагу, що така діяльність здійснюється лише щодо висновків судових експертиз, які проводяться державними спеціалізованими установами Міністерства юстиції України. Законодавчого забезпечення здійснення рецензування іншими експертними установами (науково-дослідними установами судових експертиз, судово-медичних та судово-психіатричних установ Міністерства охорони здоров'я України; експертними службами Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України та Державної прикордонної служби України) на сьогодні немає. Тому важливого значення на сьогодні набуває розробка єдиних підходів до проведення рецензування висновків судових експертиз всіх суб'єктів судово-експертної діяльності.

Традиційно, основним напрямком здійснення судово-експертної діяльності є проведення судових експертиз. Судовий експерт може бути залучений до кримінального провадження для проведення судової експертизи як на стадії досудового розслідування, так і судового розгляду. Судова експертиза проводиться якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання. Однак, у деяких випадках залучення судового експерта до кримінального провадження є обов'язковим. Так, відповідно до ч. 2 ст. 242, ч. 1 ст. 509 КПК слідчий, прокурор зобов'язані ініціювати проведення судової експертизи у разі: 1) встановлення причин смерті; 2) встановлення тяжкості і характеру тілесних ушкоджень; 3) визначення психічного стану підозрюваного за наявності відомостей, які викликають сумнів щодо його осудності, обмеженої осудності; 4) встановлення віку особи, якщо це необхідно для вирішення питання про можливість притягнення її кримінальної відповідальності, а іншим способом неможливо отримати ці відомості; 5) визначення розміру матеріальних збитків, якщо потерпілий не може їх визначити та не надав документ, що підтверджує розмір такої шкоди, розміру шкоди немайнового характеру, шкоди довкіллю, заподіяного кримінальним правопорушенням; 6) якщо під час кримінального провадження будуть встановлені обставини, які дають підстави вважати, що особа під час вчинення суспільно небезпечного діяння була в неосудному або обмежено осудному стані або вчинила кримінальне правопорушення в осудному стані, але після його вчинення захворіла на психічну хворобу, яка позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії або керувати ними (для проведення психіатричної експертизи) [10]. Що стосується криміналістичних експертиз, обов'язковість їх призначення визначено іншими нормативно-правовими актами. Так, обов'язково також призначається експертиза (а) для встановлення виду, назви і властивостей наркотичного засобу, психотропної речовини, аналога такого засобу, речовини або прекурсору, їх походження, способу виготовлення чи переробки; (б) для вирішення питання про те, чи є відповідні предмети зброєю, бойовими припасами, вибуховими речовинами, вибуховими пристроями або радіоактивними матеріалами, а також для з'ясування їх придатності до використання за цільовим призначенням. Для з'ясування лише придатності предмета до використання за цільовим призначенням достатньо участі спеціаліста [11]. Порушення вимог обов'язкового залучення судового експерта у кримінальному судочинстві або відсутність ініціативи слідчого, прокурора на стадії досудового розслідування у разі необхідності участі такої особи у кримінальному провадженні впливає на всебічність, повноту та об'єктивність дослідження обставин конкретної події, а також порушує права учасників кримінального судочинства.

Отже, судово-експертна діяльність – це діяльність уповноважених на те суб'єктів відповідно до чинного законодавства, яка полягає у проведенні досліджень та наданні об'єктивного та обґрунтованого письмового висновку, а також здійснені інших напрямків, спрямованих на належне та ефективне забезпечення правосуддя України незалежною, кваліфікованою і об'єктивною експертизою. Зміст судово-експертної діяльності виявляється у здійсненні таких напрямків діяльності: проведенні досліджень та наданні об'єктивного та обґрунтованого письмового висновку; здійснення підготовки, атестації (переатестації) та підвищенні кваліфікації судових експертів з метою належного забезпечення правосуддя відповідними фахівцями; проведення наукових досліджень та розробок з питань удосконалення провадження судової експертизи; здійснення розробок теоретичної та методичної бази проведення судової експертизи; проведення нау-

кових розробок з питань організації проведення судових експертиз, фінансове та організаційне забезпечення проведення експертиз; вдосконалення професійної майстерності експертів, поліпшення якості та обґрунтованості їх висновків шляхом проведення рецензування висновків судових експертиз.

ЛІТЕРАТУРА

1. Проект Закону України «Про судово-експертну діяльність» від 30.10.2017 № 2149-VIII. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=61469
2. Стрілець Г. О. Генезис системи судово-експертних установ в Україні та напрямки їх діяльності : автореф. дис. на здобуття наук. степеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09. «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, 2009. 16 с.
3. Про судову експертизу : Закон України від 25 лютого 1994 р. № 4038-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 28. Ст. 232.
4. Сімакова-Єфремян Е. Б. Теоретико-правові та методологічні засади комплексних судово-експертних досліджень : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.09; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2017. 503 с.
5. Авдєєва Г. К. Проблеми використання спеціальних знань у змагальному кримінальному судочинстві України. *Протидія злочинності: теорія та практика :* матеріали VII Всеукр. наук.-практ. конф. (19 жовт. 2016 р.). Київ, 2016. С. 86–88.
6. Криминалистика : учеб. для вузов / Т. В. Аверьянова, Р. С. Белкин, Ю. Г. Корухов, Е. Р. Россинская. 3-е изд., перераб и доп. Москва. Норма, 2008. 944 с.
7. Лопата О. А. Поняття і зміст судово-експертної діяльності. *Міжнародний юридичний вісник:* збірник наукових праць Національного університету державної податкової служби України. 2016. Вип. 1. С. 45–51.
8. Тимченко О. В. Особливості судово-експертної діяльності при розслідуванні злочину Забруднення моря (ст. 243 ККУ). *Актуальні питання публічного та приватного права* : науковий журнал. 2016. № 3 (14). С. 94.
9. Про затвердження порядку проведення рецензування висновків судових експертів та висновків експертних досліджень : наказ М-ва юстиції України № 775/5 від 25.05.2015. *Верховна Рада України*: офіц. веб-сайт. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0605-15
10. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. *Офіційний вісник України*. 2012. № 37. Ст. 1370.
11. Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар: у 2 т. О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. Харків. Право. 2012. Т. 1. 768 с.

УДК 343.1;070
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/90

ДЕЯКІ ПИТАННЯ ОБМЕЖЕННЯ ТАЄМНИЦІ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В РОБОТІ ЗМІ

SOME ISSUES OF RESTRICTING THE SECRET OF THE PRE-TRIAL INVESTIGATION IN THE WORK OF THE MEDIA

Д'ячкова М.О., к. ю. н.,
завідувач відділу аспірантури і докторантури
Національний університет «Одеська юридична академія»

Сидорчук В.В., аспірант кафедри кримінального процесу,
детективної та оперативно-розшукової діяльності
Національний університет «Одеська юридична академія»

Лепетуха М.В., магістр з міжнародної журналістики,
методист деканату факультету журналістики
Національний університет «Одеська юридична академія»

Стаття була присвячена легальності роботи засобів масової інформації і журналістів щодо висвітлення суспільних подій, яким надається кримінально-правова оцінка правоохоронними органами, і відомості щодо яких містяться в матеріалах досудового розслідування. А отже розголошення яких може обмежуватися кримінально-процесуальною категорією таємниці досудового розслідування.

З огляду на це у статті було досліджена категорія кримінального процесу – таємниця досудового розслідування. Для початку були узгоджені між собою поняття таємниця слідства і таємниця досудового розслідування. Після чого досліджені наявні у літературі відповідні поняття і наявна законодавча характеристика відповідної категорії. З огляду на певну неузгодженість між дослідженими поняттями і обмеженість характеристики таємниці досудового розслідування у Кримінальному процесуальному кодексі – нами було прийнято рішення дослідити відповідне поняття самостійно, виділивши відповідні ознаки.

Підсумком стало визначення, що таємниця досудового розслідування – охоронювана законом інформація, яка стала відома органам досудового розслідування в ході досудового розслідування кримінального провадження, яка відноситься до таємної інформації через об'єктивну важливість для суспільних потреб, захисту національної безпеки, суспільних інтересів і для забезпечення завдань кримінального провадження, за своїм змістом може включати: конфіденційну, службову інформацію і інформацію, що складає державну таємницю, розголошення якої можливе лише за письмовою згодою повноважних суб'єктів (слідчого, прокурора) у визначених ними обсязі. Також були виділені обмеження таємниці досудового розслідування. Перші стосуються відносного обмеження у випадку наявності в матеріалах кримінального провадження на стадії досудового розслідування інформації щодо безпосередньої небезпеки суспільства та окремих його груп або осіб і абсолютного обмеження відповідної категорії у випадку, якщо інформація, яка міститься у матеріалах досудового розслідування є суспільно необхідною, тобто є предметом суспільного інтересу.

Ключові слова: таємниця досудового розслідування, ЗМІ, журналіст.

The article was devoted to the legality of the work of the media and journalists to cover public events, which are provided with criminal law assessment by law enforcement agencies, and information about which is contained in the materials of the pre-trial investigation. Consequently, the disclosure of which may be limited to the criminal procedure category of secrecy of the pre-trial investigation.

In view of this, the article explored the category of criminal proceedings – the secrecy of the pre-trial investigation. To begin with, the concepts of secrecy of the investigation and secrecy of the pre-trial investigation were agreed upon. Then the relevant concepts and the presence of legislative characteristics of the relevant category were studied in the literature. Given the inconsistency between the concepts studied by the agreements and the certainty of the characteristics of the secrecy of the judicial investigation in the Criminal Procedure Code – we decided to investigate the concept independently, highlighting the relevant features.

The result was the determination that the secrecy of pre-trial investigation is information protected by law, which became known to pre-trial investigation authorities during pre-trial investigation of criminal proceedings, which relates to classified information because of its objective importance for public needs, protection of national security, public interests and tasks. Criminal proceedings, the content may include confidential, official information and information constituting a state secret, the disclosure of which is possible only with the written consent of the authorized entities (investigator, prosecutor) in the amount specified by them. Restrictions on the secrecy of the pre-trial investigation were also identified: the first concerns the relative restriction of information on the immediate danger of society and its individual groups or individuals in criminal proceedings at the pre-trial stage, and the absolute restriction of the relevant category if the information contained in the materials pre-trial investigation is socially necessary, ie is a matter of public interest.

Key words: secret of pre-trial investigation, mass media, journalist.

Принцип публічності у кримінальному процесі свідчить про виключну роль окремих правоохоронних органів в охороні суспільних відносин коло яких, окреслене Кримінальним кодексом України (далі – КК), шляхом можливості починати досудове розслідування стосовно їх (охоронюваних суспільних відносин) порушення. Ця виключна роль є необхідною для захисту суспільства і держави від суспільно небезпечних противоправних посягань, які в світі останніх подій в Україні несуть також небезпеку миру, безпеці людства і встановленому правопорядку. Розслідування відповідних посягань, в тому числі, забезпечує захист суспільства і держави, а також за можливості, відновлює порушені права. Зважуючи на приналежність порушених правовідносин до інтересів суспільства, а також на делегування суспільством через владні структури правоохоронним органам права на розслідування відповідних посягань. Постає питання обізнаності суспільства з результатами і ходом їх розслідування, в контексті, як таємниці досудового розслідування, так і діяльності журналіста, який оперативно висвітлює хід і результати розслідування кримінальних правопорушень, які окрім зацікавленості у суспільства в результатах їх розслідування, своїм об'єктом мають суспільні відносини проти миру і безпеки не окремого суспільства чи народу, а всього людства.

З огляду на це вбачається за необхідне дослідити кримінально-правову категорію таємниці досудового розслідування; правомірність діяльності журналіста, в контексті

висвітлення ходу і результатів розслідування, і кореляцію його діяльності з таємницею досудового розслідування.

Наше дослідження ми б хотіли розпочати з аналізу існуючих в доктрині понять «таємниця досудового розслідування», «таємниця слідства». Для початку необхідно зауважити, про взаємозв'язок цих понять, нами вбачається в тому, що «таємниця досудового розслідування» є осучасненим поняттям «таємниця слідства», враховуючи нові категорії/поняття у КПК 2012 року. Або ж зважаючи на різні форми досудового розслідування: дізнання і досудове слідство – «таємниця слідства» може виступати спеціальним поняттям щодо «таємниці досудового розслідування», однак зважуючи на дещо обмеженість поняття (замість «таємниця досудового слідства» – «таємниця слідства»), вважаємо, що перше наше пояснення, щодо взаємозв'язку цих понять є більш доречним.

Що стосується безпосереднього визначення поняття «таємниця досудового розслідування», то в науці кримінального процесу наявні наступні поняття: «встановлені розслідуванням відомості, які мають значення для правильного визначення справи, розголошення яких може призвести до втрати доказів та уникнення злочинцем відповідальності, перешкодити відшкодуванню шкоди або іншим чином завадити здійснення правосуддя» [5, с. 82]. «Таємниця слідства – службова інформація обмеженого поширення, що створюється та збирається в системі діяльності щодо виявлення та розкриття злочинів і використовується співробітниками даних органів, які здійснюють зазначену діяльність з метою попереднього розслідування подій злочину і протидії їм» [2, с. 159]. «Таємниця досудового розслідування – інформація у формі відомостей, що отримані в ході досудового розслідування та оперативно-розшукової діяльності, та іншу інформацію, що має (може мати) безпосереднє або опосередковане відношення до кримінального провадження, правове регулювання якої здійснюється спеціальним правовим режимом інформації, поширення якої можливе лише з дозволу уповноважених осіб, за незаконне розголошення останньої передбачена кримінальна відповідальність» [6, с. 139]. Також, у літературі вказується на те, що «механізм недопустимості розголошення даних кримінального судочинства – це законодавчо санкціонований порядок організації фактично і юридично значимих дій уповноважених суб'єктів обирати й застосовувати правові засоби механізму кримінально-процесуального забезпечення недопустимості розголошення даних кримінального судочинства з метою захисту інтересів особистості, суспільства і держави, що зумовлюють успішне розслідування у кримінальній справі і здійснення правосуддя» [4, с. 8].

Стосовно нормативного закріплення, то у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК) відсутнє нормативне закріплення поняття таємниця досудового розслідування або таємниця слідства, однак у КПК закріплена стаття 222 (Недопустимість розголошення відомостей досудового розслідування), в якій зазначено: «відомості досудового розслідування можна розголошувати лише з письмового дозволу слідчого або прокурора і в тому обсязі, в якому вони визнають можливим. Слідчий, прокурор попереджає осіб, яким стали відомі відомості досудового розслідування, у зв'язку з участю в ньому, про їх обов'язок не розголошувати такі відомості без його дозволу. Незаконне розголошення відомостей досудового розслідування тягне за собою кримінальну відповідальність, встановлену законом» [3]. На наш погляд, ця стаття є нормативним закріпленням суті поняття таємниці досудового розслідування, а саме посилання на те, що інформація (відомості), які містяться у матеріалах досудового розслідування можуть розголошуватися лише із дозволу осіб безпосередньо відповідальних за розслідування. З огляду на це, варто вказати, на певні особливості нормативної характеристики таємниці досудового розслідування: незрозуміло який статус має інформація (відомості) яка розголошується, до того, як стали відомі, до включення їх у матеріали кримінального провадження і якщо слідчий/прокурор може обмежувати розголошення певної інформації (відомостей) в інтересах розслідування, то чи можуть вони розголосити інформацію, в інтересах розслідування, яка була отримана внаслідок розслідування, однак охороняється законом.

З огляду на загально нормативне закріплення суті таємниці досудового розслідування, неузгодженості нормативних визначень поняття і наявних у літературі визначень вбачаємо за необхідне розібратися у понятті та структурі поняття таємниці досудового розслідування для подальшого надання оцінки можливості обмеження цієї категорії щодо конкретних видів злочинів в контексті діяльності журналіста.

Перш за все варто почати з характеристики такої ознаки таємниці досудового розслідування як таємниця. Згідно із законом «Про інформацію» таємна інформація – різновид інформації з обмеженим доступом, на рівні із конфіденційною та службовою інформацією [8]. Отже конфіденційна, таємна і службова інформації – вичерпні види інформації з обмеженим доступом. Щодо критеріїв, які дозволяють відносити інформацію до «з обмеженим доступом», то в законі «Про доступ до публічної інформації», зазначається, що «обмеження доступу до інформації здійснюється відповідно до закону при дотриманні сукупності таких вимог: 1) виключно в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи кримінальним правопорушенням, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя; 2) розголошення інформації може завдати істотної шкоди цим інтересам; 3) шкода від оприлюднення такої інформації переважає суспільний інтерес в її отриманні» [7]. Отже таємність досудового розслідування, в тому числі, викликана наявністю вищезазначених причин. Хоча в ст. 20 закону «Про інформацію» є виключення щодо переліку інформації яка не може бути з обмеженим доступом, серед них варто виділити наступні відомості: про стан довкілля, якість харчових продуктів і предметів побуту; про аварії, катастрофи, небезпечні природні явища та інші надзвичайні ситуації, що сталися або можуть статися і загрожують безпеці людей; про факти порушення прав і свобод людини; про незаконні дії органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб; інші відомості, доступ до яких не може бути обмежено відповідно до законів та міжнародних договорів України» [8]. Необхідно зауважити, що відповідна інформація може бути в окремих матеріалах досудового розслідування, що може свідчити про певні виключення з таємниці досудового розслідування.

З огляду на це варто зазначити, що законодавець передбачив, здебільшого для суспільних потреб, захисту національної безпеки, суспільних інтересів – обмежувати доступ до інформації/відомостей, що з огляду на мету є виправданим. Відповідне обмеження інформації залежно від її змісту може носити конфіденційний, таємний або службовий характер. Однак із загального правила формування інформації з обмеженим доступом є виключення, які стосуються інформації/відомостей щодо безпосередньої безпеки суспільства і окремих його груп або осіб, що в цілому показує намагання законодавця побудови соціально орієнтованої правової системи.

Що ж стосується характеристики окремих видів інформації з обмеженим доступом, то конфіденційна інформація – «інформація, доступ до якої обмежено фізичною або юридичною особою, крім суб'єктів владних повноважень, та яка може поширюватися у визначеному

ними порядку за їхнім бажанням відповідно до передбачених ними умов. Розпорядники, які володіють конфіденційною інформацією, можуть поширювати її лише за згодою осіб, які обмежили доступ до інформації, а за відсутності такої згоди – лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини» [7], тобто здебільшого це персональна інформація стосовно особи, охорона якої констатується у ст. 32 Конституції України, ст. 162, 163, 182 КПК.

«Таємна інформація – інформація, доступ до якої обмежується, розголошення якої може завдати шкоди особі, суспільству і державі. Таємною визнається інформація, яка містить державну, професійну, банківську, розвідувальну таємницю, таємницю досудового розслідування та іншу передбачену законом таємницю» [7]. З огляду на це визначення таємної інформації, варто виділити декілька особливостей: незважаючи на відсутність нормативного закріплення у КПК поняття і назви категорії «таємниця досудового розслідування» – дефініція цієї категорії міститься в законі «Про доступ до публічної інформації» характеризуючи таємницю досудового розслідування як один із видів таємної інформації, яка в свою чергу є одним із видів інформації з обмеженим доступом; загальні критерії обмеження інформації, що призводить до формування таємної інформації – для уникнення завдання шкоди особі, суспільству і державі. Щодо критеріїв обмеження інформації у досудовому розслідуванні, то окрім уже зазначених загальних критеріїв, специфіка кримінально-процесуальної діяльності формує спеціальні критерії, які залежать від завдань кримінального провадження.

Щодо службової інформації, то до неї може належати така інформація: «1) що міститься в документах суб'єктів владних повноважень, які становлять внутрівідомчу службову кореспонденцію, доповідні записки, рекомендації, якщо вони пов'язані з розробкою напряму діяльності установи або здійсненням контрольних, наглядових функцій органами державної влади, процесом прийняття рішень і передують публічному обговоренню та/або прийняттю рішень; 2) зібрана в процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони країни, яку не віднесено до державної таємниці» [7]. Тут варто зазначити, що здебільшого матеріали оперативно-розшукової діяльності входять до складу матеріалів досудового провадження.

З огляду на дослідження понять різних видів інформації з обмеженим доступом необхідно зазначити, що таємниця досудового розслідування відноситься до таємної інформації. Однак характер отриманих відомостей в ході досудового розслідування може складати, як з конфіденційної інформації (здебільшого результати НСРД), так і з службової інформації (здебільшого результати ОРД), що виходить за межі повноважень слідчого/прокурора щодо їх можливостей розголошувати цю інформацію, навіть з урахуванням положень ст. 222 КПК.

Також необхідно зауважити, що відповідно до положень Зводу відомостей, що становлять державну таємницю, до інформації, що містить державну таємницю відносяться:

– Відомості про зміст матеріалів дізнання (досудового слідства), якщо розголошення відомостей про це може завдати шкоди національним інтересам і безпеці. Рішення про необхідність засекречування та розсекречування (але не пізніше вступу в силу вироку суду) інформації приймає держексперт.

– Відомості про зміст матеріалів дізнання (досудового слідства) з питань, які містять інформацію, віднесену до державної таємниці. Рішення про необхідність засекречування (відповідно до ступеня секретності відповідних матеріалів) або розсекречування інформації приймає керівник органу дізнання (досудового слідства) самостійно або за поданням зацікавленої сторони [1]. Що свідчить про те, що в матеріалах досудового розслідування можуть бути відомості, які матимуть статус таємної інформації, однак не через приналежність до матеріалів досудового розслідування і формування таємниці досудового розслідування, а через наявність у неї державної таємниці, надання дозволу щодо розголошення якої також виходить за межі компетенції слідчого/прокурора, навіть з урахуванням положень ст. 222 КПК.

З огляду на це можна зробити висновок стосовно того, що існує три взаємопов'язані категорії: таємниця досудового розслідування – загальна категорія; державна таємниця відомостей досудового розслідування – спеціальна категорія; окремі відомості досудового розслідування, які містять державну таємницю – відноситься як частина до цілого категорії державної таємниці відомостей досудового розслідування.

З огляду на вищезазначене необхідно зауважити, що таємниця досудового розслідування – охоронювана законом інформація, яка стала відома органам досудового розслідування в ході досудового розслідування кримінального провадження, яка відноситься до таємної інформації через об'єктивну важливість для суспільних потреб, захисту національної безпеки, суспільних інтересів і для забезпечення завдань кримінального провадження, за своїм змістом може включати конфіденційну, службову інформацію і інформацію, що складає державну таємницю, розголошення якої можливе лише за письмовою згодою повноважних суб'єктів (слідчого, прокурора) у визначених ними обсязі, лише щодо інформації/відомостей, які не є конфіденційною, службовою інформацією або інформацією, що становлять державну таємницю, щодо ознайомлення з якими встановлено іншу процедуру.

Розглядаючи питання обсягу інформації досудового розслідування, який за рішеннями компетентних органів може розголошуватися, варто зазначити, що для зручності характеристики відповідного обсягу доцільно використовувати положення ст. 91 КПК, де вказані відомості, які мають міститися в матеріалах досудового розслідування: подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення); винуватість обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, форма вини, мотив і мета вчинення кримінального правопорушення; вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, а також розмір процесуальних витрат; обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення, характеризують особу обвинуваченого, обтяжують чи пом'якшують покарання, які виключають кримінальну відповідальність або є підставою закриття кримінального провадження; обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання; обставини, які підтверджують, що гроші, цінності та інше майно, які підлягають спеціальній конфіскації, одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від такого майна; обставини, що є підставою для застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру [3].

Відповідні категорії відомостей дають можливість виділити серед матеріалів досудового розслідування інформацію, яка не може бути таємною: щодо стану довкілля, якості харчових продуктів і предметів побуту; аварій, катастроф, небезпечних природних явищ та інших надзвичайних ситуацій, що сталися або можуть статися і загрожують безпеці людей; факти порушення прав і свобод людини; незаконні дії органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб [8]. Вказана інформація міститься в наступних категоріях відомостей кримінального провадження: подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення); загальна інформація стосовно підозрюваного або обвину-

ваченого у вчиненні кримінального правопорушення; вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням; обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення; обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання. Також на необхідності відкритості інформації досудового розслідування вказує і практика ЄСПЛ, так у рішенні Сергій Шевченко проти України, вказується, що «розслідування не забезпечило достатню прозорість та захист інтересів найближчого родича загиблої особи», у підсумку суд доходить висновку щодо «непроведення ефективного та незалежного розслідування» [9]. Тобто виділяється прозорість і відкритість розслідування, яка має свідчити про законність діяльності органів досудового розслідування і певному громадському контролю за їх діяльністю, оскільки такий контроль дозволить слідкувати не тільки за законністю розслідування, але і за доцільністю заходів, які реалізовуються у процесі розслідування.

З огляду на законодавчі обмеження віднесення до таємної інформації окремих, вищезазначених відомостей – останні не охоплюються категорією таємниці досудового розслідування як різновидом таємної інформації. Що свідчить про можливість її розповсюдження і повідомлення необмеженій кількості осіб. Варто наголосити на особливій категорії кримінальних правопорушень – кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, які представляють небезпеку не тільки для держави, але і для суспільства, оскільки наслідки діянь цих видів правопорушень – носять масовий, насильницький характер. Саме тому важливим є не тільки дослідження категорії таємниця досудового розслідування з виокремленням відомостей кримінального провадження, які нею не охоплюються, але в окремих випадках і донесення відповідних відомостей (подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення); загальна інформація стосовно підозрюваного або обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення; вид і розмір шкоди, завданої кримінальним правопорушенням; обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення; обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання) до необмеженого кола осіб. Відповідну функцію здійснюють засоби масової інформації (далі – ЗМІ), діяльність яких в тому числі регламентуються законом «Про інформацію», де окрім заборони цензури і заборони втручання у професійну діяльність журналіста, закріплюються гарантії діяльності як ЗМІ, так і журналіста: «під час виконання професійних обов'язків журналіст має право здійснювати письмові, аудіо- та відеозаписи із застосуванням необхідних технічних засобів, за винятком випадків, передбачених законом; журналіст має право безперешкодно відвідувати приміщення суб'єктів владних повноважень, відкриті заходи, які ними проводяться, та бути особисто прийнятим у розумні строки їх посадовими і службовими особами, крім випадків, визначених законодавством; після пред'явлення документа, що засвідчує його професійну належність, працівник засобу масової інформації має право збирати інформацію в районах стихійного лиха, катастроф, у місцях аварій, масових безпорядків, воєнних дій та на територіях, де оголошено надзвичайний стан, надзвичайну ситуацію або вжиті адміністративні та медико-санітарні заходи (карантин), крім випадків, передбачених законом; журналіст має право поширювати підготовлені ним матеріали (фонограми, відеозаписи, письмові тексти тощо) за власним підписом (авторством) або під умовним ім'ям (псевдонімом)» [8].

Важливим у контексті обмеження таємниці досудового розслідування є законодавче закріплення у ст. 29 закону «Про інформацію» можливості поширення інформації з обмеженим доступом, якщо вона є суспільно необхідною, тобто є предметом суспільного інтересу, і право громадськості знати цю інформацію переважає потенційну шкоду від її поширення. В свою чергу предметом суспільного інтересу вважається «інформація, яка свідчить про загрозу державному суверенітету, територіальній цілісності України; забезпечує реалізацію конституційних прав, свобод і обов'язків; свідчить про можливість порушення прав людини, введення громадськості в оману, шкідливі екологічні та інші негативні наслідки діяльності (бездіяльності) фізичних або юридичних осіб тощо» [8]. Відповідне положення свідчить про наявність окремих випадків абсолютного обмеження таємниці досудового розслідування, нагадаємо, що вище ми виділяли окремі обмеження таємниці досудового розслідування.

Підсумовуючи, варто зазначити, що таємниця досудового розслідування – охоронювана законом інформація, яка стала відома органам досудового розслідування в ході досудового розслідування кримінального провадження, яка відноситься до таємної інформації через об'єктивну важливість для суспільних потреб, захисту національної безпеки, суспільних інтересів і для забезпечення завдань кримінального провадження, за своїм змістом може включати конфіденційну, службову інформацію і інформацію, що складає державну таємницю, розголошення якої можливе лише за письмовою згодою повноважних суб'єктів (слідчого, прокурора) у визначених ними обсязі, лише щодо інформації/відомостей які не є конфіденційною, службовою інформацією або інформацією, що становлять державну таємницю, щодо ознайомлення з якими встановлено іншу процедуру. Однак, існують відносні і абсолютні обмеження стосовно цієї категорії. Відносна обмеженість пов'язана із наявністю в матеріалах кримінального провадження на стадії досудового розслідування інформації щодо безпосередньої безпеки суспільства і окремих його груп або осіб до такої інформації, необхідно віднести інформацію щодо події кримінального правопорушення; загальної інформація стосовно підозрюваного або обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення; виду і розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням; обставини, які впливають на ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення; обставини, що є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності або покарання. Абсолютна обмеженість – у випадку якщо інформація є суспільно необхідною (в тому числі, якщо вона стосується вчинюваних кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та встановленого правопорядку), то незважаючи на обмеженість інформації (не тільки її таємність, але на конфіденційність, і на її службовий характер), вона може вільно поширюватись. Завдання швидкого, повного і неупередженого її поширення стоїть перед ЗМІ і журналістами.

ЛІТЕРАТУРА

1. Звід відомостей, що становлять державну таємницю : Наказ Центрального управління Служби безпеки України від 23.12.2020 № 383. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0052-21#n13 (дата звернення: 29.05.2022).
2. Камалова Г. Г. Криминалистическое содержание и сущность защиты информации в деятельности по выявлению и раскрытию преступлений : автореф. дис. … на соискание уч. степени канд. юрид. наук по спец.: 12.00.09. Ижевск. 2002. 199 с.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (дата звернення: 29.05.2022).
4. Кутазова И. В. Механизм уголовно-процессуального обеспечения недопустимости разглашения данных уголовного судопроизводства : автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08. Тюмень, 2011. 24 с.

5. Лавров В. П. Проблеми забезпечення слідчої таємниці в умовах розвитку демократії і гласності Проблеми демократизації попереднього слідства. Волгоград : ВСШ МВД СССР. 1989. 209 с.

6. Полонова Н. І. Місце таємниці досудового розслідування серед інших таємниць, охоронюваних законом про кримінальну відповідальність. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017 № 2. С. 138–141.

7. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.01.2011 № 2939-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text (дата звернення: 29.05.2022).

8. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 № 2657-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text (дата звернення: 29.05.2022).

9. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Шевченко проти України» від 04.04.2006 (заява № 32478/02). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_012#Text (дата звернення: 29.05.2022).

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/91

ОСОБЛИВОСТІ АКТУАЛІЗАЦІЇ ІДЕАЛЬНИХ СЛІДІВ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ ТА ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ МИРУ, БЕЗПЕКИ ЛЮДСТВА ТА МІЖНАРОДНОГО ПРАВОПОРЯДКУ

PECULIARITIES OF THE ACTUALISATION OF THE IDEAL TRACES IN THE INVESTIGATION OF WAR CRIMES AND CRIMES AGAINST PEACE, HUMAN SECURITY AND INTERNATIONAL LAW AND ORDER

Затенацький Д.В., к. ю. н.,
доцент кафедри криміналістики
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Лисенко Д.А., студентка І курсу магістратури правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Автори даної статті вважають обрану тему актуальною з огляду на наступне. З моменту розпочатого на Донбасі збройного конфлікту у 2014 році та триваючими військовими діями, виникла нагальна потреба фіксувати велику кількість воєнних злочинів та злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. За цей час зареєстровано декілька десятків тисяч воєнних злочинів та злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку.

Фіксування злочинів передбачає обов'язкове їх розслідування, яке, у свою чергу, відбувається за допомогою встановлення слідів злочину. У криміналістичній науці розрізняють матеріальні та ідеальні сліди кримінального правопорушення. У даній роботі автори зосереджують свою увагу саме на останніх, оскільки, наприклад, у кримінальних провадженнях, у яких досудове розслідування проводилося на територіях, які постраждали від бойових дій, де фактично вже неможливо зібрати речові докази, доказова база ґрунтується насамперед на показаннях потерпілих, свідків та очевидців злочині. Саме це й обґрунтовує цінність та важливість дослідження ідеальних слідів в межах досудового розслідування воєнних злочинів та злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку.

За мету статті автори ставлять аналіз та дослідження особливостей актуалізації ідеальних слідів при розслідуванні воєнних злочинів та злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. У роботі автори аналізують теоретичні засади використання тактичних прийомів, спрямованих на актуалізацію ідеальних слідів та розкривають їх сутність з огляду на специфіку визначених авторами злочинів. Автори підкреслюють, що складність виявлення ідеальних слідів зумовлена їх унікальністю і особливостями джерела – людини, яка має інтелект.

Підбиваючи підсумки даної роботи, автори стверджують, що правильне тактичне проведення слідчих (розшукових) дій за участю очевидців, свідків та потерпілих на предмет виявлення ідеальних слідів є важливим чинником, що впливає на отримання об'єктивної інформації про обставини та подію вчинення вищенаведених злочинів, їх подальшого розслідування та розкриття.

Ключові слова: ідеальні сліди, тактичні прийоми, воєнні злочини, злочини проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку.

The authors of this article consider the chosen topic relevant in view of the following. Since the beginning of the armed conflict in Donbas in 2014 and the ongoing military operations, there has been an urgent need to record a large number of war crimes and crimes against peace, human security and international legal order. During this time, several tens of thousands of war crimes and crimes against peace, human security and international legal order were registered.

Fixing crimes involves their mandatory investigation, which, in turn, takes place with the help of establishing traces of the crime. In forensic science, material and ideal traces of a criminal offense are distinguished. In this work, the authors focus their attention precisely on the latter, since, for example, in criminal proceedings in which the pre-trial investigation was conducted in the territories affected by hostilities, where in fact it is no longer possible to collect physical evidence, the evidence base is based primarily on the testimony of victims and witnesses and witnesses to the crime. This justifies the value and importance of the study of ideal traces within the pre-trial investigation of war crimes and crimes against peace, human security and international legal order.

The purpose of the article is the analysis and research of the peculiarities of the actualization of ideal traces in the investigation of war crimes and crimes against peace, human security, and the international legal order. In the article, the authors analyze the theoretical foundations of the use of tactical techniques aimed at actualizing ideal traces and reveal their essence in view of the specifics of the crimes defined by the authors. The authors emphasize that the difficulty of identifying ideal traces is due to their uniqueness and the characteristics of the source – a person who has intelligence and constitutional rights that guarantee the inviolability of the person.

Summing up the results of this work, the authors claim that the correct tactical conduct of investigative (search) actions with the participation of eyewitnesses, witnesses and victims for the purpose of identifying ideal traces is an important factor that affects the acquisition of objective information about the circumstances and events of the commission of war crimes and crimes against peace, human security and international legal order, and further investigation and disclosure of these crimes.

Key words: ideal traces, tactics, war crimes, crimes against peace, human security and international law and order.

Постановка проблеми. Внаслідок розпочатого на Донбасі у 2014 році збройного конфлікту проблема фіксування та подальшої актуалізації слідів при розслідуванні воєнних злочинів набула надзвичайної актуальності.

За вісім років бойових дій значного реформування зазнав не лише механізм регулювання правовідносин у військовій сфері, але й положення кримінального законодавства у частині притягнення до відповідальності за вчинення воєнних кримінальних правопорушень. Наприклад, одним з таких документів, що вносить зміни, став законопроект «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексу України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» № 2689 від 27 грудня 2019 року [1]. Даним законом забезпечується імплементація положень міжнародного кримінального і гуманітарного права щодо кримінально-правового переслідування за міжнародні злочини (геноцид, злочин агресії, злочини проти людяності).

Законом доповнено статтю 8 Кримінального кодексу України (далі – КК України), якою запроваджується принцип універсальної юрисдикції щодо агресії, геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів. Також у КК України додані розділ VII «Особливості криміналь-

ної відповідальності військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників за окремі злочини підлеглих їм осіб» та нова стаття 311 КК України, якою передбачено особливості кримінальної відповідальності військових командирів, інших осіб, що фактично діють як військові командири, та інших начальників за відповідні міжнародні злочини. Відповідні нововведення у законодавстві вносять особливості розслідування даних злочинів [2].

Важливість та актуальність обраної теми також підтверджується даними, отриманими у процесі аналізу статистичних даних про кількість та вид вчинених воєнних кримінальних правопорушень. Так, лише з початку поточного року загальна кількість воєнних злочинів становить 19 086 злочинів, з яких: 18 383 – порушення законів та звичаїв війни (стаття 438 КК України), 73 – планування, підготовка або розв'язання та ведення агресивної війни (стаття 437 КК України), 18 – пропаганда війни (стаття 436 КК України), 612 – інші злочини[1]. У зв'язку із вищезазначеним послідовним та логічним постає питання розслідування воєнних злочинів. Необхідною процесуальною умовою розкриття усіх злочинів є спілкування слідчого з учасниками кримінального провадження, в першу чергу мова йде про свідків та потерпілих. Оскільки згідно із частиною 3 статті 223 КПК України: «Слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення слідчої (розшукової) дії осіб, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені» [3], одним із пріоритетних завдань криміналістичної тактики є розробка і використання тактичних прийомів, що забезпечують ефективність спілкування під час проведення деяких слідчих (розшукових) дій. Окреме місце у процесі розслідування злочинів посідають тактичні прийоми, що спрямовані на актуалізацію ідеальних слідів злочину, а саме про сліди-відображення у свідомості людей і збережена в їхній пам'яті криміналістично-значуща інформація. Їхня цінність полягає в тому, що вони здатні відображати як весь об'єкт чи подію злочину в цілому, так і його окремі її елементи. Більш того, у деяких злочинах ідеальні сліди можуть бути єдиним джерелом, з якого стає відомо про скоєння того чи іншого злочину.

Метою даної статті є встановлення, аналіз та дослідження особливостей актуалізації ідеальних слідів саме при розслідуванні воєнних злочинів та злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню ідеальних слідів злочину, а також тактичних прийомів їх актуалізації присвячені праці наступних українських вчених: В. Г. Гончаренка, Д. В. Затенацького, В. Г. Лукашевича, В. Ю. Шепітька, а також у працях зарубіжних вчених Р. С. Бєлкіна, О. М. Васильєва, Л. О. Суворової та ін. Перераховані вище наукові праці здійснили важливий внесок у розвиток теоретичних засад та удосконалення практики застосування тактичних прийомів, спрямованих на актуалізацію ідеальних слідів. Однак, якщо в цих дослідженнях увага була в основному присвячена сутності та значенню цих прийомів, то у даній роботі тактичні прийоми будуть розглядатися з урахуванням специфіки розслідування воєнних злочинів та злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку.

Виклад основного матеріалу. На даний момент у криміналістичній науці відсутня єдина назва та стале визначення поняття ідеальні сліди. Їх також іменують «інтелектуальні», «психічні» або «пам'ятні» сліди. У даній статті ми будемо використовувати саме термін «ідеальні сліди», оскільки, на наш погляд, нематеріальні сліди не можуть обмежуватися тільки чимось одним: інтелектом, психічним станом або пам'яттю. Розглянемо варіанти визначення ідеальних слідів науковцями.

Рахімов О. І. визначає ідеальні сліди злочину як результат психічного відображення обставин злочину (криміналістично значущої інформації) у почуттєво-раціональній формі, що зберігається у пам'яті людини у вигляді суб'єктивного образа або понять, і який може бути відтворений носієм такої інформації самостійно або за допомогою науково обґрунтованих методів [4, с. 202]. Зауважимо на тому, що у формуванні, а більшою мірою й у збереженні цих слідів, беруть участь всі психічні процеси, спогади, стани й властивості особистості, тобто не можна вважати ідеальні сліди лише результатом психічного відображення.

Васильєв В. Л. визначає ідеальні сліди як інформацію про подію злочину й особу злочинця, яку люди знають і можуть відтворити на допиті [5, с. 440]. Частково погоджуючись з думкою В. Л. Васильєва, зазначимо лише те, що інформація про подію злочину використовується не лише в ході допиту, а також і в інших слідчих (розшукових) діях.

Суворова Л. О. вважає, що ідеальні сліди злочину є криміналістично значущою (кримінально-релевантну) інформацією, сприйнятою й відбитою людиною у вигляді уявних (пам'ятних) образів, яка може бути ним відтворена у вербальній або іншій формі або одержана з її пам'яті засобами, припустимими для використання в кримінальному судочинстві [6, с. 36]. На нашу думку, сутність і механізм їхнього формування єдині й не залежать від сфери виникнення. Ідеальний слід залишається ідеальним і у тому випадку, коли він одержаний з пам'яті не допустимими для використання в кримінальному судочинстві засобами. Однак, важливо підкреслити, що у такому разі ідеальний слід втрачає своє доказове значення.

Як зазначає Затенацький Д. В., в основі розуміння механізму формування ідеального сліду лежить категорія відображення, що обумовлює чинники, які впливають на механізм формування ідеального сліду, закономірності виникнення перекручень, а також дозволяє зрозуміти їх місце й роль [7, с. 14].

Аналіз наукової літератури дає можливість дійти висновків про наступні ознаки ідеальних слідів:

- криміналістична значущість інформації;
- відображені у пам'яті особи у вигляді образів, понять;
- основою формування слугують асоціації;
- суб'єктивність;
- латентність;
- схильність до свідомого або підсвідомого викривлення інформації;
- схильність до змін під впливом об'єктивних або суб'єктивних факторів;
- інформація, що зберігається в ідеальних слідах, доступна для дослідження тільки після її перетворення у форму, що є прийнятною для іншої людини.

Також характерною саме для ідеальних слідів ознакою, можна вважати складність їх виявлення, яка зумовлена їх унікальністю і особливостями джерела – людини, яка перебуває на вищому ступені соціального розвитку.

Можна ще додати таку ознаку, як фрагментарність, оскільки відображення злочину в матеріальних або ідеальних слідах характеризується тим чи іншим ступенем повноти або фрагментарності [8, с. 13]. Слідчий або суд вивчає подію злочину за допомогою відображень, залишених на місці події, речових доказів, показань свідків, висновків судових експертиз. Слідчий (суддя) не може безпосередньо сприймати подію злочину, він сприймає вже її результат. Отже, безпосереднім об'єктом криміналістичного дослідження є не подія злочину, а її відображення в матеріальній обстановці та у свідомості людей. Саме заради того, щоб зрозуміти, як свідки або потерпілі

[1] Інформацію про кількість та види злочинів отримано з сайту Офісу Генерального Прокурора (https://www.gp.gov.ua/)

від злочинів сприйняли та запам'ятали ту чи іншу інформацію стосовно події злочину представники правоохоронних та судових органів використовують тактичні прийоми, які спрямовані на актуалізацію ідеальних слідів злочину.

Аналіз наукової літератури дозволяє виокремити наступні тактичні прийоми, які спрямовані на актуалізацію ідеальних слідів злочину:

– пред'явлення допитуваному речових доказів, документів, протоколів інших слідчих (розшукових) дій, а також відтворення аудіо- і (або) відеозапису слідчих (розшукових) дій;

– допит на місці події, ознайомлення з показаннями інших осіб;

– застосування методів аналогії й порівняння;

– непрямий допит, а також вихід на місце, де відбулася подія;

– звернення до обставин, суміжних за часом і простором (постановка запитань);

– демонстрація набору аналогічних об'єктів (макетів, фотографій, малюнків тощо);

– пропозиція намалювати схему місця події.

Для того, щоб встановити особливості застосування тих чи інших тактичних прийомів, спрямованих на актуалізацію ідеальних слідів при розслідуванні воєнних злочинів та злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, розглянемо спочатку специфіку останніх. Суспільна небезпечність подібних злочинів характеризується категорією високого порядку, оскільки це порушення міжнародного правопорядку насамперед серйозні порушення міжнародного гуманітарного права (порушення законів і звичаїв війни), за скоєння яких передбачено кримінальну відповідальність фізичних осіб на національному та міжнародному рівнях. Воєнні злочини є одним з видів основних злочинів проти міжнародного права поряд зі злочином агресії, злочинами проти людяності та геноцидом. Дані злочини є серйозними порушеннями заборон, що містяться як у договірному, так і у звичаєвому міжнародному гуманітарному праві. Прикладами таких злочинів можуть бути:

- поранення чи вбивство цивільних осіб;
- катування, фізичне насилля, зґвалтування, нелюдське поводження чи позбавлення волі;
- використання цивільних для прикриття військових (живі щити);
- депортації та незаконне переміщення населення;
- примушування громадян до участі у військових діях проти власної держави та ін.

Зупинімося детальніше, на справах, пов'язаних із сексуальним насильством, які навіть в умовах відсутності збройного конфлікту є складними для доказування і судового розгляду, оскільки фактично вся доказова база ґрунтується на показаннях потерпілих. У випадку війни саме з показань потерпілих можна отримати повну інформативну картину скоєного злочину, щоб зібрати необхідні докази.

У цьому сенсі, певний інтерес викликає коментар судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду Наталія Марчук підчас онлайн-семінару для суддів і помічників суддів місцевих загальних та апеляційних судів [9]. Зокрема, «…Злочини, пов'язані із сексуальним насильством, – специфічні. Потерпілі перебувають у складному психологічному стані. Важко уявити, яких зусиль їм потрібно докласти, аби наважитися детально розповісти про це стороннім людям. Тому перед допитом потерпілих варто залучати психолога, який міг би попередньо попрацювати з ними, щоб зрозуміти, наскільки потерпіла чи потерпілий готові надавати показання в кримінальному провадженні. Особливо складно розслідувати та розглядати провадження, у яких потерпілими є діти…». Більш того, на думку судді, у кримінальних провадженнях, у яких досудове розслідування проводилося на територіях, які постраждали від бойових дій, де фактично вже неможливо зібрати речові докази, доказова база ґрунтуватиметься насамперед на показаннях потерпілих, свідків. Це, на наш погляд підкреслює важливість та унікальність отримання та збереження ідеальних слідів. «З одного боку, допит – одне з найважливіших джерел отримання доказів під час розслідування злочинів, пов'язаних із сексуальним насильством в умовах збройного конфлікту. З іншого боку, фізично, професійно та психологічно складно організувати такий допит, щоб не нашкодити потерпілим і при цьому отримати максимум інформації, яка дасть змогу довести розслідування до логічного завершення». Ми цілком розділяємо переконання Н. Марчук, що робота суду під час розгляду кримінальних проваджень щодо злочинів, пов'язаних із сексуальним насильством, також має бути спрямована, зокрема, на те, щоб створити для потерпілих такі умови в судовому засіданні, за яких вони могли б спокійно, без побоювань надавати показання. Проведення судового розгляду, в тому числі процедури дослідження доказів, повинно бути сплановане максимально ефективно, адже, наприклад, часті перенесення судових засідань можуть негативно позначитися на бажанні потерпілих надати показання в судовому засіданні безпосередньо або ж навіть за допомогою відеоконференцзв'язку. Тобто, використовуючи такий тактичний прийом як пред'явлення допитуваному речових доказів (наприклад, фотокартки підозрюваних осіб), документів (наприклад, військові квитки тощо), знайдених на місці події, або неподалік від цього місця, протоколів інших слідчих (розшукових) дій, а також відтворення аудіо- і (або) відеозапису слідчих (розшукових) дій має відбуватися дуже обережно та без зайвого тиску на потерпілих.

На жаль, ще однією особливістю розслідування воєнних злочинів та злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, варто також бути готовими до того, що потерпілі можуть бути нездатними надавати будь-які свідчення, в тому числі й намагаючись навмисно знищити ідеальні сліди, які можуть бути єдиним доказом злочину. Так, жертви можуть звертатися до психологів, дзвонити на урядові гарячі лінії або міжнародних організацій, однак, надавати свідчення, наприклад, поліції жертви ще не готові. Важливо наголосити, що нечисленність зареєстрованих випадків не звільняє судову систему від пошуку шляхів ефективного кримінального переслідування осіб, чиї дії мали характер воєнних злочинів і злочинів проти людяності [10, с. 13].

Враховуючи вищевикладене, ми вважаємо, що у випадку спілкування з потерпілим буд-яких воєнних злочинів, найдоцільнішим буде обрання на початку процесу розслідування, якомога більший арсенал можливих тактичних прийомів, спрямованих на актуалізацію ідеальних слідів. Це можна пояснити тим, що скоріш за все, потерпілий не буде готовий брати участь у великій кількості різноманітних слідчих (розшукових) дій. У розслідуванні воєнних злочинів дуже важливо зберегти ідеальні сліди. У таких умовах робота слідчого має бути дуже тактовною, делікатною та обачливою, що передбачає саме творчого підходу. Наприклад, слідчий може зупинитися на такому тактичному прийомі підчас допиту як пропозиція намалювати схему місця події або самої події, що може стати першим кроком до співпраці потерпілого з правоохоронними органами, оскільки вона ще не готова це обговорювати, а може лише передати на папері через малюнки.

Висновки. Основною особливістю кваліфікації воєнних злочинів та злочинів проти людяності є значення в ній контекстуальних елементів, тобто умов в яких діяння було вчинено. Власне події збройного конфлікту, мета нападника – залякати цивільне населення і визначає рівень жорстокості цих злочинів та, відповідно, впливає на суспільний резонанс подібних діянь, увагу, яка приділяється світовою спільнотою для боротьби з безкарністю за такі

злочини. Відмовляючись прийняти це – система правосуддя проявляє свою нездатність встановити об'єктивну істину не тільки в окремо взятій ситуації, а й щодо картини подій в цілому.

Правильна тактична організація різних слідчих (розшукових) дій за участю свідків та потерпілих є важливим чинником, що впливає на отримання об'єктивної та криміналістично значущої інформації про обставини скоєння воєнних злочинів та злочинів проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку. На нашу думку, через актуальність воєнних злочинів на території України, потрібно вживати подальших заходів щодо розвитку теоретичних положень, формування методичних рекомендацій стосовно особливостей отримання ідеальних слідів від свідка, потерпілого в межах розслідування таких злочинів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права.
2. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05 квітня 2001 року № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14
3. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text
4. Рахімов О. І. Ідеальні сліди злочину в криміналістиці // Закон і право, 2022. № 6. С. 200–204.
5. Васильєв В. Л. Юридична психологія [Текст] : навч. посібник / В. Л. Васильєв. – 4-е вид., доп. и перероб. – СПб. : Пітер, 2002.
6. Суворова Л. О. Ідеальні сліди у криміналістиці [Текст] / Л. О. Суворова. – М. : Юрлітінформ, 2006.
7. Затенацький Д. В. Ідеальні сліди в криміналістиці (техніко-криміналістичні та тактичні прийоми їх актуалізації) : монографія / Д. В. Затенацький; за ред. В. Ю. Шепітька. – Х. : Право, 2010. – 160 с.
8. Криміналістика : підручник / Кол. авт.: В. Ю. Шепітько, В. О. Коновалова, В. А. Журавель та ін. / За ред. проф. В. Ю. Шепітька. – 4-е вид., перероб. і доп. – Х. : Право, 2008. – 464 с.
9. Суддя ВС розповіла про кримінальні провадження щодо злочинів, пов'язаних із сексуальним насильством в умовах збройного конфлікту. Стаття з інтернет-джерела. Посилання: https://supreme.court.gov.ua/supreme/pokazniki-diyalnosti/navch_suddiv_praciv_aparativ_2021/1280736/
10. Перехідне правосуддя та збройний конфлікт в Україні: проблеми притягнення винних до відповідальності та допомоги жертвам науково-практичне видання (скорочений варіант) / Асєєв Ю., Баум О., Гнезділова О. та ін.; під заг. ред. Мартиненка О., 2020, 42 с.

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/92

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ НОРМ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ

PROBLEMS OF IMPLEMENTATION OF CRIMINAL PROCEDURAL LAW REGARDS ON COMPENSATION FOR DAMAGES CAUSED BY CRIMINAL OFFENSES

Капліна О.В., д. ю. н., професор,
завідувачка кафедри кримінального процесу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Гетьман Г.М., к. ю. н.,
асистентка кафедри кримінального процесу
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена розгляду актуальних для правозастосовної практики проблем, які пов'язані із процесуальним порядком відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, та забезпеченням цивільного позову. Автори підкреслюють, що, як відомо, одним із дієвих засобів відшкодування шкоди, у кримінальному провадженні є цивільний позов. Незважаючи на те, що науковці не залишають поза увагою проблеми реалізації норм кримінального процесуального права, що складають інститут цивільного позову, а сам процесуальний порядок відшкодування є доволі затребуваним на практиці, втім правозастосовна практика стикається з неоднозначними підходами до тлумачення певних норм, що обумовлює відсутність її єдності та спірні точки зору науковців. Зокрема, особливу увагу авторами приділено проблемі, яка пов'язана з забезпечення цивільного позову та своєчасним накладенням арешту на майно в межах застосування відповідного заходу забезпечення кримінального провадження, яка має важливе значення для ефективного відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушення. Автори вказують, що відповідно до ч. 6 ст. 170 КПК у випадку, якщо необхідним є відшкодування шкоди, завданої внаслідок кримінального правопорушення, арешт накладається на майно підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, фізичної чи юридичної особи, яка в силу закону несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діями (бездіяльністю) підозрюваного, обвинуваченого, засудженого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, а також юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, за наявності обґрунтованого розміру цивільного позову у кримінальному провадженні. Конструкція ст. 170 КПК та її буквальне тлумачення не дозволяють надати конкретну відповідь на питання про можливість накладення арешту на майно підозрюваного з метою забезпечення цивільного позову, який ще не заявлений. Автори висловлюють позицію, що тлумачити норми кримінального процесуального законодавства слід на користь потерпілого, що обумовлює законність накладення слідчим, прокурором арешту на майно з власної ініціативи також в тому випадку, коли шкода кримінальним правопорушення була заподіяна, а цивільний позов ще не був заявлений. Такій підхід обумовлений публічним началом кримінального провадження та людиноцентрічним спрямуванням завдань кримінального провадження, що містяться в ст. 2 КПК України.

Ключові слова: арешт майна, відшкодування шкоди у кримінальному проваджені, потерпілий у кримінальному провадженні, цивільний позов у кримінальному провадженні, шкода, завдана кримінальним правопорушенням.

The article is devoted to the consideration of issues relevant to law enforcement practice, which are related to the procedural order of compensation for damage caused by criminal offenses and securing a civil lawsuit. The authors emphasize that one of the effective means of compensation for damage in criminal proceedings is a civil lawsuit. Despite the fact that scientists don't ignore the problem of implementing the rules of criminal procedural law, which constitute the institution of civil lawsuits, and the procedural procedure of compensation is quite popular in practice, law enforcement practice is faced with ambiguous approaches to interpreting certain rules, leading to lack of unity and controversial views of scientists. In particular, the authors pay special attention to the problem of securing a civil lawsuit and timely seizure of property in the framework of the relevant measure of criminal proceedings, which is important for effective compensation for damage caused by criminal offenses. The authors point out that in accordance with Part 6 of Art. 170 of the Criminal Procedure Code (hereinafter – CPC), if it is necessary to compensate for the damage caused by a criminal offense, seizure is imposed on the property of the suspect, accused, convicted, natural or legal person who by law is civilly liable for damage caused by actions (inaction) of the suspect, accused a convicted or insane person who has committed a socially dangerous act, as well as a legal entity in respect of which the proceedings are conducted, in the presence of a reasonable amount of civil action in criminal proceedings. The design of Art. 170 of the CPC and its literal interpretation don't allow to provide a specific answer to the question of the possibility of seizing the property of the suspect in order to secure a civil lawsuit, which has not yet been filed. The authors express the position that the interpretation of the rules of criminal procedure should be in favor of the victim, which determines the legality of the seizure of property by investigators, prosecutors on their own initiative, even if the damage was caused by criminal offenses and civil action. This approach is due to the public start of criminal proceedings and human-centered direction of the tasks of criminal proceedings contained in Art. 2 of the CPC of Ukraine.

Key words: seizure of property, compensation for damage in criminal proceedings, victim in criminal proceedings, civil lawsuit in criminal proceedings, damage caused by a criminal offense.

Події, які відбуваються на території України, та пов'язані із війною, розв'язаною Російською Федерацією, незважаючи на трагічність, лише підтверджують міцність та незалежності нашої країни. Обраний шлях розвитку, як демократичної, соціальної, правової держави, зважаючи на виклики, які постали перед Україною, був підданий корективам. Зокрема, у сфері кримінально-правової політики, як ключові, зараз розглядаються пріоритети створення механізму, здатного забезпечити притягнення до кримінальної відповідальності винних у вчиненні воєнних злочинів, їх кваліфікації, об'єктивного фіксування кожного вчиненого кримінального правопорушення, застосування належної правової процедури, здатної забезпечити збирання допустимих доказів, та здійснення міжнародного співробітництва в тому числі й з міжнародними судовими установами. Разом з тим, важливого значення набуває питання дотримання прав та законних інтересів осіб, які постраждали від воєнних злочинів. Це детермінується положеннями Конституції України, яка проголошує, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед люди-

ною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави (ст. 3). На це спрямовує органи охорони правопорядку ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), яка, серед іншого, передбачає, що завданням кримінального провадження є захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, а також ч. 1 ст. 8 КПК, яка, імплементуючи конституційні приписи та положення міжнародно-правових актів, передбачає, що кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Одним із правових способів захисту порушених, внаслідок вчинення кримінального правопорушення або іншого суспільно небезпечного діяння, майнових та особистих немайнових прав і законних інтересів потерпілих, як відомо, є відшкодування (компенсація) завданої шкоди. Тому, серед завдань кримінального провадження можна також виокремити забезпечення відшкодування (компенсації) шкоди, якої було завдано кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням. Таке відшкодування є також міжнародно-правовим стандартом, що міститься у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права [9], Європейської конвенції про компенсацію шкоди жертвам кримінальних злочинів (від 24 листопада 1983 р.) [4]; Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою (від 29 листопада 1985 р.) [2]; Рекомендаціях Кабінету Міністрів Ради Європи (2006) 8 «Про надання допомоги потерпілим від злочинів» [17]; Резолюції (77) 27 Комітету Міністрів Ради Європи про відшкодування потерпілим від злочину від 28 вересня 1977 р.; Рекомендації № R (85) 11 Комітету Міністрів Ради Європи державамчленам про становище потерпілого в межах кримінального права і провадження від 28 червня 1985 р.; Директиві Ради Європейського Союзу 2004/80/ЕС щодо відшкодування потерпілим від злочинів від 29 квітня 2004 р.; Директиві Європейського парламенту і Ради Європейського Союзу 2012/29/EU про встановлення мінімальних стандартів щодо прав, підтримки та захисту потерпілих від злочину та багатьох інших документах [1, с. 34–112].

У вітчизняному кримінальному провадженні, існує декілька способів відшкодування шкоди, якої було завдано кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням. Зокрема, відповідно до положень глави 9 КПК, можна виокремити наступні форми відшкодування (компенсації) шкоди у кримінальному провадженні: 1) добровільне відшкодування (компенсація) шкоди (ч. 1 ст. 127 КПК); 2) примусове відшкодування (компенсація) шкоди, яке поділяється на види: а) цивільний позов (ч. 2 ст. 127, статті 128, 129); б) звернення застави на виконання вироку в частині майнових стягнень (ч. 11 ст. 182 КПК); в) компенсація шкоди за рахунок Державного бюджету України (ч. 3 ст. 127 КПК); г) кримінально-правова реституція (пп. 1, 5 ч. 9, частини 11, 12 ст. 100 КПК); 3) відшкодування (компенсація) шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду (ст. 130 КПК) [7, с. 192].

Одним із сучасних та найбільш поширених способів відшкодування (компенсації) шкоди потерпілому у кримінальному провадженні є саме цивільний позов. Проблемам заявлення та розгляду цивільного позову у кримінальному провадженні, відшкодування шкоди, яка завдана потерпілому, присвятили наукові праці такі відомі вітчизняні науковці, як Ю. П. Аленін, С. А. Альперт, О. А. Банчук, І. В. Гловюк, В. Г. Гончаренко, М. І. Гошовський, Ю. М. Грошевий, Ю. О. Гурджі, О. П. Кучинська, Л. М. Лобойко, В. Т. Маляренко, М. М. Михєєнко, В. Т. Нор, Д. П. Письменний, М. А. Погорецький, В. О. Попелюшко, Л. Д. Удалова, В. П. Шибіко, М. Є. Шумило, а також молоді науковці: І. А. Воробйова, С. В. Давиденко, М. І. Демура, О. Р. Мала, Д. Ю. Кавун, Х. Р. Кахнич, Н. С. Кравченко, А. М. Стебелєв, І. І. Татарин та ін. Проблеми, які так чи інакше пов'язані із забезпеченням можливості відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням підіймалися в роботах А. В. Лапкіна, В. І. Фаринніка, О. Г. Шило, С. Л. Шаренко, С. О. Ковальчука, О. Г. Яновської, О. В. Верхогляд-Герасименко, І. Й. Гаюра, І. П. Зіньковського, І. О. Крицької, А. С. Котової, Г. М. Куцкір, М. В. Лепея, Т. О. Музиченко та багатьох інших, адже ці питання належать до багатоаспектних та поліпредметних за предметом дослідження.

Незважаючи на те, що питанням відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, приділялося завжди багато уваги з боку науковців, реалізація норм кримінального процесуального законодавства, що пов'язані з інститутом цивільного позову в кримінальному провадженні, визначення завданої шкоди, застосування заходів його забезпечення, постійно надає поштовх до наукового пошуку та демонструє прогалини нормативного регулювання. Крім того, стосовно деяких проблем правозастосування відсутня єдність наукових думок, що також не сприяє захисту прав та законних інтересів осіб, яким злочином була заподіяна шкода та ефективному її відшкодуванню. Достатньо згадати, що після півроку застосування норм нового КПК України до статті 242 були внесені зміни, а саме частина друга була доповнена новим випадком обов'язкового призначення експертизи для визначення розміру матеріальних збитків, шкоди немайнового характеру, шкоди довкіллю, заподіяної кримінальним правопорушенням [15]. Також якщо раніше в редакції ч. 2 ст. 242 КПК було вказано на те, що «слідчий або прокурор зобов'язаний звернутися до експерта для проведення експертизи», вказуючи на суб'єкта призначення експертизи, то після корегування редакція першого речення статті була змінена, а на слідчого та прокурора покладений обов'язок «забезпечення проведення експертизи». Частково ці трансформації були пов'язані зі зміною процесуального порядку призначення експертизи, втім спори з приводу усвідомлення сутності цих формулювань можна почути серед науковців й досі.

Можна також згадати відому правову невизначеність КПК з приводу моменту заявлення цивільного позову. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 128 КПК «Особа, якій кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової та/або моральної шкоди, має право під час кримінального провадження до початку судового розгляду пред'явити цивільний позов до підозрюваного, обвинуваченого або до фізичної чи юридичної особи, яка за законом несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння». Правова невизначеність стосовно того, що слід розуміти під «судовим розглядом» й досі не усунута, адже під ним можна розуміти, враховуючи главу 28 та ст. 347 КПК, й судове провадження у першій інстанції в цілому й лише його частину, яка починається з моменту оголошення прокурором короткого викладу обвинувального акту.

Й досі критиці з боку знаних науковців піддається підхід КПК, відповідно до якого серед учасників кримінального провадження відокремлений цивільний позивач як самостійний суб'єкта кримінального провадження, адже цивільним позивачем може бути лише потерпілий від кримінального правопорушення чи іншого суспільно небезпечного діяння, що здається непослідовним з огляду на те, що потерпілий наділений значно більшим обсягом процесуальних прав, ніж цивільний позивач [11, с. 37; 8, с. 139].

Отже, така невеличка ілюстрація дефектів законодавства вказує на низку проблем теоретичного та правозастосовного характеру, які впливають на можливість отримати особами, яким кримінальним правопорушення заподіяна шкода, ефективний захист майнових прав.

Звертаючись до кримінальних процесуальних проблем правозастосування також хочеться звернути увагу на ще одну проблему, яка має важливе значення для реального відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушення. Мова йде про питання забезпечення цивільного позову та своєчасного накладення арешту на майно в межах застосування відповідного заходу забезпечення кримінального провадження, адже з цього приводу в законодавстві також виникла певна правова невизначеність. Зокрема, відповідно до ч. 6 ст. 170 КПК у випадку, якщо необхідним є відшкодування шкоди, завданої внаслідок кримінального правопорушення (цивільний позов), арешт накладається на майно підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, фізичної чи юридичної особи, яка в силу закону несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діями (бездіяльністю) підозрюваного, обвинуваченого, засудженого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння, а також юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, за наявності обґрунтованого розміру цивільного позову у кримінальному провадженні. Конструкція ст. 170 КПК не дозволяє надати конкретну відповідь на декілька питань практичного спрямування, серед яких, зокрема, чи вправі слідчий накласти арешт на майно підозрюваного з метою забезпечення цивільного позову який ще не заявлений; чи не призведе зволікання з накладенням арешту на майно до знищення чи приховування майна, що унеможливить відшкодування шкоди потерпілому; чи має право слідчий (детектив) з власної ініціативи накласти арешт на майно без заявлення цивільного позову, розуміючи, що шкода, завдана кримінальним правопорушенням в силу засади публічності, має бути відшкодована потерпілому. Відповідь на вказані проблемні моменти і є **метою статті**.

Відповідно до положень ч. 2 ст. 127, статей 128 та 129 КПК під цивільним позовом слід розуміти певну конкретну вимогу спрямовану на відшкодування майнової та/або компенсацію моральної/немайнової шкоди, завданої фізичній чи юридичній особі внаслідок вчинення кримінального правопорушення або суспільно небезпечного діяння, що пред'являється до підозрюваного, обвинуваченого або до фізичної чи юридичної особи, неосудної особи, яка за законом несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями зазначених осіб або неосудною особою, яка вчинила суспільно небезпечне діяння.

Законодавець закріпив право на пред'явлення цивільного позову за: 1) фізичною чи юридичною особами, яка зазнала майнової та/або моральної шкоди від кримінального правопорушення або суспільно небезпечного діяння неосудної особи; 2) фізичною особою, якій вказаними діяннями спричинено фізичну шкоду (ч. 1 ст. 55, ч. 1 ст. 61 КПК), їх представниками (ч. 4 ст. 58, ч. 3 ст. 63 КПК) та законними представниками (статті 44, 59, 64, ч. 2 ст. 128 КПК). При цьому, законодавцем не покладено на цих осіб обов'язку заявляти позовні вимоги. Проте, ч. 6 ст. 170 КПК вказує на те, що підставою для арешту майна з метою відшкодування шкоди, завданої внаслідок кримінального правопорушення (цивільний позов), чи стягнення з юридичної особи отриманої неправомірної вигоди, є *наявність обґрунтованого розміру цивільного позову* у кримінальному провадженні, а так само обґрунтованого розміру неправомірної вигоди, яка отримана юридичною особою, щодо якої здійснюється провадження (курсів наш – О. К., Г. Г.).

Чинне законодавство передбачає дискреційне право особи, якій кримінальним правопорушенням або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової та/або моральної шкоди, під час кримінального провадження до початку судового розгляду пред'явити цивільний позов до підозрюваного, обвинуваченого або до фізичної чи юридичної особи, яка за законом несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діяннями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння (ч. 1 ст. 128 КПК). На захист інтересів неповнолітніх осіб та осіб, визнаних у встановленому законом порядку недієздатними чи обмежено дієздатними, цивільний позов може бути пред'явлений їхніми законними представниками. Прокурор також може пред'явити цивільний позов в інтересах держави, а також у випадках, встановлених законом, в інтересах громадян, які через недосягнення повноліття, недієздатність або обмежену дієздатність неспроможні самостійно захистити свої права (ч. 1 ст. 128 КПК).

Форма і зміст цивільного позову повинні відповідати вимогам, які висуваються до позову у цивільному судочинстві. Зокрема, позовна заява серед інших вимог повинна містити: 1) зазначення ціни позову, якщо позов підлягає грошовій оцінці; обґрунтований розрахунок сум, що стягуються; 2) виклад обставин, якими позивач обґрунтовує свої вимоги; зазначення доказів, що підтверджують вказані обставини; 3) перелік документів та інших доказів, що додаються до заяви; зазначення доказів, які не можуть бути подані разом із позовною заявою (за наявності); зазначення щодо наявності у позивача або іншої особи оригіналів письмових або електронних доказів, копії яких додано до заяви (п. 3, 5, 8 ч. 3 ст. 175 ЦПК) [6, с. 67–68].

У цьому аспекті зрозуміло, що цивільний позов пред'являється до підозрюваного, обвинуваченого, або до фізичної або юридичної особи, яка за законом несе цивільну відповідальність за шкоду, завдану діями підозрюваного, обвинуваченого або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечно діяння. Тобто, виходячи з буквального тлумачення закону, повідомлення про підозру конкретній особі повинно передувати заявленню цивільного позову. Крім того, спираючись на положення ст. 173 КПК «Клопотання про арешт майна», до слідчого судді при зверненні до нього з клопотанням про арешт майна слід надати відповідні відомості про наявність у підозрюваного майна, на яке може бути накладений арешт, його види, а також документи, які підтверджують повноваження на володіння, користування або розпорядження таким майном.

Отже, достатніми підставами для арешту майна, виходячи із норми, передбаченої ч. 6 ст. 170 КПК, принаймні, можуть бути: 1) відомості про вчинення кримінального правопорушення, яким завдано шкоди; 2) докази на підтвердження виду та розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням.

Відповідно до вимог п. 4 ч. 2 ст. 170 КПК арешт на майно з метою відшкодування шкоди, завданої внаслідок кримінального правопорушення, може бути накладений за наявності обґрунтованого розміру цивільного позову у кримінальному провадженні, на що вказує ч. 6 ст. 170. Втім, заходи забезпечення кримінального провадження, зокрема, й арешт майна, може бути превентивним заходом, завданням якого є запобігання приховування, пошкодження, псування, знищення, перетворення, відчуження майна. Отже, актуальності набуває питання про те, що саме повинно передувати ініціюванню звернення до слідчого судді з клопотанням про арешт майна – наявність заявленого цивільного позову, чи переконання слідчого, що спирається на положення ч. 1 ст. 170 КПК, про «сукупність підстав чи розумних підозр» вважати, що цим майном можна забезпечити цивільний позов навіть в тому разі, коли цей цивільний позов ще не заявлений [6].

Дискусії з цього приводу виникали ще за часи дії КПК 1960 р., однак у силу превалювання публічних начал у кримінальному процесі більшість учених вважали, що

накладенням арешту на майно повинна супроводжуватися кожна кримінальна справа, пов'язана з заподіянням шкоди [13, с. 107; 14, с. 64], а своєчасність вжиття заходів забезпечення цивільного позову певною мірою залежать від органу досудового слідства, що зобов'язаний вжити заходів для забезпечення відшкодування шкоди з власної ініціативи, не чекаючи відповідного клопотання потерпілого (цивільного позивача) [10, с. 142]. Крім того, законодавець недвозначно встановлював, що за наявності достатніх даних про те, що злочином завдана матеріальна шкода, або понесені витрати закладом охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від злочину, орган дізнання, слідчий, прокурор і суд зобов'язані вжити заходів до забезпечення цивільного позову (ч. 1 ст. 29 КПК 1960 р.).

У цьому вимірі, цивільний позов розглядався, як вимога потерпілого від злочину про відшкодування заподіяної йому злочином майнової шкоди, що підлягала розгляду одночасно з вирішенням у суді кримінальної справи [25, с. 5]. Зокрема, науковці, продовжуючи дослідження проблем щодо заявлення цивільного позову у кримінальному провадженні, звертали увагу на необхідність правильного визначення поняття цивільного позову не лише для підготовки науково обґрунтованих рекомендацій законодавцю, з метою вдосконалення правового регулювання цього кримінального процесуального способу захисту порушених майнових прав, а й як науково-практичних рекомендацій для правозастосовної практики для найбільш ефективної його реалізації [12, с. 51]. Тобто, такі критерії у змісті цивільного позову, як «вимога», «наявність потерпілої від злочину особи», «порядок розгляду одночасно з вирішенням кримінальної справи у суді» були присутні від початку становлення інституту цивільного позову у кримінальному провадженні.

Правозахисна спрямованість нового кримінального процесуального законодавства диктує необхідність звернутися до окресленої проблеми та переглянути підходи до її вирішення. Проте, незважаючи на зміну парадигми законодавства, превалювання в ньому змагальності та диспозитивних начал, серед сучасних процесуалістів й досі нема єдності у цьому питанні. Одні вчені залишаються на «традиційних» позиціях та вважають, що в умовах дії нового КПК України для вжиття заходів щодо забезпечення цивільного позову немає значення наявність чи відсутність позовної заяви потерпілого (ч. 2 ст. 61 КПК України). Основним критерієм, за яким органом досудового розслідування мають вживатися такі заходи, є наявність достатніх даних про те, що кримінальним правопорушенням завдана шкода, або понесені витрати закладом охорони здоров'я на стаціонарне лікування потерпілого від протиправного діяння [20, с. 85; 24, с. 58].

Інші категорично заперечують такий підхід та зазначають, що доти, поки цивільний позов не заявлений, накладення арешту на майно, якщо воно не переслідує мету забезпечення виконання вироку в частині інших, крім цивільного позову, майнових стягнень чи можливої конфіскації майна, є необґрунтованим обмеженням прав та законних інтересів учасників процесу з боку захисту [3, с. 81].

Узагальнення судової практики показує, що вона теж не є одноманітною. Так, інколи слідчі судді задовольняють клопотання слідчих, навіть якщо цивільний позов не заявлений [16]. В інших, в задоволенні таких клопотань відмовляють, зазначаючи, що «накладення арешту на майно з метою заявлення майбутніх цивільних позовів не допускається» [21; 22; 23]. При цьому, у випадках відмови у задоволенні клопотань щодо накладення арешту на майно на підтримання цивільного позову, навіть у випадках його заявлення до подання клопотання про арешт, слідчі судді керуються загальними нормами чинного законодавства та не завжди тлумачать їх на користь цивільного позивача, що створює реальні загрози знищення, пошкодження, відчуження майна [5]. Особливо у кримінальних провадженнях щодо осіб, які під час вчинення кримінального правопорушення незаконно заволоділи та продовжують користуватися чужим майном.

Обидва підходи мають свої позитивні та негативні аспекти, які слід проаналізувати. На підтримку останньої точки зору науковців, що зазначена вище, можна навести такі аргументи. Сам факт заподіяння шкоди не може розглядатися як підстава накладення арешту на майно. Цивільний позов може бути взагалі незаявленим, оскільки особа, якій кримінальним правопорушенням (або іншим суспільно небезпечним діянням) завдано майнової та/або моральної шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням (або іншим суспільно небезпечним діянням) завдано майнової шкоди, а також потерпілий мають дискреційне право на пред'явлення цивільного позову. Якщо арешт буде накладений за ініціативою слідчого на майно «превентивно», то після ухвалення рішення з необхідністю постане питання про вирішення долі арештованого майна, а можливо відшкодування шкоди, завданої майну безпідставним арештом [6, с. 70–71].

Не можна залишити поза увагою ситуацію, коли підозрюваний, або інша фізична або юридична особа добровільно відшкодує шкоду (ч. 1 ст. 127 КПК), у зв'язку з чим потерпілий не забажає пред'являти вимог щодо відшкодування шкоди.

Надання права накладення арешту на майно без заявленого цивільного позову може призвести до зловживань з боку органів досудового розслідування, які розглядатимуть застосування такого заходу забезпечення кримінального провадження як засіб тиску на підозрюваного, призведе до довільного його застосування, що підірве гарантії прав та законних інтересів учасників кримінального провадження.

Також, якщо допустити арешт майна до заявлення цивільного позову, то дуже складним виявляється визначити обсяг майна, яке підлягатиме арешту. Між тим закон передбачає, що вартість майна, яке належить арештувати з метою забезпечення цивільного позову або стягнення отриманої неправомірної вигоди, повинна бути *співмірною розміру шкоди,* завданої кримінальним правопорушенням або зазначеної у цивільному позові, розміру неправомірної вигоди, яка отримана юридичною особою (ч. 8 ст. 170 КПК). Як зазначають вчені, з одного боку, обсяг майна, яке може бути піддано арешту, повинен відповідати необхідності повного задоволення обґрунтованих вимог цивільного позивача. З іншого – майно не повинно довільно, «з запасом або про всяк випадок» виводитися з розпорядження його власників, оскільки вони позбавляються можливості користуватися ним або отримувати з його допомогою будь-яку економічну вигоду [26, с. 192]. У цьому контексті лише обґрунтування розміру цивільного позову є орієнтиром під час застосування заходу процесуального примусу. Ймовірно, саме цим керувався законодавець, який передбачив наявність обґрунтованого розміру цивільного позову як підставу для арешту майна (ч. 6 ст. 170 КПК). Інакше є загроза необґрунтованого процесуального примусу, про небезпеку якого попереджає ст. 2 КПК.

Однак, у цьому питанні, для попередження зловживань з боку органів досудового розслідування, слід звернути увагу на напрацьовані практикою ЄСПЛ критерії, які, під час розгляду слідчими суддями відповідних клопотань, є гарантією дотримання прав особи щодо якої застосовуються заходи примусу, з огляду відповідності заходів втручання в право власності, принципу правомірності і допустимості такого втручання, сумісного з гарантіями ст. 1 Першого протоколу, до яких, зокрема, відносять: пропорційність, законність та суспільний інтерес [18, с. 9], які мають бути враховані суддями, під час розгляду клопотань про накладення арешту з метою забезпечення цивільного позову.

При цьому, критерій пропорційності є доволі уніфікованим. У підході ЄСПЛ до оцінки додержання ст. 1 Першого протоколу, критерій пропорційності існує поряд з правом на «справедливу рівновагу (баланс)» між інтересами держави (суспільства), пов'язаними з втручанням у право власності, й інтересами особи, яка так чи інакше страждає від втручання [18, с. 11]. Однак, у даному разі, під час вирішення питань пов'язаних із втручанням в об'єм права власності особи, яка вчинила злочин, слід співвідносити матеріальну та моральну шкоду, завдану потерпілому. Зважаючи на ті обставини, що вчинене кримінальне правопорушення для потерпілої особи – це завжди наслідки втручання у її особисте життя, основним критерієм яких є незворотність подій, зокрема, завдання фізичного каліцтва, втрата особистого майна, окрім того, часто це психічні травми та залишення у пам'яті потерпілого подій злочинного посягання. І, непоодинокими є випадки, коли особа, яка постраждала від заподіяної кримінальним правопорушенням шкоди, щодо бажання відшкодування саме моральної шкоди.

При цьому, у науковій літературі звертається увага на те, що «фізичне й психічне здоров'я є одним з найважливіших людських благ. Всесвітня організація охорони здоров'я визначає здоров'я як стан повного соціального та фізіологічного благополуччя, коли всі функції людини урівноважені навколишнім світом – природним та соціальним. Це дає підстави під фізичним здоров'ям вважати такий стан організму та органів людини, при якому вона може існувати та виконувати соціальні функції без будь-яких обмежень фізіологічного та соціального характеру [19, с. 13].

З огляду на вищезазначене, не можна залишити без уваги, породжені правозастосовною діяльністю запитання, стосовного того, на якій стадії кримінального провадження можливо заявлення цивільного позову. Порівнюючи положення КПК 1960 р. (коли цивільний позов міг бути пред'явлений до початку судового слідства) та норми чинного КПК, виявляється, що право на його пред'явлення існує до початку *судового розгляду* (ч. 1 ст. 128 КПК). Проте, увагу, як зазначалося вище слід звернути на наступні положення. По-перше, про право пред'явити цивільний позов у кримінальному провадженні, до початку судового розгляду, йдеться у ч. 1 ст. 128 КПК. Як відомо, підготовче провадження передує стадії судового розгляду. Проте, нормами глави 27 КПК безпосередньо не передбачено право пред'явлення цивільного позову. Лише системне тлумачення положень КПК надає підстави такого розуміння. По-друге, означені межі пред'явлення цивільного позову у ч. 1 ст. 128 КПК та інші положення кримінального процесуального законодавства не надають роз'яснень щодо ймовірних ситуацій, коли цивільний позов було заявлено за правилами, однак, під час початку судового розгляду, цивільний позивач набув статусу безвісно відсутньої особи чи помер. У даному разі постають проблемні питання щодо подальшого розгляду цивільного позову у кримінальному провадженні, а також проголошення показань таких осіб.

Зважаючи на матеріальний аспект розглядуваного питання щодо відшкодування шкоди, очевидним має бути той факт, що несвоєчасний арешт майна, спрямований на забезпечення цивільного позову, може призвести до того, що шкоду, заподіяну кримінальним правопорушенням, взагалі буде складно відшкодувати, бо на момент заявлення цивільного позову майно буде знищено, пошкоджено, приховано тощо. Така ситуація загрожує порушенням прав потерпілого. Втім відповідно до Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою: «У тих випадках, коли це необхідно, слід створити і зміцнити судові та адміністративні механізми, з тим щоб забезпечити жертвам можливість отримувати компенсацію за допомогою офіційних і неофіційних процедур, які носили б оперативний характер, були б справедливими, недорогими і доступними. Жертв, які прагнуть отримати компенсацію за допомогою таких механізмів, слід інформувати про їхні права» [2]. На підтримку такої думки, слід звернути увагу на твердження науковців, що, саме національні органи влади мають здійснювати первісну оцінку існування проблеми, що становить суспільний інтерес, яка б вимагала таких заходів, як втручання в право власності. Більш того, ЄСПЛ визнає, що поняття «суспільний інтерес» обов'язково має широке значення [18, с. 11]).

Слід звернути увагу на проблеми правової обізнаності суспільства, зокрема, на якій стадії кримінального провадження потерпіла особа може заявляти цивільний позов про відшкодування шкоди. Не завжди потерпілий, який зазнав матеріальної та/або моральної шкоди, поінформований про право заявлення цивільного позову у кримінальному провадженні. Положення чинного кримінального процесуального закону лише визначають існування права потерпілого на відшкодування завданої кримінальним правопорушенням шкоди в порядку, передбаченому законом (п. 10 ч. 1 ст. 56 КПК), або закріплюють за прокурором право подавати цивільний позов, у випадках встановлених законом, також в інтересах громадян, які через недосягнення неповноліття, недієздатність або обмежену дієздатність неспроможні самостійно захистити свої права (ч. 3 ст. 128 КПК). Тобто, законодавець не закріпив за слідчим або стороною обвинувачення, як представника держави, яка захищає права і свободи людини і громадянина, інтереси суспільства і держави (ст. 1 ЗУ «Про прокуратуру»), прямого обов'язку щодо роз'яснення права потерпілого на відшкодування шкоди (цивільний позов), завданої кримінальним правопорушенням, тим самим, створюючи ймовірні підстави для його заявлення.

Вважаємо, що при вирішенні такої проблеми правозастосовної практики, слід виходити не лише з буквальних вимог кримінального процесуального закону, а перш за все ex aequo et bono[1]. Тож слідчий не лише повинен роз'яснити особі, якій злочином заподіяно шкоду, її права, а й пояснити важливість своєчасності заявлення цивільного позову, оскільки від цього багато в чому залежить його результативність. Навіть у тому випадку, якщо цивільний позивач звернеться до слідчого судді або суду з клопотанням про забезпечення цивільного позову безпосередньо (ч. 1, 3 ст. 171 КПК), виконання ухвали про арешт майна покладатиметься на слідчого, прокурора (ст. 175 КПК), а вимога своєчасності накладення арешту на майно підозрюваного все одно не втратить своєї актуальності та матиме істотне значення.

У разі, коли на початковому етапі досудового розслідування потерпілий ще не встановлений або набув статусу безвісно відсутньої особи, його оголошено померлим, перебуває у медичному закладі на стаціонарному психіатричному лікуванні чи у гострому паталогічному стані, який характеризується прогресуючим пригніченням функцій центральної нервової системи (тобто, у комі), окрім того, в такому випадку, ще не надійшло заяв та клопотань від близьких родичів про залучення їх до провадження як потерпілих (відповідно до ч. 6 ст. 55 КПК), проте злочином йому заподіяно шкоду, рішення про арешт майна слідчий або прокурор повинен приймати, виходячи з внутрішнього переконання та власного досвіду.

А от у разі отримання категоричної відповіді про небажання пред'являти позов, тобто чітко вираженої позиції потерпілого (або особи, якої кримінальним правопорушенням заподіяно шкоду), слідчий вправі відмовиться від накладення арешту на майно з метою забезпечення цивільного позову, що не виключає арешт майна з іншою метою.

[1] Ex aequo et bono (лат.) – за справедливістю і за добром (не за формальним законом).

На підтвердження такої думки, слід навести результати проведеного узагальнення практики. Під час анкетування працівників прокуратури, органів Національної поліції та слідчих суддів, було з'ясовано, що на практиці існують випадки звернення з клопотанням про арешт майна, коли цивільний позов ще не було заявлено. Відтак, працівники прокуратури, на поставлене запитання, надали позитивну відповідь у 12 %, слідчі органів Національної поліції у 7 %, окрім того, з них 23 % такі клопотання розглядали слідчі судді. Що у загальному підсумку становить 42 % складання клопотання про арешт майна та розгляду таких клопотань, саме до моменту заявлення цивільного позову, відповідно до внутрішнього переконання відповідних осіб, з метою збереження майна та подальшої можливості відшкодування шкоди, звичайно, при цьому слід враховувати співмірність розміру такої шкоди.

З огляду на зазначене, обґрунтуємо власний підхід посиланням на ч. 8 ст. 170 КПК, яка передбачає, що вартість майна, яке належить арештувати, повинна бути співмірною розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, *або* зазначеної у цивільному позові. Така конструкція частини статті, при її буквальному тлумаченні, вказує на волю законодавця про те, щоб арешт майна здійснювався або співмірно шкоді, вказаній у цивільному позові, або, якщо, наприклад, позов ще не заявлений, співмірно шкоді, завданій кримінальним правопорушенням. Отже, на наш погляд, незважаючи на імперативні вимоги, які містяться у ст. 170 КПК щодо підстав арешту майна та наявності обґрунтованого розміру цивільного позову, як обов'язкової умови клопотання про арешт майна, вважаємо, що при наявності правової невизначеності між зазначеними статтями тлумачити положення закону слід на користь потерпілого. Сказаним, попри думки правозастосовників, обумовлюється наша позиція щодо того, що арешт на майно може бути накладений при наявності заподіяної шкоди й до заявлення цивільного позову. Крім того, встановлення виду і розміру шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, входить до обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні (п. 3 ч. 1 ст. 91 КПК), що й може слугувати орієнтиром для визначення обсягу (вартості) арешту майна. Зволікання з накладенням арешту на майно може призвести до того, що у разі заявлення цивільного позову після спливу певного часу з моменту внесення відомостей до ЄРДР, майно буде приховано, а слідчому необхідно буде докладати додаткових зусиль для його відшукання, або це зробити буде взагалі неможливим, якщо підозрюваний встигне його приховати [6, с. 73–74].

Висновки. З огляду на здійснене нами дослідження проблем накладення арешту, з метою забезпечення цивільного позову, аналіз наукових думок та судової практики на означену проблематику, а також окремих положень чинного кримінального процесуального законодавства, слід зробити такі висновки.

Дефекти чинного законодавства, щодо розглядуваних нами питань, створюють колізії у практичній діяльності під час досудового розслідування та судового розгляду кримінальних проваджень, в яких потерпілий виступає цивільним позивачем. Вони розкриваються у тому, що слідчі судді не часто задовольняють клопотання слідчого, прокурора щодо накладення арешту до моменту заявлення цивільного позову, за умов, коли сторона досудового розслідування не мала можливості поінформувати про право потерпілого щодо заявлення цивільного позову. Відсутність судового рішення про можливість накладення арешту, у свою чергу, призводить до того, що майно підозрюваним чи обвинуваченим відчужується, пошкоджується (втрачається його цінність), або, взагалі, знищується і, як результат, позовні вимоги потерпілого щодо відшкодування матеріальної та моральної шкоди не задовольняються в повному обсязі.

З цього приводу, виникає необхідність, звернути увагу слідчих та прокурорів, як сторони досудового розслідування, щодо необхідності дотримання ч. 2 ст. 171 КПК, окрім того, нагальності детального опису всіх існуючих негативних наслідків щодо майна, на яке необхідно накласти арешт та неможливості у подальшому відшкодувати шкоду потерпілому, у разі відмови у задоволенні такого клопотання.

Слідчі судді, у свою чергу, під час розгляду клопотань мають враховувати, під час винесення рішення, означеними ЄСПЛ критеріями пропорційності, законності, суспільного інтересу, при цьому, керуватися засадами кримінального провадження та залишатися неупередженими й об'єктивними. Окрім того, розглядаючи такі клопотання, слід враховувати критерій пропорційності співмірно з об'ємом прав володіння майном підозрюваного чи обвинуваченого із заподіяною моральною та матеріальною шкодою потерпілій особі.

Окрім того, враховуючи дефекти чинного законодавства щодо визначення на якій саме стадії слід заявляти клопотання про арешт майна, з метою забезпечення цивільного позову, слід звернути увагу законодавця на необхідність внесення окремих змін до ст.ст. 170, 171, 172 КПК, щодо можливості заявляти слідчим, прокурором клопотання про арешт майна, з метою відшкодування шкоди, завданої внаслідок кримінального правопорушення, до заявлення цивільного позову потерпілою особою.

ЛІТЕРАТУРА

1. Відшкодування потерпілим від насильницьких злочинів: європейські стандарти і зарубіжне законодавство / О. А. Банчук, І. О. Дмитрієва, Б. В. Малишев, З. М. Саідова. За заг. редакцією О. А. Банчука. Київ : Москаленко О. М., 2015. 268 с.
2. Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью: Затверджена резолюцією Генеральної асамблеї ООН 40/34 від 28.11.1985 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_114#Text (дата звернення: 17.06.2022).
3. Дикарев И. Проблемы наложения ареста на имущество в уголовном процессе. *Уголовное право*. 2009. № 4. С. 81–85.
4. Европейская конвенция по возмещению ущерба жертвам насильственных преступлений: 24.11.1983 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_319#Text (дата звернення: 17.06.2022).
5. Єдиний реєстр судових рішень. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/65042497
6. Капліна О. В., Котова А. С. Процесуальний порядок арешту майна у кримінальному провадженні : монографія. Одеса : Видавничій дім «Гельветика», 2021. 288 с.
7. Кримінальний процес : підручник / О. В. Капліна, О. Г. Шило, В. М. Трофименко та ін.; за заг. ред. О. В. Капліної, О. Г. Шило. Харків : Право, 2018. 584 с.
8. Крушинський С. А. Обов'язок доказування цивільного позову в кримінальному провадженні. *Університетські наукові записки*. 2019. № 69–70. С. 137–144. URL: http://old.univer.km.ua/statti/krushynskyi_17.pdf
9. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права: ратиф. Указом Президії Верховної Ради Української РСР N 2148-VIII (2148-08) від 19.10.73 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення: 17.06.2022).
10. Нарижный С. В. Компенсация морального вреда в уголовном судопроизводстве России. Санкт-Петербург : Герда, 2001. 288 с.
11. Нор В. Т. Інститут відшкодування (компенсації) шкоди у кримінальному провадженні за чинним КПК України: здобутки і резерви для вдосконалення. *Право України*. 2013. № 11. С. 32–41.
12. Нор В. Т. Правовые и теоретические основы защиты нарушенных преступлением имущественных прав в советском уголовном процессе : дис. … д-ра юрид. наук. Львов, 1989. 273 с.

13. Понарин В. Я. Производство по гражданскому иску при расследовании уголовного дела / науч. ред. В. М. Савицкий. Воронеж, 1978. 128 с.
14. Прасковьин Д. А. Обеспечение гражданского иска: правовая природа и система средств : учеб. пособ. / науч. ред. В. М. Быков. Москва : Приор-издат, 2006. 112 с.
15. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв'язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України : Закон України від 13.05.2014 р. № 1261-VII. Дата оновлення: 26.04.2015 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1261-18#n141 (дата звернення: 17.06.2022).
16. Про задоволення клопотання слідчого про арешт майна : ухвала слідчого судді Приморського районного суду м. Одеси від 27.09.2017 р. у справі № 522/18115/16-к. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/62084886
17. Рекомендации Комитета Министров Совета Европы в европейском правовом пространстве = Recommendations of the Commitee of Ministers in European Legal Field ред. Н. С. Степанов, пер. с англ. И. В. Артамонова [и др.]. М. : Развитие правовых систем, 2021. 1520 с.
18. Романюк Я. Втручання в право власності з точки зору його відповідності статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: критерії Європейського суду з прав людини та досвід України на окремих прикладах судової практики. С. 7–23. URL: https://www.osce.org/files/f/documents/3/f/233276.pdf (дата звернення: 17.06.2022).
19. Татарин І. І. Відшкодування шкоди потерпілому, заподіяної кримінальним правопорушенням : монографія. Львів, ЛьвДУВС, 2017. 184 с.
20. Татарин І. І. Забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної кримінальним правопорушенням, на досудовому розслідуванні : дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2015. 223 с.
21. Ухвала Апеляційного суду Закарпатської області від 07.03.2017 р. у справі № 308/1619/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/65150896 (дата звернення: 16.05.2019).
22. Ухвала про відмову у клопотанні про арешт майна Луцького міськрайонного суду Волинської області від 05.08.2016 р. у справі № 161/10013/16-к. Провадження № 1-кс/161/3427/16. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/59493243 (дата звернення: 16.05.2019).
23. Ухвала слідчого судді Луцького міськрайонного суду Волинської області від 26.07.2016 р. у справа № 161/9490/16-к про відмову в арешті майна. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/59204537
24. Ханжин В. И. Уголовно-процессуальный порядок и организационно-тактические основы наложения ареста на имущество : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2006. 192 с.
25. Чельцов М. А. Гражданский иск в уголовном процессе. *Советская юстиция*. 1940. № 3. С. 13–16.
26. Шадрин В. С. Обеспечение прав личности при расследовании преступлений. Москва : Юрлитинформ, 2000. 232 с.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/93

КРИМІНАЛІСТИЧНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗСЛІДУВАННЯ КОРУПЦІЙНИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

CRIMINALISTIC SUPPORT OF THE INVESTIGATION OF CORRUPTION CRIMINAL OFFENSES

Капустіна М.В., к. ю. н.,
доцент кафедри криміналістики
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті розглянуто окремі питання криміналістичного забезпечення розслідування корупційних кримінальних правопорушень. Сконцентровано увагу на такій вагомій ознаці криміналістичного забезпечення, як предметність. Ця ознака свідчить про пряме, безпосереднє відношення розроблених і запропонованих засобів специфіці слідчої діяльності, особливостям відкриття і здійснення кримінального провадження. Розглянуто і проаналізовано поняття «засіб» у декількох аспектах. Виокремлено види засобів криміналістичного забезпечення.

Здійснено аналіз поняття «криміналістичний алгоритм». Наведено аргументи щодо розмежування понять «криміналістичний алгоритм» і «програма розслідування». Доведено, що «програма розслідування» є поняттям ширшим, аніж криміналістичний алгоритм, оскільки програма розслідування складається із сукупності криміналістичних алгоритмів.

У статті визначено, що засобами методико-криміналістичного забезпечення є методична рекомендація, криміналістичний алгоритм і програма розслідування. Запропоновано визначення поняття «засіб методико-криміналістичного забезпечення». Ця криміналістична категорія відповідає таким ознакам засобів криміналістичного забезпечення, як предметність, апробованість, науковість, суб'єктність, унормованість, цілеспрямованість.

Визначено типові ситуації початкового етапу розслідування корупційних кримінальних правопорушень та запропоновано алгоритм дій по їх вирішенню. Такими ситуаціями є: надійшла заява від громадянина про намір вчинити або вчинення корупційного кримінального правопорушення конкретною службовою особою; інформація про вчинення корупційного кримінального правопорушення, одержана з матеріалів перевірок або ревізій на окремих підприємствах, в організаціях; інформація про вчинення корупційного кримінального правопорушення, одержана з матеріалів оперативно-розшукової діяльності.

Доведено, що такий засіб, як криміналістичний алгоритм спрямований на удосконалення криміналістичного забезпечення розслідування корупційних кримінальних правопорушень та відповідає сучасним потребам судово-слідчої практики.

Ключові слова: корупційні кримінальні правопорушення, криміналістичне забезпечення розслідування корупційних кримінальних правопорушень, методико-криміналістичні засоби забезпечення, криміналістичний алгоритм.

The article examines certain issues of criminalistic support for the investigation of corruption criminal offenses. Attention is focused on such an important feature of criminalistic support as objectivity. This feature indicates a direct, direct relationship of the developed and proposed means to the specifics of the investigative activity to the peculiarities of the opening and implementation of criminal proceedings. The concept of means in several aspects is considered and analyzed. The types of means of criminalistic support are highlighted.

The concept of criminalistic algorithm was analyzed. Arguments on the delimitation of the concepts of criminalistic algorithm and investigation program are given. It is proved that the investigation program is a broader concept than the criminalistic algorithm. Because the investigation program consists of a set of criminalistic algorithms.

The article defines that the means of methodological and criminalistic support are a methodological recommendation, a criminalistic algorithm and an investigation program. A definition of the concept of methodology and criminalistic support is proposed. This criminalistic category corresponds to such signs of criminalistic support, as objectivity, testimacy, scientific, subjectivity, fertility, purposefulness.

Typical situations of the initial stage of the investigation of corruption criminal offenses are defined and an algorithm of actions to solve them is proposed. Such situations are: a statement has been received from a citizen about the intention to commit or the commission of a corruption criminal offense by a specific official; information about the commission of a corruption criminal offense, obtained from the materials of inspections or audits at individual enterprises, in organizations; information about the commission of a corruption criminal offense obtained from the materials of operative and investigative activities.

It has been proven that such a means as a criminalistic algorithm is aimed at improving the criminalistic support for the investigation of corruption criminal offenses and meets the modern needs of judicial and investigative practice.

Key words: corruption criminal offenses, criminalistic support of the investigation of corruption criminal offences, methodological and criminalistic means of support, criminalistic algorithm.

Постановка проблеми. В умовах складної економічної ситуації в Україні спостерігається тенденція до поширення корупційних кримінальних правопорушень у всіх соціальних сферах. Особливістю кримінальних правопорушень корупційної спрямованості є їх високий ступінь латентності. До чинників, що сприяють латентності можна віднести: зростання «професіоналізму» злочинців; недосконалість антикорупціного законодавства; терпимість населення до кримінальних правопорушень корупційної спрямованості (так, тільки у сфері підприємництва 40 % підприємців змушені давати неправомірну винагороду); тісні ділові контакти осіб, які володіють великими грошовими сумами, отриманими злочинним шляхом, і державних службовців, що займають керівні посади з владними повноваженнями; конфіденційність спілкування двох осіб – особа, що отримає неправомірну вигоду та особа, що її надає; одномоментність дій при передачі неправомірної вигоди; відсутність традиційних слідів злочину; завуальованість предмета неправомірної вигоди.

Як слушно зазначає В. А. Журавель, ефективність розслідування корупційних злочинів зумовлена рівнем криміналістичного забезпечення цього процесу, основне завдання якого полягає в оптимізації діяльності органів кримінальної юстиції у протидії злочинності за рахунок упровадження досягнень науково-технічного прогресу [1, с. 14].

Дослідженню проблем криміналістичного забезпечення присвячені роботи А. Ф. Волобуєва, В. І. Галагана, В. А. Журавля, І. О. Ієрусалімова, А. В. Іщенка, І. І. Когутича, В. В. Лисенка, Є. Д. Лук'янчикова, В. В. Матвієнка, Т. О. Мудряк, К. Є. Поджаренко, О. В. Таран, Ж. В. Удовенко, Ю. М. Чорноус, В. Ю. Шепітька та ін.

Проблеми розслідування корупційних кримінальних правопорушень в своїх наукових працях досліджували такі вчені, як Ю. О. Андрейко, В. А. Журавель, Н. В. Кимлик, О. М. Таркан, О. В. Пчеліна, В. Ю. Шепітько та ін.

Водночас, проблема криміналістичного забезпечення розслідування корупційних кримінальних правопорушень залишається актуальною й дотепер, це зумовлено з одного боку вдосконаленням способів вчинення та створенням нових корупційних схем, з іншого – оновленням антикорупційного законодавства й тенденціями протидії цим кримінальним правопорушенням. У зв'язку з цим постає необхідність удосконалення криміналістичного забезпечення розслідування корупційних кримінальних правопорушень та впровадження у діяльність органів кримінальної юстиції нових розробок, що відповідали б сучасним потребам судово-слідчої практики.

Метою статті є висвітлення окремих питань щодо методико-криміналістичного забезпечення розслідування корупційних кримінальних правопорушень та пропонування алгоритму дій у типових слідчих ситуаціях початкового етапу розслідування окресленої категорії кримінальних правопорушень.

Виклад основного матеріалу. Однією із вагомих ознак, яка становить фундамент поняття «криміналістичне забезпечення досудового розслідування», є предметність. Її сутність полягає в тому, що для практичної діяльності слідчих органів мають бути надані засоби, які відповідають специфіці цієї діяльності і задовольняють її потреби [2, с. 284–285]. Якщо звернутися до тлумачних словників, то засобом вважається: 1) прийом, спосіб для досягнення чого-небудь; 2) знаряддя (предмет, сукупність пристосувань, механізмів, пристроїв) для здійснення будь-якої діяльності [3]. Аналіз зазначеного тлумачення та юридичної літератури дає змогу погодитись із позицію Є. Д. Лук'янчикова, який розглядає засоби (але з погляду на свої наукові інтереси – інформаційне забезпечення) у двох аспектах. По-перше, це передбачені законом дії, які здійснюються у кримінально-процесуальній або оперативно-розшуковій формі з метою встановлення інформації під час пізнавальної діяльності із розкриття кримінального правопорушення. По-друге, це знаряддя (інструментарій), які застосовуються в межах передбачених дій для підвищення їхньої ефективності та забезпечення результативності. До цієї групи автор додає не тільки технічні пристосування, але і розроблені криміналістикою спеціальні методики, криміналістичні тактичні прийоми і різного спрямування методичні рекомендації [4, с. 119]. Саме другий аспект розгляду зазначеного поняття дає змогу віднести результати певних наукових досліджень до засобів криміналістичного забезпечення і розподілити їх на такі види: а) науково-технічні засоби; б) організаційно-тактичні засоби; в) методико-криміналістичні засоби; г) інформаційні засоби; д) попереджувально-профілактичні засоби. Отже, предметність як ознака криміналістичного забезпечення свідчить про пряме, безпосереднє відношення розроблених і запропонованих засобів специфіці слідчої діяльності, особливостям відкриття і здійснення кримінального провадження.

Під засобами методико-криміналістичного забезпечення слід розуміти методичну рекомендацію, криміналістичний алгоритм і програму розслідування, розроблені наукою криміналістикою та апробовані судово-слідчою практикою, що використовуються на основі отриманих знань і вмінь відповідно до загальних засад і завдань кримінального провадження працівниками органів кримінальної юстиції із метою протидії кримінальним правопорушенням [5, с. 261].

Вивчення та аналіз наукової літератури, присвяченої проблемам криміналістичної методики свідчить про те, що підставами віднесення криміналістичних алгоритмів до методико-криміналістичних засобів забезпечення є наступне. Під криміналістичними алгоритмами розуміють науково обґрунтовані приписи стосовно виконання лише у завданому порядку системи послідовних операцій, побудованих на підставі пріоритетів і рекомендованих слідчому, прокурору для вирішення завдань певного типу, що виникають під час досудового розслідування [6, с. 20]. Нині їх відносять до формалізованої форми викладення методичних рекомендацій. Зокрема, В. А. Журавель наголошує на тому, що нині окремі криміналістичні методики можуть бути викладені у трьох формах: описовій, формалізованій і змішаній. Формалізована форма передбачає викладення рекомендацій (порад) у вигляді відповідних програм розслідування або алгоритмічних схем дій слідчого у тій чи іншій типовій ситуації, що виникає. Це так звані рекомендації прямої дії, спрямовані слідчому [7, с. 125–126]. Але це не в якому разі не означає, що криміналістичний алгоритм і програма розслідування є тотожними поняттями. Програма розслідування є поняттям ширшим, аніж криміналістичний алгоритм. Як аргумент наведемо позиції провідних науковців. Зокрема, В. А. Журавель зазначає, що головним значенням поняття «алгоритм» є слово «правило», а поняття «програма» – слово «план». Беручи до уваги, що будь-який план складається з використанням деяких правил, що містять цілком визначену сукупність наукових рекомендацій криміналістики, логічно передбачити, що програма розслідування має розглядатися не інакше як підібраний слідчим або рекомендований наукою «набір» криміналістичних алгоритмів і необхідної, типової, криміналістично значущої інформації, призначеної для розкриття і розслідування конкретної події кримінального правопорушення [8, с. 364–365]. На думку О. С. Шаталова, програма – це рекомендована наукою певна сукупність криміналістичних алгоритмів та іншої потрібної інформації, призначених для ефективного управління слідчою ситуацією під час розслідування окремих груп, видів і підвидів [9, с. 37]. Зі свого боку В. В. Тіщенко наголошує на тому, що криміналістична алгоритмізація полягає у розробці криміналістичного алгоритму, спрямованого на вирішення якогось конкретного завдання розслідування, а програмування розслідування – у систематизації алгоритмів і потрібної криміналістичної інформації щодо етапу розслідування і типових слідчих ситуацій, що дозволяє слідчому вибрати правильний алгоритм дій (систему алгоритмів із пропонованих у програмі) для ефективного управління слідчою ситуацію, прийняття правильного процесуального і тактичного рішення, а також вирішення відповідного тактичного завдання [10, с. 114].

Вивчення та аналіз юридичної літератури з проблематики розслідування корупційних кримінальних правопорушень та судово-слідчої практики з окресленої категорії проваджень надають можливість виокремити наступні типові ситуації початкового етапу розслідування корупційних кримінальних правопорушень та запропонувати алгоритм дій по їх вирішенню.

Першою типовою ситуацією є: надійшла заява від громадянина про намір вчинити або вчинення корупційного кримінального правопорушення конкретною службовою особою.

В цій ситуації алгоритм дій слідчого (детектива) є наступним :

1. Допит заявника. Під час проведення допиту заявника необхідно з'ясувати наступне: звідки йому стало відомо про корупційні діяння або підготовку до них; за яких обставин була здійснена домовленість щодо прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди; коли і де відбулась передача предмета неправомірної вигоди і хто був присутній при цьому; що стало предметом неправомірної вигоди; хто ініціював такі корупційні дії; який характер дій, які має здійснити службова особа; що спонукало заявника до повідомлення про корупційне кримінальне правопорушення тощо.

2. Допит свідків та очевидців. Основним завданням допиту очевидців події кримінального правопорушення, є одержання деталізованих показань щодо обставин події.

Особливу увагу необхідно приділити відомостям щодо того, якою була поведінка учасників події до, в момент та відразу після виявлення предмета неправомірної вигоди, та чи була виключена можливість його «підкидання». До окремої категорії свідків на наш погляд варто віднести безпосередніх керівників службової особи – одержувача неправомірної вигоди, принаймні найближчого (прямого) начальника. Предметом допиту цих осіб є: уточнення кола обов'язків службової особи, його статусу на момент вчинення кримінального правопорушення, з'ясування його професійних й особистих якостей, можливих мотивів кримінального правопорушення та наслідків вчиненого. Також, невідкладний допит зазначених керівників може бути ефективним превентивним заходом щодо попередження протидії розслідуванню. Наприклад, непоодинокими є випадки, коли підозрювані, намагаючись уникнути відповідальності, посилаються на вказівки керівництва, неможливість вирішити питання в інтересах надавача неправомірної вигоди без «допомоги» керівника, намагаються звільнитись заднім числом, піти у відпустку, на лікарняний і т. п. Сам факт допиту керівника дає можливість упередити такі спроби.

3. Аудіо- та відео контроль особи, полягає у спостереженні за діями та розмовами осіб у житлі або їхньому іншому володінні або ж в інших приміщеннях, транспортних засобах та інших місцях. Ця негласна слідча (розшукова) дія забезпечує не лише негласне спостереження за діями окремих осіб, але й відеозапис та аудіо фіксацію інформації, що вказує на ознаки вчинення протиправних дій. Зокрема, може збиратися інформація щодо місця знаходження схованки, де зберігається предмет неправомірної вигоди, номерів банківських рахунків, в тому числі й закордонних, на які перераховуються кошти у вигляді неправомірної вигоди, способу життя службової особи та членів його сім'ї, рівень матеріальних витрат і їх відповідність легальному доходу службовця.

4. Обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи полягає в таємному проникненні із застосуванням технічних засобів до службового кабінету одержувача, його житла, іншого володіння. Публічно недоступними місцями де можуть перебувати особи (одержувач та надавач неправомірної вигоди) є номера готелів, каюти кораблів, купе поїздів тощо. Проникнення до вказаних місць здійснюється з метою виявлення і фіксації предмета неправомірної вигоди, записних книжок із зазначенням дат і сум, кола осіб, з якими контактує особа – одержувач, зняття інформації з робочого комп'ютера, встановлення технічних засобів аудіо-, відеоконтролю особи, переписування номерів грошових купюр та їх копіювання, встановлення хімічних пасток або інших засобів, які сприяють слідоутворенню. Виявлені в ході проведення цієї негласної дії предмети, документи, не вилучаються, а лише фіксуються шляхом фото чи відео зйомки, виготовлення з них відтисків, відбитків, зліпків тощо.

5. Обстеження приміщень, місцевості для організації тактичної операції «затримання на гарячому».

6. Затримання осіб на гарячому з отриманим предметом неправомірної вигоди.

7. Обшук. В основному об'єктами обшуку за досліджуваним видом кримінальних проваджень виступають: а) місце одержання неправомірної вигоди (службовий кабінет, житловий будинок, квартира, гараж та інше володіння особи, транспортний засіб, і т. п.); б) безпосередньо самі підозрювані (особистий обшук); в) приміщення (службові кабінети, житлові приміщення, дачі, гаражі учасників кримінального правопорушення, їхніх родичів і друзів); г) транспортні засоби. Об'єктами пошуку є: предмети неправомірної вигоди, їх упаковка або її фрагменти, документи до них (паспорта, технічні характеристики, інструкції); чорнові записи, записні книжки; документи, які свідчать про образ життя (договори куплі-продажі, свідоцтва на право власності на нерухомість, на право наслідування, технічні паспорта на транспортні засоби); фотографії, аудіо та відеозаписи, документи, що засвідчують зв'язки та взаємовідносини з іншими особами, які можуть бути причетними до вчинення злочину, а також які засвідчують наявність певних предметів у особи (ювелірні прикраси, техніки, транспортних засобів та ін.).

8. Оголошення підозри особі.

9. Допит підозрюваного. До предмета допиту підозрюваного входить досить широке коло обставин, які поділяють на такі групи: 1) щодо взаємних відносин із надавачом неправомірної вигоди (у т. ч. посередником); 2) відносно обставин зговору про надання неправомірної вигоди; 3) щодо обставин і обстановки одержання неправомірної вигоди; 4) відносно службової діяльності, виконаної за неправомірну вигоду, та її результату; 5) про додаткові джерела інформації про кримінальне правопорушення.

Другою слідчою ситуацією є: інформація про вчинення корупційного кримінального правопорушення, одержана з матеріалів перевірок або ревізій на окремих підприємствах, в організаціях.

В цій ситуації алгоритм дій слідчого (детектива) є наступним:

1. Огляд актів перевірок. При вивченні актів перевірок необхідно з'ясувати та проаналізувати такі питання: 1) чи використовувалися всі необхідні прийоми і методи виявлення кримінального правопорушення; 2) чи досліджувалися всі документи, які можуть відображати корупційну діяльність або послуги за одержання предмета неправомірної вигоди; 3) чи відповідають висновки нормативним вимогам. За необхідності слідчий може відібрати пояснення осіб, що проводили перевірки, проконсультуватися з приводу виникнення певних сумнівів у фахівців конкретної галузі знань. Якщо інформація про одержання неправомірної вигоди отримана в результаті відомчих або позавідомчих перевірок, то слід проаналізувати якість їх проведення та обґрунтованість висновків.

2. Тимчасовий доступ до документів та їх огляд. При розслідуванні кримінальних корупційних правопорушень тимчасовий доступ та огляд здійснюється щодо наступних документів: документи, що характеризують організацію, установу, державний орган їх діяльність та посаду службової особи; документи, які визначають компетенцію службової особи; документі, які регламентують порядок документообігу та прийняття рішень; документи, пов'язані зі вчиненням дій службової особи в інтересах особи, яка надавала неправомірну вигоду (накази, розпорядження, угоди); документи, які пов'язані зі вчиненням аналогічних дій але без неправомірної вигоди; особисті документи, які характеризують особу, її зв'язки, образ життя, стан здоров'я. При огляді документів необхідно встановити: дотримання порядку їх отримання, які документи отримані, які відхилені; факти порушення черговості прийняття документів; правила оформлення документів, звертається увага на реквізити документів та дотримання необхідної форми; наявність відміток на документах, підписи, резолюції, який особі вони належать; відповідність записів в документі діям службової особи.

3. Проведення тактичної операції «Викриття учасників корупційного кримінального правопорушення». Ця операція складається з комплексу слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, а саме: аудіо-, відео-контроль особи; обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи; спостереження за особою, річчю або місцем; аудіо-, відео-контроль місця; огляд мобільних телефонів та комп'ютерної техніки; допит свідків (колег по роботі одержувача неправомірної вигоди, працівників установи, де її було передано, безпосередні керівники та підлеглі службової особи – одержувача неправомірної вигоди, родичі, друзі, знайомі одержувача

неправомірної вигоди та її надавача); обшук у службовому кабінеті, за місцем проживання особи, обшук транспортного засобу.

4. Затримання особи.
5. Оголошення підозри особі.
6. Допит підозрюваного.

Третьою слідчою ситуацією є: інформація про вчинення корупційного кримінального правопорушення, одержана з матеріалів ОРД. У такій слідчій ситуації особа, що пропонує неправомірну вигоду та службова особа, яка її приймає або одержує, як правило, зацікавлені у приховуванні злочину, а тому вони діють у змові.

У цій слідчій ситуації належить підготуватися до проведення таких тактичних операцій, як «Затримання на гарячому» та «Викриття учасників корупційного кримінального правопорушення». Далі діяти відповідно до описаної нами другої слідчої ситуації.

Висновок. Запропоновані алгоритми дій слідчого (детектива) в окреслених ситуаціях можна вважати методико-криміналістичними засобами забезпечення розслідування корупційних кримінальних правопорушень. Більш того, вважаємо, що такі засоби спрямовані на удосконалення криміналістичного забезпечення розслідування корупційних кримінальних правопорушень та відповідають сучасним потребам судово-слідчої практики.

ЛІТЕРАТУРА

1. Журавель В. А., Павлюк Н. В., Резнікова О. І. Поняття та засоби криміналістичного забезпечення розслідування корпційних злочинів. *Питання боротьби зі злочинністю*. 2016. Вип 32. С. 13–30.
2. Капустіна М. В. Забезпечення криміналістичне. Велика українська юридична енциклопедія. Харків : Право, 2018. Т. 20: Криміналістика, судова експертиза, юридична психологія. С. 284–287.
3. Академічний тлумачний словник української мови. URL: http://sum.in.ua (дата звернення: 20.09.2021).
4. Лук'янчиков Є. Д. Методологічні засади інформаційного забезпечення розслідування злочинів : монографія. Київ : Нац. акад. внутр. справ України, 2005. 360 с.
5. Капустіна М. В. Методико-криміналістичні засоби забезпечення протидії злочинам. *Право і суспільство*. 2021. Вип. № 6. С. 186–192.
6. Журавель В. А. Алгоритм в криміналістиці. Велика українська юридична енциклопедія. Харків : Право, 2018. Т. 20: Криміналістика, судова експертиза, юридична психологія. С. 20–22.
7. Журавель А. В. Криміналістичні методики: сучасні наукові концепції : монографія. Харків : Вид. агенція «Апостіль», 2012. 304 с.
8. Журавель В. А. Загальна теорія криміналістики: ґенеза та сучасний стан : монографія. Харків : Право, 2021. 448 с.
9. Шаталов А. С. Понятие криминалистической алгоритмизации и программирования расследования преступлений. *Государство и право*. 2000. № 8. С. 28–39.
10. Тіщенко В. В. Теоретичні та практичні основи методики розслідування злочинів : монографія. Одеса : Фенікс, 2007. 260 с.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/94

ПРОФІЛАКТИКА ЕКСПЕРТНИХ ПОМИЛОК ПІД ЧАС ДОСЛІДЖЕННЯ ЦИФРОВИХ ФОТОЗОБРАЖЕНЬ

PREVENTION OF EXPERT ERRORS DURING RESEARCH OF DIGITAL PICTURES

Колеснікова І.А., к. ю. н.,
асистентка кафедри криміналістики
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Демидова Є.Є., к. ю. н.,
доцентка кафедри криміналістики
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Домашенко О.М., к. ю. н.,
асистент кафедри криміналістики
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Латиш К.В., к. ю. н.,
асистентка кафедри криміналістики
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена проблематиці запобігання експертним помилкам під час дослідження цифрових фотозображень. Визначено види експертних помилок під час судової фототехнічної та судової портретної експертизи. Розглянуто причини виникнення експертних помилок. У статті зосереджено увагу на перевірці оригінальності фотографій вилучених з аккаунтів в соціальних мережах та перешкодах такої перевірки через особливості роботи баз даних соціальних мереж та можливого застосування програм, спрямованих на зміну ознак зовнішності особи.

Ідентифікація особи (трупа) за фотознімком та відеозаписом, що є завданням портретної експертизи унеможливлюється через використання цифрових фотозображень, щодо яких була здійснена фотокорекція. У статті розглянуто два найпоширеніші методи перевірки оригінальності фотографій – аналіз рівня помилок (ELA) та веселковий метод. Обидва з них є достатньо ефективними для аналізу оригінальності зображення, проте не виконують основну мету у випадку використання фотографій з соціальних мереж, що зумовлює необхідність застосування комплексного підходу – перевірки розміру зображення та виявлення слідів останніх модифікацій, для отримання оригінального зображення.

У статті запропоновано змінити національне законодавство у частині розширення попередніх вимог до об'єкту експертизи – фотографій, що надаються, а також інвестицій в розробку вітчизняного програмного забезпечення, яке б тестувало надані фотографії на їх оригінальність. Такий тест передував би проведенню судової портретної експертизи та запобігав би виникненню експертних помилок судовими експертами під час проведення ототожнення особи за її зображенням, що покращило б не лише процес судово-експертного дослідження, а й прискорило строк розслідування певних категорій злочинів.

Ключові слова: криміналістична техніка, судово-експертна діяльність, судова портретна експертиза, судова фототехнічна експертиза, експертні помилки, діджиталізація.

The article is devoted to the problem of preventing of expert errors in the study of digital photography. Types of expert errors during forensic photo technical and forensic portrait examination have been identified. The causes of expert errors are considered. The article focuses on the verification of the originality of photos removed from accounts in social networks and the obstacles to such verification due to the peculiarities of social network databases and the possible use of programs aimed at changing the appearance of a person.

Identification of a person (corpse) on the basis of a photograph and video recording, which is the task of portrait examination, is impossible due to the use of digital photographic images for which photo-correction has been performed. The article discusses the two most common methods of verifying the authenticity of photographs – error level analysis (ELA) and the rainbow method. Both of them are quite effective for analyzing the originality of the image, but do not fulfill the main purpose in the case of using photos from social networks, which necessitated a comprehensive approach – checking the image size and identifying traces of recent modifications to obtain the original image.

The article proposes to change the national legislation in terms of expanding the preliminary requirements for the object of examination – the photo provided, as well as investment in the development of domestic software that would test the submitted photos for their originality. Such a test would precede forensic portraiture and prevent forensic errors by forensic experts in identifying a person by their image, which would not only improve the forensic investigation process but also speed up the investigation of certain categories of crimes.

Key words: forensic equipment, forensic activity, forensic portrait examination, forensic photo technical examination, expert errors, digitalization.

Глобальна діджиталізація вплинула на всі без виключення галузі права, оскільки дані, що містяться у відкритому доступі в соціальних мережах активно використовуються як докази у цивільному, господарському та кримінальному провадженнях. Криміналістика та судова експертиза не стали виключенням, оскільки перед ними постав виклик перевірки достовірності таких даних. Така перевірка має обов'язково передувати проведенню судових експертиз, об'єктом дослідження яких є цифрове фотографічне зображення.

У вітчизняній криміналістичній доктрині приділено мало уваги такому напрямку судово-експертного дослідження як судова портретна експертиза. В зарубіжних авторів таких як, Fineman M., Krawetz N. прослідковується лише дослідження криміналістичних властивостей фотографії, та безпосередньо портретної фотографії. З огляду на це, у вітчизняній криміналістичній науці це дослідження є свого роду унікальним.

Зі стрімким розвитком діджиталізації більшість процесів сучасної криміналістики стали простішими, але є й аспекти, в яких розвиток інформаційних комп'ютерних технологій тільки ускладнює роботу експертів криміналістів. Так, за статистичними даними в соціальній мережі Instagram зареєстровано більше 2 мільярдів користувачів [1], в Facebook 1,93 мільярди користувачів [2].

Цифрові фотографічні зображення з соціальних мереж не завжди об'єктивно та достовірно відтворюють реальність, що є обов'язковою умовою для провадження судової портретної експертизи [п. 13.4; 3]. Через застосування різноманітних ефектів фотокорекції зображень, особа, що на них відтворена, може отримати інші ознаки зовнішності, тому використання таких даних може привести до гносеологічної експертної помилки з об'єктивних причин.

Причинами експертних помилок можуть бути як об'єктивні, так і суб'єктивні чинники. У криміналістичній літературі не міститься вичерпного переліку таких чинників. Об'єктивними слід визначити причини, які не залежать від особи експерта, натомість суб'єктивні кореняться в способі мислення і (або) діях експерта. Так, суб'єктивними причинами експертних помилок можна визнати професійну некомпетентність експерта. Вона може полягати у незнанні сучасних експертних методик, невмінні користуватися визначеними технічними засобами дослідження; професійні недогляди експерта: недбалість, неуважність; вплив матеріалів справи, у тому числі висновок попередньої експертизи тощо. До об'єктивних причин можна віднести несправність техніки, що використовується при проведенні експертизи, непридатність матеріалів, що надані для проведення експертних досліджень, а саме фотографії, що піддані спотворенню шляхом накладення на них фотокорекції [4].

Відповідно до криміналістичної доктрини експертні помилки класифікуються на процесуальні, гносеологічні та операційні. Помилки процесуального характеру полягають у порушенні експертом норм процесуального законодавства. Наприклад, надання відповіді на питання, що не входить до його компетенції. При провадженні судової портретної експертизи це може бути поставлено питання: «Чи є фото, надане для експертизи достатньої якості?». Гносеологічні помилки можуть мати місце коли експерт не володіє достатнім практичним досвідом для вирішення тих чи інших питань. Вони, в свою чергу, поділяються на логічні та фактичні. Логічною є помилка, пов'язана з неправильним застосуванням логічних прийомів. Так, наприклад у випадку, якщо експерт вважає, що особи на двох знімках не є тотожними через різний ракурс, освітлення, тощо. Має місце фактична помилка у випадку, коли йдеться про спотворення сприйняття предметів об'єктивного світу. Так, наприклад експерт проводить портретну експертизу за цифровими фотозображеннями, що піддавалися фотокорекції. Операційні помилки експерта пов'язані з порушенням порядку проведення процедури експертизи та формуванням висновку експерта.

Все вищезазначене є важливим для врахування під час проведення судової портретної експертизи, оскільки, метою такої експертизи є ідентифікація особи за ознаками зовнішності за матеріальними зображеннями, зафіксованими у вигляді об'єктивних зображень на різних носіях, з використанням спеціальних методів і прийомів дослідження [5]. У межах даної експертизи також досліджуються: закономірності фіксації зовнішності на різних зображеннях; знання загальних закономірностей збору, вивчення та використання даних про зовнішній вигляд людини через використання відповідних методів та засобів; відновлення інтравітального вигляду людини з кісткових решток [6]. Так, фото особи вилучене з аккаунтів в соціальних мережах може бути використано наприклад для з'ясування чи зображена на обох фото одна й та сама особа (фото підозрюваного з камер відеоспостереження та фото з соціальних мереж), для встановлення особи невпізнаного трупа та інше. На заваді експертів стає спотворення зовнішності при редагуванні фотографій або зовнішнього вигляду особи на ній.

Так, застосування інструментів Photoshop надає можливість змінити колір очей, колір волосся, замаскувати шрами, татуювання, родимки, змінити фігуру, додати або зменшити об'єм тих чи інших частин тіла, змінити риси обличчя, колір шкіри. Підтвердженням масштабного поширення цієї проблеми є рішення керівництва соціальної мережі Instagram заборонити «фільтри» (спеціальний ефект, який можна додати до фото при його публікації у вищезазначеній соціальній мережі, або при його створенні), що імітують пластичну хірургію.

Ця проблема є дискусійною в криміналістичній науці вже досить давно і основні напрацювання спрямовані на виявлення спотворених, відредагованих фото та недопущення їх до використання при проведенні портретної експертизи. Одна із перших підробок фотографій було фото 1865 року на цьому фото відомого фотографа Метью Брейді, генерал Шерман позує зі своїми генералами. Зображення були підроблені шляхом додавання Генерала Френсіс П. Блер в оригінальне зображення [7, с. 24].

Одним із методів виявлення маніпуляцій із зображенням шляхом повторного збереження зображення на певному рівні якості, а потім обчислення різниці між рівнями стиснення є аналіз рівня помилок (error level analysis, далі – ELA). Якщо зображення не змінені, квадрати 8 × 8 повинні мати подібні потенціали помилки [8, с. 18]. Однак, якщо зображення змінено, частина зображення, з якою маніпулювали, повинна мати більший потенціал помилки, ніж інша частина зображення. ELA працює, навмисно повторно зберігаючи зображення з відомою частотою помилок, наприклад 95 %, а потім обчислюючи різницю між зображеннями.

Коли фотографія вперше зберігається у графічному форматі JPEG, він вперше стискає фотографію. Рівень стиснення може бути вибраний як розумний компроміс між розміром зображення та якістю зображення. Масштаб стиснення JPEG зазвичай становить 10:1 [9]. Більшість про-

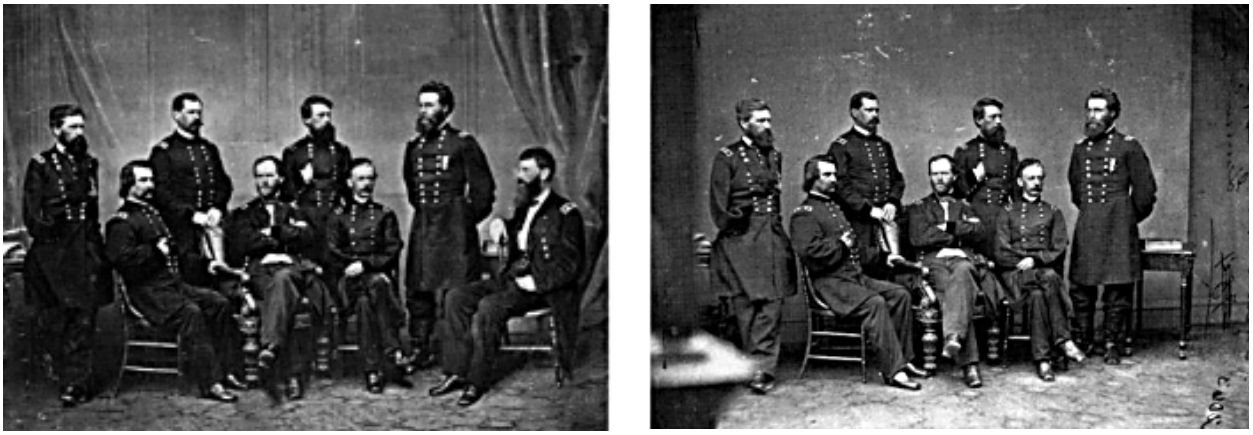


Рис. 1. Зліва фото з проведеною маніпуляцією, праворуч оригінальне зображення

грам для редагування зображень, таких як Adobe Photoshop або GIMP, підтримують функцію стиснення JPEG. Тому, якщо потім зображення відкрити в Photoshop, відредагувати та знову зберегти як JPEG, воно буде знову стиснуте. З цього процесу видно, що «оригінальні» частини фотографічного зображення були стиснуті двічі, один раз – камерою, яка зробила фотографію, і ще раз – Photoshop. Тоді як «відредагована» частина фотографічного зображення була стиснута лише один раз за допомогою Photoshop. Для людського ока ми не можемо помітити різницю, дивлячись на зображення. Однак ми можемо порівняти ці два зображення разом і подивитися на відмінності.

Іншим методом перевірки оригінальності цифрового фотографічного зображення є веселковий метод. Так, Photoshop, продукти Adobe та інші виробники програмного забезпечення, такі як FilterGrade, створюють велику кількість райдужних зображень при коригуванні зображень. Модифікація зображень за допомогою комерційних інструментів, таких як Photoshop або Gimp може призвести до створення чітких поверхонь з райдужним візерунком, які мають майже однорідне забарвлення.

Таким чином, з метою профілактики експертних помилок під час дослідження цифрових фотографічних зображень при провадженні судових портретних експертиз, необхідно перш за все встановити оригінальність таких зображень, зокрема, якщо вони вилучені з аккаунтів в соціальних мережах та надані як порівняльні матеріали для судово-експертного дослідження. Для цього можна ліцензовано використовувати вже розроблене програмне забезпечення. Але в такому випадку можна зіткнутись з деякими перешкодами. Незважаючи на те, що така програма може дозволити експертам легко виявляти модифікації зображення (включаючи операції масштабування, обрізки та повторного збереження), аналіз ELA залежить від якості зображення. Робота із зображенням, отриманим у результаті численних операцій повторного збереження, є неефективною. Якщо зображення повторно зберігається багато разів, воно може мати мінімальний рівень помилки, при якому більша кількість повторних збережень не змінює зображення.

Цей метод дуже ефективний при виявленні змін, внесених за допомогою таких інструментів як Photoshop або Gimp. Зберігаючи зображення за допомогою цих додатків, користувачі вносять зображення більш високий потенційний рівень помилок. Недоліком є те, що ці інструменти можуть бути причиною ненавмисної модифікації. При аналізі будь-якого зображення вважається, що ELA – це лише алгоритм для аналізу зображень. Незважаючи на те, що він є дуже ефективним у певних умовах, пропонується інтегрувати його з іншими інструментами криміналістики для отримання достовірних результатів.

Отже, з глобальною діджиталізацією знайти фото для такої експертизи стало легким завданням, оскільки в більшості випадків їх можна вилучити з аккаунтів в соціальних мережах, проте в таких випадках експертів очікують декілька перешкод: 1. Погіршення якості фотографії/відео за рахунок завантаження, а потім вивантаження фотографії з ресурсу. 2. Маніпуляції з фотографіями безпосередньо у додатку та у різноманітних програмах, що дають можливість повністю змінити зовнішність особи.

Задля запобігання виникненню експертних помилок пропонуємо удосконалити національне законодавство в частині затвердження переліку вимог до фотографій/відео, що надаються для проведення судової портретної експертизи, а також інвестицій в розробку національного експертного програмного забезпечення, яке б проводило первинне тестування цифрових фотографічних зображень на їх оригінальність. Таким чином, до експертів потрапляли б лише оригінальні фото, що б зменшувало ймовірність експертної помилки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Статистика Instagram за 2022 год: интересная статистика, демография пользователей и факты. Website Rating. URL: https://www.websiterating.com/ru/research/instagram-statistics/ (дата звернення: 05.06.2022).

2. Статистика Facebook 2022: интересная статистика, демография пользователей и факты. Website Rating. URL: https://www.websiterating.com/ru/research/facebook-statistics/ (дата звернення: 05.06.2022).

3. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичні рекомендації з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень : затв. Наказом МЮ України від 08.10.1998 р. № 53/5. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98#Text (дата звернення: 17.06.2022)/

4. Кофанов А. Експертні помилки при проведенні судово-балістичних експертиз. *Наукові конференції*. URL: http://intkonf.org/288/#:~:text=Причини%20помилок%20експерта%20можуть%20бути,і%20(або)%20діях%20експерта (дата звернення: 16.06.2022).

5. Ідентифікація особи за ознаками зовнішності за матеріальними зображеннями. URL: https://ndekc.kh.ua/diialnist/vydy-doslidzhen/ekspertna-spetsialnist-6-2-identifikatsiya-osobi-za-oznakami-zovnishnosti-za-materialnimi-zobrazhennyami (дата звернення: 17.06.2022).

6. Ідентифікація особи за ознаками зовнішності (портретна експертиза). URL: https://kndise.gov.ua/portretna/ (дата звернення: 05.06.2022).

7. Fineman M. Faking it: Manipulated photography before Photoshop. *Metropolitan Museum of Art.* 2012. P. 20–31.

8. Krawetz N. A pictures worth digital image analysis and forensics. *Black Hat Briefings*. 2007. P. 1–31.

9. Photo forensics: Detect photoshop manipulation with error level analysis – Infosec Resources. Infosec Resources. URL: https://resources.infosecinstitute.com/topic/error-level-analysis-detect-image-manipulation/ (дата звернення: 05.06.2022).

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/95

НАПРЯМКИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ПОЛІЦЕЙСЬКИХ ЗАХОДІВ В УКРАЇНІ

DIRECTIONS FOR IMPROVING THE APPLICATION OF POLICE MEASURES IN UKRAINE

Король К.С., викладач кафедри тактико-спеціальної підготовки
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Наукова стаття написана з метою визначення напрямків удосконалення застосування поліцейських заходів в Україні на підставі аналізу норм чинного законодавства України та узагальнення вітчизняного та міжнародного досвіду діяльності поліції щодо застосування поліцейських заходів.

На підставі аналізу практики реалізації поліцейських заходів підтверджено необхідність удосконалення трьох напрямків застосування поліцейських заходів: удосконалення процедури проникнення до житла або іншого володіння особи; оновлення переліку спеціальних засобів, які уповноважені застосовувати поліцейські; оновлення організаційної основи застосування поліцейських заходів примусу.

У роботі запропоновано запровадити політику порядку отримання та застосування ордеру на проникнення до помешкання в Україні шляхом внесення відповідних змін до Кримінального процесуального кодексу. Сутність такого заходу полягає у наділенні поліцейських повноваженнями на отримання в суді дозволу на вхід до помешкання особи без повідомлення про це власника. Така дія на відміну від негласних дій здійснюється відкрито, гласно, не залежить від присутності якихось осіб в приміщенні. Захід, який запропоновано запровадити, не є поліцейським превентивним заходом.

Автором запропоновано надати можливість застосовувати поліцейськими в Україні засіб направленої дії «Тейзер» (дозволяє паралізувати людину на відстані до 10 метрів шляхом дистанційного електричного розряду), а також індивідуальні засоби, споряджені речовинами сльозогінної та дратівної дії (газові балончики).

Висловлена пропозиція доповнити Закон України «Про Національну поліцію» в частині застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї обов'язком поліцейського втрутитися у випадку, коли він є свідком перевищення їх застосування колегою. У випадку запровадження такого положення поліцейський, який не повідомив про факт перевищення службових повноважень колегою, нестиме відповідальність за невиконання законодавчо встановленого обов'язку.

Зроблено висновок, що відповідність правових підстав, організаційних засад та технологічних можливостей застосування поліцейських заходів світовим стандартам забезпечення прав і свобод людини, міжнародним принципам поліцейської діяльності, перспективам технологічного розвитку забезпечить ефективність виконання покладених на поліцейських службових завдань.

Ключові слова: поліцейський захід, фізична сила, спеціальні засоби, вогнепальна зброя, проникнення в житло, компетенція, права людини.

The scientific article was written in order to determine areas for improving the use of police measures in Ukraine based on the analysis of current legislation of Ukraine and generalization of domestic and international experience of the police in the application of police measures.

Based on the analysis of the practice of police measures, the need to improve three areas of police measures was confirmed: improving the procedure for entering the home or other property of a person; updating the list of special tools that police officers are authorized to use; updating the organizational basis for the use of police coercive measures.

The paper proposes to introduce a policy on the procedure for obtaining and applying a warrant for entry into a dwelling in Ukraine by making appropriate amendments to the Criminal Procedure Code. The essence of such a measure is to empower the police to obtain permission in court to enter a person's home without notifying the owner. Such action, in contrast to covert actions, is carried out openly, openly, regardless of the presence of any persons in the room. The proposed measure is not a police preventive measure.

The author proposes to make it possible for the police in Ukraine to use the means of targeted action «Taser» (allows to paralyze a person at a distance of up to 10 meters by remote electric discharge), as well as individual tools equipped with tear gas and irritants (gas canisters).

A proposal was made to supplement the Law of Ukraine «On the National Police» in terms of the use of physical force, special means and firearms by the duty of a police officer to intervene in the event that he witnesses the excess of their use by a colleague. In the event of the introduction of such a provision, a police officer who has not reported the fact of abuse of office by a colleague, will be liable for failure to comply with statutory obligations.

It is concluded that compliance of legal bases, organizational bases and technological possibilities of application of police measures with world standards of human rights and freedoms, international principles of policing, prospects of technological development will ensure effective performance of police duties.

Key words: police measure, physical force, special means, firearms, intrusion into housing, competence, human rights.

Актуальність теми. Відповідно до статті 1 Закону України «Про Національну поліцію» Національна поліція України служить суспільству шляхом забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку [1]. Для реалізації призначення поліції її співробітникам надано право застосовувати до осіб у визначених законом випадках різні заходи превентивного та примусового впливу, до яких належить застосування превентивних поліцейських заходів, фізичної сили, спеціальних засобів примусу, вогнепальної зброї.

Застосування поліцейських заходів, з одного боку, торкається найважливіших, закріплених Конституцією України, прав громадян, оскільки пов'язано із здійсненням прямого фізичного впливу та заподіянням в окремих випадках шкоди здоров'ю або позбавленням життя людини. З іншого – дозволяє забезпечити ефективний вплив на протиправну поведінку при мінімізації супутньої шкоди особам, які свідомо і нерідко грубо порушують закон. Це дієвий засіб захисту законних інтересів правослухняних громадян від суспільно-небезпечних посягань, а також життя та здоров'я поліцейських.

Постановка проблеми. Розвиток суспільних відносин, технологій, інформаційних ресурсів вимагає удосконалення форм та методів діяльності Національної поліції з метою ефективного виконання покладених на даний орган виконавчої влади завдань. Зауважимо при цьому, що застосування заходів впливу поліцейськими повинно здійснюватися на основі чіткої правової регламентації та у суворій відповідності до закону.

Відповідно оновлення законодавства, що регламентує повноваження поліцейських щодо застосування поліцейських заходів, має відповідати міжнародним стандартам,

а його удосконалення – орієнтуватися на зарубіжний досвід розвинених держав світу.

Стан дослідження теми. Теоретичну та методологічну основу дослідження питань особливостей застосування поліцейських заходів в Україні складають роботи таких вчених, як П. П. Андрушко, О. М. Бандурка, Ю. В. Баулін, В. П. Віденко, Р. А. Калюжний, С. В. Ківалов, М. В. Ковалів, А. М. Колодій, А. Т. Комзюк, Т. П. Мінка, В. В. Новіков, В. І. Осадчий, А. О. Поліщук, О. П. Рябченко, О. В. Січкар, А. О. Собакарь, Ю. С. Шемшученко, В. К. Шкарупа та інших.

Мета наукової статті – на підставі аналізу норм чинного законодавства України та узагальнення вітчизняного та міжнародного досвіду діяльності поліції щодо застосування поліцейських заходів запропонувати напрямки удосконалення застосування поліцейських заходів в Україні.

Виклад основного матеріалу. В Україні нормативно встановлена класифікація поліцейських заходів на превентивні та примусові [1]. Аналіз практики їх реалізації підтверджує необхідність удосконалення окремих аспектів застосування таких заходів. У даній роботі ми зосередимо свою увагу на удосконаленні трьох напрямків застосування поліцейських заходів: удосконалення процедури проникнення до житла або іншого володіння особи; оновлення переліку спеціальних засобів, які уповноважені застосовувати поліцейські; оновлення організаційної основи застосування поліцейських заходів примусу.

Одним із превентивних поліцейських заходів, які викликають найбільше дискусій серед правників, є проникнення до житла або іншого володіння особи, що дозволено застосувати без відповідного рішення суду за наявності таких підстав: рятування життя людей та цінного майна під час надзвичайних ситуацій; безпосереднє переслідування осіб, підозрюваних у вчиненні кримінального правопорушення; припинення злочину, що загрожує життю осіб, які знаходяться в житлі або іншому володінні [1].

Варто зауважити, що вказаний поліцейський захід передбачає лише проникнення, а не проведення обшуку в приміщенні, про що уповноважені особи можуть забувати під час виконання службових обов'язків. Проте дана особливість є важливою, адже дії поліцейських у випадку порушення порядку застосування проникнення можуть бути визнані незаконними, виявлена у процесі незаконного обшуку доказова база – неприйнятною і не буде враховуватися під час вирішення справи по суті, а сам поліцейський нестиме відповідальність (дисциплінарну, адміністративну або кримінальну залежно від вчинюваних дій та наявності складу правопорушення).

Також відметемо, що Закон не визначає, чи має бути присутній під час застосовуванні превентивного заходу власник житла чи іншого володіння особи або інші особи (наприклад, свідки, поняті, зареєстровані в приміщенні особи, тощо). Відповідно порядок здійснення аналізованого нами заходу є недостатньо визначений у законодавчому акті, що потребує більш детальної регламентації у відомчих документах МВС України.

Схожим на превентивний захід проникнення до житла або інше володіння особи в Україні є такий правовий американський інститут, як ордер [на проникнення] без стуку», сутність якого полягає у наділенні поліцейських повноваженнями на отримання в суді дозволу на вхід до помешкання особи без повідомлення про це власника. Така дія на відміну від негласних дій здійснюється відкрито, гласно, не залежить від присутності якихось осіб в приміщенні.

Тобто даний захід в українському законодавстві матиме кримінально-процесуальний характер і полягатиме у реалізації раптового обшуку на підставі рішення суду без повідомлення власника приміщення. Згідно статті 236 КПК України [2] поліцейському не заборонено проводити обшук, якщо відсутній власник приміщення, проте у запропонованому нами заході акцент зроблено саме на раптовості, тобто поліцейські ціленаправлено власника приміщення не повідомляють про сам факт проведення обшуку, його час, мету та іншу інформацію.

Прихильники такого заходу стверджують про його позитивні результати, адже у даному випадку зберігається час, який може бути витрачений на комунікативні дії з власником або іншою особою, яка перебуває у приміщенні, пред'явлення ордеру на обшук, виклик адвоката, тощо. Час, який збережений, відіграє роль, оскільки він може бути витрачений правопорушником на знешкодження доказів, приховування слідів злочину, втечу правопорушника з місця події, тощо.

Якщо раніше у США виникали дискусії серед правників з приводу законності застосування даного заходу, то Верховний суд врегулював дане питання ще у 1963 році, і такий ордер застосовується в основному у справах про злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотичних засобів та прекурсорів.

З огляду на сказане пропонуємо за прикладом США запровадити політику порядку отримання та застосування ордеру на проникнення до помешкання в Україні шляхом внесення відповідних змін до Кримінального процесуального кодексу. Захід, який пропонуємо запровадити, не є поліцейським превентивним заходом, проте реалізується на межі їх застосування, а тому дані заходи потребують відмежування.

Другим аспектом, який ми будемо розглядати у даній роботі, є необхідність доповнення пункт 3 статті 45 Закону України «Про Національну поліцію» [1] новими спеціальними засобами. Технологічний процес відбувається постійно, а для ефективної протидії правопорушникам поліцейським необхідний арсенал спеціальних заходів, який відповідатиме вимогам сьогодення.

Аналіз видів спеціальних засобів, які уповноважені застосовувати поліцейські в Україні, дозволяє дійти висновку про відсутність у переліку засобів, споряджених сльозоточивим газом та електронними розрядами. Водночас відомо, що поліцейські в 107 державах мають на озброєнні спецзасоби електропровідної дії. Більшість із цих країн – це держави розвиненої демократії, де питання захисту прав людини у пріоритеті [3].

Безпосередньо пропонуємо надати можливість застосовувати поліцейським в Україні засіб направленої дії «Тейзер», який дозволяє паралізувати людину на відстані до 10 метрів шляхом дистанційного електричного розряду, а також індивідуальні засоби, споряджені речовинами сльозогінної та дратівної дії (газові балончики). Така практика успішно застосовується в США та є більш гуманним способом зупинки правопорушника, ніж застосування вогнепальної зброї.

Зазначені засоби є найбезпечнішими поліцейськими засобами примусу. Вони знерухомлюють людину, блокують її рухи на короткий період. За цей час поліцейський може вдягнути на правопорушника кайданки та уникне загострення конфлікту. Таким чином, використання «Тейзера» та газового балончика зменшить ризик травмування не тільки для правопорушника, але і для поліцейського та оточуючих.

Звичайно, пропонуючи будь-які нововведення, не можна говорити лише про переваги. Недоліки використання тейзерів та газових балончиків – це можливість завдання шкоди особи, проте застосування будь-якого спеціального засобу поліцейським не може бути повністю безпечним. Перевага електрошокерів та газових балончиків саме в тому, що вони мають найменший ризик травматизму для затриманого порівняно з іншими засобами безконтактної дії (наприклад, вогнепальною зброєю).

Наостанок зупинимося на організаційних особливостях застосування поліцейських заходів, і зокрема на застосування поліцейських заходів примусу.

З урахуванням поставлених перед Національною поліцією службових завдань, процес організації заходу включає вибір виду, заходу, його міри, виду спеціального засобу у випадку необхідності його застосування, форму і спосіб його застосування. Залежно від обставин вчинюваного особою діяння багато в чому будується подальша робота поліцейського з організації та використання фізичної сили, спеціальних засобів, вогнепальної зброї.

Організація процесу застосування поліцейських заходів примусу поліцейськими характеризується вирішенням низки основних завдань, покликаних забезпечити її оптимальне використання з метою підвищення ефективності боротьби зі злочинністю, охорони публічного порядку, забезпечення публічної безпеки, прав та законних інтересів громадян, підприємств, установ, організацій та громадських об'єднань.

Робота поліцейського з організації використання поліцейських заходів примусу під час службових завдань відбувається на основі загальних принципів організації.

На початковому етапі проводиться аналіз оперативної обстановки за такими основними напрямками: характеристика об'єкта застосування та об'єктивних передумов необхідності застосування поліцейських заходів; відповідність передбачуваного процесу застосування поліцейського заходу тактиці та межам допустимості використання.

На основі аналізу оперативної обстановки формується вибір поліцейського заходу примусу і приймається рішення про необхідність його використання.

Після застосування поліцейського заходу примусу службова особа складає відповідний документ про його застосування – рапорт, в якому повідомляє обставини застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї.

Документальне оформлення процесу застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї та облік складених документів дає можливість керівництву Національної поліції контролювати процес використання спеціальних технічних засобів, вогнепальної зброї, а також контролювати дотримання поліцейськими загальних принципів діяльності.

Досить часто різні види поліцейських заходів застосовуються комплексно, що суттєво підвищує загальну ефективність роботи поліцейського або групи поліцейських. Як приклад, можна навести застосування поліцейських заходів примусу до особи, яка не виконує законні вимоги поліцейського і яку поліцейські затримують. Для реалізації поставленої мети (затримання особи) поліцейські з урахуванням обставин, а саме характеру дій особи, можуть, наприклад, застосувати прийоми рукопашного бою, гумові кийки та кайданки.

Проте все одно подекуди відбуваються випадки перевищення меж службових повноважень поліцейськими.

Так, наприклад, 28.02.2020 оперуповноважений сектору кримінальної поліції Торецького ВП Бахмутського ВП ГУНП в Донецькій області у складі слідчо-оперативної групи прибув на місце виклику, де, усвідомлюючи, що потерпіла особа жодного опору не чинить та не становить суспільної небезпеки, діючи з метою спричинення тілесних ушкоджень, взяв в руки автоматичну табельну вогнепальну зброю «АК-74У», якою він був озброєний, і завдав металевим прикладом даної зброї один удар зліва на право потерпілій особі в обличчя в район лівого ока, після чого потерпіла впала на землю [4].

Такий негативний досвід спонукає до удосконалення нормативно-правової бази з метою унеможливлення вчинення у подальшому подібних фактів перевищення службових повноважень, повязаних із застосуванням або використанням фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї.

За прикладом США пропонуємо доповнити Закон України «Про Національну поліцію» в частині застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї обов'язком поліцейського втрутитися у випадку, коли він є свідком перевищення їх застосування колегою. У випадку запровадження такого положення поліцейський, який не повідомив про факт перевищення службових повноважень колегою, нестиме відповідальність за невиконання законодавчо встановленого обов'язку. Запропоновані зміни сприятимуть зменшенню рівня зловживання застосування фізичної сили, спеціальних засобів та вогнепальної зброї серед поліцейських. Така норма дисциплінуватиме кожного поліцейського та сприятиме дотриманню прав та свобод людини та громадянина в діяльності поліції.

Висновки. На наш погляд, відповідність правових підстав, організаційних засад та технологічних можливостей застосування поліцейських заходів світовим стандартам забезпечення прав і свобод людини, міжнародним принципам поліцейської діяльності, перспективам технологічного розвитку забезпечить ефективність виконання покладених на поліцейських службових завдань. Постійний прогрес – це шлях до ефективної поліцейської діяльності, адже злочинні прояви регулярно удосконалюються і потребують відповідної реакції поліцейських.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 40–41. Ст. 379.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text
3. Не стрелять: электрический ток на службе полиции. URL: https://interfax.com.ua/news/blog/704208.html
4. Справа № 225/4836/20 від 15.11.2021. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/101083284

УДК 343.9
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/96

НЕОБХІДНІСТЬ РОЗРОБЛЕННЯ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ КРИМІНОЛОГІЇ В КОНЦЕПТІ ІДЕОЛОГІЧНОЇ ТА ДУХОВНО-ЦІННІСНОЇ СКЛАДОВОЇ

A NECESSITY OF DEVELOPMENT OF ANTI-CORRUPTION CRIMINOLOGY IN THE CONCEPT OF IDEOLOGICAL AND SPIRITUAL-VALUE COMPONENT

Кріцак І.В., к. ю. н.,
старший науковий співробітник науково-дослідної лабораторії
з проблем досудового розслідування
Харківський національний університет внутрішніх справ

У статті розглядаються актуальні питання антикорупційної політики держави. Корумпована за свою природою влада є найважливішим каталізатором відповідного спротиву антикорупційних процесів. Системність поширення корупції, коли вступають у силу не законодавчо визначені гілки влади, підриває загальну повагу до Закону, робить лише видимість такої боротьби, а заручником ситуації, як завжди залишається народ, який продовжує знаходитись за межею бідності. Дефіцит авторитету моральності, відсутність ефективного політичного механізму, усвідомлення відповідальності перед попередніми, нинішніми та майбутніми поколіннями, державою загалом, свідчить про загальну катастрофічність ситуації. За відсутності належної загальнодержавної та загальносвітової правової політики у даній сфері, політичної волі чиновницького апарату, «поживна база» для підтримання корупції буде зберігатися.

Моральне зубожіння чиновницького апарату є індикатором руйнації суспільних відносин. Представлення ж дієвого методологічного інструментарію в означеному аспекті, створення відповідних моніторингових груп протидії корупції, активне залучення громадськості, розроблення нових, актуальних напрямів відповідної профілактики та боротьби, загальне ефективне управління процесами корупції є надзвичайно важливим у виведенні держави на якісно нові щаблі правого та соціального розвитку. Одним із засобів боротьби є, в тому числі, й ідеологічна пропаганда та релігійно-духовний вплив, щоб своєрідним чином закликати до голосу совісті в людині. Справді, корупція в Україні стала «національною бідою», справою і традицією, адже нові антикорупційні механізми не працюють належним чином. Міжнародні механізми у сукупності з національними повинні дати результат, щоб у будь-який час компенсувати усе награбоване в державний бюджет, а чиновника у такому разі повернути у країну-батьківщину для відбування покарання.

Ключові слова: антикорупційні механізми, ідеологічна пропаганда, релігійно-духовний вплив, каральний та гуманістичний підхід, попередження, подолання корупції.

The article considers topical issues of the anti-corruption policy of the state. Corrupt authorities are by nature the most important catalyst for an appropriate resistance to anti-corruption processes. The systemic spread of corruption, when not legally defined branches of government come into force, undermines the general respect for the Law, makes such a struggle only visible, and the hostage of the situation, as always, is the people who continue to live below the poverty line. The lack of moral authority, the lack of an effective political mechanism, the awareness of responsibility to previous, present, and future generations, and the state as a whole, indicate the general catastrophic situation. In the absence of a proper national and global legal policy in this area, the political will of the bureaucracy, the «nutrient base» for maintaining corruption will be maintained.

The moral impoverishment of the bureaucracy is an indicator of the destruction of social relations. Presentation of effective methodological tools in this aspect, creation of appropriate monitoring groups to combat corruption, active public involvement, development of new, relevant areas of prevention and fight, and overall effective management of corruption is extremely important in bringing the state to a qualitatively new level of legal and social development. One of the means of struggle is, among other things, ideological propaganda and religiously-spiritual influence, to somehow call for the voice of conscience in a man. Indeed, corruption in Ukraine has become a «national disaster», a matter of tradition, as new anti-corruption mechanisms do not work properly. International mechanisms, together with national ones, must give a result so that to compensate everything that has been robbed back to state budget, as well as return the officials to their home country to serve a sentence.

Key words: anti-corruption mechanisms, ideological propaganda, religious and spiritual influence, punitive and humanistic approach, prevention, overcoming corruption.

«Если ты украл булку хлеба, пойдешь в тюрьму,
а если железную дорогу, станешь сенатором».
Марк Твен

Прийшов той час, коли політики можуть бути беззаперечно віддані анафемі, якщо не змінити в державі ситуацію з корупцією. Економіка України покликана стати ефективною, зробивши рушійний поштовх таких країн, як Японія, Сингапур, США, країни Європи. Окреслені процеси передбачають ефективність здійснення державного регулювання. Дрібний і середній бізнес покликані звільнитися з ярма бюрократизму і по-новому задихати могутньою силою, як це відбувається у багатьох державах.

Якщо ми віримо у те, що висловлюємо, і дотримуємось сказаного, воно має силу переконання.

Актуальність розроблення наукової проблеми. Покровительство корупції, питання її профілактики та боротьби в умовах морально-духовного зубожіння населення суттєво зростає. На цій основі відбувається постійна деградація суспільства, через відсутність фундаментальних основ функціонування соціуму, коли стара ідеологічна система відкинута, а нові ідейні програми за 30-річчя незалежності так і не вироблені. У вищих колах державної влади точиться запекла боротьба політичних кластерів, представлених сферами впливу бізнесу, різноманітними криміногенними чинниками, що спричиняє суперечки всередині відповідних політичних інститутів та створює загальний соціальний хаос. І це закономірно, адже йдеться про доступ до «кормушки» – влади, ресурсів, державної власності. Формування ефективної моделі протидії та боротьби з корупцією є необхідністю як політичного режиму, так і наукової спільноти та громадськості. За таких умов, потребує свого відповідного формування антикорупційна кримінологія як одна із теорій і новий, перспективний напрям розвитку кримінологічної науки,

що є найбільш актуальним в нинішніх умовах, а відповідні напрацювання у її розробленні неодмінно будуть корисними для суспільства, держави, кожної людини зокрема.

Лобізм у покровительстві корупції. Організованість представників злочинного світу, яка активно залучає до своєї орбіти корумповане чиновництво – одна з найсерйозніших кримінальних загроз сучасності. Перспектива тотальної криміналізації ключових сфер суспільної життєдіяльності реальна [1, с. 138]. І. Брянцев, Л. Баранова справедливо відзначають про лобізм в органах державної влади та різного роду громадських структурах щодо поширення корупції. Так, демократична політична система формувалася в епоху кримінальної приватизації, в умовах духовної кризи, соціальної та економічної деградації суспільства, відсутності основ громадянського суспільства. Лобізм як неформальний політичний інститут завжди мав кримінально-корупційний відтінок. На вищих щаблях державної влади постійно точиться запекла боротьба, головним чином у середині політичних інститутів, за доступ до ресурсів, поділ державної власності. Саме в цей час формується модель неформального інституту лобізму, що став чинником корумпованості політичного процесу. Поступово складалися окремі характерні риси функціонування політичної системи, які й визначили характер моделі лобізму. Загалом, лобізм був породженням нової, корумпованої за своєю природою, політичної системи і стає найважливішим фактором системної корупції політичного процесу держави, що виявлялося у: порушеннях принципу поділу влади (відсутності поваги до закону); вибірковому принципі підходу до боротьби з корупцією (спостерігається видимість боротьби з корупцією, коли протидія ведеться з низовою корупцією, з людьми, які з вини держави живуть за межею бідності); дефіциті моральності влади та суспільства і відсутності у політичного класу історичної відповідальності перед країною; незалежного інституту суду тощо. Ці та багато інших факторів за відсутності загальнодержавного закону про регулювання лобістської діяльності створюють поживну базу для підтримання корупції ресурсами груп тиску заможних громадян. Корупцію не можна пояснити лише моральним падінням, нечесністю окремих представників влади, їх індивідуальною поведінкою. Вона є індикатором багатьох суспільних відносин, одним з проявів зв'язку між формальними та неформальними елементами системи та являє собою дієвий методологічний інструмент під час проведення моніторингових досліджень. У зв'язку з цим особливої актуальності набувають наукові дослідження в аспекті вироблення адекватних управлінських рішень з питань її профілактики та боротьби [2, с. 14].

Здавна відомо, що там, де є матеріальні цінності, існує спокуса їхнього привласнення. Гроші мають властивість прилипати до рук. Звідси, необхідні високоефективні державні механізми боротьби з корупцією. Нажаль, корумповані чиновники в Україні почуваються безкарно. Створено велику кількість антикорупційних органів, однак ефекту від них небагато. У КНР свого часу розпочалася потужна кампанія з «полювання на лис», коли посилювалися дії у гонитві за корупціонерами, чи взагалі особи, винні у корупційних злочинах, засуджуються до вищої міри покарання – страти. Якщо йти шляхом гуманної практики, тоді у кращому випадку вони мають відсторонюватись від зайняття державних посад назавжди (заборона обіймати державні посади довічно, або залежно від ступеня тяжкості правопорушення чи злочину). Оскільки чиновницький корупційний апарат найчастіше не може позбутися своїх тепличних умов, звідси, як мінімум, на них чекають місця позбавлення волі. Там буде можливість роздумати над скоєним, зайнятись творчістю, зрештою, покаятись і понести необхідне покарання. Казнокрадство є загальною загрозою зубожіння населення, тому так важливою є його протидія на рівнях державної та суспільної ієрархії.

Прикладом можуть бути недавні заворушення у республіці Казахстан: прості люди живуть у злиднях, а вищий чиновницький апарат процвітає. Україна тут далеко не відійшла, адже багато людей проживають за межею бідності. Насправді ж, виникають серйозні загрози, пов'язані з руйнуванням внутрішньодержавного устрою зсередини. Якщо не протидіяти цим процесам, існує реальна загроза втратити державу. На жаль, слабкі, часто неефективні інституційні механізми є наслідком провалу реформ. Непокаране зло у середовищі чиновницького апарату усіх рівнів суттєво ослаблює країну.

Пропозиції щодо подолання корупції в Україні та світі. За результатами 2021 року досить «чистими» у відношенні до корупції країнами, що сформували на державному рівні антикорупційну стратегію, є Данія, Нова Зеландія, Фінляндія, Сінгапур, Швеція, Норвегія, Швейцарія, Нідерланди, Люксембург, Німеччина, Великобританія, Гонконг, Австрія, Канада, Естонія, Ірландія, Ісландія, Австралія, Бельгія, Японія [3]. Це лише перша двадцятка країн. Україна ж знаходиться на 122 місці. Характерно, що з кожним роком вказаний індекс лише збільшується (для порівняння у 2020 вона була на 117 місці).

Особливості організації антикорупційної діяльності у вищевказаних країнах зводяться до наступного: – корупція усвідомлюється урядами цих країн як серйозна проблема національної безпеки; – корупція розглядається як зовнішня та внутрішня загроза; – зусилля щодо обмеження корупції в цих країнах масштабні та, як правило, інституціоналізовані [4, с. 73–74]. Наприклад, система боротьби з корупцією в Нідерландах включає, зокрема, такі ключові процедурні та інституційні заходи: – систему моніторингу можливих точок виникнення корупційних дій у державних та громадських організаціях і суворий контролю за діяльністю осіб, які перебувають у цих точках; – систему підбору осіб на посади, небезпечні з погляду корупції; – систему покарань за корупційні дії, при цьому основним заходом є заборона працювати у державних організаціях та втрата всіх соціальних пільг, які надає державна служба; – систему заохочень позитивних дій посадових осіб, спрямовану на те, щоб чиновнику і в матеріальному плані, і в моральному було вигідно вести себе чесно та ефективно; – систему державної безпеки боротьби з корупцією на кшталт спеціальної поліції, яка має значні повноваження у разі виявлення фактів корупції [4, с. 73–74; 5, с. 123–124].

Transparency International Ukraine надала 5 рекомендацій, які б могли покращити показники України в CPI: – підвищити ефективність систем запобігання політичної корупції; – запровадити відкритий та підзвітний процес приватизації державного майна; – сформувати незалежну та професійну судову владу; – забезпечити незалежність та спроможність органів антикорупційної сфери; – позбавити Службу безпеки України повноважень у сфері протидії економічним корупційним злочинам (*серед виконаних лише перші два*).

Задля зниження рівня корупції та збільшення довіри з боку громадян та бізнесу до влади у 2021 році пропонується впровадження низки змін:

1) *запровадити прозоре та підзвітне управління публічними активами та гарантувати подальший розвиток сфери закупівель:* – розблокувати та підготувати об'єкти до приватизації. Зокрема, внести зміни до Закону України «Про приватизацію державного і комунального майна», а саме скасувати норму, що забороняє проводити аукціони з продажу об'єктів на період дії карантинних обмежень; – розкрити інформацію про об'єкти державної власності. Розробити новий Реєстр об'єктів державної власності як доступний та зручний інструмент для візуалізації та пошуку об'єктів. Змінити законодавчу базу у сфері управління об'єктами державної власності; – вдо-

сконалити сфери закупівель відповідно до взятих міжнародних зобов'язань. Мінімізувати ризики ухвалення законопроєктів, які суперечать Закону України «Про публічні закупівлі» та/або розширюють перелік винятків з-під дії вказаного закону. Забезпечити ефективний контроль та моніторинг закупівель Держаудитслужбою;

2) *забезпечити незалежність та спроможність антикорупційної інфраструктури:* – провести прозорі та політично неупереджені конкурсні відбори керівників антикорупційних інституцій. Так, САП і АРМА не мали очільників досить тривалий час, що значно обмежує їхню ефективність. І приблизно через рік має розпочатися новий конкурс на посаду директора НАБУ, проте положення законодавства, які унормовують цей процес, були частково визнані КСУ неконституційними; – забезпечити дієву систему стримувань і противаг для незалежності антикорупційної інфраструктури від адміністративного та політичного тиску. За останній рік було подано ряд законопроєктів, що суперечать закріпленому в Конституції принципу розподілу гілок влади. Генеральний прокурор та Офіс Президента неодноразово ставили своїми діями під сумнів незалежність антикорупційних інституцій; – законодавчо забезпечити антикорупційні органи необхідними інструментами для повноцінного здійснення своїх функцій. Запровадити збалансовану кримінальну відповідальність за брехню в деклараціях та умисне неподання декларації, що передбачала б санкцію у вигляді позбавлення волі;

3) *сформувати професійну та незалежну судову владу:* – обрати доброчесний склад Вищої ради правосуддя за участі міжнародної спільноти та громадських експертів. Це є вимогою МВФ, рекомендацією Венеціанської комісії та громадськості. Необхідно також оновити склад Вищої кваліфікаційної комісії суддів, враховуючи найкращі практики проведення конкурсних процедур; – ліквідувати Окружний адміністративний суд Києва, відомий багатьма одіозними рішеннями, які складно назвати законними. Його діяльність немає нічого спільного зі здійсненням неупередженого і справедливого правосуддя. Окремі категорії справ, підсудні цьому суду, мають бути передані до Верховного Суду або новоствореному адміністративному суду для розгляду справ національного рівня; – ініціювати новий комплексний законопроєкт з урахуванням усіх рекомендацій від Венеціанської комісії щодо реформи Конституційного Суду та розглянути його найближчим часом. Наприклад, необхідно вдосконалити систему відбору суддів та забезпечити проведення доброчесного і відкритого конкурсу. Наразі жоден із законопроєктів не вирішує комплексно чинну проблему та не враховує повноцінно рекомендацій комісії [6].

Щодо шляхів попередження та боротьби з корупцією на загальнодержавному та регіональному рівнях. Існує поширена думка, що корупцію можна перемогти за допомогою сильної держави, диктатури, репресії. Проте китайський досвід, де показові розстріли чиновників, що прокралися, давно стали «справою звичайною», підтверджує протилежне. Репресивні заходи, при зовнішній ефективності, навряд чи дадуть бажаний результат – хабарників якщо і зменшиться, то не набагато, а суми хабарів автоматично злетять до неба як плата за підвищений ризик. Крім того, репресивні заходи можуть призвести до різкого посилення однієї з «корпорацій чиновництва» – правоохоронних органів, які отримають монопольне право вирішувати, кого «стратити, а кого милувати». Демократичний режим хоч і не гарантує свободу від корупції, але забезпечує більше можливостей для боротьби з нею: свобода слова дозволяє пресі контролювати державних чиновників; громадянське суспільство здатне підвищити ефективність діяльності незалежних комісій щодо боротьби з корупцією [4, с. 74; 7, с. 67]. В якості ефективних багаторівневих інструментів та механізмів протидії корупції на регіональному рівні пропонується використання наступних заходів: – розробка та реалізація взаємопов'язаної та узгодженої системи цільових (регіональних, галузевих, муніципальних) антикорупційних програм у регіоні; – правове регулювання, організація та проведення антикорупційних (державних, незалежних, громадських) експертиз нормативних правових актів та їх проектів; – правове регулювання, організація та проведення регіонального антикорупційного моніторингу та облік його результатів у здійсненні та коригуванні регіональної антикорупційної політики; – організація та здійснення системи антикорупційної освіти (або виховання), інтеграція такої освіти до освітніх стандартів та освітніх установ для різних категорій осіб; – організація та проведення постійної цілеспрямованої антикорупційної пропаганди у засобах масової комунікації; – залучення громадських організацій та інших інститутів громадянського суспільства в реалізації антикорупційної політики та державна підтримка таких організацій та інститутів; – забезпечення постійного дієвого державного (парламентського, президентського, відомчого, міжвідомчого) муніципального та громадського контролю за перебігом та реалізацією регіональної антикорупційної політики шляхом оприлюднення результатів антикорупційної діяльності суб'єктів антикорупційної політики; – інші загальносоціальні антикорупційні механізми та інструменти [8, с. 68]. На наше переконання, серед основних напрямів формування та реалізації регіональної антикорупційної політики є інституціоналізація правового регулювання, тобто створення власної регіональної правової бази щодо протидії корупції у вигляді цілісної (ціннісної) системи підзаконних нормативно-правових актів, спрямованих на послідовну реалізацію законодавства та здійснення повсюдного соціального контролю.

Як бачимо, попри усі застереження Україна і надалі залишається у числі лідерів у Індексі сприйняття корупції, незважаючи на усі вжиті заходи як на державному, так ідеологічному рівні. Відсутність дієвості, політичної волі та оперативності у подоланні означених тенденцій надає свободу дій і філософування у даному напрямі, а корупція і надалі продовжує процвітати. Тут необхідні сильні лідери, здатні покласти власне життя, заради докорінного подолання цього негативного явища.

Сьогодні корупція становить загрозу національній безпеці України та її територіальній цілісності, є тією руйнівною силою, що здатна призвести до розвалу держави та її поневолення з боку інших держав. За таких умов треба звертатись до набагато вищих ідейно- та ідеологічно-ціннісних орієнтирів, аніж суто правові механізми такого впливу. Система підбору кадрів на посади з протидії корупції вимагає практичного досвіду, заточеності у реаліях сьогодення на результат, а не на теоретичну демагогію. Досвід сусідньої Румунії цьому є підтвердженням. Слід відзначити, що можна бути відмінним теоретиком, але не знати як застосувати норму на практиці. Тому тут затребуваний як ніколи молодечий максималізм молодих спеціалістів-практиків, бажання точковим методом викорінювати негативні тенденції, що й дасть хороші показники у найкоротші терміни.

На сьогоднішній день незалежний сайт ОРД, який висвітлює корупційні схеми в Україні на рівні окремого громадянина та громадянського суспільства, загалом не несе покладеної на нього місії, а саме йдеться про державну конфіденційність. Часто не відображається об'єктивна інформація про чиновників-корупціонерів, а стосовно окремих особистостей-корупціонерів інформація миттєво видаляється. Отже, необхідна загальнодержавна підтримка такої інформ-площадки, де б кожен бажаючий під грифом «абсолютно таємно» зміг би повідомити про корупцію.

Справді, ми недооцінюємо інформаційний простір, свободу слова щодо інформування з анонімних джерел про корупцію і способів їхнього виявлення. Поведінка людини має системність, нахилили до скоєння тих чи інших дій, треба лише вичекати момент і спіймати «на гарячому», а це потребує вивчення багатьох деталей особистості.

ЛІТЕРАТУРА

1. Иншаков С. Криминология в современном мире (рецензия на учебник О. В. Старкова «Кримінологія»). *Уголовное право.* 2014. № 1. С. 137–138.
2. Брянцев И., Баранова Л. Коррупция как форма теневого лоббизма. *Власть.* 2008. № 3. С. 13–16.
3. Список стран по индексу восприятия коррупции. Википедия. URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Список_стран_по_индексу_восприятия_коррупции
4. Ахметова Н. А. Международный опыт противодействия коррупции. *Власть.* 2009. № 12. С. 73–75.
5. Кузнецов Ю. А., Силинский Ю. Р., Хомутова А. В. Российское и зарубежное законодательство о мерах противодействия коррупции. Владивосток : Изд-во ДВГАЭУ, 1999. С. 123–124.
6. Індекс сприйняття корупції – 2020. URL: http://cpi.ti-ukraine.org/#/
7. Швец Е. В. Некоторые аспекты международно-правового сотрудничества государств – членов Совета Европы в области борьбы с коррупцией. *Журнал российского права*. 2000. № 7.
8. Кабанов П. А. Институционализация антикоррупционной политики в субъектах Российской Федерации. *Актуальные проблемы экономики и права*. 2010. № 4. С. 64–73.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/97

СУДОВО-ЕКСПЕРТНІ УСТАНОВИ В УКРАЇНІ ТА ОСОБЛИВОСТІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУДОВО-ЕКСПЕРТНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КОНТЕКСТІ НЕДОПУЩЕННЯ ЕКСПЕРТНИХ ПОМИЛОК

FORENSIC EXPERT INSTITUTIONS IN UKRAINE AND PECULIARITIES OF THE REGULATORY AND LEGAL REGULATION OF FORENSIC EXPERT ACTIVITIES IN THE CONTEXT OF PREVENTING EXPERT ERRORS

Латиш К.В., к. ю. н.,
асистентка кафедри криміналістики
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Демидова Є.Є., к. ю. н., доцентка,
доцентка кафедри криміналістики
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Дудченко О.Ю., к. ю. н.,
доцент кафедри судоустрою та прокурорської діяльності
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті аналізується роль судово-експертних установ у встановленні недоліків у висновках експертів та допущених ними помилок, а також підходи до оцінки та особливості такої оцінки висновків судових експертиз зі сторони суду. Розглянуто структуру системи судово-експертних установ в Україні, яка є однією із фундаментальних основ експертного забезпечення правоохоронної діяльності та правосуддя. Разом з тим, судові експерти також припускаються помилок при дослідженні та подальшому складенні висновків судової експертизи. Такі помилки можуть бути встановлені, як самими експертами постфактум, керівниками установ, де вони працюють, так і стороною обвинувачення, стороною захисту чи судом. Зазначені суб'єкти здійснюють оцінку висновку судового експерта, викладаючи свої доводи у відповідних процесуальних рішеннях. Під час проведення дослідження встановлено різні підходи Верховного суду до оцінки допущених помилок у висновках судових експертиз. Це зумовлено відмінністю видів судочинства та відповідно колегій суддів, які їх розглядають. Розглянуто питання допустимості та прийнятності висновків експертиз, які не містять підписів експертів про кримінальну відповідальність та печаток експертних установ через призму законодавчого регулювання та судового процесу. Дискусійним є питання з точки зору тактики здійснення попередження експерта про кримінальну відповідальність за подання завідомо неправдивого висновку. Однак, у статті вирішено це питання та надано власну правову оцінку з аргументацією своєї позиції на основі аналізу нормативно-правового регулювання судово-експертної діяльності. Також розглянуто інститут рецензування висновків судових експертів, правомірність використання якого має доволі дискусійний характер. Адже доволі часто сторони використовують його не у спосіб, передбачений чинним законодавством, намагаючись за допомогою нього спростувати висновки експертизи та змінити оцінку судді у цьому питанні.

Ключові слова: експертні помилки, нормативно-правове регулювання судово-експертної діяльності, рецензування висновку експертизи, судово-експертні установи.

The article is devoted to the analysis of the role of forensic expert institutions in establishing drawbacks in experts' conclusions and mistakes made by them, as well as approaches to evaluation and features of such evaluation of forensic expert conclusions by the court. The structure of the system of forensics expert institutions in Ukraine is considered, which is one of the fundamental bases of expert provision of law enforcement activities and justice. At the same time, forensic experts also make mistakes during the expertise and subsequent preparation of the conclusions of the forensic examination. Such mistakes can be caught up both by the experts themselves after the fact, by the heads of the institutions where they work, and by the prosecution, the defense or the court. These specified subjects evaluate the conclusion of the court expert, setting out their arguments in the relevant procedural decisions. During the research, different approaches of the Supreme Court to assessing mistakes made in the conclusions of forensic examinations were established. This is due to the difference in the types of judicial proceedings and, accordingly, the panels of judges that consider them. The issue of admissibility of expert opinions that do not contain signatures of experts about criminal responsibility and seals of expert institutions is considered through the prism of legislative regulation and judicial process. The issue of the tactics of warning experts about criminal liability for submitting a knowingly false opinion is controversial. However, the article resolves this issue and proposes its own legal assessment with arguments for its position based on the analysis of legal regulation of forensic expert activity. Also, the institution of review of the conclusions of forensic expertise is considered, and the legitimacy of its use is quite debatable. After all, quite often the parties do not use it in the way prescribed by the current legislation, trying to use it to refute the conclusions of the examination and change the judge's assessment in this matter.

Key words: expert errors, normative and legal regulation of forensic expert activity, review of expert opinion, forensic expert institutions.

Судово-експертну діяльність здійснюють державні спеціалізовані установи, їх територіальні філії, експертні установи комунальної форми власності, а також судові експерти, які не є працівниками зазначених установ, та інші фахівці (експерти) з відповідних галузей знань у порядку та на умовах, визначених цим Законом. До державних спеціалізованих установ належать: науково-дослідні установи судових експертиз Міністерства юстиції України; науково-дослідні установи судових експертиз, судово-медичні та судово-психіатричні установи Міністерства охорони здоров'я України; експертні служби Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства оборони України, Служби безпеки України та Державної прикордонної служби України. Виключно державними спеціалізованими установами здійснюється судово-експертна діяльність, пов'язана з проведенням криміналістичних, судово-медичних і судово-психіатричних експертиз [1]. Отже, здійснюється відомчий поділ системи судово-експертних установ.

Перші судово-експертні установи в Україні з'явились в системі Міністерства юстиції у 1913 р. і мали назву Кабінети науково-судової експертизи. У 1925 р. вони були перейменовані в Інститути науково-судової експертизи, а у 1944 р. – в Науково-дослідні інститути судових експертиз (далі НДІСЕ). Така назва установ залишилась і до сьогодні [2, с. 150].

Окремі питання дослідження системи судово-експертних установ та експертних помилок висвітлені у працях таких вчених, як В. Д. Берназа, І. Г. Вермеля, А. І. Він-

берга, Г. Л. Грановського, І. М. Каплунова, Н. І. Клименко, В. О. Коновалової, М. В. Костицького, Н. А. Паліашвілі, А. К. Педенчука. Проте з плином часу практика диктує нові тенденції та вносить корективи у правозастосовчу діяльність, що потребує постійної актуалізації фундаментальних розробок.

Коли виникає необхідність використання спеціальних знань у кримінальному провадженні, слідчі у більшій мірі звертаються до Експертної служби Міністерства Внутрішніх Справ (далі – МВС) України. До її складу входять Державний науково-дослідний експертно-криміналістичний центр МВС України (ДНДЕКЦ) та територіальні науково-дослідні експертно-криміналістичні центри (НДЕКЦ), які розміщені в областях України. Основним нормативно-правовим документом, що регламентує діяльність Експертної служби, є Положення про Експертну службу МВС України, затверджене наказом МВС від 03.11.2015 № 1343 (далі – Положення).

Зустрічаються випадки, коли сторона обвинувачення вказує на недоцільність проведення криміналістичної експертизи в певних судово-експертних установах, вважаючи, що працівники цієї установи є упередженими. Тоді відповідно до ч. 2 ст. 332 КПК України суд має право своєю ухвалою доручити проведення експертизи експертній установі, експерту або експертам незалежно від наявності клопотання, якщо існують достатні підстави вважати висновок експерта (експертів) необґрунтованим чи таким, що суперечить іншим матеріалам справи або викликає інші обґрунтовані сумніви в його правильності.

Також трапляються випадки, коли самі працівники судово-експертних установ виявляють недоліки у роботі експертів, за результатами чого складають відповідні листи та направляють їх на адресу суду, в якому розглядається кримінальне провадження. Так, заступник начальника з експертної роботи обласного бюро СМЕ у листі повідомив суд про те, що при перевірці висновку експерта, виявлені суттєві недоліки, що є підставою для призначення комісійної експертизи [3]. Такі листи суд в силу ст. 99 КПК України оцінює як документ, який вказує на недоліки експертизи, «суттєві недоліки», пов'язані із можливою помилкою експерта.

З цієї точки зору, є також цікавим інститут рецензування висновків судових експертів, який передбачений Порядком проведення рецензування висновків судових експертів, що затверджений наказом Міністерства юстиції України від 03.02.2020 р. № 335/5. Проте слід зазначити, що рецензування не проводиться з метою спростування чи підтвердження висновків. Метою рецензування висновків судових експертів є вдосконалення професійної майстерності експертів, поліпшення якості та обґрунтованості їх висновків. Рецензія містить розгорнуту характеристику висновку щодо його відповідності вимогам нормативно-правових актів з питань судово-експертної діяльності та методикам проведення судових експертиз, а також зазначається інформація щодо відповідності висновків результатам дослідження та поставленим питанням. Якщо встановлено, що висновок містить порушення, у рецензії зазначаються положення нормативно-правових актів з питань судово-експертної діяльності та методик проведення судових експертиз, яких не дотримано під час складання висновку [4]. Проте останні роки сторони процесу намагаються сприяти суду в оцінці ним висновку експерта шляхом подання рецензій на такі висновки. Так, в одній справі рецензент – експерт вищого класу констатував, що судово-почеркознавча експертиза, за результатами якої складено висновок експерта, проведена неповно та не об'єктивно, з недотриманням певних методичних положень у галузі почеркознавчої експертизи, а зроблений в результаті дослідження категоричний позитивний висновок про справжність досліджуваного підпису є необґрунтованим [5]. Зазвичай роль таких рецензентів виконують особи, які були судовими експертами та раніше працювали у державних спеціалізованих установах. І тут постає питання чи може цей рецензент, який працює у товаристві з обмеженою відповідальністю, бути суб'єктом судово-експертної діяльності. Суб'єктом рецензування (рецензентом) за цим Порядком виступає працівник державної спеціалізованої експертної установи – НДІСЕ МЮ України з відповідної експертної спеціальності з не менш ніж 3-річним стажем роботи, що, на думку Ю. Ярослава, з якою можна погодитися, не виступає гарантією надання об'єктивної за сутністю рецензії, як з позиції монополізації права на істину, так і з позиції невеликого експертного стажу виконавця [6].

Більше того, такий засіб доказування, як «рецензія на висновок експерта» не передбачений ані жодним процесуальним актом, ані Законом України «Про судову експертизу». Така саме позиція викладена і Верховним Судом у постанові від 22.04.2020 у справі № 677/204/17.

Деякі вчені на основі філософського положення про те, що критерієм істини є практика, пропонують три підходи до визначення висновку експерта помилковим: процесуальний, методичний та оціночний. Процесуальний шлях передбачає можливість призначення декількох експертиз з одних і тих самих питань як засобу перевірки попередньо виконаних експертиз. Методичний має непроцесуальний характер реалізації і передбачає можливість направлення спірних висновків експертиз на відповідні секції Науково-методичної ради, досвідчені члени якої приймають остаточне рішення по питаннях, що були поставлені перед експертами [7, с. 75]. Оціночний здійснюється стороною обвинувачення, стороною захисту та судом, який і буде розглянуто далі у цій статті.

Як зазначає В. Ю. Шепітько, оцінка висновку експерта – це складна розумова діяльність, яка охоплює: 1) аналіз дотримання процесуального порядку доручення та проведення судової експертизи; 2) визначення відповідності висновку експерта завданню; 3) встановлення повноти та наукової обґрунтованості висновку експерта; 4) визначення відповідності висновку експерта іншим зібраним під час провадження доказам; 5) перевірку належності (віднесення до кримінального провадження) даних, які містяться у висновку» [8, с. 577–578].

Цікавими є випадками з точки зору надання судом оцінки висновкам судових експертиз, які не містять підписів експертів про кримінальну відповідальність. Адже одна з ознак, що відрізняє судову експертизу від дослідження (зміст якого буває ідентичними), це саме міра відповідальності, що встановлена законом для експерта в разі його завідомо неправдивого експертного висновку, відмови без поважних причин від виконання покладених обов'язків у суді, невиконання інших обов'язків, а також недотриманням процедури роз'яснення такої відповідальності, прав та обов'язків експерта, яку не може проводити формально [9]. Також О. Несінов вказує, особа не може сама собі щось роз'яснювати або про щось попереджати і зазначає, що на підставі ч. 3 ст. 223 КПК України це має робити слідчий, прокурор. Виходячи з такої логіки, резюмуємо, що якщо судова експертиза призначається на підставі ухвали суду, то відповідно має роз'яснювати суд. Однак, якщо звернемося до судової практики, то побачимо інший погляд на це питання та що цього не достатньо. Так, Верховний суд у складі колегії Касаційного господарського суду у своїй Постанові від 04.11.2020 р. по справі № 904/684/18 посилається на законодавця, який зазначає, що обов`язковою вимогою до висновку експерта є вказівка на те, що останній обізнаний про відповідальність, та робить висновок, згідно якого надане експерту в ухвалі роз'яснення про кримінальну відповідальність не виклю-

чає обов'язку експерта зазначати при складанні висновку, що він попереджений (обізнаний) про кримінальну відповідальність за надання завідомо неправдивого висновку.

Разом з тим, Верховний Суд у складі Касаційного кримінального суду розглядає це питання під іншим кутом, вказуючи, що відсутність у висновку експерта відомостей про попередження щодо кримінальної відповідальності за подання завідомо неправдивого висновку не є підставою для визнання недопустимим доказом. Такого висновку дійшов Верховний Суд у постанові від 22 січня 2019 року (справа № 697/2272/14-к), зазначивши при цьому, що якщо для оцінки експертного висновку, наданого стороною захисту, суду необхідно пересвідчитися, що експерт, який надав висновок, розуміє наслідки надання ним завідомо недостовірного висновку або з`ясувати інші питання, що мають значення для оцінки достовірності експертного дослідження, суд має за клопотанням сторони викликати експерта, попередити його про кримінальну відповідальність за дачу завідомо неправдивого висновку.

Під час допиту у суді самі судові експерти зазвичай кваліфікують це як суто механічну помилку, а зазначення неправильних дат подій розцінюють як технічні помилки через великий обсяг роботи та навантаження [10].

Отже, роз'яснення слідчим, прокурором, суддею у своїх процесуальних актах, якими вони призначають відповідні судові експертизи, попередження експерта про кримінальну відповідальність за надання завідомо неправдивого висновку за статтею 384 Кримінального кодексу України або за відмову від надання висновку за статтею 385 Кримінального кодексу України, не є достатнім для дотримання норм чинного законодавства у цій площині з огляду на таке.

Висновок експерта складається з обов'язковим зазначенням його реквізитів (найменування документа, дати та номера складання висновку, категорії експертизи (додаткова, повторна, комісійна, комплексна), виду експертизи (за галуззю знань) та трьох частин: вступної (Вступ), дослідницької (Дослідження) та заключної (Висновки). Якщо звернемося до абзацу 10 частини 2 пункту 4.12 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 № 53/5, то побачимо, що дійсно у вступній частині висновку експерта, зокрема зазначається попередження (обізнаність) експерта про кримінальну відповідальність за надання завідомо неправдивого висновку за статтею 384 Кримінального кодексу України або за відмову від надання висновку за статтею 385 Кримінального кодексу України [11]. Так само і в пункті 4.19 Інструкції двічі вказується, що експерт має зазначити, що він попереджений (обізнаний) про кримінальну відповідальність за статтею 385 Кримінального кодексу України. Відповідно до ч. 2 ст. 102 КПК України, у висновку експерта обов'язково повинно бути зазначено, що його попереджено про відповідальність за завідомо неправдивий висновок та відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків.

Таким чином, проаналізувавши вищевказані норми законодавства, приходимо до висновку, що у них нічого не говориться про те, що експерт повинен на підтвердження цього саме поставити свій підпис.

Отже, постає питання чи достатньо зазначити про таке попередження (обізнаність) про кримінальну відповідальність чи потрібно, щоб стояв і підпис на підтвердження цього. З огляду на викладене вище, на нашу думку, все ж таки у вступній частині свого висновку судовий експерт має залишити свій підпис у графі про попередження про кримінальну відповідальність, тим самим підтвердити, що він ознайомився з цими положеннями. Такі дії виключать у подальшому приводи для заяв про допущені механічні помилки та не обізнаність з цими нормами. Разом з тим, частково слід погодитися і з думкою О. Несінова, який вказує, що будь-якого учасника процесу, хоч би він був професором права, потрібно попереджати про кримінальну відповідальність та роз'яснювати його права та обов'язки у цій частині. Але не погоджуємося з його думкою в частині того, що власноручний підпис експерта про те, що йому відомі статті КК про відповідальність та його права, обов'язки – не є попередженням належних офіційних осіб [9] з вищевикладених підстав.

Також зустрічаються випадки, коли у висновках експертів відсутній відтиск печатки відповідної експертної установи та викладаються висновки російською мовою. Тоді постає також дискусійне питання чи може такий висновок братися до уваги судом. Так, у висновку експерта всупереч Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень відсутні печатки експертної установи, проте він виготовлений на бланку експертної установи, наявні підписи експерта. Підстави сумніватися в достовірності висновку, а також у тому, що його виготовлено належним суб'єктом, відсутні. Водночас недотримання вимог Інструкції щодо оформлення висновку експерта не є безумовною підставою для виключення цього висновку з обсягу доказів. Однак, суд вказує, що відсутність печатки у висновку експертизи не є настільки істотним порушенням, що зумовлює визнання висновку експерта недопустимим доказом, оскільки експертизу проведено на підставі постанови заступника начальника слідчого відділу, тобто з дотриманням вимог КПК щодо порядку залучення експерта. Також зазначив, що складення висновків російською мовою не впливає на можливість їх використання як доказів під час прийняття процесуального рішення. Ці висновки викладено у постанові Верховного Суду України від 09.06.2021 р. у справі № 623/3335/17 (провадження № 51-6154км20) [12]. Також серед помилок, які допускаються експертами, можна вказати не відповідність номеру пістолета, що наданий на дослідження, при складені висновку [13] та помилки у вказаній дати події [14].

Таким чином, відображені у цій статті результати дослідження дають підстави для висновків, що належне нормативно-правове забезпечення судово-експертної діяльності сприяє недопущенню експертних помилок. Своєрідним фільтром недопущення та виявлення експертних помилок можуть виступати і самі судово-експертні установи, на чолі з їхніми керівниками, як було описано вище, а також через рецензування висновків судових експертиз.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про судову експертизу : Закон України від 25 лютого 1994 р. № 4038-XII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12#Text (дата звернення: 30.06.2022).

2. Пілюков Ю. Сучасна система державних судово-експертних установ в Україні. Окремі напрямки удосконалення їх діяльності. *Актуальні проблеми правознавства*. Випуск 1 (13). 2018 р. С. 149–154.

3. Ухвала Віньковецький районний суд Хмельницької області від 05.12.2019 р. *База даних «Єдиний реєстр судових рішень»*. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/86132905 (дата звернення: 30.06.2022).

4. Порядок проведення рецензування висновків судових експертів : наказ Міністерства юстиції України від 03.02.2020 р. № 335/5 / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0131-20#Text (дата звернення: 30.06.2022).

5. Ухвала Шполянського районного суду Черкаської області від 08.12.2021 по справі № 710/432/20. URL: https://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/101744582/ (дата звернення: 30.06.2022).

6. Ярослав Ю. Ю. Оцінка висновку експерта за допомогою спеціальних знань / Ю. Ю. Ярослав. *Судово-психологічна експертиза. Застосування поліграфа та спеціальних знань в юридичній практиці: Електронний журнал* / [редкол.: Назаров О. А. (голов. ред.) та ін.]. К., 2019. № 3 (19). URL: https://goo.su/0iVw (дата звернення: 30.06.2022).

7. Абрамова В. М. Помилки у судово-експертній діяльності: сутність, умови виникнення та види / В. М. Абрамова, Є. Ю. Свобода. *Криминалистика и судебная экспертиза.* 2014. Вып. 59. С. 72–79.

8. Шепітько В. Ю. Оцінка висновку експерта. У кн. Велика українська юридична енциклопедія. Т. 20 Криміналістика, судова експертиза, юридична психологія / редкол.: В. Ю. Шепітько (голова) та ін.; Нац. акад. прав. наук України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. 2018. 952 с.

9. Несінов О. Дотримання процедури отримання висновку експерта в слідчо-судовій практиці майже завжди підлягає сумніву. URL: https://jurliga.ligazakon.net/analitycs/159644_dotrimannya-protseduri-otrimannya-visnovku-eksperta-v-sldcho---sudovy-praktits-mayzhe-zavzhdi-pdlyaga-sumnvu (дата звернення: 30.06.2022).

10. Ухвала Львівського апеляційного суду від 27.04.2022 р. *База даних «Єдиний реєстр судових рішень».* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/104318343 (дата звернення: 30.06.2022).

11. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичні рекомендації з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень: наказ Міністерства юстиції України від 08.10.1998 № 53/5 / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98?find=1&text=попередж#w1_1 (дата звернення: 30.06.2022).

12. Постанова Верховного Суду України від 09.06.2021 р. у справі № 623/3335/17 (провадження № 51-6154км20) *База даних «Єдиний реєстр судових рішень».* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/97657165 (дата звернення: 30.06.2022).

13. Вирок Артемівський міськрайонний суд Донецької області від 17.03.2015 р. *База даних «Єдиний реєстр судових рішень».* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/43173811 (дата звернення: 30.06.2022).

14. Вирок Сихівський районний суд м. Львова від 17.10.2016 р. *База даних «Єдиний реєстр судових рішень».* URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/62037935 (дата звернення: 30.06.2022).

УДК 343.1
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/98

МІЖНАРОДНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО ПІД ЧАС КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

INTERNATIONAL COOPERATION DURING CRIMINAL PROCEEDINGS: CERTAIN ASPECTS

Павлик А.Г., студентка III курсу факультету прокуратури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Лікаренко А.О., студентка III курсу факультету прокуратури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

М'якінченко А.О., студентка III курсу факультету прокуратури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню проблемних питань міжнародного співробітництва у кримінальному провадженні, які протягом тривалого часу перебувають у центрі уваги правничої спільноти. Роль та значення міжнародного співробітництва під час кримінального провадження доволі велика, так як воно позитивно впливає на взаємодію держав у протидії злочинності. На сучасному етапі розвитку кримінального процесуального права необхідність такого співробітництва посилюється причинами інтернаціоналізації злочинності на фоні розвитку інтеграції країн світової спільноти в економічній, політичній, культурній сферах. Саме тому визначення основних засад міжнародного співробітництва у сфері кримінального провадження сприяє правильному його розумінню.

У статті розкрито поняття міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, визначено міжнародні організації, які здійснюють діяльність у сфері боротьби зі злочинністю і кримінального провадження. Визначено різні міжнародно-правові форми співробітництва, зокрема, у вигляді прямих контактів між державами на основі багатосторонніх і двосторонніх угод та в рамках діяльності різних міжнародних організацій. Розглянуто питання законодавчого регулювання міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, розглянуто універсальні та відомчі міжнародні договори, які регламентують порядок співпраці держав під час кримінального провадження. Визначено, що міжнародне співробітництво України в правовій сфері регулюється: нормами Конституції України; Кримінально-процесуальним кодексом України, в якому визначені загальні засади міжнародного співробітництва; багаточисленними міжнародними конвенціями, деклараціями, пактами і договорами. Досліджено систему принципів, на основі яких здійснюється міжнародне співробітництво під час кримінального провадження та надається взаємна правова допомога у кримінальних справах, а також наведено їх класифікацію та розкрито їх зміст. Перераховані об'єктивні фактори, які змушують міжнародне співтовариство зміцнювати, посилювати і поглиблювати співробітництво під час кримінального провадження для боротьби з різними видами злочинів. Зроблено висновок щодо перспектив розвитку міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, зокрема в Україні.

Ключові слова: кримінальне провадження, міжнародне співробітництво, принципи міжнародного співробітництва, принципи міжнародної правової допомоги.

The article is devoted to the study of problematic issues of international cooperation in criminal proceedings, which have long been at the center of attention of the legal community. The role and importance of international cooperation in criminal proceedings is quite large, as it has a positive effect on the interaction of states in the fight against crime.

At the present stage of the development of criminal procedural law, the need for such cooperation is aggravated by the causes of the internationalization of crime against the background of the development of integration of the countries of the world community in the economic, political, and cultural fields. That is why the definition of the basic principles of international cooperation in the field of criminal proceedings contributes to its correct understanding.

The article reveals the concept of international cooperation in the course of criminal proceedings and defines international organizations that carry out activities in the field of combating crime and criminal proceedings. Various international legal forms of cooperation are defined, in particular, through direct contact between states on the basis of multilateral and bilateral agreements and within the framework of the activities of various international organizations.

The issues of legislative regulation of international cooperation during criminal proceedings, universal and departmental international treaties regulating the procedure of cooperation of states during criminal proceedings are considered. It has been established that the international cooperation of Ukraine in the legal sphere is regulated by the norms of the Constitution of Ukraine; the Code of Criminal Procedure of Ukraine, which defines the general principles of international cooperation; numerous international conventions, declarations, pacts and treaties. The system of principles based on which international cooperation is carried out during criminal proceedings and mutual legal assistance in criminal cases is provided, as well as their classification is given and their content is disclosed. The objective factors that force the international community to strengthen and deepen cooperation during criminal proceedings to combat various types of crimes are listed. Proposals have been formulated on areas for improving international cooperation in the course of criminal proceedings.

Key words: criminal proceedings, international cooperation, principles of international cooperation, principles of international legal assistance.

Мета статті полягає у всебічному висвітленні сучасного стану міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, а також визначенні його ролі та перспектив розвитку.

Постановка проблеми. Необхідність активного міжнародного співробітництва у галузі боротьби зі злочинністю обумовлюється самими тенденціями розвитку злочинності, її сучасним рівнем, а також тим фактом, що вона давно вже набула міжнаціональних форм. Вищезазначені причини обумовлюють необхідність об'єднання зусиль та колективної роботи правоохоронних органів різних держав у здійсненні спільних заходів, які забезпечуватимуть ефективність боротьби зі злочинністю і ефективне кримінальне провадження. Необхідність урегулювання норм міжнародного співробітництва, зокрема у національному законодавстві України, викликана також іншими причинами, до яких можна віднести проблему встановлення єдиного підходу до врегулювання окремих питань кримінального провадження, а також забезпечення кримінальних процесуальних гарантій прав особи.

Проведений аналіз норм законодавства, основних положень міжнародних договорів та вивчення наукової літератури дозволяє виявити наявні проблеми, неузгодженості й суперечності правового регулювання кримінального провадження в міжнародному співробітництві. Проблемним є питання організації співпраці на міжнародному

рівні під час кримінального провадження, без чого неможливо забезпечити ефективне розкриття, розслідування та попередження кримінальних правопорушень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню міжнародного співробітництва у кримінальному провадженні присвячено достатньо публікацій. Так, зокрема, було висвітлено проблемні питання у працях таких науковців, як: А. Б. Антонюк, Н. М. Ахтирська, Р. В. Бараннік, В. В. Зуєв, М. М. Михеєнко, Т. В. Мудряк, М. І. Пашковський, А. В. Підгородинська, Г. В. Рось, А. С. Сизоненко, М. І. Смирнов та ін.

Виклад основного матеріалу. Міжнародне співробітництво під час кримінального провадження є взаємодією з іншими державами і законодавством з метою запобігання та попередження злочинності. Міжнародними організаціями, які здійснюють діяльність у сфері боротьби зі злочинністю і кримінального провадження є: Організація Об'єднаних Націй (далі – ООН), де був заснований комітет з питань запобігання та контролю над злочинністю і Комісія ООН з попередження злочинності та кримінального правосуддя; Міжнародна організація кримінальної поліції – Інтерпол, який є ефективним надійним органом з обліку міжнаціональних злочинів і осіб, які їх вчинили, та основним координатором міжнародного розшуку осіб, що вчинили кримінальні правопорушення [1; 2].

Інтеграцію України в економічний, фінансовий та правовий простір посилюють зростання ролі міжнародного співробітництва слідчих і судових органів України з міжнародними країнами. У структурі Міністерства внутрішніх справ України існує Національне центральне бюро Інтерполу, яке займається обліком інформації про міжнародні злочини та злочинців, забезпечує взаємодію органів внутрішніх справ України з поліцією інших держав і з Генеральним Секретаріатом Інтерполу [3].

Процес міжнародного співробітництва під час кримінального провадження регулюється Конституцією України [4] та розділом IX Кримінального процесуального кодексу України (далі КПК) [5], зокрема, главою 42 КПК визначені загальні засади міжнародного співробітництва, а саме:

– ст. 542 КПК чітко визначені форми міжнародного співробітництва, серед них – виконання окремих процесуальних дій, надання документів, видача осіб, якими було вчинено кримінальне правопорушення, перейняття кримінального переслідування, тимчасова передача осіб, виконання вироків, передача засуджених осіб;

– ст. 543 КПК встановлена правова основа діяльності у сфері міжнародного співробітництва. Так, правовою основою міжнародного співробітництва українських правоохоронних органів з відповідними органами іноземних держав є ратифіковані Верховою Радою України Конвенції ООН, Ради Європи, рішення ради глав держав і ради глав урядів держав, міжнародні багатосторонні і двосторонні договори держави, угоди і рішення таких органів;

– ст. 544 КПК передбачено підстави для здійснення міжнародного співробітництва;

– ст. 545 КПК визначено уповноважені (центральні) органи в Україні: Генеральна прокуратура України та Міністерство юстиції України;

– ст. 548 КПК встановлені вимоги до запиту про міжнародне співробітництво, а також вказано його порядок надіслання та прийняття відповідними органами;

– ст. 549 КПК передбачено вимоги та стандарти щодо зберігання та передання речових доказів або документів під час здійснення міжнародного співробітництва; надання певної інформації [5].

Деталізація всіх правових аспектів у національному законодавстві України сприяє належному та ефективному виконанню Україною її міжнародних зобов'язань.

Ефективність розслідування та розгляду кримінального провадження у міжнародному співробітництві забезпечується сукупністю способів і засобів, які гарантують кожному рівні правові можливості та обов'язки. Кримінальні процесуальні гарантії прав особи набувають у сфері правового регулювання масштабного значення, так як кримінальна процесуальна діяльність у випадках передбачених законом поєднана з обмеженнями прав і свобод осіб, застосуванням заходів процесуального примусу. Кримінальні процесуальні гарантії прав особи є складовою частиною правового статусу особи, адже саме за допомогою даної системи гарантій можна реалізувати права, свободи та обов'язки людини і громадянина, щоб забезпечити ефективне функціонування правового інституту. До предмета кримінальних процесуальних гарантій входять права особи, її інтереси, обов'язки. Реалізація загального предмета гарантій прав осіб відображається при наданні міжнародної правової допомоги, коли встановлюється перелік прав, які реалізуються при міжнародному співробітництві у кримінальному провадженні, поряд із загальними правами особи. Йдеться щонайменше про такі права особи, як: знати у вчиненні якого кримінального правопорушення підозрюється особа, мати захисника, бути своєчасно повідомленим про свої права, отримувати переклад судового рішення, вимагати відшкодування шкоди за рахунок держави, якщо неправомірними діями завдана шкода фізичним або юридичним особам. Процесуальна форма є засобом забезпечення гарантій прав особи, встановлюючи обов'язковий порядок провадження, правовий режим діяльності, що включає виконання певних процесуальних умов та дотримання юридичних процедур [6].

Міжнародне співробітництво здійснюється також за допомогою двосторонніх договорів України з іншими державами [7]. Під час кримінального провадження у міжнародному співробітництві використовуються спеціальні багатосторонні договори та конвенції України, які визначають правові підстави такого міжнародного співробітництва та засади боротьби з конкретними видами злочинів, крім того, існують загальні конвенції, спрямовані на регулювання основних аспектів надання правової допомоги, зокрема: Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією [8]; Конвенція Ради Європи про пошук, відмивання, арешт та конфіскацію доходів, отриманих злочинним шляхом [9]; Конвенція про припинення та попередження торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї [10]; Конвенція ООН проти транснаціональної організованої злочинності та інші [11].

Також до міжнародних багатосторонніх договорів України за загальними напрямами міжнародного співробітництва під час кримінального провадження належать: Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах [12]; Європейська конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків [13]; Європейська конвенція про видачу правопорушників [14]; Європейська конвенція про передачу провадження у кримінальних справах [15].

Міжнародна діяльність за своєю сутністю підпорядковується певним закономірностям, принципам та основоположним засадам, які визначають її характер та спрямування, тобто виступають для неї своєрідним еталоном. Будучи найбільш важливими, імперативними, загальновизнаними нормами, принципи міжнародного співробітництва держав під час кримінального провадження та надання міжнародно-правової допомоги у кримінальних справах регламентують характер міждержавних відносин у визначеній галузі, чим забезпечують міжнародний правопорядок [16].

Принципи міжнародного співробітництва є правовими основами міжнародного співробітництва у кримінальному провадженні, до яких відносяться:

– принцип відповідності Конституції України, а також основним принципам міжнародного права.

– принцип дотримання міжнародних зобов'язань на основі багатосторонніх або двосторонніх угод;

– принцип рівності і взаємної вигоди, який означає те, що у міжнародних відносинах всі держави, незалежно від їхніх розмірів та політичних режимів, мають однакові міжнародні права і обов'язки; міжнародне співробітництво в галузі кримінального процесу також має забезпечити взаємні вигоди для всіх сторін;

– принцип поваги один одного національної незалежності, суверенітету і територіальної цілісності є одним з головних принципів міжнародного права, який був визначений у Статуті ООН;

– принцип взаємності, що спрямований на забезпечення рівності та вигоди сторін в міжнародному співробітництві.

Аналізуючи в цілому наведену класифікацію принципів можна сказати, що вони мають пронизувати всю процесуальну діяльність з надання взаємної правової допомоги, тобто мати властивість загальності. Вищенаведені принципи завжди є нормами загального і керівного значення при наданні взаємної правової допомоги у кримінальних справах [17].

Важливе значення у міжнародному співробітництві під час кримінального провадження має взаємна правова допомога в кримінальному процесі, яка передбачає дослідження процесуальних паперів, документів; розгляд кримінальної відповідальності; екстрадицію для суду або судового рішення; збирання доказів, отримання показань тощо [18].

Висновки. Отже, на нашу думку, міжнародне співробітництво під час кримінального провадження безумовно має перспективу свого подальшого розвитку у зв'язку з розширенням міжнародних зв'язків. Такий висновок випливає із самої сутності міжнародного співробітництва у кримінальному провадженні, його ролі та значення, завдань, які при цьому вирішуються, особливостей нормативно-правового регулювання його здійснення та правовідносин, які при цьому виникають. Перераховані об'єктивні фактори змушують міжнародне співтовариство зміцнювати, посилювати і поглиблювати міжнародне співробітництво під час кримінального провадження.

Слід зазначити, у напряму розвитку міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, в Україні зроблено певні позитивні кроки, зокрема, було підтримано Верховною Радою України законопроект № 7304 про співробітництво з Міжнародним кримінальним судом, цим законом Кримінальний процесуальний кодекс доповнюється розділом, у якому прописується процедура та принципи взаємодії з Міжнародним кримінальним судом, що є досить важливим у розслідуванні злочинів на території України, зокрема воєнних [19]. Чітко прописана взаємодія з міжнародним кримінальним судом дозволяє створити всі необхідні інструменти для ефективного розслідування злочинів на території України.

Таким чином, щоб надати помітний поштовх сучасному розвитку міжнародного співробітництва під час кримінального провадження, необхідно й надалі продовжувати реформування вітчизняного кримінального процесуального законодавства, євроатлантичні спрямування нашої держави та співробітництво з країнами-членами Європейського Союзу в цій сфері.

ЛІТЕРАТУРА

1. Статут Організації Об'єднаних Націй. URL: https://unic.un.org/aroundworld/unics/common/documents/publications/uncharter/UN%20Charter_Ukrainian.pdf (дата звернення: 12.06.2022).
2. Статут міжнародної організації кримінальної поліції – ІНТЕРПОЛ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_142#Text (дата звернення: 12.06.2022).
3. Смирнов М. І. Сутність і правова природа міжнародного співробітництва держав у сфері кримінального процесу. проблеми правознавства та правоохоронної діяльності : зб. наук. пр. 2019. № 1. С. 187–196.
4. Конституція України Конституція України. *Верховна Рада України*; Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text (дата звернення: 12.06.2022).
5. Кримінальний процесуальний кодекс України. Закон, Кодекс від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text (дата звернення: 12.06.2022).
6. Зуєв В. В. Сутність кримінальних процесуальних гарантій прав особи при міжнародному співробітництві. *Університетські наукові записки.* 2013. № 1 (45). С. 321–328.
7. Про міжнародні договори України. Закон України від 29.06.2004 № 1906-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15#Text (дата звернення: 12.06.2022).
8. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією. Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 27.01.1999 № ETS173. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_101#Text (дата звернення: 12.06.2022).
9. Конвенція Ради Європи про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом, та про фінансування тероризму. Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 16.05.2005. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_948#Text (дата звернення: 12.06.2022).
10. Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми. Документ 995_791, чинний, поточна редакція. Ратифікація від 04.02.2004, підстава – 1433-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_791#Text (дата звернення: 12.06.2022).
11. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності / Документ 995_789. Ратифікація від 04.02.2004, підстава – 1433-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789#Text (дата звернення: 12.06.2022).
12. Європейська конвенція про взаємну допомогу у кримінальних справах. Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 20.04.1959. Документ 995_036, Редакція від 08.11.2001, підстава – 994_518. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_036#Text (дата звернення: 12.06.2022).
13. Європейська конвенція про міжнародну дійсність кримінальних вироків. Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 28.05.1970 № ETS-70. Документ 994_341. Ратифікація від 26.09.2002, підстава – 172-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_341#Text (дата звернення: 12.06.2022).
14. Європейська конвенція про видачу правопорушників. Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 13.12.1957. Документ 995_033. Редакція від 20.09.2012, підстава – 994_001-12. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_033#Text (дата звернення: 12.06.2022).
15. Європейська конвенція про передачу провадження у кримінальних справах. Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 15.05.1972 № ETS N 73. Документ 994_008. Приєднання від 22.09.1995, підстава – 339/95-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_008#Text (дата звернення: 12.06.2022).
16. Мудряк Т. Міжнародне співробітництво щодо криміналістичного забезпечення розслідування злочинів. *Юридичний вісник.* 2021. № 6. С. 211–216.
17. Удалова Л. Д., Письменний Д. П., Омельченко О. Є. та ін. Міжнародна правова допомога у кримінальному проваджені : навч. посіб. Київ, 2015. 211 с.
18. Підгородинська А. В. Міжнародне співробітництво у кримінальному провадженні: поняття та процесуальні форми. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія: *Юридичні науки*. 2015. Вип. 4. Том 3. С. 114–118.
19. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо співробітництва з Міжнародним кримінальним судом. Закон України від 03.05.2022 № 2236-IX. Поточна редакція від 03.05.2022. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2236-20#Text (дата звернення: 21.06.2022).

УДК 342.95
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/99

ОСОБЛИВОСТІ ДІЯЛЬНОСТІ ПІДРОЗДІЛІВ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПОЛІЦІЇ ПІД ЧАС ЗАПРОВАДЖЕННЯ ВОЄННОГО СТАНУ

FEATURES OF THE ACTIVITY OF THE NATIONAL POLICE UNITS DURING THE IMPOSITION OF MARTIAL LAW

Поливанюк В.Д., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри тактико-спеціальної підготовки
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Король К.С., викладач кафедри тактико-спеціальної підготовки
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Умови, в яких доводиться працювати поліцейським у 2022 році, є новими, а відповідно і вимагають додаткового вивчення та наукового обґрунтування. Мета написання наукової статті – на підставі норм чинного законодавства визначити особливості діяльності підрозділів Національної поліції під час запровадження воєнного стану.

В роботі підтримана позиція щодо розподілу адміністративної діяльності Національної поліції, у тому числі під час війни, на два види: зовнішньо-організаційна та внутрішньо-організаційна діяльність.

До особливості внутрішньо-організаційної діяльності Національної поліції під час війни автор відносить: спрощений порядок присвоєння спеціальних звань поліції під час дії воєнного стану; спрощений порядок носіння однострою; не здійснюються ряд етапів проходження служби, зокрема атестування; призовники, які несуть службу в Національній поліції, можуть відстрочити призов на весь термін служби в поліції; розширено підстави для припинення служби в поліції у зв'язку із поширеними фактами зникнення безвісті поліцейських в умовах війни; поліцейським надано гарантії медичного забезпечення на безоплатній основі; виокремлений новий вид дисциплінарного провадження – службове розслідування щодо поліцейських під час дії воєнного стану.

До особливостей зовнішньо-організаційної діяльності Національної поліції під час війни автор відносить: повноваження поліції розширені в частині взаємодії з Уповноваженим з питань осіб, зниклих безвісти за особливих обставин; розширені повноваження поліцейських в частині застосування спеціальних засобів та вогнепальної зброї; спрощений порядок повідомлення безпосереднього керівника про застосування поліцейських заходів примусу; на період воєнного стану припиняється здійснення громадського контролю за діяльністю поліції.

Автор у статті пропонує оптимізувати діяльність поліції під час дії воєнного стану також за рахунок визначення особливостей процесу навчання в системі МВС України. Зокрема, запропоновано доповнити статтю 72 Закону України «Про Національну поліцію» частиною 3 такого змісту: «Під час дії воєнного стану професійне навчання поліцейських припиняється. Рішення про відновлення професійного навчання приймає Міністр внутрішніх справ з урахуванням інтересів служби».

Наголошено на дискусійному характері запровадження безоплатного медичного забезпечення для поліцейських в умовах дії воєнного стану. Натомість підтримана думка про запровадження медичного страхування поліцейських впродовж всього терміну проходження служби в поліції, а не тільки в умовах воєнного стану.

Ключові слова: Національна поліція, воєнний стан, Дисциплінарний статут, кадрове забезпечення, проходження служби, внутрішня діяльність, зовнішня діяльність.

The conditions in which police officers have to work in 2022 are new and, accordingly, require additional study and scientific substantiation. The purpose of writing a scientific article is to determine the peculiarities of the activity of the National Police units during the imposition of martial law on the basis of the norms of the current legislation.

The paper supports the position on the division of administrative activities of the National Police, including during the war, into two types: external-organizational and internal-organizational activities.

The author attributes the following to the peculiarities of the internal organizational activity of the National Police during the war: the simplified procedure for assigning special police ranks during martial law; simplified procedure for wearing a uniform; a number of stages of service, in particular certification, are not carried out; conscripts serving in the National Police may postpone conscription for the entire period of service in the police; the grounds for termination of service in the police in connection with the widespread facts of disappearance of police officers during the war have been expanded; police officers are provided with guarantees of medical care free of charge; a new type of disciplinary proceedings has been singled out – an official investigation into police officers during martial law.

The peculiarities of the external organizational activity of the National Police during the war include: the powers of the police are expanded in terms of interaction with the Commissioner for Missing Persons in Special Circumstances; expanded powers of police officers in the use of special means and firearms; simplified procedure for notifying the immediate supervisor of the application of police coercive measures; for the period of martial law, the exercise of public control over the activities of the police shall cease.

The author proposes to optimize the activities of the police during martial law also by determining the peculiarities of the training process in the system of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine. In particular, it is proposed to supplement Article 72 of the Law of Ukraine "About the National Police" with Part 3 as follows: "During martial law, the professional training of police officers shall be terminated. The decision to resume vocational training is made by the Minister of Internal Affairs, taking into account the interests of the service."

The debatable nature of the introduction of free medical care for police officers under martial law was emphasized. Instead, the idea of introducing police health insurance throughout the term of service in the police, and not only in martial law, was supported.

Key words: National police, martial law, Disciplinary statute, staffing, service, internal activities, external activities.

Актуальність теми. Провідна роль Національної поліції в умовах дії воєнного стану обумовлена потребою підвищення бойової готовності поліцейських виконувати завдання щодо забезпечення охорони прав і свобод людини, протидії злочинності, підтримання публічної безпеки і порядку [1] за особливих умов, за яких виникають обставини, що ускладнюють оперативну обстановку.

Постановка проблеми. Введення режиму воєнного стану в Україні спонукала зміну суспільного життя, до якого норми законодавства не були готові. Від початку повномасштабного вторгнення в Україну усі теоретичні надбання щодо особливостей діяльності Національної поліції під час введення воєнного стану зазнали додаткових змін шляхом доповнення та зміни законодавчих положень, які визначають засади діяль-

ності Національної поліції та проходження служби поліцейськими.

Стан дослідження проблеми. Різноманітні аспекти адміністративної діяльності Національної поліції України досліджували велика кількість сучасних вчених, серед яких можна назвати Бандурка О. М., Безпалова О. І., Бесчасний В. М., Бугайчук К. Л., Галай А. О., Галай В. О., Гаркуша В. В., Голобородько Д. В., Голосніченко І. П., Горбунова О. Ю., Джафарова О. В., Золотарьова Н. І., Калюк О. М., Коломоєць Т. О., Константінов С. Ф., Корж Є. М., Константінов С. Ф., Костюк В. Л., Кудря В. О., Куліков В. А., Логвиненко Б. О., Мінка Т. П., Мердова О. М., Миронюк Р. В., Мороз В. П., Опацький Р. М., Панова О.О, Радзівон С. М., Стеценко С. Г. та багато інших.

Безпосередньо теоретичні доробки Барабаша Ю. Г., Бєлєвцевої В. В., Дрок І. С., Засунька С. С., Івахи В. О., Кириленка І. В., Коваліва М. В., Кучерявенка М. П., Кузнічена С. О., Олефіра В. І., Пасинчука К. М., Медвідь М. М., Молотай В. А., Ярмакі Х. П. та інших провідних вчених становлять основу дослідження адміністративної діяльності поліцейських в умовах воєнного стану. Водночас умови, в яких доводиться працювати поліцейським у 2022 році, є новими, а відповідно і вимагають додаткового вивчення та наукового обґрунтування.

Мета написання наукової статті – на підставі норм чинного законодавства визначити особливості діяльності підрозділів Національної поліції під час запровадження воєнного стану.

Виклад основного матеріалу. Розглядаючи адміністративну діяльність Національної поліції у загальному вигляді, варто наголосити на тому, що більшість вчених-адміністративістів одностайні у своїх поглядах і поділяють її на два види: зовнішньо-організаційна та внутрішньо-організаційна діяльність [2, с. 20–21; 3, с. 17; 4, с. 10; та інші]. Традиційно зовнішньо-організаційною адміністративною діяльністю Національної поліції визнається діяльність, спрямована на реалізацію поліцейськими службових завдань, чіткий загальний перелік яких визначений Законом України «Про Національну поліцію» [1]. Внутрішньо-організаційна адміністративна діяльність Національної поліції у свою чергу являє собою діяльність, спрямовану на формування та функціонування самої системи Національної поліції.

Характеристика організації діяльності правоохоронних органів під час воєнного стану визначається чинним законодавством, переважно українським Законом «Про правовий режим воєнного стану» [8], і залежить від поставленого завдання і стану оперативної обстановки. З огляду на умови зазначеної обстановки, наявну інформацію, сформовані політичні, економічні, соціальні умови, географічне положення, інші обставини, спонукають до складання спеціальних планів, згідно з якими розгортається особовий склад і матеріально-технічне забезпечення правоохоронних органів, у тому числі в умовах введення воєнного стану. Однак загальні тенденції здійснення повноважень поліцейськими під час війни вже визначені на законодавчому рівні.

З огляду на викладене з урахуванням змін, внесених у чинне законодавство України у зв'язку із введенням в Україні воєнного стану, можемо виділити такі особливості внутрішньо-організаційної та зовнішньо-організаційної адміністративної діяльності Національної поліції під час дії режиму воєнного стану:

1. Особливості внутрішньо-організаційної діяльності Національної поліції:

– спрощений порядок присвоєння спеціальних звань поліції під час дії воєнного стану [5];

– спрощений порядок носіння однострою, а саме: як виключення, дозволяється не розмішувати ідентифікаційний номер або спеціальний жетон на засобах індивідуального захисту, а також не мати з собою спеціальний жетон під час реалізації службових повноважень поліцейськими в умовах дії режиму воєнного стану [7];

– не здійснюються ряд етапів проходження служби, зокрема атестування: в умовах війни переміщення за посадами відбувається згідно рішення керівників в поліції [7].

Водночас аналіз практики застосування законодавства поліцейськими в умовах війни дозволяє запропонувати оптимізувати діяльність поліції під час дії воєнного стану також за рахунок визначення особливостей процесу навчання в системі МВС України. Зокрема, нами пропонується внести зміни в Закон України «Про Національну поліцію» [1] щодо врегулювання процесу професійного навчання під час дії воєнного стану. Для цього пропонуємо доповнити статтю 72 визначеного нами Закону частиною 3 такого змісту: «Під час дії воєнного стану професійне навчання поліцейських припиняється. Рішення про відновлення професійного навчання приймає Міністр внутрішніх справ з урахуванням інтересів служби»;

– окремо акцентовано на законодавчому рівні на тому, що призовники, які несуть службу в Національній поліції, можуть відстрочити призов на весь термін служби в поліції [7];

– розширено підстави для припинення служби в поліції у зв'язку із поширеними фактами зникнення безвісті поліцейських в умовах війни: законне рішення суду про визнання поліцейського безвісно відсутнім чи оголошення померлим тепер являється однією з таких підстав [7];

– надано поліцейським гарантії медичного забезпечення на безоплатній основі [7]. Дане положення вважаємо дискусійним, навіть під час дії воєнного стану, адже наслідками такої діяльності можуть стати вичерпані можливості медичних закладів щодо надання допомоги, а прибутковий сенс приватних медичних закладів втрачено. Натомість ми підтримуємо думку про запровадження медичного страхування поліцейських впродовж всього терміну проходження служби в поліції, а не тільки в умовах воєнного стану. Даний крок є гарантією від держави для поліцейських, які зможуть отримувати медичну допомогу безоплатно, а медичні заклади зможуть отримати від держави компенсацію за надані послуги;

– виокремлений новий вид дисциплінарного провадження – службове розслідування щодо поліцейських під час дії воєнного стану [7];

2. Особливості зовнішньо-організаційної діяльності Національної поліції:

– повноваження поліції розширені в частині взаємодії з Уповноваженим з питань осіб, зниклих безвісти за особливих обставин [6], що є актуальним в рамках збільшеної кількості кримінальних проваджень у даній сфері;

– розширені повноваження поліцейських в частині застосування спеціальних засобів та вогнепальної зброї: дозволено використовувати підручні засоби; поліцейські заходи примусу дозволено застосовувати без врахування чинних вимог та заборон законодавства України [7];

– спрощений порядок повідомлення безпосереднього керівника про застосування поліцейських заходів примусу: за наявності можливості, з урахуванням обставин, усно або за допомогою засобів зв'язку; лише про випадки застосування вогнепальної зброї, завдання ушкоджень, каліцтва особам, які здійснюють збройну агресію проти нашої держави [7];

– на період воєнного стану припиняється здійснення громадського контролю за діяльністю поліції, а саме: щорічне звітування про діяльність поліції; можливість висловлення недовіри керівникам поліції; регулярні відкриті зустрічі керівників поліції та представників місцевого самоврядування; участь громадськості у спільному розгляді скарг на дії чи бездіяльність працівників поліції [7]. Однак реалізація спільних з громадськістю поліцейських проєктів продовжується навіть під час війни.

Хотілося б окремо зауважити щодо відміни тимчасового характеру змін, внесених Законом України «Про внесення змін до законів України «Про Національну поліцію» та «Про Дисциплінарний статут Національної поліції України» з метою оптимізації діяльності поліції, у тому числі під час дії воєнного стану» [7]. Аналіз норм Закону доводить, що не всі зміни носять тимчасовий характер, але про це окремо наголошено в самому Законі. Для впорядкування правових норм та приведення їх у відповідність до вимог чинного законодавства пропонуємо внести зміни до пункту 2 Прикінцевих та перехідних положень зазначеного вище Закону [7] і викласти його у такій редакції: «Установити, що пункт 1 розділу I цього Закону в частині здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії проти України діє на період введення в Україні воєнного стану та 60 днів після цього».

Крім цього, варто наголосити на необхідності переведення всіх органів та підрозділів на посилений варіант несення служби, тобто застосування комплексу організаційно-правових, превентивних, оперативних та інших заходів, пов'язаних зі спеціальними умовами виконання службових обов'язків поліцейськими, а також за участю значної кількості поліцейських з метою стабілізації оперативної обстановки, якої неможливо досягти наявними силами та засобами у звичайному режимі несення служби [9]. Посилений варіант несення служби передбачає виконання поліцейськими таких завдань [9]: встановити повсякденні обов'язки керівництва поліції; посилити щоденну перевірку чергових частин і груп розвідувальних дій, створити групи документування або збільшити їх особовий склад; забезпечити виконання обов'язків із чергування поліцейських у кількості, необхідній для виконання службових обов'язків; встановити додаткові блокпости, маршрути та пости, інші наряди за типовими планами або відповідно до необхідності; посилити охорону важливих об'єктів, у тому числі спеціальних установ поліції та об'єктів на прилеглих територіях, а також осіб, які там утримуються; максимальне відпрацювання території обслуговування, залучення до забезпечення публічної безпеки та порядку додаткових сил і засобів; перевірити протипожежний стан об'єктів системи поліції та підготовленість засобів пожежогасіння; сформувати спільні підрозділи (за необхідності) у разі загрози або виникнення колективного порушення публічної безпеки та порядку чи масового заворушення; створити резерви мобільних сил і засобів; здійснювати в обов'язковому порядку перевірку зброї, боєприпасів, вибухових, потужних, отруйних речовин, спеціальних засобів, наявності, стану, дотримання порядку збереження та посилений контроль за їх видачею [9]. Комплексне застосування визначених заходів з урахування оперативної обстановки та потреб служби сприятиме ефективному виконанню поліцейськими поставлених завдань, у тому числі в умовах воєнного стану.

Висновки. Якщо раніше загроза введення в Україні воєнного стану була примарною і передусім очікувалася з боку впливу внутрішніх факторів (масові заворушення, тощо), то починаючи з 2014 року громадянське суспільство мало зрозуміти реальність зовнішніх загроз та застосувати відповідні заходи для уникнення ситуації введення воєнного стану. Водночас реалії сьогодення свідчать про необхідність удосконалення готовності державних органів, зокрема органів та підрозділів Національної поліції для служби в умовах введення воєнного стану. Процес становлення правових засад, які формують модель несення служби поліцейськими в умовах війни, триває дотепер, проте загальний каркас сформований і потребує свого удосконалення відповідно до міжнародний стандартів та з урахування набутого вже досвіду.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text
2. Адміністративна діяльність поліції у питаннях та відповідях: навчальний посібник / за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. НАПрН України О. М. Бандурки; МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. – Харків : ХНУВС, 2017. – 242 с.
3. Адміністративна діяльність Національної поліції : навч. посібник / Кол. авт.; кер. авт. кол. к. ю. н., засл. юрист України В. А. Глуховеря. – Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2017. – 248 с.
4. Адміністративна діяльність Національної поліції : навчальний посібник для підготовки до іспиту / за ред. Кулікова В. А. – К. : «Освіта України», 2016. – 230 с.
5. Про внесення змін до деяких законів України щодо присвоєння спеціальних звань поліції під час дії воєнного стану : Закон України від 24.03.2022 № 2151-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2151-20#n6
6. Про внесення змін до Закону України «Про правовий статус осіб, зниклих безвісти» та інших законодавчих актів України щодо вдосконалення правового регулювання суспільних відносин, пов'язаних із набуттям статусу осіб, зниклих безвісти за особливих обставин : Закон України від 14.04.2022 № 2191-IX. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2191-20#n165
7. Про внесення змін до законів України «Про Національну поліцію» та «Про Дисциплінарний статут Національної поліції України» з метою оптимізації діяльності поліції, у тому числі під час дії воєнного стану : Закон України від 15.03.2022 № 2123-IX. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2123-20#n31
8. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12.05.2015 № 1647-III / *Відомості Верховної Ради*. – 2015. – № 28. – Ст. 250.
9. Про затвердження Інструкції про порядок переведення органів Національної поліції України на посилений варіант службової діяльності: Наказ МВС України від 10.12.2015 № 1560. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0012-16#n14

УДК 343.83:316.624(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/100

ДЕВІАНТНА ПОВЕДІНКА ПЕРСОНАЛУ ДЕРЖАВНОЇ КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧОЇ СЛУЖБИ УКРАЇНИ ЯК СОЦІАЛЬНО-ПСИХОЛОГІЧНИЙ ТА ПРАВОВИЙ ФЕНОМЕН

DEVIANT BEHAVIOR OF PERSONNEL OF THE STATE CRIMINAL-EXECUTIVE SERVICE OF UKRAINE AS A SOCIAL, PSYCHOLOGICAL AND LEGAL PHENOMENON

Серажим І.Р., аспірант кафедри кримінального процесу, детективної та оперативно-розшукової діяльності
Національний університет «Одеська юридична академія»

Статтю присвячено дослідженню девіантної поведінки персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України як соціально-психологічного і правового феномену, визначенню її сутності і змісту, виокремленню основних її форм (проявів). Встановлено, що аналіз теоретичних напрацювань і правозастосовної практики є свідченням існування окремих проблем у розрізі дотримання законності і службової дисципліни персоналом Державної кримінально-виконавчої служби України. Визначено, що поняття девіації необхідно комплексно розглядати саме у кримінологічному вимірі, оскільки низка найважливіших питань, які стосуються сутності, змісту, структури, генезису та напрямів попередження девіантної поведінки, особливо її найнебезпечніших форм, є предметом саме кримінологічної науки. Встановлено, що для цілей аналізу поведінки персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України, варто розглядати девіантну поведінку у розумінні негативного відхилення, не дивлячись на існування позитивного аспекту такого феномену. На основі узагальнення напрацювань вітчизняних та зарубіжних вчених, а також правозастосовної практики, визначено характерні ознаки девіантної поведінки, сформульовано її визначення та виділено найбільш типові форми девіантної поведінки персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України, серед яких: адиктивна (залежна) поведінка, суїцидальна поведінка, делінквентна (у тому числі злочинна) поведінка. Встановлено, що особливим різновидом людської поведінки негативної спрямованості є також делінквентна поведінка, яка пов'язана з порушенням саме правових норм, тобто вчиненням протиправних діянь. Визначено, що суміжними категоріями для поняття «девіантна поведінка» є й такі феномени, як: «аномальна поведінка», «дезадаптивна поведінка», «деструктивна поведінка», які фактично не мають у кримінологічній науці чіткого змістовного наповнення і найчастіше вживаються в якості одного з умовних синонімів терміну «девіантна поведінка».

Ключові слова: девіантна поведінка, делінквентна поведінка, адиктивна поведінка, суїцидальна поведінка, Державна кримінально-виконавча служба України, персонал Державної кримінально-виконавчої служби України.

The article is devoted to the study of deviant behavior of personnel of the State Criminal-Executive Service of Ukraine as a social, psychological and legal phenomenon, determining its essence and content, distinguishing its main forms (manifestations). It is established that the analysis of theoretical developments and law enforcement practice is evidence of the existence of certain problems in the context of observance of legality and service discipline by the personnel of the State Criminal-Executive Service of Ukraine. It is determined that the concept of deviation must be comprehensively considered in the criminological dimension, since a number of the most important issues relating to the essence, content, structure, genesis and directions of prevention of deviant behavior, especially its most dangerous forms, are the subject of criminological science. It is established that for the purposes of analyzing the behavior of the personnel of the State Criminal-Executive Service of Ukraine, deviant behavior should be considered from the point of view of the negative deviation, despite the existence of a positive aspect of such a phenomenon. Based on generalization of developments of domestic and foreign scientists, as well as law enforcement practice, characteristic signs of deviant behavior are defined, its definition is formulated and the most typical forms of deviant behavior of the personnel of the State Criminal-Executive Service of Ukraine are highlighted, among which: addictive (dependent) behavior, suicidal behavior, delinquent (including criminal) behavior. It is established that a special kind of human behavior of a negative orientation is also delinquent behavior, which is associated with violation of legal norms, that is, committing unlawful acts. It is defined that the related categories for the concept of «deviant behavior» are such phenomena as: «anomalous behavior», «maladaptive behavior», «destructive behavior», which in fact have no clear meaningful content in criminological science and are most often used as one of the conditional synonyms of the term «deviant behavior».

Key words: deviant behavior, delinquent behavior, addictive behavior, suicidal behavior, State Criminal-Executive Service of Ukraine, personnel of the State Criminal-Executive Service of Ukraine.

Постановка проблеми. Ефективність вітчизняної кримінально-виконавчої системи значною мірою залежить від її кадрового забезпечення. Саме розвиток і вдосконалення кадрового потенціалу Державної кримінально-виконавчої служби України є неодмінною умовою і важливим резервом підвищення ефективності як кримінально-виконавчої системи в цілому, так і її окремих інституцій.

У той же час, аналіз теоретичних напрацювань і правозастосовної практики свідчить про неналежний стан дотримання законності і службової дисципліни персоналом Державної кримінально-виконавчої служби України, плинність кадрів, недостатній рівень професіоналізму, поширеність різних проявів професійної деформації і девіантної поведінки співробітників служби.

Для попередження проявів девіантної поведінки серед співробітників Державної кримінально-виконавчої служби України необхідно мати чітке уявлення про цей соціально-психологічний та правовий феномен, визначити його поняття, сутність і зміст, виокремити основні форми девіантної поведінки.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Висвітленню проблем сутності, змісту, механізмів виникнення і профілактики девіантної поведінки присвячено роботи В. І. Барко, О. І. Бондарчук, Я. І. Гілінського, С. М. Гусарова, Т. З. Герасимова, О. В. Змановської, Н. В. Ківенко, М. В. Кікалішвілі, Н. Ю. Максимової, Ю. В. Меркулової, В. А. Трофименко, О. Л. Христук та інших науковців.

У той же час, окремі питання, які стосуються проявів девіантної поведінки серед представників персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України комплексного вирішення в науці кримінології та кримінально-виконавчого права досі не отримали.

Метою статті є визначення поняття, сутності та змісту девіантної поведінки персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України як соціально-психологічного та правового феномену.

Викладення основного матеріалу. Теоретичні та практичні проблеми феномену девіантної поведінки та особливостей її профілактики були предметом різнопланових досліджень у різних галузях науки: фізіології

і антропології, медицини, психіатрії, педагогіки, психології, юридичних науках, соціології [1, с. 28–29; 2, с. 151]. При цьому, варто більш предметно розглянути дослідження саме кримінологічного напряму, оскільки низка найважливіших проблем, які стосуються сутності, змісту, структури, генезису та напрямів попередження девіантної поведінки, особливо її найнебезпечніших форм, є предметом досліджень саме кримінологічної науки.

Під девіацією або девіантною поведінкою у найзагальнішому вигляді розуміється відхилення від певних норм, стандартів, існуючих у суспільстві правил поведінки [3, с. 3; 4, с. 7]. Сам термін «девіація» є прямою калькою пізньолатинського «deviation», що буквально перекладається як «відхилення». Це поняття традиційно протиставляється поняттю норми, нормальної поведінки, під якою, як правило, розуміється нормативно-схвалювана поведінка, не пов'язана з хворобливим розладом, порушенням соціальних норм, та характерна для більшості індивідів.

Слід погодитись з Я. І. Гілінським, що основні терміни девіантології вживаються як у зарубіжній, так і у вітчизняній науковій літературі не дуже строго [5, с. 9]. Як слушно зазначається науковцями, саме поняття девіантної поведінки є вельми багатозначним і, відповідно, дещо невизначеним. До того ж, поряд з цим терміном дослідниками в якості споріднених понять вживаються і інші терміни, що характеризують поведінку з негативним забарвленням: «делінквентна поведінка», «адиктивна поведінка», «аномальна поведінка», «дезадаптивна поведінка», «асоціальна поведінка», «деструктивна поведінка» тощо [6, с. 109].

У зв'язку з цим, необхідною складовою дослідження особливостей девіантної поведінки персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України є уточнення базових категорій і понять, а також їх співвідношення між собою.

Так, автор навчального посібника з девіантології О. В. Змановська визначає девіантну поведінку як стійку поведінку особистості, що відхиляється від найбільш важливих соціальних норм, спричиняє реальну шкоду суспільству або самій особі, а також супроводжується її соціальною дезадаптацією [7, с. 15].

Досліджуючи психологічні механізми виникнення і профілактики девіантної поведінки та професійної деформації працівників органів внутрішніх справ, В. І. Барко визначає девіантну поведінку як систему вчинків (або окремі вчинки), що суперечать прийнятим у суспільстві нормам і проявляються у вигляді незбалансованості психічних процесів, неадаптивності, порушенні процесу самоактуалізації або у вигляді ухилення від морального і естетичного контролю над поведінкою [8, с. 122].

У свою чергу А. І. Папкін девіантну поведінку співробітників правоохоронних органів визначає як відхилення дій і вчинків від нормативної поведінки, яке призводить до порушень моральних, правових, етичних, професійних, економічних та інших норм, зміни способів вирішення професійних і особистих завдань, деформацій відносин і способу життя [4, с. 7].

Слід погодитись з уточненням, що термін «девіантна поведінка» використовується у двох основних значеннях: як у значенні вчинку, що не відповідає встановленим у суспільстві нормам, так і у значенні соціального явища, яке проявляється у відносно масових та стійких формах людської діяльності, що не відповідають нормам та очікуванням, що склалися у суспільстві [9, с. 123–124].

З огляду на таке, важливо з'ясувати, чи є девіантна поведінка виключно негативним феноменом, або навпаки, може розглядатися в якості позитивного суспільного та психологічного явища. Виходячи з вищенаведених позицій, в науці превалює саме перший погляд на сутність поведінки, що відхиляється. Тобто, найчастіше під девіацією розуміється лише негативне відхилення від наявних у суспільстві норм. Особливо це проявляється у кримінологічній та інших юридичних науках, які традиційно розглядають девіантну поведінку в контексті порушення правових норм та інших правил поведінки.

У той же час, слід розуміти, що девіантна поведінка як соціальне явище має певні історичні корені. Різноманітність соціальних норм, що діють в суспільстві – правових, релігійних, естетичних, політичних та інших – тягне за собою і різноманітність девіацій. Як соціальні норми і правила, так і соціальні відхилення зазнають змін: те, що раніше вважалося девіантною поведінкою, може перетворитися на норму поведінки, і навпаки. Виникнення нових законів і правил тягне за собою формування і нових видів девіацій. У зв'язку з цим, соціальна оцінка відхилень повинна здійснюватись беручи до уваги історичний аспект і носити конкретний характер [6, с. 118].

Із запропонованим підходом можна в цілому погодитися, оскільки, як справедливо відзначається в літературі, саме поведінка, що відхиляється, часто започатковує загальноприйняті культурні норми, і без неї було б важко адаптувати культуру до змін суспільних потреб [10, с. 205].

Ураховуючи також те, що переважна більшість девіацій відіграє суто негативну (деструктивну) роль у суспільних відносинах, девіантна поведінка в межах цього дослідження розглядається саме у негативному аспекті, не беручи до уваги форми так званої «позитивної» девіації, корисні або принаймні терпимі для суспільства.

Узагальнюючи напрацювання вітчизняних та зарубіжних вчених, можна сформулювати ряд характерних ознак девіантної поведінки: 1) цей вид поведінки не відповідає офіційно встановленим або іншим загальноприйнятим правилам поведінки (нормативно-правовим актам, правилам, традиціям тощо). У випадку девіантної поведінки персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України мова йде і про невідповідність відомчому законодавству, яке встановлює вимоги до працівників, їх службові обов'язки та особливості відповідальності; 2) девіантна поведінка викликає негативну оцінку з боку суспільства, яка проявляється як у притягненні особи до того чи іншого виду юридичної відповідальності (кримінальної, адміністративної, цивільно-правової, матеріальної, дисциплінарної) так і в якості інших, неформальних проявах осуду; 3) девіантна поведінка спричиняє реальну шкоду особистості або оточуючим, тобто носить аутодеструктивний або деструктивний характер; 4) девіантною є переважно поведінка, що стійко повторюється (тривало або багаторазово), хоча може проявлятися і в окремих вчинках; 5) прояви девіантної поведінки є соціально обумовленими та історично мінливими; 6) девіантну поведінку слід розглядати в межах осудності. В контексті цього дослідження предметом аналізу є лише та девіантна поведінка, яку демонструють осудні особи, що здатні усвідомлювати свої дії (бездіяльність) та керувати ними. Тобто, девіантна поведінка може поєднуватися з психічними аномаліями або захворюваннями, але лише з тими, які не виключають осудності.

Виходячи з наведених ознак, девіантну поведінку можна визначити як поведінку осудних осіб, яка не відповідає загальноприйнятим або офіційно встановленим соціальним нормам, викликає негативну оцінку з боку суспільства (у тому числі юридичну відповідальність), спричиняє шкоду особистості або іншим особам чи суспільству, стійко повторюється або проявляється в окремих вчинках, є соціально обумовленою та історично мінливою.

Слід враховувати, що девіантна поведінка в цілому охоплює більш широкий спектр вчинків, ніж ті, що їх вчинення прямо переслідується законом. Різні форми девіантної поведінки можуть піддаватися осуду з боку суспільства, однак не бути при цьому специфічно протиправними. У таких випадках постає питання щодо виділення особливого різновиду людської поведінки негативної спрямованості – делінквентної поведінки.

Саме поняття «делінквентна поведінка» походить від латинського «delinquens» – проступок, провина. При цьому питання її співвідношення з девіантною поведінкою залишається предметом дискусій.

Науковцями слушно зазначається, що сам термін «делінквент» отримав більше поширення за кордоном, де він здебільшого вживається для позначення неповнолітнього правопорушника [5, с. 109–110]. Однак, у вітчизняній кримінологічній науці поняття делінквентності трактується ширше і пов'язується із вчиненням правопорушень взагалі. У цьому розумінні це поняття фактично збігається з поняттям «протиправна поведінка».

Таким чином, делінквентна поведінка – один з різновидів девіантної поведінки, пов'язаний з порушенням саме правових норм, тобто вчиненням правопорушень взагалі.

Делінквентна поведінка як форма девіантної поведінки має ряд особливостей. По-перше, це один з найменш визначених видів девіантної поведінки, оскільки коло протиправних діянь відрізняється в різних державах, у різні часи. По-друге, делінквентна поведінка регулюється правовими нормами – законами та підзаконними нормативно-правовими актами. По-третє, саме делінквентна поведінка визнається однією з найбільш небезпечних форм девіацій. По-четверте, така поведінка активно засуджується і карається в усякому суспільстві. Нарешті, цей вид девіантної поведінки передбачає наявність конфлікту між особистістю і суспільством, тобто між індивідуальними прагненнями і суспільним інтересом [4, с. 99–100].

Що стосується інших термінів, які використовуються для позначення значного відхилення поведінки від норми, зокрема, «аномальна поведінка», «дезадаптивна поведінка», «деструктивна поведінка», то вони, як уявляється, фактично не мають у кримінологічній науці чіткого змістовного наповнення і найчастіше вживаються в якості одного з умовних синонімів терміну «девіантна поведінка».

Аналіз теоретичних напрацювань і правозастосовної практики дозволяє серед найбільш типових форм девіантної поведінки персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України виділити: 1) адиктивну (залежну) поведінку. Залежна (адиктивна) поведінка як форма девіантної поведінки налічує значну кількість видів, що відрізняються за змістом та обсягом адикції (залежності). Серед видів адитивної поведінки головне місце посідають залежності хімічного і нехімічного походження. Серед представників персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України найбільш поширеним проявом адиктивної поведінки традиційно є алкоголізм, однак протягом останнього часу набули певного поширення і зловживання наркотичними речовинами, ігроманія, мультимедійні адикції тощо; 2) суїцидільна поведінка, пов'язана з самогубством, тобто свідомим позбавленням життя самого себе; 3) делінквентна поведінка, яку, виходячи із характеру і ступеню суспільної небезпеки, є підстави поділити на: кримінальні правопорушення (злочини і кримінальні проступки); дисциплінарні проступки; адміністративні правопорушення; цивільно-правові делікти, що порушують норми цивільного законодавства і можуть виражатися у спричиненні особі майнової, моральної шкоди тощо. Найбільш небезпечною формою девіантної поведінки є злочинність.

Висновки. Девіантна поведінка являє собою поведінку осудних осіб, яка не відповідає загальноприйнятим або офіційно встановленим соціальним нормам, викликає негативну оцінку з боку суспільства (у тому числі юридичну відповідальність), спричиняє шкоду особистості або іншим особам чи суспільству, стійко повторюється або проявляється в окремих вчинках, є соціально обумовленою та історично мінливою.

Результатом непослідовної державної кадрової політики є поширеність проявів девіантної поведінки серед персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України, серед яких найтиповішими є адиктивна, суїцидальна та делінквентна, у тому числі вчинення кримінально караних діянь.

Формування науково обґрунтованого, цілісного уявлення про проблему девіантної поведінки персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України дозволить намітити основні підходи до вирішення значущих практичних проблем, що виникають у процесі виконання та відбування кримінальних покарань в сучасних умовах.

ЛІТЕРАТУРА

1. Клейберг Ю. А. Психология девиантного поведения : учебник и практикум для вузов : 5-е изд., перераб. и доп. М. : Издательство Юрайт, 2017. 290 с.

2. Ковальова І. Б., Посохова Я. С. Особливості профілактичної роботи девіантної поведінки в ОВС. *Девіантна поведінка : соціологічний, психологічний та юридичний аспекти* : матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 10 квітня 2015 р.). Х. : ХНУВС, 2015. С. 151–154.

3. Гусаров С. М. Девіантна поведінка: соціологічний, психологічний, юридичний аспекти. *Девіантна поведінка: соціологічний, психологічний та юридичний аспекти* : матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 10 квітня 2015 р.). Х. : ХНУВС, 2015. С. 3–5.

4. Папкин А. И., Папкин И. А. Девиантное поведение сотрудников правоохранительных органов: психологические причины. *Прикладная юридическая психология*. 2009. № 4. С. 6–18.

5. Гилинский Я. Девиантология: социология преступности, наркотизма, проституции, самоубийств и других «отклонений». СПб. : Юридический центр Пресс, 2004. 520 с.

6. Кікалішвілі М. В. Девіантна поведінка: поняття та ознаки. *Вісник Академії адвокатури України*. 2011. № 3 (22). С. 109–122.

7. Змановская Е. В. Девиантология: психология отклоняющегося поведения : учеб. пособие для студ. высш. учеб. заведений. М. : Издательский центр «Академия», 2003. 288 с.

8. Барко В. І., Лапчук В. С. Психологічні підходи до профілактики девіантної поведінки працівників органів внутрішніх справ. *Юридичний бюлетень*. 2015. Вип. 1. С. 120–128.

9. Тюріна В. О. Девіантна поведінка курсантів і студентів як наслідок їх соціальної і професійної адаптації. *Девіантна поведінка: соціологічний, психологічний та юридичний аспекти* : матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 10 квітня 2015 р.). Х. : ХНУВС, 2015. С. 123–126.

10. Овісяннікова Я. О. Профілактика девіантної поведінки працівників екстремальних видів діяльності. *Вісник Національного університету оборони України*. 2011. № 4 (23). С. 205–209.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/101

ФОРМУВАННЯ ТА РЕАЛІЗАЦІЯ КРИМІНАЛІСТИЧНОЇ МЕТОДИКИ РОЗСЛІДУВАННЯ КОРУПЦІЙНИХ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ

FORMATION AND IMPLEMENTATION OF CRIMINALISTIC METHODIC FOR INVESTIGATION OF CORRUPTION CRIMINAL OFFENSES

Шевчук В.М., д. ю. н., заслужений юрист України,
професор кафедри криміналістики
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню актуальних проблем формування та реалізації криміналістичної методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень в сучасних умовах війни. Проведено аналіз наукових підходів сучасного розуміння і побудови системи таких криміналістичних методик, окреслено перспективні напрямки подальших наукових досліджень цієї проблематики. Визначено та висвітлено роль і фукціональне призначення структурних елементів комплексної криміналістичної методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень, окреслено інноваційні підходи до формування та застосування ефективних методико-криміналістичних рекомендацій і практики їх реалізації. Важливим напрямком удосконалення методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень є виокремлення та дослідження типових слідчих ситуацій та слідчих версій таких кримінальних правопорушень. Особливе значення приділяється засобам криміналістичної профілактики у структурі методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень.

Обґрунтовується, що одним із найбільш перспективних напрямів забезпечення протидії кримінальним корупційним правопорушенням в сучасних реаліях війни набуває належне їх криміналістичне забезпечення, яке має комплексний характер та повинно охоплювати техніко-криміналістичний, тактико-організаційний і методико-криміналістичний напрями розробок. Зазначається, що ці та інші важливі завдання можуть бути вирішені комплексно і системно, зокрема, шляхом удосконалення антикорупційного законодавства та розроблення теоретико-методологічних основ і науково-практичних рекомендацій розслідування цієї категорії корупційних правопорушень. Вбачається, що одним із важливих завдань подальшого розвитку криміналістики є удосконалення існуючої системи окремих криміналістичних методик таких корупційних кримінальних правопорушень в умовах воєнного стану та сучасних глобальних викликів. Вирішення таких завдань стане суттєвим кроком у підвищенні рівня науково-методичного забезпечення протидії корупційних кримінальних правопорушень, служитиме основою для оптимізації їх виявлення, розкриття, розслідування та профілактики в умовах війни. Акцентується увага на необхідності розроблення комплексної криміналістичної методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень.

Ключові слова: корупційні кримінальні правопорушення, криміналістична методика розслідування, корупційні злочини, воєнний стан, розслідування корупційних злочинів, оптимізація досудового розслідування.

The article is devoted to the study of topical problems of the formation and implementation of the criminalistic methodic of investigation corruption crimes in modern conditions of war. The analysis of scientific approaches of modern understanding and construction of a system of such criminalistic methodic is carried out, promising directions for further scientific research on this issue are identified. The role and functional purpose of the structural elements of a complex criminalistic methodic for investigating corruption criminal offenses are defined and highlighted, innovative approaches to the formation and application of effective methodological and criminalistic recommendations and the practice of their implementation are outlined. An important direction in improving the methodology for investigating corruptive criminal offenses is the identification and study of typical investigative situations and investigative versions of such criminal offenses. Particular importance is given to the means of criminalistic prevention in the structure of the methodic for investigating corruption criminal offenses.

It is substantiated that one of the most promising areas for ensuring counteraction to criminal corruption offenses in the modern realities of war is acquiring proper criminalistic support, which is complex in nature and should cover the technical-criminalistic, tactical-organizational and methodological-criminalistic areas of development. It is noted that these and other important tasks can be solved comprehensively and systematically, in particular by improving anti-corruption legislation and developing theoretical and methodological foundations and scientific and practical recommendations for investigating this category of corruption offenses. It is obvious that one of the important tasks for the further development of criminalistic science is to improve the existing system of individual criminalistic methodics of such corrupt criminal offenses under martial law and modern global challenges. The solution of such problems will be a significant step in raising the level of scientific and methodological support for combating corruption criminal offenses, and will serve as the basis for optimizing their detection, disclosure, investigation and prevention in war conditions. Attention is focused on the need to develop a comprehensive criminalistic methodic for investigating corruption crimes.

Key words: corruption criminal offenses, criminalistic methodic of investigation, corruption crimes, martial law, investigation of corruption crimes, optimization of pre-trial investigation.

Постановки проблеми. Широкомаштабна військова агресія РФ та запровадження воєнного стану в Україні суттєво вплинуло на усі сфери нашого життя, у тому числі й на систему кримінальної юстиції. У такій ситуації органи правопорядку та загалом уся наша правова система зіштовкнулася із безпрецедентними викликами, з новими реаліями сучасної дійсності в умовах війни. Головним завданням у таких умовах гостро постають проблеми необхідності забезпечення та зміцнення обороноздатності нашої держави, найскорішої перемоги над російськими окупантами, активізація протидії злочинам проти основ національної безпеки, проведення контрдиверсійних заходів, забезпечення належної організації роботи з виявлення, збирання, фіксації та збереження доказів порушення норм міжнародного гуманітарного права з боку РФ під час війни проти України.

Крім цього, в умовах воєного стану серед кримінальних проявів, які насьогодні є особливо небезпечними та достатньо поширеними, є корупційні кримінальні правопорушення, які нині набувають організованого та латентного характеру, скоєння яких дискредитують діяльність органів державної влади й управління, підривають економіку та національну безпеку української держави [1; 3; 7]. Спостерігається, що такі корупційні кримінальні прояви у воєнних реаліях сьогодення мають високий рівень їх таємності і прихованості, зростає «професіоналізація» і «спеціалізація» цієї організованої злочинної діяльності, мають місце негативні наслідки в органах державного та військового управління, що негативно впливає на вирішення завдань забезпечення обороноздатності держави та досягнення перемоги над російським агресором.

Аналіз судово-слідчої практики, офіційної статистики свідчить про значну поширеність корупційних криміналь-

них правопорушень в Україні. Вбачається, що значний ріст та поширеність таких корупційних кримінальних проявів багато в чому зумовлюється сучасними соціально-економічними і політичними проблемами у суспільстві, недосконалістю вітчизняного антикорупційного законодавства, неналежною організацією судової системи і правоохоронних органів, наявністю певних складнощів під час розслідування таких кримінальних правопорушень [13, с. 118–122]. Це різновид злочинної діяльності набуває значного поширення у різних сферах життєдіяльності, як на побутовому рівні серед населення, так і серед посадовців різних рівней, а також серед політиків, олігархів, військових і т. д. Більше того, вони вчиняються у різних сферах суспільних відносин: фінансово-кредитній, банківській і бюджетній системах держави, паливно-енергетичному, агропромисловому та оборонно-промисловому її комплексах, сферах освіти, охорони здоров'я й довкілля, земельних, транспортних й інших галузях [6, с. 158].

При цьому важливо зауважити, що механізми вчинення корупційних кримінальних правопорушень досить різноманітні й постійно трансформуються та залежать від сфери, у якій вчиняється такі корупційні правопорушення. Останнім часом механізм вчинення таких кримінальних правопорушень зазнав суттєвих змін, пов'язаних зі змінами в житті суспільства [14, с. 274], із введенням воєнного стану в Україні та початком збройної агресії і веденням війни з боку РФ. Більше того, необхідно констатувати відсутність єдиної криміналістичної методики щодо розслідування корупційних кримінальних правопорушень, що обумовлює необхідність розроблення ефективних криміналістичних рекомендацій щодо їх виявлення, розкриття та розслідування, а також потребу у формуванні певної системи окремих криміналістичних методик цієї категорії кримінальних правопорушень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вагомий внесок у дослідження проблем криміналістичної методики здійснили відомі вчені-криміналісти, які звертались до розроблення та дослідження окремих теоретико-методологічних проблем криміналістичної методики розслідування окремих видів кримінальних правопорушень: В. П. Бахін, А. Ф. Волобуєв, В. Г. Гончаренко, В. А. Журавель, А. В. Іщенко, В. О. Коновалова, В. Г. Лукашевич, Є. Д. Лук'янчиков, М. В. Салтевський, Р. Л. Степанюк, В. В. Тіщенко, Ю. В. Чорноус, В. Ю. Шепітько, Б. В. Щур та ін. Приділялася й певна увага безпосередньо дослідженню криміналістичних проблем розслідування корупційних кримінальних правопорушень (Г. К. Авдєєва [6], Б. А. Бурбело [2], Є. Є. Демидова [28], К. В. Латиш [28], В. А. Журавель [4; 6; 24], О. В. Резнікова [6], С. С. Чернявський [17], В. Ю. Шепітько [24] та ін.). Разом із тим, проблематика формування та реалізації криміналістичної методики розслідування цієї категорії кримінальних правопорушень, визначення, розгляд їх системи і структури, ролі та функціонального призначення у протидії злочинності в сучасних умовах воєнного стану насьогодні залишаються недостатньо висвітленими і потребують наукового обґрунтування.

Актуальність теми дослідження визначається необхідністю проведення аналізу сучасних тенденції та наукових підходів сучасного криміналістичного розуміння поняття корупційних кримінальних правопорушень із врахуванням традиційних та інноваційних підходів у криміналістиці. При цьому одним із найбільш важливих завдань подальшого розвитку сучасної криміналістики є удосконалення існуючої системи окремих криміналістичних методик таких корупційних кримінальних правопорушень з огляду на появу нових способів вчинення та механізмів такого різновиду корупційної злочинної діяльності, розвиток та сучасний стан окремих інноваційних напрямків криміналістики і зокрема в галузі криміналістичної методики. Крім цього, значна кількість означених питань нині залишаються дискусійними і нерозробленими, а науковці з цього приводу висловлюють часом діаметрально протилежні погляди. Вказані обставини дозволяють віднести проблематику, що розглядається, до актуальної, необхідної та перспективної, яка потребує подальших наукових пошуків.

Мета статті – проаналізувати та дослідити окремі дискусійні проблеми формування та реалізації криміналістичної методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень, визначити традиційні та інноваційні підходи до їх розуміння і формування системи таких криміналістичних методик, окреслити перспективні напрямки подальших наукових досліджень цієї проблематики. Сучасний стан розвитку криміналістичної методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень обумовлює потребу в дослідженні й висвітлені ролі та фукціонального призначення структурних елементів такої методики, новітніх підходів, формування і застосування ефективних методико-криміналістичних рекомендацій, їх інноваційного характеру. Означена проблематика спрямована на удосконалення і подальший розвиток теоретико-методологічних засад методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень та належить до найбільш важливих напрямів криміналістичної доктрини.

Виклад основного матеріалу. Розроблення концептуальних підходів до формування, удосконалення та реалізації будь-якої окремої криміналістичної методики, у тому числі й розслідування корупційних кримінальних правопорушень, сьогодні є одним із найбільш важливих завдань та перспективним напрямком наукових досліджень у криміналістиці. У зв'язку із цим, аналізуючи проблеми дослідження криміналістичної методики, В. Ю. Шепітько слушно акцентує увагу на їх значимості в реаліях сьогодення, необхідність підвищення їх практичного спрямування, адже побудова теоретико-практичної конструкції криміналістичної методики передбачає виявлення кореляційних залежностей між елементами криміналістичної характеристики завдяки узагальненню значного масиву кримінальних проваджень (справ), встановленню ефективності проведення окремих слідчих (розшукових) дій та їх оптимального поєднання і послідовності у вигляді тактичних операцій, визначення певної стадійності (етапності) досудового розслідування не обмежене лише початком (початковим етапом) розслідування. Формування окремих криміналістичних методик має бути розраховано на конкретного адресата – слідчого (сторону кримінального провадження). Тому від описового підходу до окремих криміналістичних методик необхідно переходити до певної стандартизації та уніфікації [23, с. 92]. Типізація окремих криміналістичних методик за кримінально-правовими та криміналістичними класифікаційними критеріями дозволяє одразу визначити загальне призначення та ступінь конкретизації методичних рекомендацій, що містить криміналістична методика певного класифікаційного рівня та типу.

Виходячи із класифікації окремих криміналістичних методик, запропонованої В. А. Журавлем [4, с. 92], вважаємо за можливе віднести методику розслідування корупційних кримінальних правопорушень до *комплексних криміналістичних методик*, зміст та структуру якої складають здійснювані злочинцем у різних формах кримінально карані дії, передбачені відповідними статтями Особливої частини КК України, зокрема перелік корупційних правопорушень, за вчинення яких передбачено кримінальну відповідальність, міститься у примітці до ст. 45 КК України, відповідно до якої корупційними злочинами, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, згідно з цим Кодексом вважаються злочини, передбачені КК України [9], а також комплексного рівня методико-криміналістичні рекомендації щодо організації та планування

ефективного виявлення, розслідування та попередження таких правопорушень.

При цьому такий класифікаційний рівень криміналістичної методики є найбільш усталеним, за яким традиційно формується система окремих криміналістичних методик розслідування, яка базується на кримінально-правовій та криміналістичній класифікаціях досліджуваних кримінальних правопорушень і дозволяє розробити рекомендації найбільш наближені до потреб практики та сформулювати чіткий алгоритм дій слідчого у тих чи інших слідчих ситуаціях. Як зазначає В. А. Журавель, комплексні криміналістичні методики розслідування кримінальних правопорушень, у яких відображені рекомендації з розслідування комплексів взаємопов'язаних злочинних дій, об'єднаних на підставі одночасного врахування кримінально-правових й криміналістичних критеріїв класифікації таких кримінальних правопорушень. Спільність цих злочинних проявів обумовлена тим, що на практиці вони вчиняються в реальних та ідеальних сукупностях. При цьому вони охоплюються єдиним умислом організаторів, підбурювачів, пособників і виконавців, спільною метою й мотивами, загальним механізмом реалізації злочинного задуму тощо. Ідеться про єдиний ланцюг злочинної поведінки, зокрема, про так звану технологію злочинного збагачення, наприклад, коли розслідування предикатного (основного) злочину поєднано з розслідуванням спорідненої з ним легалізації, яка в даному випадку є останньою ланкою в такого роду злочинній діяльності. Розслідування подібних комплексів злочинних дій зумовлює специфіку висунення й перевірки слідчих версій, здійснення планування, тактику провадження окремих слідчих дій та оперативно-розшукових заходів, особливості проведення тактичних операцій та ін. [4, с. 92–94].

Вбачається, що корупційні кримінальні правопорушення набувають комплексного характеру, утворюючи певного роду системи шляхом скоєння декілька кримінальних правопорушень у сукупності. Тому слідчому (прокурору) під час розслідування таких злочинних проявів доводиться звертатися до різних видових групових і позавидових методик розслідування, що збільшує обсяг роботи і потребує додаткових знань та можливості застосування комплексних методико-криміналістичних рекомендацій щодо виявлення ознак таких злочинів та програм дій слідчого в типових слідчих ситуацій по їх вирішенню. Однак оскільки корупційні кримінальні правопорушення дуже багатогранні, віднести комплексну методику щодо розслідування цих кримінальних правопорушень лише до однієї категорії методик неможливо. Комплексна методика розлідування корупційних кримінальних правопорушень, на наш погляд, належить до позавидових, оскільки в основу такої комплексної методики покладено саме сферу, в якій вчиняються протиправні дії та склад того чи іншого кримінального правопорушення із врахуванням і криміналістичних ознак та критеріїв їх поділу і класифікації.

Отже, сьогодні основою для формування комплексної криміналістичної методики корупційних кримінальних правопорушень є окремі методики розслідування таких правопорушень (перелік яких визначено у примітці ст. 45 КК України), які необхідно розробляти та застосовувати на практиці. Вбачається, що запропонований перелік корупційних правопорушень, з одного боку, не охоплює всіх кримінальних правопорушень, які належать до корупційних, а з іншого – містить окремі кримінальні правопорушення, які не слід відносити до корупційних. Як зазначається у спеціальній літературі, очевидно, що це не весь перелік зловживань, вчинення яких пов'язано з корупцією, адже технології злочинної діяльності містять у своєму складі не лише вказані вище злочини, але й низку інших. Наприклад, деякі інші кримінальні правопорушення проти власності, у сфері господарської діяльності, проти авторитету органів державної влади, органів місцевого самоврядування та об'єднань громадян, проти правосуддя тощо. Тому при дослідженні вказаних кримінальних правопорушень доцільно говорити не лише про корупційні злочини (правопорушення), а й низку інших злочинів (кримінальних правопорушень) корупційної спрямованості, які задіяні в технологіях злочинного збагачення [14, с. 277]. Звичайно, що така ситуація не сприяє ефективному виявленю та розслідуванню у такому розумінні корупційних кримінальних правопорушень, що потребує негайного вирішення.

Крім цього, вивчення та аналіз практики розслідування таких корупційних кримінальних правопорушень свідчить про те, що слідчі органи та оперативні підрозділи стикаються з серйозними труднощами при розкритті та розслідування цієї категорії кримінальних правопорушень, а особливо у сучасних умовах воєнної агресії РФ. Головним чином вони пов'язані із специфікою способів вчинення таких кримінальних правопорушень, наявних слідів та їх наслідків, особливістю характеристики механізму їх реалізації, недостатністю застосування науково-технічних, тактичних засобів та можливостей використання спеціальних знань [7; 11; 13; 20; 24; 28; 29]. Ускладненою вбачається також процедура проведення досудового розслідування та судового розгляду, процесу збирання доказової та орієнтуючої інформації в умовах воєнного стану. Саме тому виявлення та розслідування цієї категорії кримінальних правопорушень в таких умовах становить особливу складність, що обумовлює необхідність та актуальність цього напрямку дослідження.

Вбачається, що виявлення, розкриття та розслідування корупційних кримінальних правопорушень мають свої особливості і специфіку. Як зазначають практичні працівники, під час розслідування таких кримінальних правопорушень вони стикаються із складнощами, що пов'язані із: відсутністю окремої криміналістичної методики; недостатністю інформаційно-довідкових даних; відсутністю належної взаємодії між слідчими і оперативними працівниками; недостатністю літературних джерел; складнощами проведення експертних досліджень та застосуванні спеціальних; наявністю протидії з боку зацікавлених осіб; низьким матеріально-технічним забезпеченням та інше.

Для розроблення концептуальних основ формування окремої криміналістичної методики розглядуваних кримінальних правопорушень вагомого значення набуває з'ясування її структури. У зв'язку із цим варто зауважити, що сьогодні у криміналістиці немає одностайності розуміння типової структури окремих криміналістичних методик, що звичайно не сприяє підвищенню ефективності розслідування окремих видів та груп кримінальних правопорушень. У науковій літературі представлені різні підходи до структури криміналістичної методики [8, с. 33–34; 12, с. 122–125; 15, с. 143–147; 16, с. 39; 21, с. 363 та ін.]. Одні науковці пропонують лаконічну структуру, включаючи лише основні елементи, а інколи певні блоки таких елементів, а інші обґрунтовують потребу у використанні більш деталізованих структур.

На наш погляд, аналіз спеціальної літератури та сучасної практики дають можливість запропонувати таку структуру окремої криміналістичної методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень: 1) криміналістична характеристика кримінального правопорушення; 2) обставини, що підлягають з'ясуванню; 3) особливості виявлення ознак кримінального правопорушення та початку кримінального провадження; 4) типові слідчі ситуації початкового етапу розслідування і програма дій слідчого щодо їх вирішення; 5) типові слідчі ситуації наступного етапу розслідування і програма дій слідчого щодо їх вирішення; 6) організація та планування розслідування; 7) взаємодія слідчого із іншими суб'єктами кримінального провадження; 8) особливості тактики провадження окремих слідчих (розшукових) дій, негласних

слідчих (розшукових) дій та забезпечувальних заходів; 9) засоби криміналістичної профілактики при розслідуванні таких кримінальних правопорушень.

Одним із найбільш перспективних напрямів забезпечення протидії кримінальним корупційним правопорушенням, на наш погляд, сьогодні набуває належне криміналістичне забезпечення боротьби із такими корупційними правопорушеннями, яке має комплексний характер та охоплює техніко-криміналістичний, тактико-організаційний і методико-криміналістичний напрями пошуків. Вбачається, що ці та інші важливі завдання можуть бути вирішені комплексно і системно, зокрема, шляхом удосконалення антикорупційного законодавства та розроблення теоретико-методологічних основ і науково-практичних рекомендацій розслідування таким корупційним правопорушенням [27; 29; 30].

Серед напрямів криміналістичного забезпечення боротьби із корупційними кримінальними правопорушеннями найбільш дієвим є формування та удосконалення криміналістичної методики розслідування цієї категорії кримінальних правопорушень, що потребує побудову і впровадження: а) комплексної криміналістичної методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень (корупційних кримінальних правопорушень *і* злочинів, пов'язаних з корупцією); б) ієрархічної системи ускладнених (родових, міжродових) і простих (видових, підвидових) методик розслідування [24, с. 92–93]. Усе це свідчить про важливість, своєчасність та необхідність наукового обґрунтування й розроблення криміналістичних рекомендацій протидії корупційних кримінальних правопорушень *і* забезпечення подальшого їх впровадження у практичну діяльність має суттєво підвищити якості та ефективності процесу виявлення, розслідування і профілактики таких корупційних кримінальних правопорушень.

У цьому контексті першочерговим завданням, на наш поглял, постає нагальна потреба в уточнені та уніфікації поняття корупційних кримінальних правопорушень і створення науково обґрунтованої кримінально-правової класифікації таких кримінальних правопорушень (корупційних і кримінальних правопорушень, пов'язаних із корупцією). Вбачається, що вирішення означених проблем дало б можливість внести необхідні зміни у чинне кримінальне законодавство України, а також дало б змогу сформувати криміналістичне розуміння кримінальних правопорушень корупційної спрямованості та відповідно побудувати криміналістичну класифікацію розглядуваних проявів злочинів. У зв'язку із цим, правильно зазначається у літературі, це дозволить покращити якість антикорупційного законодавства в цілому, сформувати не лише чітку систему таких злочинів, а й однозначно вирішити питання про їх підслідність, а також підвищити ефективність та якість досудового розслідування та судового розгляду таких корупційних кримінальних правопорушень. Такий розподіл слугуватиме плідним фундаментом для побудови криміналістичної класифікації вказаних корупційних правопорушень, розробка якої важлива з огляду на вирішення проблеми формування теоретичних основ і науково-практичних рекомендацій, присвячених криміналістичному забезпеченню розслідування корупційних кримінальних правопорушень та побудови системи відповідних криміналістичних методик [2, с. 171].

Вивчення та узагальнення практики показує, що насьогодні більшість теоретичних і практичних аспектів розслідування таких кримінальних правопорушень залишаються недослідженими, зокрема такі, як криміналістична характеристика і кореляційні взаємозв'язки між її елементами, особливості виявлення ознак кримінальних правопорушень корупційної спрямованості, криміналістичні та організаційно-тактичні проблеми початку кримінального провадження, типові слідчі ситуації й алгоритми їх вирішення, організація і планування розслідування, тактика проведення окремих слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, проблеми розробки та застосування тактичних операцій. Тому розроблення основ комплексної криміналістичної методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень в у сучасних умовах є актуальними і необхідними.

Для формування криміналістичної методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень важливого значення набуває криміналістична характеристика таких кримінальних правопорушень [10, с. 237–243]. У практичному аспекті криміналістична характеристика корупційних кримінальних правопорушень сприяє правильному вибору слідчим (детективом, прокурором) найбільш оптимальних напрямків розслідування як в цілому, так і на окремих його етапах, тобто розглядається як своєрідний орієнтир, на який потрібно рівнятися під час вирішення конкретних завдань, висування слідчих версій [19, с. 156]. Відтак, криміналістична характеристика корупційних кримінальних правопорушень виступає інформаційною основою побудови і формування оптимальної криміналістичної методики розслідування цього виду кримінальних правопорушень. В свою чергу криміналістична характеристика корупційних кримінальних правопорушень як системне утворення передбачає обов'язкове встановлення відносин між її елементами, які існують не ізольовано, а у нерозривному взаємозв'язку, тобто залежать один від одного і є основою для формування типових слідчих ситуацій та слідчих версій.

Одним із напрямків удосконалення методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень, на наш погляд, виступає виокремлення та дослідження типових слідчих ситуацій та слідчих версій таких кримінальних правопорушень [2, с. 236]. На нашу думку, найбільш оптимальними інформаційними джерелам типізації слідчих ситуацій розглядуваного кримінального правопорушення є джерело відомостей про факт вчинення таких кримінальних правопорушень, спосіб вчинення кримінального правопорушення та наявність або відсутність відомостей про особу злочинця. Слідчі ситуації, що виникають на початку розслідування корупційних кримінальних правопорушень, можна вирізнити такі: 1) факт корупційного кримінального правопорушення виявлено, підозрюваного затримано з речовими доказами «на гарячому» або незабаром після його вчинення; 2) факт такого кримінального правопорушення виявлено, але конкретна особа, запідозрена у його вчиненні, не затримана, вона переховується від слідства. Успішне вирішення таких слідчих ситуацій передбачає проведення оптимального комплексу слідчих розшукових та негласних слідчих розшукових дій, тактичних комбінацій та операцій.

Окремого дослідження потребує розробка слідчих версій при розслідуванні таких кримінальних правопорушень. При цьому слід враховувати, що висуваються та перевіряються слідчі версії про: способи, місця вчинення кримінальних правопорушень; осіб, які вчинили це кримінальне правопорушення; місця отримання грошових коштів або інших незаконних вигод тощо. При розслідуванні таких кримінальних правопорушень слідчі версії можуть висуватися: про способи, механізми і систему отримання незаконних вигод, спосіб їх передачі та ін.; про особу яка їх передавала або отримувала, посередників та ін.; про зв'язки передавача та отримувача незаконних вигод та ін.; про умови, що сприяли вчиненню такого кримінального правопорушення та ін. Висуваються та перевіряються й інші слідчі версії.

Для перевірки слідчих версій та вирішення слідчих ситуацій, що виникають на кожному із етапів розслідування (початковому, наступному, заключному) планується та проводиться оптимальний комплекс слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, тактичних комбінацій та операцій. Тому актуальними є дослідження

проблем типових слідчих ситуацій й алгоритмів їх вирішення, організації та планування розслідування, тактики проведення окремих процесуальних і непроцесуальних дій і заходів, а також розробки та застосування тактико-криміналістичних комплексів [22, с. 332–350].

Особливого значущості серед актуальних напрямів формування та удосконалення методики розслідування набувають проблеми розробка й дослідження питань криміналістичної профілактики даної категорії корупційних кримінальних правопорушень. Очевидно, що методика розслідування відбиває процес боротьби із такими корупційними кримінальними правопорушеннями як єдність розкриття, розслідування і спеціально спрямованого попередження цієї категорії корупційних кримінальних правопорушень [29, с. 307–312].

Криміналістичний аспект профілактики корупційних кримінальних правопорушень має свої особливості, які випливають із предмета науки криміналістики щодо слідоутворення, специфічних слідів, які відбивають ознаки обстановки, що сприяли вчинею кримінального правопорушення. При цьому варто враховувати, що криміналістичні засоби й методи профілактики корупційних кримінальних правопорушень можуть бути поділені на: 1) засоби і методи безпосереднього встановлення причин та умов, що сприяють вчиненню та приховуванню таких кримінальних правопорушень; 2) засоби і методи одержання органом розслідування або судом опосередкованої інформації про ці причині та умови; 3) засоби та методи експертного встановлення цих даних.

Криміналістичні дослідження проблеми криміналістичної профілактики корупційних кримінальних правопорушень, на наш погляд, повинні базуватися на наукових положеннях не тільки криміналістики й теорії криміналістичної профілактики, а й інших галузей знань, передусім кримінології, кримінального права, кримінального процесу, кримінального права, а також на пізнанні економічних, соціальних, технічних, технологічних, організаційних та інших аспектах профілактики. Слід враховувати показники стану, структури й динаміки корупційних кримінальних правопорушень, окремих її різновидів, причини й умови, що сприяють корупційній діяльності окремих осіб, і т. д.

Виявлення причин та умов, які сприяють вчиненню корупційних кримінальних правопорушень, – складова частина загального процесу розслідування певного кримінального правопорушення. Для виявлення обставин, що сприяли вчиненню корупційних кримінальних правопорушень, не потрібно проведення яких-небудь спеціальних для цієї мети слідчих (розшукових) дій. Тому обставини, які сприяли вчиненню корупційних кримінальних правопорушень, встановлюються в ході проведення окремих слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів. При цьому особливого значення набуває огляд місця події, допити підозрюваних, свідків, обшук, проведення судових експертиз. Дані про такі обставини можуть бути отримані при проведенні будь-якої слідчої (розшукової) дії, спрямованої на збирання, дослідження й перевірку доказів у кримінальному провадженні.

Враховуючи важливість і значущість встановлення обставин, у структурі процесу розслідування корупційних кримінальних правопорушень, що сприяли їх вчиненню, цілком обґрунтованою є пропозиція вирішення таких завдань шляхом провадження не окремих розрізнених слідчих (розшукових) дій, а за допомогою проведення тактичної операції «Профілактика». На наш погляд, виокремлення такої тактичної операції профілактичної спрямованості та її проведення при розслідуванні корупційних кримінальних правопорушень сприяють досягненню всіх цілей профілактичної діяльності слідчого (прокурора), слугують удосконаленню методики розслідування розглядуваних кримінальних правопорушень [20, с. 155–159]. Усе це свідчить про важливість, та своєчасність наукового обґрунтування й розроблення криміналістичних рекомендацій виявлення, розкриття та розслідування корупційних кримінальних правопорушень і забезпечення подальшого їх впровадження у практику.

Висновок. Виходячи із вищевикладеного, можемо підсумувати, що у сучасних умовах воєнного стану та необхідності активізації протидії злочинності актуальною та невідкладною постала проблема надійного криміналістичного забезпечення, розроблення й запровадження ефективного механізму протидії корупційних кримінальних правопорушень. Вбачається, що створення такого механізму передбачає запровадження ефективної системи протидії цим кримінальним проявам, реформування кримінального і кримінального процесуального законодавства, вжиття невідкладних заходів, спрямованих на вдосконалення слідчої та судової практики, що ґрунтуються на новітніх досягненнях науки й техніки. Тому з метою належного криміналістичного забезпечення виявлення, розслідування та профілактики розглядуваних кримінальних правопорушень вбачається доцільним розроблення та формування комплексної криміналістичної методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень.

Крім цього, криміналістична профілактика кримінальних правопорушень є одним із найбільш пріоритетних напрямів наукових досліджень у криміналістиці, які потребують подальшого розвитку теоретико-методологічних засад вчення про криміналістичну профілактику кримінальних правопорушень, а також розробки й дослідження криміналістичної профілактики окремих видів кримінальних правопорушень, у тому числі й корупційних кримінальних правопорушень, що стане суттєвим кроком у підвищенні рівня науково-методичного забезпечення їх протидії, служитиме основою для оптимізації виявлення, розкриття, розслідування та профілактики досліджуваних корупційних кримінальних правопорушень. Наведені обставини визначають нагальну потребу в активізації подальших досліджень проблематики формування та реалізації криміналістичної методики розслідування корупційних кримінальних правопорушень в сучасних умовах.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бусол О. Ю. Протидія корупційній злочинності в Україні у сучасний період : монографія. К. : Ін Юре, 2014. 564 с.
2. Бурбело Б. А. Основи методики розслідування злочинів, пов'язаних із корупцією. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2015. 2 (70). С. 233–239.
3. Вознюк А. А. Корупційні кримінальні правопорушення: концептуальні проблеми в контексті реформування кримінального законодавства України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2020. Вип. 20 (2). С. 21–32.
4. Журавель В. А. Криміналістичні методики: сучасні наукові концепції : монографія. Харків : Вид. агенція «Апостіль», 2012. 304 с.
5. Журавель В. А. Окремі методики в системі криміналістичних знань. *Науковий вісник Львівської комерційної академії*. Серія Юридична. 2015. Вип. 1. С. 187–200, 196–197.
6. Журавель В. А., Резнікова О. В. Криміналістичне розуміння злочинів корупційної спрямованості. *Інноваційні засади техніко-криміналістичного забезпечення діяльності органів кримінальної юстиції* : монографія / кол. авт. В. Ю. Шепітько, В. А. Журавель, Г. К. Авдєєва та ін.; за ред. В. Ю. Шепітька, В. А. Журавля. Х. : Вид. агенція «Апостіль», 2017. С. 157–171.
7. Кимлик Н. В. Розслідування корупційних правопорушень в кримінальному процесу України : монографія / Н. В. Кимлик, Р. В. Кимлик, Н. А. Жерж. Ірпінь : Національний університет ДПС України, 2014. 226 с.
8. Коновалова В. О., Мишков Я. Є. Інновації в методиці розслідування злочинів. *Право та інновації*. 2016. № 2. С. 34–40.

9. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text (Дата звернення: 25.06.2022).

10. Лук'янчиков Є. Д., Лук'янчикова В. Є. Криміналістична характеристика в методиці розслідування окремих категорій злочинів. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2017. С. 237–243.

11. Особливості розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірноі вигоди службовою особою : метод. рек. / [Чернявський С. С., Вакуленко О. Ф., Толочко О. М. та ін.]. К. : Нац. акад. внутр. справ, 2014. 92 с.

12. Пчеліна О. В. Структура методики розслідування злочинів у сфері службової діяльності. *Науковий вісник міжнародного гуманітарного університету*. № 10-2. 2014. С. 122–125.

13. Пунда О. О. Особливості початкового етапу розслідування кримінальних проваджень за фактами прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Сер. ПРАВО. 2014. Вип. 24. Т. 4. С. 118–122.

14. Савчук Т. І. Особливості механізму вчинення корупційних злочинів. *Вісник ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка.* 2017. № 3 (79). С. 274–279.

15. Степанюк Р. Л. Структура окремих криміналістичних методик розслідування злочинів. *Право і безпека.* 2011. № 4 (41). С. 143–147.

16. Тіщенко В. В. Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів : монографія. Одеса : Фенікс, 2007. 260 с.

17. Чернявський С. С., Вознюк А. А. Зарубіжний досвід правової протидії незаконному збагаченню. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ.* 2019. № 17 (1). С. 79–89.

18. Чорноус Ю. М. Криміналістичне забезпечення розслідування злочинів : монографія. Вінниця : ТОВ «Нілан-ЛТД», 2017. 492 с.

19. Шевчук В. М. Криміналістика: традиції, новації, перспективи : добірка наукових праць. Харків : Право, 2020. 1280 с.

20. Шевчук В. М. Проблеми формування та реалізації криміналістичної методики розслідування кримінальних правопорушень корупційної спрямованості. *Запобігання корупції у приватному секторі* : матеріали наук.-практ. «круглого столу» (Харків, 1 липня 2020 р.). Харків : Право, 2020. С. 155–159.

21. Шевчук В. М. Сучасні наукові концепції формування типової структури окремої криміналістичної методики. *Юридичний науковий електронний журнал.* 2020. № 4. С. 359–365.

22. Шевчук В. М. Тактичні операції у криміналістиці: теоретичні засади формування та практика реалізації : монографія. Х. : Вид. агенція «Апостіль», 2013. 440 с.

23. Шепітько В. Ю. Проблеми типізації окремих криміналістичних методик. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»* : зб. наук. пр. 2017. Т. XIX. С. 445–451, 447.

24. Шепітько В. Ю., Журавель В. А. Розслідування злочинів корупційної спрямованості : наук.-практ. посібник. Х. : Харків юридичний, 2013. 220 с.

25. Щур Б. В. Теоретичні основи формування та застосування криміналістичних методик : монографія. Харків : Харків юридичний, 2010. 319 с.

26. Ackermann V. R., Kurapka V. E., Malewski H., Shepitko V. Schaffung eines einheitlichen europaisehen Kriniinalistischen Raumes: Die Tatigkeit offentlicher Organisationen zur Starkung der internationalen Beziehungen. *Kriminalistik*. 2020. Vol. 2020, Iss. 6. P. 355–363.

27. Konovalova V. O., Shevchuk V. M. Prospective directions of research of innovations of separate criminalistic methodics. *Scientific practice: modern and classical research methods :* scientific papers «ΛΌΓΟΣ» (Vol. 1), February 26, 2021. Boston-Vinnytsia : European Scientific Platform, 2021. Pp. 81–85.

28. Latysh K. V., Demidova Y. E. Corruption offenses in medications circulation : investigation problems. *Wiadomosci lekarskie* (Warsaw, Poland: 1960), 2021, 74 (11 cz 2). Pp. 2896–2900.

29. Shevchuk V. The role of criminalistic prevention in the formation of methodics of investigation of criminal offenses of corruption. *Протидія злочинності і корупції: міжнародні стандарти та досвід України :* збірник тез міжн. наук.-практ. конф. (м. Харків, 22 вересня 2021 р.) V Харківський міжн. юрид. форум. Харків : Юрайт, 2021. С. 307–312.

30. Shepitko V. Introduction to Criminalistics. Kharkiv : Apostille Publishing House LLC, 2021. 168 p.

УДК 343.98
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/102

КРИМІНАЛІСТИЧНІ ТА СПЕЦІАЛЬНІ ЗНАННЯ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ У БАНКІВСЬКІЙ СФЕРІ

CRIMINALISTICS AND SPECIAL KNOWLEDGE IN THE INVESTIGATION OF CRIMES IN THE BANKING SECTOR

Яремчук В.О., к.ю.н,
старший науковий співробітник лабораторії використання сучасних досягнень науки і техніки у боротьбі зі злочинністю
Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України

Статтю присвячено застосуванню криміналістичних та спеціальних знань під час розслідування кримінальних правопорушень у банківській сфері.

Окремим питанням розслідування кримінальних правопорушень у банківській сфері присвятили свої роботи такі вчені, як А. І. Анапольська, О. В. Курман, А. В. Реутський, С. С. Чернявський, В. Ю. Шепітько та ін. Проте у даних наукових працях недостатньо розкриті питання здійснення слідчих (розшукових) дій із залученням відповідних спеціалістів з використанням криміналістичних знань при розслідуванні банківських кримінальних правопорушень. Саме тому метою даної статті є розкриття особливостей розкриття та розслідування кримінальних правопорушень у банківській сфері, застосовуючи криміналістичні та спеціальні знання.

Зокрема, для ефективного розкриття та розслідування таких кримінальних правопорушень необхідним є використання криміналістичних та спеціальних знань через залучення спеціалістів до проведення слідчих (розшукових) дій, так і залучення експертів для проведення судових експертиз.

Залежно від виду вчиненого кримінального правопорушення слідчий визначає які спеціалісти йому будуть потрібні та які криміналістичні знання потрібні. У статті розкриті форми допомоги спеціалістів при розслідуванні кримінальних правопорушень у банківській сфері.

Важливим є і використання криміналістичних знань, оскільки стабільність банківської системи є основою економіки будь-якої держави. Тому вчинення кримінальних правопорушень проти банківської системи негативно впливає на соціально-економічне положення у країні що актуалізує питання, пов'язані із розслідування кримінальних правопорушень у банківській сфері.

Таким чином, вид кримінального правопорушення проти банківської системи визначає організацію розслідування з використанням криміналістичних та спеціальних знань. Допомога окремих категорій спеціалістів під час огляду банківських документів, тимчасового доступу до банківських документів, при допитах посадових осіб та службовців банківських установ, а також під час обшуків та інших слідчих (розшукових) дій. Вміле використання допомоги спеціалістів щодо застосування криміналістичних та спеціальних знань дозволить слідчому ефективно та в короткі терміни розкривати та розслідувати кримінальні правопорушення у банківській сфері.

Ключові слова: інноваційні методи, криміналістичні знання, кримінальне провадження, розслідування кримінальних правопорушень, судова експертиза.

The article is devoted to the peculiarities of the use of forensic and special knowledge in solving crimes in the sphere of the banking system. Devoted their works to separate problems of investigation of crimes committed against the banking system A. I. Anapolska, O. V. Kurman, A. V. Reutsky, S. S. Chernyavsky, V. Yu. Shepitko and other scientists. However, in these works the issues of conducting investigative (search) actions with the involvement of specialists in criminal proceedings for crimes against the banking system are insufficiently disclosed.

Therefore, the aim of the article is to reveal the features of the investigation of crimes against the banking system using criminalistics and special knowledge.

In order to effectively disclose and investigate such crimes, the investigator needs to use special knowledge both in the form of attracting specialists to conduct various investigative (search) actions, and to attract forensic experts to carry out various expert studies. Depending on the type of crime committed, the investigator determines which specialists he needs and in what areas their help can be used. Forms of assistance provided by specialists in the investigation of crimes against the banking system are proposed.

The stability of the banking system is the basis of the state economy. Therefore, the commission of crimes against the banking system adversely affects the socio-economic situation of the whole country as well as of individual citizens and actualizes the study of the problem of combating such crimes.

Thus, the type of criminal offense against the banking system determines the organization of its investigation and the use of forensic and special knowledge. Significant assistance is provided by forensic experts and specialists who are invited throughout the process of detecting and investigating such crimes. Their help is valuable during the inspection of the scene and seizure of bank documents, during the interrogation of officials of banking institutions, witnesses, etc., as well as during searches and other investigative (search) actions. Skillful use of the help of specialists of different specialties allows the investigator to effectively and in a short time to investigate crimes against the banking system.

Key words: innovative methods, criminalistics knowledge, criminal investigation, investigation of criminal offenses, forensic examination.

Постановка проблеми й актуальність теми. Банківська система є однією з істотних складових сучасної ринкової економіки світу. Основою її є банківські установи з певною сукупністю важелів впливу на фінансову, інвестиційну, виробничу сфери економіки України [1, с. 40]. Банк є керованою, складною й динамічною системою. До того ж він відкрита система, що взаємодіє із іншими зовнішніми суб'єктами. Тому досить важливо забезпечувати фінансову безпеку всіх підсистем, що складають функціонування банку [2, с. 15]. Сьогодні в Україні діє широка мережа банківських установ, які пропонують різноманітні фінансові послуги. Та інколи особи намагаються незаконно здійснювати певні банківські операції і присвоювати собі чужі кошти, що загалом може негативно позначитися на фінансовій стабільності банківської системи [3, с. 11]. Нині відомо чимало видів злочинів, що вчиняються проти банківської системи України, тож необхідно постійно працювати над удосконаленням засобів протидії такій злочинній діяльності.

Аналіз останніх досліджень. Окремим проблемам розслідування злочинів, що вчиняються проти банківської системи, присвятили свої праці А. І. Анапольська, О. В. Курман, А. В. Реуцький, С. С. Чернявський, В. Ю. Шепітько та інші науковці. Проте у цих роботах питання проведення слідчих (розшукових) дій із залученням спеціалістів під час кримінального провадження щодо злочинів проти банківської системи розкриті недостатньо.

Тому **метою** статті є розкриття особливостей розслідування кримінальних правопорушень у банківській системі з використанням криміналістичних та спеціальних знань.

Виклад основного матеріалу. У Кримінальному кодексі України про банківські злочини йдеться у розділі 7 «Злочини у сфері господарської діяльності» [4]. Так, на сьогодні незаконні посягання на банківську систему складно розслідуються, позаяк такі кримінальні правопорушення багатоепізодні, з великою кількістю учасників, та є латентними і тривалими у часі. Зокрема, до чинників, що зумовлюють низьку ефективність розслідування злочинів у банківській сфері, С. С. Чернявський відносить: новизну банківських правопорушень та необізнаність про можливі способи їх учинення – у 80 % випадків; відсутність сучасних методик розслідування даних кримінальних правопорушень – у 77 % випадків; недостатність спеціальних економічних знань та розуміння технологічного процесу і документообігу у банківській діяльності – у 75 % випадків; корупція та протидія зацікавлених осіб – у 72 % випадків [5, с. 61–63]. Для встановлення всіх обставин кримінальних правопорушень, учинених у сфері функціонування банківської системи в Україні, науковцями пропонується проводити документальні перевірки, обшуки, затримання «на гарячому», робити запити до розрахунково-касових центрів Національного банку України про маршрути зарахування, надходження коштів за банківськими операціями, а також здійснювати тимчасовий доступ до речей та документів, огляд електронно-обчислюваної техніки, банкоматів, залучати експертів [6, с. 102–112].

Однак неможливо розслідувати кримінальні правопорушення проти банківської системи без криміналістичних й спеціальних знань. Приміром, при розслідуванні кримінальних правопорушень у сфері банківського кредитування виділяють такі форми застосування спеціальних знань: безпосереднє залучення спеціаліста при перевірці первинних матеріалів і проведенні слідчих (розшукових) дій, консультації та надання довідок спеціалістами; призначення, проведення документальних ревізій та інших спеціальних перевірок за ініціативою слідчого, суду; залучення експерта при призначенні різних видів судових експертиз [7, с. 119–123]. Суттєву допомогу при розслідуванні банківських злочинів надають різноманітні спеціалісти, яких запрошують до участі у слідчих (розшукових) діях і негласних слідчих (розшукових) діях. Під час планування розслідування кримінальних правопорушень, що вчиняються проти банків та банківської системи України, слід обов'язково консультуватися із кваліфікованими спеціалістами. Науковці також вказують на особливу важливість отримання консультацій спеціаліста при призначенні документальної ревізії [8, с. 121].

При розслідуванні кримінальних правопорушень проти банківської системи проводиться, зокрема, огляд місця події. У цьому разі залучений спеціаліст-бухгалтер або економіст звертає увагу слідчого на фрагменти документів, де відображено важливу інформацію для слідства, а також спеціаліст допомагає правильно зафіксувати ці дані у протоколі. Крім того, спеціалісти допомагають слідчому обрати лише потрібні документи для розслідування із значної їх кількості. Слідчий разом зі спеціалістами при огляді документів має можливість оперативно отримати потрібну інформацію про показники виконання плану, стан обліку та звітності. Крім того, після огляду спеціалісти допомагають слідчому сформулювати питання для проведення економічної експертизи [9, с. 160–166]. Під час огляду місця події при розслідуванні злочинів з використанням банківських карт слідчому необхідно досліджувати електронні сліди. Зокрема, А. І. Анапольська наголошує на існуванні значної кількості злочинів проти банківської системи, що вчиняються за допомогою використання пластикових платіжних засобів [10, с. 127].

Важливим є те, що у підготовці, вчиненні та приховуванні банківських кримінальних правопорушень використовуються документи. Тому і робота слідчого передусім має бути спрямована на дослідження банківських документів для встановлення їх справжності і посадової особи, яка їх складала, а також рукописних записів і підписів на них [11, с. 60–61]. Обізнаність у системі бухгалтерського обліку та урахування технології банківського документообігу при певних банківських операціях дозволить орієнтуватися у змінах розрахунково-касових відносин та криміногенних процесах, що можуть їх супроводжувати. Це дає для слідчого інформацію про злочин у сфері банківської діяльності у повному обсязі. Доцільною у такому разі є участь спеціалістів-економістів, фахівців банківської справи, бухгалтерів та інших спеціалістів [12, с. 184–185]. Виділяють такі напрями участі спеціаліста при роботі з банківськими документами: визначення потрібної для дослідження кількості документів; встановлення можливих місць зберігання таких документів, а також їх копій та окремих примірників, проведення огляду вилучених документів та інше [7, с. 123]. Важливо залучати спеціалістів, коли кримінальні правопорушення проти банківської системи вчинено із використанням технічних засобів. Приміром, при незаконному відкритті доступу до розрахункового рахунку чи коду зберігання та оперування коштами, їх переправлення на попередньо підготовлені інші рахунки, нерідко й закордонні [13, с. 300–301]. У ході перевірки документів у банківській установі слідчому спільно зі спеціалістом слід встановити умови роботи кредитоотримувача і банку, дотримання бухгалтерської дисципліни [14, с. 171–172].

Доцільно при розслідуванні кримінальних правопорушень проти банківської системи залучати спеціалістів до проведення допиту. Це вкрай важливо під час допиту службових осіб банків при розслідуванні посадових злочинів у цій сфері, під якими розуміють суспільно небезпечні діяння, що посягають на фінансові ресурси банків або інших кредитно-фінансових установ та вчиняються з використанням кредитно-банківських операцій уповноваженими на їх здійснення суб'єктами [15, с. 63–64]. Суттєві труднощі при допиті виникають і під час розслідування розголошення банківської таємниці, тобто даних щодо діяльності та фінансового стану клієнта, що стала відома банку в процесі надання банківських послуг клієнту та взаємовідносин із клієнтом чи третіми особами при надаванні банківських послуг та розголошення якої може завдати матеріальну чи моральну шкоду клієнтові [16, с. 62–68].

Спеціалісти з банківської справи допоможуть слідчому обрати тактику майбутнього допиту, визначитися з планом проведення допиту, оберуть зі слідчим коло запитань і пояснять зміст спеціальних документів [17, с. 129–130]. Під час анкетування нами працівників Національної поліції та Служби безпеки України встановлено, що вони звертаються при розслідуванні економічних злочинів за допомогою до бухгалтерів, спеціалістів у галузі фінансового права, ревізорів, програмістів тощо. Так, слідчі звертаються до спеціаліста з метою роз'яснення показань допитуваної особи у 11,3 % допитів [18, с. 141–142]. Під час розслідування банківських злочинів доцільно проводити одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб. При цьому запрошений спеціаліст, використовуючи свої спеціальні знання, може ставити запитання допитуваним особам і роз'яснювати слідчому показання цих осіб. На нашу думку, спеціаліст під час розслідування таких кримінальних правопорушень, приймаючи участь у проведенні допиту може ставити різні види запитань допитуваній особі, використовуючи свої спеціальні знання, залучені до допиту спеціалісти можуть заперечувати проти поставлених запитань учасниками кримінального провадження, що беруть участь у допиті при розслідуванні банківських злочинів.

Варто пам'ятати слідчому, що під час допиту різних учасників кримінального провадження у справах про банківські кримінальні правопорушення у їх показаннях мож-

ливе перекручення інформації. Як переконують науковці, це відбувається або через добросовісну помилку, або є наслідком свідомої неправди. Виявлення таких перекручень і є необхідним завданням слідчого [19, с. 313–342]. На нашу думку, важливо для слідчого під час допиту одразу виявити неправду у показаннях допитуваної особи з допомогою спеціаліста з його спеціальними знаннями у галузі бухгалтерського обліку, аудиту, фінансової діяльності банківської установи та ін.

При розслідуванні банківських злочинів невідкладною слідчою (розшуковою) дією є проведення обшуку, метою якого є виявлення знарядь злочину, речей і цінностей, що набуті злочинними шляхом, інших предметів та документів, що мають значення під час кримінального провадження [20, с. 67–68]. Так, 30,0 % слідчих вказали, що консультувалися зі спеціалістами під час обшуку і останні допомагали їм виявити місце приховування шуканих об'єктів. Зокрема, при плануванні обшуків у 24,8 % випадків спеціаліст консультує слідчого про можливі місця приховування об'єктів, документів; володіючи спеціальними знаннями, спеціаліст у 16,1 % обшуків надає поради слідчому про доцільний час проведення обшуків, виходячи із об'єктивних і суб'єктивних факторів та використовуючи свої криміналістичні та спеціальні знання [18, с. 171].

Важливою є допомога спеціаліста при залученні судових експертів для проведення судових експертиз з метою з'ясування обставин вчинення злочинів проти банківської системи. Приміром, при розслідуванні злочинів у сфері виготовлення та обігу платіжних карток виділяють такі об'єкти експертного дослідження, як документи (сліпи, платіжні картки, гроші, цінні папери та ін.), комп'ютерну техніку (тому числі банкомати), різні модифікації друкарської техніки (принтери, ембосери, імпринтери, енкодери, автоматизовані торговельні термінали, а також різні машинні носії інформації (диски, мікрочіпи платіжних карток, стрімери та інші, комп'ютерна інформація (певні файли, програми тощо [21, с. 100]. Саме залучення обізнаних осіб у фінансовому аналізі, фінансовій звітності, фінансових коефіцієнтах [22, с. 493–507] суттєво допоможе у розслідуванні цих злочинів.

Висновки. Отже, вид кримінального правопорушення проти банківської системи визначає організацію його розслідування та використання криміналістичних та спеціальних знань. Суттєву допомогу у цьому надають судові експерти та спеціалісти, яких запрошують протягом всього процесу розкриття та розслідування таких злочинів. Цінна їх допомога під час огляду місця події та вилучення банківської документації, у ході допитів службових осіб банківських установ, свідків тощо, а також при проведенні обшуків та інших слідчих (розшукових) дій. Уміле застосування допомоги різних за фахом спеціалістів дає можливість слідчому ефективно і у стислі терміни розслідувати злочини проти банківської системи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Коваленко В. В., Болгар Т. М., Сергеєва О. С. Фінансова безпека банківської системи України – проблеми виміру та забезпечення *Фінансово-кредитна діяльність*: *проблеми теорії та практики* : зб. наук. пр. 2018. Том 3. № 26.
2. Васильченко З., Васильченко І. Деякі аспекти методологічної основи моделювання фінансової безпеки банку. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Економіка.* Київ : ВПЦ «Київ. ун-т», 2013. № 6 (147). С. 15–19.
3. Кузнєцова А. Я., Погореленко Н. П. Концептуальні положення забезпечення стабільності банківської системи *Фінансово-кредитна діяльність: проблеми теорії та практики* : зб. наук. пр. 2018. Т. 3. № 26. URL: http://fkd.org.ua/issue/view/8782
4. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 року № 2341–III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.
5. Чернявський С. С. Злочини у сфері банківського кредитування: криміналістичний аналіз. *Право України.* 2001. № 7. С. 60–64.
6. Розслідування розкрадань, учинених у сфері банківської діяльності. Керівництво з розслідування злочинів / за ред. В. Ю. Шепітька. Харків : Одіссей, 2009. 960 с.
7. Чернявський С. С. Злочини у сфері банківського кредитування (проблеми розслідування та попередження). Київ : Юрінком Інтер, 2003. 264 с.
8. Судова бухгалтерія / за ред. Н. Я. Дондика, Г. П. Дондика. Київ : Центр учб. літ., 2011. 208 с.
9. Судова бухгалтерія / за ред. В. М. Глібка, О. П. Бущана. Київ : Юрінком Інтер, 2004. 224 с.
10. Анапольська А. І. Класифікація типових слідів злочинів, які вчиняють з використанням пластикових платіжних засобів. *Криміналістичний вісник* : наук.-практ. зб. Держ. наук.-дослід. експерт.-криміналіст. центр МВС України, Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ : Ін Юре, 2006. – № 1 (5). – С. 127–133.
11. Іщенко А. В., Попович І. І. Криміналістична класифікація розрахункових банківських документів *Криміналістичний вісник* : наук.-практ. зб.: Держ. наук.-дослід. експерт.-криміналіст. центр МВС України, Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ : Ін Юре, 2006. № 1 (5). С. 60–65.
12. Бущан О. Питання залучення фахівців при розслідуванні банківських злочинів. *Вісник Академії правових наук України*. Харків : Право. 1997. № 4 (11). С. 183–186.
13. Довбак О. Я. Особливості організаційного забезпечення розслідування злочинів, учинюваних у сфері банківської діяльності. *Збірник наукових праць Харківського Центру вивчення організованої злочинності*: редкол. В. В. Сташис [та ін.]. Харків : Харк. Центр вивчення орг. злочинності, 2000. № 1. С. 289–306.
14. Головіна В. П. Використання спеціальних знань на початковому етапі розслідування шахрайств із грошово-кредитними ресурсами в банківській сфері *Вісник Луганської академії внутрішніх справ МВС.* 2002. Вип. 2. С. 169–175.
15. Петренко П. Тактичні особливості проведення огляду місця події під час розслідування посадових злочинів у банківській сфері *Юридичний журнал.* 2010. № 12. С. 63–66.
16. Курман О. В. Типізація способів учинення злочинних посягань на відомості, що становлять комерційну або банківську таємницю *Теорія та практика судової експертизи і криміналістики* : зб. наук. праць. Харків : Право, 2010. № 10. С. 62–68.
17. Коваленко В. В., Анапольська А. І. Розслідування шахрайств і пов'язаних із ними злочинів, вчинених у сфері функціонування електронних розрахунків : монографія. Луганськ : РВВ ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка, 2013. 224 с.
18. Яремчук В. О. Організація і тактика залучення спеціаліста при проведенні слідчих (розшукових) дій : монографія. Харків : Апостіль, 2015. 228 с.
19. Шепітько В. Ю. Криміналістична тактика: системно-структурний аналіз : монографія. Харків : Харків юрид., 2007. 431 с.
20. Шепітько В. Ю. Довідник слідчого / вид. 4-те, перероб. і допов. Харків : Одіссей. 2013. 232 с.
21. Реуцький А. В. Особливості призначення і проведення судових експертиз при розслідуванні злочинів у сфері виготовлення та обігу платіжних карток *Теорія та практика судової експертизи і криміналістики*. Харків : Право, 2007. Вип. 7. С. 99–105.
22. Encyclopedia of small business / edit. by Arsen J. Darnay, Monique D. Magee. 3rd ed. United States of America. Tomson, 2002. 1216 p.

РОЗДІЛ 10
СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

УДК 347.963(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/103

ПРОБЛЕМА ЄДНОСТІ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ПРОКУРОРА НА ЕТАПІ РЕФОРМУВАННЯ ОРГАНІВ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ УКРАЇНИ

THE PROBLEM OF THE UNIFORMITY OF THE LEGAL STATUS OF THE PROSECUTOR AT THE STAGE OF THE REFORM OF CRIMINAL JUSTICE BODIES OF UKRAINE

Дудченко О.Ю., к. ю. н.,
доцент кафедри судоустрою та прокурорської діяльності
Національний юридичний університету імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено проблемам удосконалення нормативної регламентації правового статусу прокурорів в Україні в умовах євроінтеграційного курсу країни.

Здійснено аналіз сучасного нормативно-правового регулювання правового статусу прокурорів. Проаналізовано вимоги, які висуваються до кандидатів на посаду прокурора як в Україні, так і країнах ЄС. Звернено увагу на суттєві недоліки процедури формування прокурорських кадрів в Україні, одним з яких є неможливість особи претендувати на посаду прокурора одразу після здобуття вищої юридичної освіти. Зазначено, що з метою виконання відповідних вимог законодавства, випускники юридичних закладів вищої освіти повинні працевлаштовуватись на будь-які інші напрями правової роботи, що в кінцевому рахунку призводить до погіршення якості кадрів в органах прокуратури, оскільки талановиті випускники, як правило, реалізують свій потенціал в приватній сфері та зацікавлюють роботодавців, які, в свою чергу, спонукають талановитих фахівців до продовження трудових відносин шляхом збільшення заробітної плати та надання інших гарантій. Що в результаті призводить до зменшення ефективності механізму добору висококваліфікованих кадрів та нівелювання престижності професії прокурора.

Проаналізовано можливість запровадження інституту прокурорів-стажистів та особливості їх правового статусу відповідно до різних проектів Законів України. Встановлено, що відповідно до змін, які пропонуються проектом Закону України «Про прокуратуру до ч. 2 ст. 15», прокурори-стажисти окружної прокуратури фактично матимуть однаковий правовий статус з прокурорами окружних та інших прокуратур. Обґрунтовано некоректність зазначеної позиції, підтримано важливість наявності певних обмежень у правовому статусі прокурора-стажиста. Запропоновано виключити ч. 2 ст. 15 Закону України «Про прокуратуру», як таку, що є неактуальною.

Ключові слова: правовий статус прокурора, зміст правового статусу прокурора, прокуратура, прокурор-стажист, повноваження прокурора.

The problems of improving the normative regulation of the legal status of prosecutors in Ukraine under the conditions of the country's European integration course are considered in the article.

The modern normative legal regulation of the legal status of prosecutors is analyzed. The requirements presented to candidates for the position of prosecutor both in Ukraine and in EU countries are analyzed. Attention is drawn to the significant shortcomings of the procedure for the formation of prosecutorial personnel in Ukraine, one of which is the impossibility of a person to apply for the position of prosecutor immediately after obtaining a higher legal education. It is noted that in order to fulfill the relevant requirements of the law, graduates of legal institutions of higher education should be employed in any other areas of legal work, which ultimately leads to a deterioration in the quality of personnel in the prosecutor's office, since talented graduates, as a rule, realize their potential in the private sector and interest employers, who, in turn, encourage talented specialists to continue labor relations by increasing wages and providing other guarantees. As a result, it leads to a decrease in the effectiveness of the selection mechanism for highly qualified personnel and a leveling of the prestige of the prosecutor's profession.

The possibility of introducing the institute of trainee prosecutors and the particularities of their legal status in accordance with various draft Laws of Ukraine are analyzed. It was established that in accordance with the amendments proposed by the draft Law of Ukraine «On the Prosecutor's Office, Part 2 of Art. 15», trainee prosecutors of the district prosecutor's office will actually have the same legal status as prosecutors of district and other prosecutor's offices. The incorrectness of the specified position is substantiated, the importance of certain limitations in the legal status of the trainee prosecutor is supported. It is proposed to exclude Part 2 of Art. 15 of the Law of Ukraine «About Prosecutor's Office» as irrelevant.

Key words: legal status of the prosecutor, content of the legal status of the prosecutor, prosecutor's office, trainee prosecutor, powers of the prosecutor.

Євроінтеграція України є одним з пріоритетних напрямів діяльності органів державної влади, в тому числі й Верховної Ради України, на яку покладено обов'язок прийняття нових законів, а також внесення змін до діючого законодавства, спрямованих на виконання Угоди про асоціацію з Європейським Союзом та проведення вкрай необхідних реформ. Особливої актуальності це набуває після отримання Україною 23 червня 2022 року статусу країни-кандидата на вступ Європейського Союзу. Згідно з євроінтеграційним курсом українська влада взяла на себе зобов'язання здійснити зміни, що дозволять Україні остаточно позбутися залишків радянського минулого, з його бюрократією, зневагою до людини, економічною та технологічною відсталістю. Однією з таких законодавчих ініціатив є розробка проєкту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення добору та підготовки прокурорів» (№ 5158 від 25.02.2021) [1], який розроблено з метою підвищення ефективності законодавчого механізму добору прокурорів, що є важливим елементом реформування системи кримінальної юстиції в Україні. Водночас новели законодавства щодо призначення прокурора на посаду суттєво змінюють його правовий статус, що зумовлює подальші наукові розробки та законодавчі зміни зазначеного питання.

Питання правового статусу прокурорів було предметом наукового дослідження таких науковців та практиків як: В. В. Долежан, В. С. Зеленецький, А. В. Лапкін, М. В. Косюта, П. М. Каркач, А. М. Куліш, І. Є. Марочкін, Я. М. Толочко, О. І. Медведько, М. Р. Мичко, А. М. Мудров, М. В. Руденко, та інші. Однак більшість цих досліджень були проведені виключно щодо визначення правового статусу прокурорів, без особливого аналізу проблеми їх

єдності. Тому питання формулювання теоретичної моделі удосконалення нормативної регламентації правового статусу прокурорів в Україні залишається актуальним.

Згідно з ст. 27 Закону України «Про прокуратуру» прокурором окружної прокуратури може бути призначений громадянин України, який має вищу юридичну освіту, стаж роботи в галузі права не менше двох років та володіє державною мовою [2]. Однак досвід застосування ст. 27 Закону України «Про прокуратуру» дає можливість вказати на суттєві недоліки процедури формування прокурорських кадрів, одним з яких є неможливість особи претендувати на посаду прокурора одразу після здобуття вищої юридичної освіти. Щоб отримати доступ до процедури добору кандидатів на посаду прокурора претенденти повинні володіти не тільки достатнім обсягом фундаментальних юридичних знань, а й спеціальними вміннями і навичками, необхідними для роботи в прокуратурі.

Законом України «Про прокуратуру» передбачено, що для отримання практичних навичок для кандидатів на посаду прокурора необхідна наявність відповідного досвіду роботи (не менше двох років) у галузі права після здобуття освітньо-кваліфікаційного рівня «спеціаліст» або «магістр», однак зрозуміло, що за діючою редакцією Закону для отримання встановленого законом дворічного стажу роботи в галузі права випускники юридичних закладів вищої освіти повинні працевлаштовуватись на будь-які інші напрями правової роботи, що в кінцевому рахунку призводить до погіршення якості кадрів в органах прокуратури, оскільки талановиті випускники ЗВО, як правило, реалізують свій потенціал в приватній сфері та зацікавлюють роботодавці, які в свою чергу спонукають талановитих фахівців до продовження трудових відносин шляхом збільшення заробітної плати та надання інших гарантій. Таким чином створюється ситуація, в якій в прокуратуру будуть переходити лише працівники, в яких не зацікавлені роботодавці, або дійсно «ідейні фанати» прокуратури, однак таких буде набагато менше, а як наслідок зменшується ефективність механізму добору прокурорів в Україні та нівелюється престижність професії прокурора.

Такий підхід добору кадрів в органи прокурори негативно відрізняється від процедури добору прокурорів, що застосовуються в державах-членах Європейського Союзу. Так, наприклад, у прокуратурі Німеччини існує посада референта, в Польщі та Швеції діє інститут помічника прокурора в Болгарії, Румунії, Франції – це молодші прокурори, а також помічник-прокурор та ад'юнкт-прокурор у Нідерландах, стажист на посаді прокурора Чехії.

Для вирішення зазначеної проблеми було підготовлено проєкту Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення добору та підготовки прокурорів» (№ 5158 від 25.02.2021) [1], який серед інших позитивних змін запроваджує інститут прокурорів-стажистів, що з одного боку, надає можливості здобуття безпосередньо в прокуратурі необхідного стажу роботи в галузі права як умови для призначення на посаду прокурора окружної прокуратури, з іншого взагалі виключає вимогу до кандидатів на посаду прокурора щодо наявності дворічного стажу роботи в галузі права. Однак необхідно наголосити, що внаслідок запровадження інституту стажування стає можливим поширення на кандидатів елементів правового статусу прокурорів: від правил внутрішнього службового розпорядку, підстав для звільнення, встановлених виключено у Законі України «Про прокуратуру», до соціальних гарантій для прокурорів тощо.

Правовий статус прокурорів встановлюється Законом України «Про прокуратуру», в якому зазначеному питанню присвячено окремий Розділ III. Відповідно до ч. 2 ст. 15 вказаного Закону, яка має назву «Статус прокурора», прокурори в Україні мають єдиний статус незалежно від місця прокуратури в системі прокуратури України чи адміністративної посади, яку прокурор обіймає у прокуратурі, водночас ця стаття не містить визначення поняття правового статусу, як і його складових, натомість наводить перелік посадових осіб, які визнаються прокурорами органів прокуратури.

Взагалі до поняття «статус» та «правовий статус» у різних галузях науки існують різноманітні погляди та підходи, і в таких умовах виникає потреба наближення до можливості застосування єдиного категоріального апарату [3, с. 173]. Статус – це абстрактний багатозначний термін, який у широкому розумінні означає сукупність стабільних значень параметрів об'єкта або суб'єкта. У вузькому значенні статус об'єкта або суб'єкта – це його становище. Слово «статус» походить від латинського status, що означає «стан, становище» (англ. status – правове положення) [4, с. 415]. Таким чином, визначення поняття «статус» або «правовий статус» є доволі широким і в кожному окремому напрямку або галузі трактується по-різному. І як зазначає І. О. Кісліцина, «правовий статус» та «статус» настільки багатоаспектні та комплексні категорії, що для найкращого їх зрозуміння слід використовувати метод пізнання від загального до конкретного [3, с. 173]. Отже для дослідження правового статусу прокурорів-стажистів та його співставлення зі статусом прокурора, необхідно спершу дослідити найбільш загальне поняття – «статус», а вже потім більш вузьке, а саме «правовий статус», і лише після чого переходити до аналізу правового статус прокурора та проблемних питань його єдності відповідно до ст. 15 Закону України «Про прокуратуру», оскільки розглядаючи поняття правового статусу прокурора та прокурора-стажиста необхідно звернути увагу на думку В. В. Остапчука, який зазначає, що правовий статус прокурора нерозривно пов'язаний з правовим статусом особи [5, с. 25].

У лексичному значенні термін «статус» означає правове становище громадян, державних і громадських органів, міжнародних організацій тощо [6, с. 1387]. Також в енциклопедичній літературі під статусом розуміється сукупність загальних прав, що визначають правоздатність, і основних прав та обов'язків, невід'ємних від осіб, органів, організацій, юридичних осіб. Також зазначається, що основні обов'язки та права поширюються на всіх індивідів незалежно від обставин, включаючи особисті здібності та соціальне становище. Права та обов'язки державних органів як частина їх правового статусу визначаються конституціями та відповідними законами. Права і обов'язки юридичних осіб визначаються цивільно-правовим законодавством [7, с. 1042].

Отже, статус можна визначити в цілому як стан або положення кого-небудь чи чого-небудь, в більш широкому розумінні можна погодитись із Л. М. Москвич, яка зазначає, що сутність поняття «статус» для всіх суб'єктів є однаковою та виражає те, що властиво цілому ряду чи роду явищ, а саме – міру свободи, певну можливість поведінки конкретного суб'єкта або соціальної групи. Л. М. Москвич наголошує, що «статус» передбачає соціально-типові аспекти поведінки, і в такому разі відрізнити статус одного суб'єкта від статусу іншого можливо через з'ясування його місця в системі соціальних відносин шляхом визначення тієї «міри свободи, певної можливості поведінки» [8, с. 8]. Однак погоджуючись з Л. М. Москвич, слід додати, що вказані міра свободи, певна можливість поведінки обов'язково повинні мати стабільний характер та визначеність [9, с. 36].

Щодо поняття «правовий статус», то тут також відсутній єдиний узагальнений підхід. Так на думку О. Ф. Скакун, правовий статус – це передбачена законодавством система взаємозалежних прав, законних обов'язків та інтересів суб'єкта [10, с. 550]. Водночас до структури правового статусу вона відносить ще й громадянство, законні інтереси та гарантії. Ці категорії, на її думку, є елементами правового становища, яке є більш узагальненим

поняттям по відношенню до правового статусу. Однак дослідниця також зазначає, що правовий статус є юридично більш чітким порівняно з правовим положенням [10, с. 651]. Н. М. Оніщенко та О. В. Зайчук зазначають, що правовий статус – це система закріплених на законодавчому рівні та гарантованих державою прав, свобод, законних інтересів та обов'язків суб'єкта суспільних правовідносин [11, с. 68]. М. В. Кравчук визначає правовий статус, як сукупність усіх належних суб'єктивних юридичних прав, свобод й обов'язків, що визначають правове становище в суспільстві, закріплене в чинному законодавстві та інших нормах права [12, с. 86].

На окрему увагу заслуговує позиція В. М. Корельського, який визначає правовий статус, як багатоаспектну категорію, що, по-перше, має загальний, універсальний характер, включає статуси різних суб'єктів правовідносин: особи, суспільства, держави тощо; по-друге, відображає індивідуальні особливості суб'єктів і реальне положення їх у системі багатоманітних суспільних відносин; по-третє, правовий статус не може бути реалізований без обов'язків, що кореспондуються правам без юридичної відповідальності в необхідних випадках, без правових гарантій; по-четверте, категорія правовий статус визначає права і обов'язки суб'єктів у системному вигляді, що дає змогу здійснити порівняльний аналіз статусів різних суб'єктів для відкриття нових шляхів для їх вдосконалення [10, с. 549].

Але при узагальненні різних наукових підходів до визначення структури правового статусу можна констатувати, що в тій чи іншій формі науковці до правового статусу відносять сукупність закріплених на законодавчому рівні, а також гарантованих прав, свобод і обов'язків суб'єкта правовідносин, а також гарантії їх здійснення і відповідальність за неналежне виконання передбачених обов'язків.

Саме через таку призму визначається і правовий статус прокурора, так А. В. Лапкін визначає правовий статус прокурора через його складові, якими є права і обов'язки прокурора, гарантії незалежності і відповідальність прокурорів, а також вимоги, що до них ставляться, порядок їх призначення на посаду та звільнення з посади, припинення та зупинення повноважень, матеріальне та соціальне забезпечення тощо [13, с. 120].

Однак існують і дещо спрощені варіанти, так В. В. Остапчук розглядає правовий статус прокурора через визначення його особливостей як державного службовця [5, с. 30]. З цього приводу необхідно зазначити, що дійсно відповідно до Закону України «Про прокуратуру» та Закону України «Про державну службу», в системі органів прокуратури передбачені посади, які віднесено до державної служби, а особи ж, які реалізують права і обов'язки за означеними посадами, є державними службовцями. Водночас Закон України «Про прокуратуру» є спеціальним стосовно Закону України «Про державну службу», а є статус прокурора, хоча і включає в себе статус державного службовця, однак є спеціальним і містить низку додаткових особливостей, що виокремлюють прокурора в середовищі інших державних службовців.

В. В. Сухонос досліджуючи зміст правового статусу прокурора в системі органів державної влади зазначає, що він включає в себе як права, обов'язки, юридичну відповідальність, професійну та позаслужбову поведінку прокурора, що тісно взаємодіють між собою та в поєднанні забезпечують стабільне правове становище прокурора в системі органів державної влади, так і виконання службових функцій, які покладені на прокурора та органи прокуратури відповідно до чинного законодавства [14, с. 87].

Необхідно наголосити, що відповідно до змін, що пропонуються проектом Закону України «Про прокуратуру до ч. 2 ст. 15», прокурори-стажисти окружної прокуратури фактично матимуть однаковий правовий статус з прокурорами окружних та інших прокуратур, у тому числі й обсяг прав і обов'язків, з деякими особливостями, визначеними у запропонованій ст. 33-3 проєктом Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення добору та підготовки прокурорів» (реєстр № 5158 від 25.02.2021). Таким чином, у випадку підписання президентом зазначеного закону, прокурори-стажисти, за логікою законодавця, матимуть ті самі права, обов'язки, а також юридичну відповідальність, повинні дотримуватись тієї ж професійної та позаслужбової поведінки прокурора, та найголовніше, виконувати ті самих службові функцій, які покладені на прокурора та органи прокуратури відповідно до чинного законодавства.

Звичайно, що це неможливо, ані за логікою, ані за діючим та запропонованим законодавством. Так при виконанні службових обов'язків прокурор має бути незалежним від будь-якого впливу, тиску чи втручання в його професійну діяльність, у тому числі органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, зобов'язаний активно, у визначений законодавством спосіб протистояти спробам посягання на його незалежність. У прийнятті конкретних рішень він повинен бути самостійним, керуватися вимогами закону, морально-етичними принципами професії, відмежовуватися від будь-яких корисливих та приватних інтересів, політичного впливу, тиску з боку громадськості та засобів масової інформації [15]. Згідно пропонованих змін (ч. 2 ст. 33^3 проєкту) процесуальні рішення прокурора-стажиста окружної прокуратури під час здійснення процесуального керівництва підлягають погодженню із старшим прокурором групи прокурорів, а у визначених законом випадках – з керівником органу прокуратури, також рішення прокурора-стажиста окружної прокуратури, які він приймає під час виконання інших функцій прокуратури, підлягають погодженню з керівником стажування. Тобто прокурор-стажист позбавлений права на самостійність, що є одним з складових правового статусу прокурора.

Звичайно таке обмеження обов'язково повинно існувати, так само підтримую і обмеження щодо компетенції прокурора-стажиста, а саме заборону здійснювати процесуальне керівництво у кримінальних провадженнях про тяжкі та особливо тяжкі злочини, бути старшим прокурором групи прокурорів, бути залученим до роботи в Офісі Генерального прокурора, обласних та прирівняних до них прокуратурах (ч. 3 ст.ст. 33^3 Проєкту). Головні зауваження виникають до співвідношення п. 19 ч. 1 ст. 15 Проєкту з частиною другою цієї ж статті, де зазначено, що прокурором органу прокуратури є: прокурор окружної прокуратури у тому числі прокурор-стажист окружної прокуратури. Прокурори в Україні мають єдиний статус незалежно від місця прокуратури в системі прокуратури України чи адміністративної посади, яку прокурор обіймає у прокуратурі.

Слід зазначити, що норма стосовно єдності правового статусу прокурорів є тотожною ч. 2 ст. 52 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», в якій зазначено, що судді в Україні мають єдиний статус незалежно від місця суду в системі судоустрою чи адміністративної посади, яку суддя обіймає в суді. Однак очевидним є, що система судоустрою України суттєво відрізняється від системи прокуратури України. Судді місцевих судів є незалежними і не підпорядковуються суддям апеляційних судів, вони дійсно мають єдиний правовий статус на відміну від прокурорів, які підпорядковуються керівникам в частині виконання письмових наказів адміністративного характеру, пов'язаних з організаційними питаннями діяльності прокурорів та органів прокуратури (ст. 17 Закону України «Про прокуратуру»). Система прокуратури України на відміну від системи судоустрою є централізованою, з чітким підпорядкуванням прокурорів, і в зв'язку з цим у про-

курорів вищого рівня, а також у прокурорів, що займають адміністративні посади, повноваження дещо ширші (як приклад повноваження адміністративного характеру), а як було зазначено вище, повноваження є одним з головних елементів правового статусу, і як наслідок відмінність одного елементу зумовлює відмінність правового статусу в цілому.

Крім того до правового статусу прокурора також відносяться і вимоги, що до них ставляться, порядок їх призначення на посаду та звільнення з посади, припинення та зупинення повноважень [13, с. 120]. Необхідно наголосити, що порядок та суб'єкти призначення прокурора окружної прокуратури та Генерального прокурора суттєво відрізняються, що також говорить про їх різний правовий статус.

Таким чином ч. 2 ст. 15 Закону України «Про прокуратуру» суперечить нормам закону, в яких закріплені додаткові повноваження керівників прокуратур (ст. 9, 11, 13 Закону України «Про прокуратуру»), а також нормам, що регламентують особливий порядок призначення прокурора (ст. 40 Закону України «Про прокуратуру»). Також ця норма суперечить новітнім змінам щодо концепції запровадження в прокуратурі посади прокурора-стажиста, в зв'язку з чим пропоную виключити ч. 2 ст. 15 Закону України «Про прокуратуру», як таку, що є неактуальною.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення добору та підготовки прокурорів : проект Закону України від 25.02.2021 № 5158 / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=71239 (дата звернення: 28.06.2022).
2. Про прокуратуру : Закону України від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text (дата звернення: 28.06.2022).
3. Кісліцина І. О. Правовий статус прокурора як учасника угоди про визнання винуватості. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2015. Випуск 35. Частина II. Том 3. С. 172–176.
4. Философский энциклопедический словарь / гл. ред.: Л. Ф. Ильичёв. Москва, Сов. Энцикл., 1983. 840 с.
5. Остапчук В. В. Правовий статус прокурора: сутність і проблеми удосконалення. *Вісник національної академії прокуратури*. 2007. № 1. С. 25–29.
6. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ : Перун. 2005. 1728 с.
7. Юридическая энциклопедия / отв. ред. Б. Н. Топорнин. Москва : Юристъ, 2001. 1272 с.
8. Москвич Л. М. Правовий статус носіїв судової влади в Україні (професійні судді, народні засідателі, суд присяжних) : монографія / за заг. ред. І. Є. Марочкіна. Харків : ФІНН. 2009. 488 с.
9. Дудченко О. Ю. Правовий статус осіб, які займають адміністративні посади в суді : монографія. Харків : Право. 2015. 160 с.
10. Теория государства права : учебник для вузов / В. М. Корельский, В. Д. Перевалова. Москва : Норма-Инфа. 2002. 616 с.
11. Теорія держави і права: Академічний курс : підручник / Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчук. Київ : Юрінком Інтер. 2006. 688 с.
12. Кравчук М. В. Теорія держави і права. Проблеми теорії держави і права. Тернопіль : Карт-бланш, 2002. 247 с.
13. Лапкін А. В. Закон України «Про прокуратуру». Науково-практичний коментар. Харків : Право, 2015. 680 с.
14. Сухонос В. В. Правовий статус прокурора в системі органів державної влади України. *Правові горизонти*. Випуск 10 (23). 2018. С. 85–91.
15. Кодекс професійної етики та поведінки прокурорів : Кодекс від 27.04.2017 р. Генеральна прокуратура України. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/rada/show/n0001900-17 (дата звернення: 28.06.2022).

УДК 342.56
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/104

ВИЩА РАДА ПРАВОСУДДЯ: ПРОБЛЕМИ ФУНКЦІОНУВАННЯ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

THE SUPREME COUNCIL OF JUSTICE: PROBLEMS OF FUNCTIONING UNDER THE CONDITIONS OF THE MARTIAL STATE

Свида О.Г., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри організації судових, правоохоронних органів та адвокатури
Національний університет «Одеська юридична академія»

В статті вказується, що одними із останніх змін до законодавства про ВРП стало запровадження Етичної ради, яка, окрім іншого, повинна була здійснити одноразове оцінювання критеріям професійної етики та доброчесності чинних членів Вищої ради правосуддя. На знак протесту проти цього 22 лютого 2022 року одночасно подали заяви про звільнення з посад одразу десять чинних членів ВРП, внаслідок чого у складі ВРП залишилося лише п'ять чинних членів, а отже цей склад став неповноважним. Постала проблема розблокування діяльності ВРП, насамперед шляхом формування нового складу ВРП з урахування останніх законодавчих змін. Необхідно було провести з'їзди суддів України, адвокатів України, представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ та всеукраїнську конференцію прокурорів, але 24 лютого 2022 року розпочалося повномасштабне військове вторгнення росії на територію України.

Висловлено думку, що є два можливих варіанта реалізації визначених за ВРП повноважень: 1) передання повноважень ВРП іншому суб'єкту; 2) якнайскоріше формування нового складу ВРП з урахування законодавчих новел.

Вказано, що частково законодавцеві вдалося піти першим шляхом, оскільки окремі повноваження ВРП відповідно до Закону України № 2128-IX від 15.03.2022 були передані Голові Верховного Суду та Державній судовій адміністрації України. Однак підкреслюється, повноваження ВРП, закріплені за нею у статті 131 Конституції України, неможливо передати іншому суб'єкту без внесення змін до Конституції, а під час воєнного стану внесення змін до неї не дозволяється (частина 2 статті 157 Основного Закону).

З метою якнайскорішого формування нового складу ВРП, особливо в умовах воєнного стану, запропоновано відмовитися від традиційного проведення з'їздів (конференції) з обрання членів ВРП шляхом запровадження електронного голосування делегатів із забезпеченням авторизованого доступу до системи голосування та таємниці волевиявлення. Перевагами цього визначено наступні: 1) значне спрощення підготовки до проведення з'їзду чи конференції; 2) суттєва економія часу та матеріальних ресурсів; 3) полегшення процедури підбиття підсумків голосування; 4) забезпечення безпеки делегатів, оскільки відпадає потреба масового скупчення людей в одному місці, що є особливо актуально в умовах воєнного стану.

Ключові слова: Вища рада правосуддя, Етична рада, воєнний стан, розблокування діяльності ВРП, повноваження ВРП, формування складу ВРП, електронне голосування, таємниця голосування, з'їзд судів України.

The article states that one of the latest changes in the legislation on the HCJ was the introduction of the Ethics Council, which, among other things, was supposed to carry out a one-time assessment of the criteria of professional ethics and virtue of the acting members of the Supreme Council of Justice. As a sign of protest against this, on February 22, 2022, ten active members of the HCJ simultaneously submitted applications to be relieved of their duties, as a result of which only five active members remained in the HCJ, which means that this composition became incompetent. There was a problem of unblocking the activities of the HCJ, first of all, by forming a new composition of the HCJ taking into account the latest legislative changes. For this purpose, it is necessary to hold congresses of judges of Ukraine, lawyers of Ukraine, representatives of law schools and scientific institutions, and an all-Ukrainian conference of prosecutors, but on February 24, 2022, a full-scale military invasion of russia on the territory of Ukraine began.

It has been suggested that there are two possible options for the implementation of powers of the HCJ: 1) transferring the powers of the HCJ to other bodies; 2) the early formation of a new composition of the HCJ, taking into account legislative novelties. It is indicated that the legislator partially managed to follow the first path, since certain powers of the HCJ were transferred to the Chairman of the Supreme Court and to the State Judicial Administration of Ukraine in accordance with the Law of Ukraine No. 2128-IX of March 15, 2022. However, it is emphasized that the powers of the HCJ, assigned to it in Article 131 of the Constitution of Ukraine, cannot be transferred to another body without amending the Constitution, but during martial law, amendments to it are not allowed (part 2 of Article 157 of the Basic Law).

In order to form a new composition of the HCJ as soon as possible, especially under martial law, a proposal was made to abandon the traditional holding of congresses (conferences) for the election of HCJ members by introducing electronic voting of delegates with authorized access to the voting system and secrecy of voting. The advantages of this are: 1) a significant simplification of the preparation for the congress or conference; 2) significant savings in time and material resources; 3) facilitating the procedure for summing up the voting results; 4) ensuring the safety of delegates, since there is no need for a mass gathering of people in one place, which is especially important in a martial law.

Key words: the High Council of Justice, Ethics Council, martial law, unblocking the activities of the HCJ, powers of the HCJ, formation of the composition of the HCJ, electronic voting, secrecy of voting, congress of courts of Ukraine.

Постановка проблеми. Після проголошення незалежності України і, особливо, після прийняття чинної Конституції, Україна визнала такі базові цінності демократичного суспільства, як поділ влади, верховенство права, пріоритет природних прав і свобод людини перед іншими соціальними цінностями тощо. В подальшому увесь процес розвитку вітчизняного законодавства був спрямований на утвердження та розвиток здобутих демократичних цінностей, на розбудову України дійсно як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної та правової держава, якою вона проголошена у статті 1 Основного Закону. В процесі розбудови судової влади 15 січня 1998 року було прийнято Закон України «Про Вищу раду юстиції». Черговим етапом розбудови судової влади стало прийняття 2 червня 2016 року стало прийняття Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» [1] та 21 грудня 2016 року на зміну попереднього було прийнято Закон України «Про вищу раду правосуддя» [2], який на теперішній час вже зазнав змін дванадцять разів. Одними із останніх найсуттєвіших змін стало прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо порядку обрання (призначення) на посади членів Вищої ради правосуддя та діяльності дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя» від 14 липня 2021 року [3], яким, окрім іншого, було запроваджено новий орган в механізмі судової влади – Етичну раду, яка «утворюється з метою сприяння органам, що обирають (призначають) членів Вищої ради правосуддя, у встановленні відповідності кандидата на посаду члена Вищої ради правосуддя критеріям професійної етики та доброчесності» (ч. 1 ст. 9-1 Закону України «Про вищу раду правосуддя» відповідно до змін від

14.07.2021). Водночас до повноважень Етичної ради було віднесено, зокрема й одноразове оцінювання критеріям професійної етики та доброчесності чинних членів Вищої ради правосуддя.

Варто звернути увагу, що відповідно до ч. 9 ст. 131 Конституції України ВРП набуває повноважень за умови обрання (призначення) щонайменше п'ятнадцяти її членів, серед яких більшість становлять судді. На момент початку Етичною радою перевірок членів ВРП у її складі з двадцяти одного члена було лише п'ятнадцять, а шість посад вже були вакантними.

Вже 8 лютого 2022 року Етичною радою було розпочато процедури оцінювання одночасно усіх членів ВРП (окрім голови Верховного Суду, який входить до ВРП за посадою). На знак протесту проти цього 22 лютого 2022 року одночасно подали заяви про звільнення з посад одразу десять членів ВРП, внаслідок чого у складі ВРП залишилося лише п'ять чинних членів, а отже цей склад став неповноважним, постала проблема розблокування діяльності ВРП, насамперед шляхом формування нового складу ВРП з урахування останніх законодавчих змін.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Актуальні питання щодо організації та діяльності Вищої ради правосуддя, її повноважень, ролі у формуванні суддівського корпусу та притягненні суддів до відповідальності, у підвищенні незалежності тощо вже вставали предметом наукових досліджень таких науковців, як: А. Адаменко, Н. Бакаянова, І. Бенедисюк, О. Боровицький, Р. Голобутовський, В. Долежан, С. Ківалов, В. Колюх, Л. Корчевна, Ю. Косткіна, Ю. Котюк, А. Крусян, І. Назаров, Д. Опаленко, Ю. Полянський, С. Прилуцький, С. Пушкар, С. Ревер, О. Росоляк та ін. Водночас проблеми врегулювання порядку формування складу Вищої ради правосуддя в умовах воєнного стану ще не ставали предметом наукових досліджень.

Отже, **мета статті** полягає **у** дослідженні сучасних проблем формування складу Вищої ради правосуддя та у виробленні пропозицій, спрямованих на розблокування її діяльності в умовах воєнного стану.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до статті 1 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» ВРП є колегіальним, незалежним конституційним органом державної влади та суддівського врядування, який діє в Україні на постійній основі для забезпечення незалежності судової влади, її функціонування на засадах відповідальності, підзвітності перед суспільством, формування доброчесного та високопрофесійного корпусу суддів, додержання норм Конституції і законів України, а також професійної етики в діяльності суддів і прокурорів (частина 1).

Низкою актів міжнародного характеру визначено вимоги щодо статусу органів, відповідальних за формування суддівського корпусу. Наприклад, Рекомендацією CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, ухваленою Комітетом Міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 р. на 1098 засіданні заступників міністрів [4], передбачено, що «Орган влади, який приймає рішення щодо добору та підвищення суддів по службі, повинен бути незалежним від виконавчої та законодавчої влади. Для гарантування незалежності такого органу щонайменше половина його членів мають становити судді, обрані самими ж суддями» (пункт 46). Аналіз положень вітчизняного законодавства показує, що воно цілком відповідає вимогам наведеної вище Рекомендації CM/Rec (2010) 12. Більш того, варто підкреслити той факт, що загальний кількісний склад ВРП та перелік суб'єктів призначення/обрання членів ВРП не просто закріплені в поточному законодавстві, але закріплені в статті 131 Конституції України.

Як відомо, 24 лютого 2022 року розпочалося повномасштабне військове вторгнення росії на територію України. Відповідно до Указу Президента України № 64/2022 від 24 лютого 2022 року [5] на території всієї нашої держави було запроваджено воєнний стан.

Виходячи з ролі і повноважень Вищої ради правосуддя, її місця в системі органів судової влади найнагальнішою проблемою став пошук шляхів реалізації визначених за ВРП повноважень.

На наш погляд, тут варто виділити два потенційних варіанта: 1) передання повноважень ВРП іншому суб'єкту; 2) якнайскоріше формування нового складу ВРП з урахування законодавчих новел. Як би просто не виглядав кожен з окреслених шляхів, повноцінна практична реалізація стикається із низкою складнощів.

Щодо передання повноважень ВРП іншому суб'єкту. Нагальна необхідність пошуку виходу із ситуації, пов'язаної із складностями формування ВРП в умовах воєнного стану з метою розблокування її діяльності, обумовлена насамперед унікальними функціями цього конституційного органу суддівського врядування.

Частково законодавцеві вдалося піти цим шляхом, оскільки окремі повноваження ВРП відповідно до Закону України «Про внесення змін до розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо забезпечення сталого функціонування судової влади в період відсутності повноважного складу Вищої ради правосуддя» № 2128-IX від 15.03.2022 [6] «тимчасово, в період дії надзвичайного чи воєнного стану та протягом 30 днів після дня його скасування (припинення) і за умови відсутності повноважного складу Вищої ради правосуддя» було передано Голові Верховного Суду та Державній судовій адміністрації України. Проте тут виникає логічне запитання: сполучник «і» наштовхує на висновок, що вказані суб'єкти продовжують здійснювати повноваження ВРП за двох умов: а) період дії надзвичайного чи воєнного стану та б) відсутність повноважного складу. Із цієї законодавчої конструкції виникають логічні сумніви: а чи повертаються до ВРП повноваження, тимчасово передані іншим суб'єктам, за умов формування її повноважного складу під час дії надзвичайного чи воєнного стану? У цьому випадку залишається сподіватися на перемогу здорового глузду, а законодавчі недоліки скоріше за все обумовлені екстремальними умовами воєнного стану, за яких розроблявся Законопроект № 7143 від 13.03.2022 [7].

Як вже зазначалося, частину повноважень ВРП було передано Голові Верховного Суду та Державній судовій адміністрації України, водночас, здійснення повноважень щодо внесення подання про призначення судді, ухвалення рішення про звільнення суддів, надання згоди на затримання судді чи утримання його під вартою, ухвалення рішень про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності передати іншим суб'єктам неможливим. Це обумовлено тим, що, по-перше, вказані повноваження відповідно до ст. 131 Конституції України передбачені виключно за ВРП і жодних резервних механізмів в Основному Законі не встановлено, а, по-друге, в нашій державі не існує будь-якого іншого аналогічного органу, якому можна було б передати вказані повноваження. Наприклад, можна уявити передачу цих повноважень Раді суддів України, проте це суперечило б природі та функціям органу суддівського самоврядування, який має принципово інше призначення в механізмі судової влади. По-третє, навіть якщо розробити механізм тимчасової передачі повноважень ВРП, визначених статтею 131 Конституції України, неподоланною перепоною реалізації такого варіанту є положення частини 2 статті 157 Основного Закону: «Конституція України не може бути змінена в умовах воєнного або надзвичайного стану».

Таким чином ми повертаємось до другого варіанту розблокування діяльності ВРП, а саме: *якнайскоріше формування нового складу ВРП з урахування законодавчих новел.*

Процес формування Вищої ради правосуддя (далі – ВРП), оцінюючи його з точки зору мирного часу, безумовно є втіленням найкращих демократичних начал, таких як відкритість, об'єктивність, безсторонність оцінки кандидатів, конкурсні начала проведення добору та багато інших. Водночас зараз цілком можна стверджувати, що ніхто і ні за яких умов, розробляючи проекти відповідних законодавчих положень про функціонування органів судової влади, не міг собі уявити, що наша держава опиниться у таких надскладних умовах свого існування та запеклої боротьби за свою незалежність ціною життів тисяч українців.

За такої ситуації фактично ми стали заручниками тих демократичних засад формування ВРП, які закріплені у статті 131 Конституції України та галузевому Законі від 21 грудня 2016 року № 1798-VIII, оскільки формування складу ВРП має здійснюватися досить широким колом суб'єктів: з'їздом суддів України, Президентом України, Верховною Радою України, з'їздом адвокатів України, всеукраїнською конференцією прокурорів, з'їздом представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ. Окрім того, наше законодавство приймалося за умов мирного часу, і на превеликий жаль резервний механізм формування складу ВРП не передбачений. Зрозуміло, що за умов воєнного стану надати можливість якомусь одному суб'єкту формувати ВРП було б, на перший погляд, найлегшим шляхом. Проте це потребує внесення змін до статті 131 Конституції України, якою чітко визначено який суб'єкт і скільки членів ВРП призначає (обирає), що зараз, під час воєнного стану, є неможливим, про що вже йшлося раніше. Отже, найперспективнішим напрямом тут має стати вдосконалення самого механізму проведення з'їздів чи конференцій, в залежності від суб'єкта обрання.

На наш погляд, перспективним кроком уможливлення формування складу ВРП, і який уявляється більш реальним, могло би стати запровадження можливості проведення з'їздів (конференції) за допомогою інтернет-технологій. Якщо узяти для прикладу з'їзд суддів України, а він уявляється центральним суб'єктом формування ВРП, то усі судді мають досвід роботи з модулями інформаційно-телекомунікаційної системи, обізнані із вимогами та специфікою авторизованого доступу до системи тощо. Отже, варто розглянути можливість спочатку законодавчого, а потім – фактичного запровадження проведення з'їзду суддів за допомогою он-лайн платформ без потреби фізичного скупчення людей в одному якомусь місці, що є зараз вкрай небезпечним. Після опрацювання отриманого досвіду цілком можна поширити таку практику й на інших суб'єктів формування складу ВРП.

Зрозуміло, що за умов проведення он-лайн голосування повинно бути дотримано вимогу частини 1 ст. 10 Закону України «Про Вищу раду правосуддя», зі якою З'їзд суддів України обирає членів Вищої ради правосуддя з числа суддів або суддів у відставці шляхом *таємного голосування* (виділено мною – О. С.). Аналогічна за змістом вимога щодо обрання членів ВРП міститься й щодо проведення голосування на з'їзді адвокатів України (ч. 1 ст. 11 Закону), всеукраїнській конференції прокурорів (ч. 1 ст. 12 Закону), з'їзді представників юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ (ч. 1 ст. 13 Закону).

Отже, законодавцем висунуто умову щодо таємного порядку проведення голосування. За своєю ідеєю таємне голосування протиставляється голосуванню відкритому чи поіменному. Прийнято вважати, що цей принцип означає, що контроль за волевиявленням виборців заборонений. Водночас слід звернутися до теоретичних джерел, в яких розкривається поняття та зміст принципу таємного голосування.

Досить повним є формулювання, згідно з яким таємність голосування «означає, що ніхто не має права вимагати від громадянина надання інформації про його волевиявлення на виборах, так само як ніхто не має права вимагати від громадянина інформації про те, що стало причиною саме такого волевиявлення» [8, с. 62]. У Коментарі до Виборчого кодексу К. Чаплицький, Б. Даутер, С. Яворски та ін. (Kodeks wyborczy. Komentarz LEX / K. W. Czaplicki, B. Dauter, S. J. Jaworski, A. Kisielewicz, F. Rymarz. Warszawa : LEX (Walter Kluwer), 2014. 1024 s.) вказують, що «засаду таємності голосування слід розглядати у трьох аспектах. По-перше, як наказ організації голосування у такий спосіб, щоб ніхто аж до закінчення голосування не міг ознайомитися із змістом поданих голосів. По-друге, як наказ забезпечення таємності рішення вибору індивідуального виборця. По-третє, як гарантія виборцю, що його виборчий акт не буде пов'язаний для нього з жодними наслідками» [цит. за: 9, с. 32–33].

Отже, на наше переконання, зміст принципу таємного голосування має конкретний характер та полягає у забороні втручання в процес законного волевиявлення особи, у забороні розголошення чи повідомлення іншим особам змісту волевиявлення кожної конкретної особи, у тому числі ідентифікації особи за способом волевиявлення (наприклад, встановлення факту голосування особою шляхом заповнення конкретного бюлетеню чи іншим способом).

Традиційним способом таємного голосування на теперішній час розглядається отримання особою виготовленого паперового бюлетеню, його особисте заповнення особою у спеціально обладнаному приміщенні тощо.

Наприклад, відповідно до Регламенту Верховної Ради України [10], рішення Верховної Ради приймаються відкритим або таємним голосуванням (ч. 1 ст. 37 Регламенту), в свою чергу, вказується, що таємне голосування здійснюється народним депутатом особисто шляхом подачі бюлетеня (ч. 4 вказаної статті). При цьому слід звернути увагу, що голосування за допомогою електронної системи розглядається Регламентом як форма відкритого голосування (ч. 2 ст. 37 Регламенту).

Так само питання щодо проведення таємного голосування в Регламенті Одеської обласної ради VIII скликання [11], в якому зазначається, що «таємне голосування здійснюється шляхом подачі бюлетеня» (п. 3.13.6 Регламенту). Аналогічно із Регламентом Верховної Ради України, в Регламенті Одеської обласної ради вказується, що голосування за допомогою електронної системи є формою відкритого поіменного голосування (п. 3.13.2 Регламенту Одеської обласної ради).

Отже, на підставі вищенаведеного можна дійти до висновку, що існуюча практика застосування електронних засобів у процесі голосування поки розглядається виключно як засіб здійснення відкритого голосування.

Водночас слід звернути увагу й на наступне. Стрімкий розвиток суспільних відносин та сучасних технологій покликані звільнити людство від виконання суто технічної роботи, оптимізувати використання людських ресурсів, реалізуючи здобутки науково-технічного прогресу. Одним із засобів оптимізації процесу виборів є використання сучасних технологій при проведення голосування, водночас із забезпеченням усіх вимог, що висуваються до т. зв. класичного процесу голосування, серед яких важливе місце займає додержання принципу таємності волевиявлення особи.

На національному рівні 8 листопада 2017 р. Кабінетом Міністрів України було схвалено Концепцію розвитку електронної демократії в Україні [12], в якій підкреслюється, що «з розвитком інформаційно-комунікаційних технологій з метою розширення можливостей участі громадян у процесі державотворення та державного управління все більше застосовуються інструменти електронної демократії». В Концепції застосовується термін «електронне голосування», який тлумачиться як голосування з будь-якого публічного питання, зокрема участь в опитуваннях, виборах, референдумах, що передбачає використання електронних засобів для ідентифікації та підрахунку голосів.

Аналіз правових актів міжнародного характеру та Висновків Венеціанської комісії дає підстави стверджувати, що законодавство держав допускає можливість здійснення таємного голосування громадянами за допомогою електронних засобів.

Як забезпечення таємності поданого виборцем голосу при його зберіганні у базі даних відповідної інформаційної системи, так і забезпечення анонімності поданого голосу на стадії розкриття його змісту забезпечуються в основному програмними засобами [9, с. 38].

Комітет Міністрів Ради Європи чітко підкреслив: «*Е*-голосування повинно забезпечити дотримання усіх принципів демократичних виборів і референдумів. *Е*-голосування повинно бути таким самим надійним і безпечним, як і демократичні вибори та референдуми, які не використовують електронних засобів» [14].

Стосовно голосування електронною поштою у Висновку Венеціанської комісії вказується: «…Голосування поштою часто є можливим у всьому західному світі, хоча заходи дуже різняться між країнами. Таким чином, голосування поштою може бути дуже широко застосовуватись в одній країні, і бути забороненим в іншій через імовірність шахрайства. Це може бути дозволено лише там, де поштова служба є безпечною – іншими словами, захищена від навмисних маніпуляцій – і надійна, оскільки вона працює правильно. Голосування через проксі допустимо лише за умови дотримання дуже суворих правил, щоб уникнути шахрайства; кількість операцій, які проводяться одним виборцем, повинна бути обмежена» [15].

У цьому ж Висновку Венеціанської комісії вказується, що «кілька країн вже використовують механічні та електронні методи голосування або готуються до цього. Ці методи мають явну перевагу, коли декілька виборів проводяться одночасно, навіть якщо потрібні певні запобіжні заходи для мінімізації ризику шахрайства, наприклад, шляхом надання можливості виборцю перевірити свій голос відразу ж після його подання. … Електронні методи голосування повинні бути захищеними та надійними. Вони захищені, якщо система може витримати навмисний напад; вони є надійними, якщо вони можуть функціонувати самостійно, незалежно від будь-яких недоліків обладнання та програмного забезпечення. Крім того, виборець повинен мати можливість отримати підтвердження свого голосу та, у разі необхідності, виправити його без порушення таємниці голосування» (пп. 19–20 Висновку). Подібні положення містяться і в Кодексі належної практики у виборчих справах [16] (пункти 42–44), ухваленому Венеціанською комісією на 52-й сесії (Венеція, 18–19 жовтня 2002 року). До речі, проблемам забезпечення таємності та безпечності проведення електронних виборів було присвячено II міжнародну конференцію «Електронне голосування», що відбулася 24–27 жовтня 2017 р. у м Брегенз, Австрія [17].

Усвідомлюючи, що вказані міжнародні стандарти перш за все стосуються виборчого законодавства та регулюють порядок реалізації виборчих прав громадян, тим не менш, перепон для застосування аналогічного механізму голосування з використанням електронної системи в разі забезпечення подібних гарантій щодо збереження принципу таємності голосування не вбачається.

Висновки і пропозиції. Таким чином, підсумовуючи, слід вказати, що перевагами запровадження електронного голосування при проведенні відповідних з'їздів (конференції) з обрання членів до ВРП за умов забезпечення авторизованого доступу до системи голосування та додержання законодавчої вимоги щодо таємності голосування, слід визначити наступні: 1) значне спрощення підготовки до проведення з'їзду чи конференції; 2) суттєва економія часу та матеріальних ресурсів; 3) полегшення процедури підбиття підсумків голосування; 4) забезпечення безпеки делегатів, оскільки відпадає потреба масового скупчення людей в одному місці, що є особливо актуально в умовах воєнного стану.

Отже, можна підкреслити, що розблокування діяльності ВРП повинно створити передумови для продовження процесів з формування Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, яка припинила свою діяльність ще наприкінці 2019 року, а новий її склад так і не був сформований.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України від 2 червня 2016 року № 1401-VIII. *Відомості Верховної Ради.* 2016. № 28. Ст. 532.
2. Про Вищу раду правосуддя *:* Закон України від 21 грудня 2016 року № 1798-VIII. *Відомості Верховної Ради.* 2017. № 7–8. Ст. 50.
3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо порядку обрання (призначення) на посади членів Вищої ради правосуддя та діяльності дисциплінарних інспекторів Вищої ради правосуддя : Закон України від 14 липня 2012 року № 1635-IX. *Відомості Верховної Ради.* 2021. № 38. Ст. 320.
4. Рекомендація CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, ухваленою Комітетом Міністрів Ради Європи 17 листопада 2010 р. на 1098 засіданні заступників міністрів. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38#Text
5. Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 24 лютого 2022 року № 64/2022. *Урядовий кур'єр.* 2022. № 54. 11 березня. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text
6. Про внесення змін до розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо забезпечення сталого функціонування судової влади в період відсутності повноважного складу Вищої ради правосуддя : Закон України від 15 березня 2022 року № 2128-IX. *Офіційний вісник України*. 2022. № 33. Ст. 1727.
7. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» щодо забезпечення сталого функціонування судової влади в період відсутності повноважного складу Вищої ради правосуддя: внесений до Верховної Ради України 13.03.2022 (реєстраційний номер 7143). *Офіційний сайт Верховної ради України*. URL: https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39177
8. Бондарь Н. С., Джагарян А. А., Хачатуров Н. В. Предвыборная агитация: теория и практика / Отв. ред. Н. С. Бондарь. М. : Формула права, 2004. 202 с.
9. Ключковський Ю. Б. Принцип таємного голосування. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2017. Т. 200. С. 32–40. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2017_200_8
10. Регламент Верховної Ради України: Затверджений Законом України від 10 лютого 2010 року № 1861-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 14–15, № 16–17. Ст. 133.
11. Регламент Одеської обласної ради VIII скликання: Затверджений Рішенням Одеської обласної ради № 10-VIII від 18 грудня 2020 року. *Офіційний веб-сайт Одеської обласної ради*. URL: https://oblrada.od.gov.ua/pro-oblasnu-radu/reglament/
12. Концепція розвитку електронної демократії в Україні: Схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 8 листопада 2017 р. № 797-р. *Офіційний вісник України*. 2017. № 92. Ст. 2803.
13. Ключковський Ю. Б. Принцип таємного голосування. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки.* 2017. Т. 200. С. 32–40. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/NaUKMAun_2017_200_8
14. Legal, Operational and Technical Standards for E-voting. Recommendation Rec(2004)11 and Explanatory Memorandum. Strasbourg : Council of Europe Publ., 2008. 87 p.
15. Доповідь про відповідність стандартам Ради Європи з дистанційного та електронного голосування – CDL-AD (2004) 012. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2004)012-e

16. Кодекс належної практики у виборчих справах: Керівні принципи та пояснювальна доповідь, ухвалені Венеціанською комісією на 52-й сесії (Венеція, 18–19 жовтня 2002 року). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)023rev-ukr

17. Electronic Voting: Second International Joint Conference, E-Vote-ID 2017, Bregenz, Austria, October 24–27, 2017.

УДК 347.965.7
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/105

ДО ПИТАННЯ ПРО ГОНОРАР УСПІХУ АДВОКАТА

TO THE QUESTION OF THE LAWYER'S SUCCESS FEE

Шандула О.О., к. ю. н., доцент, адвокат,
доцент кафедри адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Сьомак Т.О., юрист

Наукова стаття має на меті визначення гонорару успіху як особливої форми оплати праці адвоката. Визначено основні способи оплати послуг адвоката, які на сьогоднішній день існують в Україні. Розглянуто «гонорар успіху» як особливу форму, яка не врегульована законодавчо, але активно використовується адвокатами на практиці. Досліджуються проблеми законодавчого регулювання цієї форми оплати праці в Україні. Аналізується іноземний досвід, у тому числі практика Європейського суду з прав людини щодо застосування та визначення поняття «гонорару успіху», що своєю чергою надає можливість вивести особисте бачення зазначеного поняття.

Вивчено теоретичні роботи та практичні питання, пов'язані з використанням гонорару успіху адвоката в Україні, сформульовано основні питання, які мають бути врегульовані законодавством у разі закріплення «гонорару успіху» на законодавчому рівні.

Робиться загальний висновок з практики українських судів щодо цього питання, зокрема, на прикладі постанови Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справі № 462/9002/14-ц від 12.06.2018 р., постанови Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 26.09.2018 року у справі № 754/1513/16-ц, постанови Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 12.05.2020 р. № 904/4507/18. Крім того, досліджуються також міжнародні акти та наукова література з цього питання.

Гонорар успіху можна визначити як форму винагороди адвоката за здійснення захисту, представництва в разі позитивного вирішення справи на користь клієнта адвоката. Зроблено висновок про необхідність законодавчого закріплення оплати послуг адвоката в залежності від результату розгляду справи. Введення такої форми винагороди допоможе збільшити відповідальність адвоката за свої дії з метою отримання законного та обґрунтованого рішення на користь довірителя.

Ключові слова: гонорар успіху адвоката, гонорар адвоката, оплата праці адвоката, винагорода адвоката.

The scientific article aims to define the success fee as a special form of remuneration for a lawyer. The main methods of payment for the services of a lawyer, which currently exist in Ukraine, have been determined. The "success fee" is considered as a special form, which is not regulated in the legislation of Ukraine, but is actively used by lawyers in practice. The problems of legislative regulation of this form of remuneration in Ukraine are investigated. The foreign experience is analyzed, including the practice of the European Court of Human Rights on the application and definition of the concept of "success fee", which in turn makes it possible to derive a personal vision of this concept.

Theoretical works and practical issues related to the use of the lawyer's success fee in Ukraine are studied, the main issues that should be regulated by legislation in the event of fixing the "success fee" at the legislative level formulated.

A general conclusion is made from the practice of Ukrainian courts on this issue, in particular, on the example of the decision of the Civil Court of Cassation of the Supreme Court in case № 462/9002/14-ts of 12.06.2018, the decision of the Civil Court of Cassation of the Supreme Court of 26.09 .2018 in the case № 754/1513/16-ts, the decision of the Civil Court of Cassation of the Supreme Court from 12.05.2020 № 904/4507/18. In addition, international acts and scientific literature on this issue are also studied.

Success fee can be defined as a form of remuneration of a lawyer for the implementation of protection, representation in the case of a positive decision in favor of the client's lawyer. It is concluded that it is necessary to legislate the payment for the services of a lawyer depending on the outcome of the case. The introduction of this form of remuneration will help increase the lawyer's responsibility for his actions in order to obtain a lawful and reasonable decision in favor of the principal.

Key words: success fee, remuneration for a lawyer, attorney's fee, attorney's salary.

Постановка проблеми. Проблема можливості встановлення винагороди адвоката залежно від результатів, отриманих у справі за його участю виникла та існує в Україні вже давно і має особливе значення з етичної точки зору, адже породжує ситуації, які безумовно мають вплив на повагу суспільства до інституту адвокатури. Судова практика в Україні щодо так званого гонорару успіху адвоката не є однозначною та викликає багато суперечок та неоднозначних оцінок.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі аспекти взаємовідносин адвоката із клієнтом та, зокрема, оплати праці адвоката досліджували такі науковці як: Н. М. Бакаянова, А. М. Бірюкова, Т. М. Варфоломєєва, Є. В. Васьковський, Т. Б. Вільчик, О. М. Дроздов, В. В. Заборовський, О. Г. Яновська тощо.

Метою наукової статті є визначення доцільності запровадження в Україні гонорару успіху адвоката.

Виклад основного матеріалу. Не викликає сумніву твердження, що будь-яка праця, фізична чи розумова, має бути достойно оцінена та оплачена, адже гроші як засіб існування необхідні кожному, незалежно від віку, професії та соціального статусу. Як в медичній, так і в юридичній сферах кожна людина потребує та розраховує на надання кваліфікованої та професійної допомоги. В свою чергу особа, яка такі послуги надає, потребує належної та гідної оплати своєї праці. Так, наприклад, синалагматичність договору про надання правничої допомоги виражається в тому, що кожна зі сторін має кореспондуючий одна одній обов'язок і якщо для адвоката – це надання довірителю професійної правничої допомоги, то для клієнта – виплата адвокату гонорару за такі послуги.

Питання гонорару було складним ще за часів Римської імперії, адже ще Цицерон та Ульпіан розглядали знання закону як найсвятішу справу, яка б не мала розраховуватися або спростовуватися грошима. В той же час, Цицерон зізнавався, що краще обирати своїх клієнтів з рядку заможних римських громадян, тому що вони могли платити вищі збори [1, с. 93].

Станом на сьогоднішній день, існує декілька видів оплати послуг адвоката, до яких належать фіксована, абонентська, погодинна та преміальний гонорар. Фіксована оплата передбачає визначення в договорі чіткої суми, яку клієнт зобов'язується заплатити адвокату. Ця сума вираховується, відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [2], за такими критеріями як складність справи, її тривалість тощо. І хоча такий спосіб є досить поширеним, основним його недоліком є те, що в процесі розгляду справи можуть виникнути обставини, які потребуватимуть значно більше часу та сил адвоката для того, аби досягнути бажаного результату.

За абонентським видом оплати клієнт, як правило, юридична особа, регулярно, наприклад, щомісяця, сплачує заздалегідь обумовлену суму адвокатові.

Погодинна оплата праці також досить активно використовується на практиці та передбачає оплату клієнтом адвокатові суми залежно від встановлених ставок. Так, законодавство передбачає, що гонорар має бути розумним та враховувати витрачений адвокатом час, проте, звичайно, «розумність» як оціночне поняття не дозволяє чітко визначити обґрунтовану суму оплати за надані послуги.

Ще одним способом розрахунку між клієнтом та адвокатом є, мабуть, найбільш суперечливий преміальний спосіб, або ж, як вже було зазначено вище, – гонорар успіху. Чинне національне законодавство не містить визначення цього поняття. А міжнародні стандарти адвокатури, зокрема, Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства [3], визначає, що «гонорар успіху» – це угода, яка укладається між адвокатом і клієнтом до винесення остаточного рішення у справі, що розглядається, в якій клієнт є однією із зацікавлених сторін. Згідно з вищевказаною угодою клієнт зобов'язується у разі винесення рішення на його користь виплатити адвокату винагороду у вигляді грошової суми або в будь-якій іншій формі.

У практиці деяких країн, а саме Італії, Греції, Фінляндії, використання способу оплати праці адвоката як «гонорар успіху» є досить поширеним явищем. У Німеччині та на Кіпрі гонорари успіху дозволені як додаткова міра винагороди адвоката в разі надання правової допомоги за тарифами, встановленими законом. А у таких країнах, як Франція, Польща, Чехія, гонорар за надані юридичні послуги сплачується за ставкою, але при цьому угодою сторін допускається передбачити додатковий гонорар, обумовлений результатом виконаної роботи. У державах-учасницях Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Об'єднане Королівство, Чехія, Словаччина, Польща, Угорщина) подібні угоди, які укладаються між клієнтом і адвокатом, визнаються дійсними і такими, що зобов'язують клієнта. Натомість у Росії розмір гонорару залежить від результату майбутнього судового рішення [4, с. 24].

Гонорар успіху є також поширеним явищем і серед юридичної спільноти представників англо-саксонської системи права. Проте в США, наприклад, модельні правила забороняють стягнення гонорару, що залежить від результату справи, якщо справа стосується розлучення, отримання аліментів, а також у кримінальних справах. На думку С. О. Іваницького, такий диференційований підхід є оптимальним, адже у деяких категоріях проваджень можуть зачіпатися більш чутливі інтереси. А тому найбільш природнім є застосування гонорару успіху в майнових спорах із визначеною ціною позову [5, с. 85].

Окрім аналізу зарубіжного досвіду використання гонорару успіху як способу оплати праці адвоката, безсумнівний інтерес у цьому питанні представляє також і практика Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Його висновки з цього питання можуть вплинути на напрацювання однакових підходів при вирішенні таких питань у судовій практиці, яка, на жаль, є неоднозначною.

Так, у рішенні «Іартідіс проти Греції» [6] ЄСПЛ визначив, що угода про виплату адвокату частки від виграшу є угодою, в якій клієнт зобов'язується виплатити адвокату як гонорар певний процент від тієї суми, яку суд може присудити йому в разі виграшу. Такі угоди, на думку Суду, можуть бути свідченням того, що у заявника дійсно виник обов'язок виплатити гонорар своєму адвокату. Разом з тим, ЄСПЛ встановлює, що такі угоди його [Суд] ні до чого не зобов'язують. Тобто ЄСПЛ керується, перш за все, принципом розумності судових витрат, а не самою угодою про виплачу адвокатові гонорару.

Важливо також зазначити, що ЄСПЛ у своїй практиці (зокрема, у рішенні «Тулашвілі проти Росії» [7]) розмежовує угоди про виплату частки від виграшу у справі, який визначено в процентах від суми виграшу від інших видів угод про «гонорар успіху», коли обов'язок виплати гонорару також залежить від виграшу справи, але його розмір визначено в твердій грошовій сумі, або він являє собою премію, що додається до основної суми гонорару.

Отже, ЄСПЛ розглядає як «гонорар успіху» лише таку виплату адвокатові винагороди, яка визначається у вигляді частки, визначеної в процентах, від суми, яка може бути присуджена в разі виграшу справи.

Загалом «гонорар успіху», який так активно використовується в зарубіжних країнах, є невід'ємною складовою частиною гонорару захисника та ефективним способом упорядкування всіх фінансових питань, які виникають із клієнтами. Ця форма оплати праці стимулює адвоката до досягнення того результату, який потрібен клієнтові, а клієнт, в свою чергу, зацікавлений в тому, аби оплачувати не просто працю адвоката, а потрібний йому результат.

Вважаємо, що позитивний для клієнта результат може розглядатися як один із найважливіших критеріїв, що послуга буде надаватися якісно. Заборона ж сторонам визначати критерії оцінки якості послуги, а, відповідно, і розмір винагороди, означає значне обмеження свободи договору. Крім цього, до негативних наслідків такої заборони можна віднести позбавлення можливості отримання адвокатом додаткової винагороди як оцінки якості послуг, появу «тіньових» домовленостей з клієнтом про сплату винагороди адвокату, яку в подальшому буде неможливо включити до складу судових витрат та стягнути з відповідача. В такому разі клієнт навіть вигравши справу може опинитися в програші.

Однак, окрім позитивних аспектів такої оплати праці адвоката є й ряд питань, які мають бути чітко визначені в законодавстві.

По-перше, необхідно встановити, за чиї саме кошти буде відбуватися відшкодування витрат адвоката у процесі надання адвокатських послуг, до яких слід віднести, витрати, пов'язані з прибуттям до місця зустрічі з клієнтом чи до суду тощо.

По-друге, потрібно зазначити якомога більший перелік «позитивних результатів для клієнта», аби у майбутньому уникнути безлічі позовів адвокатів до клієнтів про наявність успіху у відповідній справі.

Також, важливим є чітке визначення критеріїв, які формують суму гонорару. Як вже було зазначено, розумність та обґрунтованість, якими оперує наразі судова практика, є оціночними поняттями. До таких критеріїв можна віднести: складність та новизну певного правового питання, терміновість виконання доручення клієнта, необхідний час та обсяг роботи, який необхідно виконати, наявність перспективи досягнення позитивного економічного ефекту тощо.

По-четверте, потрібно визначити відсотковий діапазон, який може стягатися з клієнта як гонорар, коли результат вирішення справи виражений у грошовому еквіваленті.

Також вважаємо, що спірним питанням є час, з якого адвокати можуть використовувати такий «гонорар успіху». Адже, на нашу думку, лише адвокат із певним досвідом та кваліфікацією здатен «виграти» справу та досягти результату, найбільш бажаного для клієнта, а тому надання такої можливості адвокатам, які лише отримали свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, не є виправданим.

В Україні ж на сьогоднішній день судова практика щодо гонорару успіху адвоката є суперечливою. Перш за все, це зумовлено відсутністю на національному рівні закріплення поняття «гонорару успіху», однак і прямої заборони не існує, а тому на практиці деякі адвокати використовують такий спосіб оплати праці. Прикладами

діаметрально протилежних позицій стосовно обговорюваного питання є постанови Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справі № 462/9002/14-ц від 12.06.2018 р. [8] та у справі № 754/1513/16-ц від 26.09.2018 р. [9].

Перше згадане рішення фактично поставило гонорар успіху поза законом, а головною тезою КЦС ВС, який скасував у договорів про правничу допомогу пункт про гонорар успіху є те, що прийняття судом рішення у справі не є результатом наданих адвокатами сторін послуг, а тому факт ухвалення судом рішення виходить за предмет договору. Згодом аналогічна правова позиція була висловлена й у постановах Верховного Суду від 03.07.2019 р. у справі №757/20995/15-ц, від 22.05.2018 р. у справі №826/8107/16, від 10.07.2019 р. у справі №912/2391/16).

Щодо цього рішення існує окрема думка судді Крата В. І. [10], який вважає, що результат розгляду та вирішення цивільної справи безпосередньо пов'язаний із позицією, зусиллями та участю в процесі представника інтересів сторін, а твердження, виражене у Постанові КЦС ВС є категоричним, адже суперечить суті принципу змагальності.

Одним із важливих судових рішень щодо питання гонорару успіху адвоката була Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі № 904/4507/18 [11], в якому Суд дійшов висновку, що питання дійсності зобов'язання виплатити гонорар успіху слід розглядати в межах правовідносин, які склалися між адвокатом і його клієнтом. Такі обставини не є обов'язковими для суду, зокрема в разі укладення договору, що передбачає сплату адвокату гонорару успіху, в контексті вирішення питання про розподіл судових витрат. В вище названій постанові Велика палата також зазначила, що в контексті вирішення цього питання суд повинен оцінювати розумність витрат, їх сумірність із ціною позову, складністю справи та її значенням для позивача [12].

З аналізу цього рішення можна зробити висновок, що воно відповідає позиціям ЄСПЛ щодо тлумачення та використання гонорару успіху, а Суд ставить крапку в розумінні правової природи гонорару успіху і визначає його як відкладальну умову.

Ми погоджуємося із П. В. Цимбал, який зазначає, що «законодавець і судова практика рухаються в бік допустимості включення умови про «гонорар успіху» в договір про надання юридичних послуг. Проте якщо «гонорар успіху» виступатиме у формі додаткової винагороди, то процес надання правової допомоги буде більш якісним та кваліфікованим, а отже, клієнт досягне позитивного результату [13, с. 432].

Висновок. Підбиваючи підсумок, можемо зазначити, що загалом гонорар успіху може вирішити багато важливим питань щодо розрахунку між адвокатом та клієнтом. Вважаємо, що цей вид розрахунку є найбільш об'єктивним, адже у разі позитивного фінансового результату по справі гонорар буде визначений у вигляді певного відсотку від компенсації, а якщо результат нематеріальний – у вигляді обговореної фіксованої суми, яка формується конкретно для кожної справи відповідно до критеріїв складності, тривалості, терміновості справи та репутації адвоката.

На нашу думку, запровадження гонорару успіху адвоката сприятиме підвищенню відповідальності адвоката за свої дії з метою отримання законного та обґрунтованого судового рішення на користь довірителя. Зі своєї сторони, довіритель жодним чином не зазнаватиме відчуття стурбованості щодо можливості чи не можливості оплатити адвокатові гонорар успіху, адже успіх буде очевидним, а розмір винагороди – справедливим.

Для ефективного механізму дії «гонорару успіху» в Україні необхідно закріпити його визначення у Законі «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та чітко прописати всі ключові моменти, які були зазначені вище. Обов'язковим також є врахування думки адвокатської спільноти. Саме чітка логічна структурованість та виважений підхід до врегулювання цього питання з боку законодавця та органів адвокатського самоврядування нададуть змогу адвокату надати перш за все якісну послугу, а клієнту чітке розуміння складових адвокатського гонорару.

ЛІТЕРАТУРА

1. Фляжнікова Я. Про гонорар успіху адвоката. *Evropský politický a právní diskurz*. 2020. Sv. 7, Vyd. 1. С. 92–99. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILA=&2_S21STR=evpopr_2020_7_1_15 (дата звернення: 10.07.2022).
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text (дата звернення: 10.07.2022).
3. Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства: ЄС; Кодекс, Міжнародний документ від 1 жовтня 1988 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_343 (дата звернення: 10.07.2022).
4. Луспеник Д. Гонорар успіху адвоката: практика Європейського суду з прав людини. *Громадська думка про правотворення*. 2019. С. 23–26. URL: http://nbuviap.gov.ua/images/dumka/2019/3.pdf (дата звернення: 10.07.2022).
5. Іваницький С. О. Pactum de quota litis: перспективи використання в сучасній адвокатській практиці. *Юрист України*. 2018. № 2. С. 83–86. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/uy_2018_2_14.pdf (дата звернення: 10.07.2022).
6. Iatridis v. Greece. Case № 31107/96. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-58227%22]} (дата звернення: 10.07.2022).
7. Tusashvili v. Russia Case № 20496/04. URL: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-71683%22]} (дата звернення: 10.07.2022).
8. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справі № 462/9002/14-ц від 12.06.2018 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/75003682 (дата звернення: 10.04.2022).
9. Постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справі № 754/1513/16-ц від 26.09.2018 р. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/76886190 (дата звернення: 10.05.2022).
10. Окрема думка судді Крата В. І. у справі № 462/9002/14-ц. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/74963389 (дата звернення: 10.07.2022).
11. Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі № 904/4507/18 від 12 травня 2020 року. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/91572017 (дата звернення: 10.07.2022).
12. Манойленко К., Матвійчук Н. Як обґрунтувати витрати на професійну правничу допомогу з погляду ВС. *Закон@Бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ua/145746.html (дата звернення: 10.07.2022).
13. Мільченко Н. С., Савчук М. В., Цимбал П. В. «Гонорар успіху» в діяльності адвоката. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 8. С. 430–432. URL: http://www.lsej.org.ua/8_2020/108.pdf (дата звернення: 10.07.2022).

РОЗДІЛ 11
МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

УДК 341/1/8:340.5+341.17
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/106

ПОРІВНЯЛЬНЕ МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ТА РЕГІОНАЛІЗАЦІЇ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

COMPARATIVE INTERNATIONAL LAW AND REGIONALIZATION OF INTERNATIONAL LAW

Бехруз Х.Н., д. ю. н., професор,
завідувач кафедри історії держави і права
Національний університет «Одеська юридична академія»

Мохд Наргіс, аспірантка кафедри міжнародного та європейського права
Національний університет «Одеська юридична академія»

У статті розглянуто тенденції зростання впливу міжнародного регіонального права на національне право та обґрунтовано застосування порівняльного міжнародного права як інструмента досліджененя міжнародного регіонального права. Встановлено, що історично норми регіонального права є більш давніми і у своїй більшості ставали основою універсальних норм. Статут ООН визнає роль і значення регіональних норм з акцентом на їх несуперечність положенням міжнародно-універсального права. Розвиток регіоналізму проявляється, зокрема, у формуванні нових форм і принципів співіснування. Результатом цього процесу є розвиток регіональних систем, створення міжнародних організацій регіонального типу, розвиток регіонального права. Визначено, що міжнародне регіональне право – це підсистема міжнародно-універсального права, що регулює комплекс суспільних відносин щодо функціонування регіональних об'єднань та організацій, взаємодії держав-членів регіональних об'єднань та інших суб'єктів міжнародного права між собою, як у межах, визначених їх установчими документами, з їх членами, так і поза ними, та взаємодії держав-членів цих регіональних утворень з іншими суб'єктами міжнародного права на договірній основі. Доктрині відомі такі концепції міжнародного регіонального права, як міжнародне європейське, міжнародне американське право, міжнародне латиноамериканське право, міжнародне африканське право, міжнародне ісламське право.

Доведено, що поширення використання міжнародним правом порівняльно-правового методу та формування у межах науки міжнародного права порівняльного міжнародного права, є очевидною необхідністю для дослідження його об'єкта та предмету. Застосування порівняльного міжнародного права, поряд з іншими інструментами пізнання міжнародного права, забезпечує результативність та ефективність міжнародно-правових досліджень, сприяють адекватному осмисленню цих складних теоретико-правових проблем та зміцненню регіональних правових просторів, що базуються на міжнародному регіональному праві. Порівняльному міжнародному праву належить роль поєднуючої ланки між національним і міжнародним правом, що значною мірою сприяє перегляду усталених стереотипів, формуванню нового погляду на норми і постулати. Порівняльне міжнародне право може допомогти науці сучасного міжнародного права знайти баланс між динамікою та статикою суспільного розвитку, необхідних для формування принципів та норм, що потребують загального визнання та загальної для усіх суб'єктів міжнародного права значущості.

Ключові слова: порівняльне правознавство, порівняльне міжнародне право, міжнародно-універсальне право, міжнародне регіональне право, регіональні норми права.

The article considers the growing trends of regional law on the legal system of national and regional legal systems and substantiates the use of comparative international law as a tool for studying international regional law. It is established that historically the norms of regional law are older and in their majority, became the basis of universal norms. The UN Charter recognizes the role and importance of regional norms with an emphasis on their consistency with the provisions of international law. The development of regionalism is manifested, in particular, in the formation of new forms and principles of coexistence. The result of this process is the development of regional systems, the creation of international organizations of the regional type, the development of regional law. It is determined that international regional law is a subsystem of international universal law that regulates the complex of public relations regarding the functioning of regional associations and organizations, the interaction of member states of regional associations and other subjects of international law among themselves, as within defined by their constituent instruments, with their members and outside them, and the interaction of the member states of these regional entities with other subjects of international law on a contractual basis. The doctrine knows such concepts of international regional law as international European, international American law, international Latin American law, international African law, international Islamic law.

It is proved that the spread of the use of international law of the comparative law method and the formation within the science of international law of comparative international law is an obvious necessity for the study of its object and subject. The application of comparative international law, along with other tools of knowledge of international law, ensures the effectiveness and efficiency of international legal research, contributes to the adequate understanding of these complex theoretical and legal issues and strengthens regional legal spaces based on international regional law. Comparative international law has the role of a link between national and international law, which greatly contributes to the revision of established stereotypes, the formation of a new view of norms and postulates. Comparative international law can help the science of modern international law to find a balance between the dynamics and statics of social development, necessary for the formation of principles and norms that require universal recognition and common to all subjects of international law significance.

Key words: comparative law, comparative international law, international universal law, international regional law, regional law.

Сучасні тенденції правового розвитку свідчать про зростання впливу міжнародного регіонального права на національне право. Порівняльно-правові дослідження у цій сфері сприяють адекватному осмисленню цих складних теоретико-правових проблем та зміцненню регіональних правових просторів, що базуються на регіональному праві.

Питання регіоналізму у міжнародному праві та появи міжнародного регіонального права є предметом наукових розробок вітчизняних та зарубіжних юристів-міжнародників, які розглядають фактори, що викликають та прискорюють ці явища, ризики, пов'язані з цим, серед яких М. В. Буроменський, О. В. Буткевич, Т. Ф. Графф, В. Канвар, Я. Клочка, А. Ф. Курбанов, Д. В. Лук'янов,

В. В. Мицик, С. Мундунга Нцігоу, М. Форто, Г. Хафнер та ін. Серед науковців поширюється думка про необхідність застосуванняя здобутків порівняльного правознавства у дослідженні міжнародно-універсального права загалом, та міжнародного регіонального зокрема. Ця проблематика розглядається у працях Х. Бехруза, М. Коскенніємі, О. О. Мережка, А. Робертс, П. Стефана, П.-Юг Верд'є та ін.

Метою статті є обґрунтування застосування порівняльного міжнародного права як інструмента дослідженя міжнародного регіонального права.

Викладення основного матеріалу. Регіональне право, як особливий різновид міжнародно-універсального права, дедалі розширює регуляторний вплив на впорядкування відносин між державами окремого регіону з урахуванням їх особливостей. Д. В. Лук'янов регіоналізацію права розглядає як «процес правового регулювання міжнародних відносин, суб'єктами яких є територіальні (регіональні) економічні та політичні союзи, міжнародні організації тощо (Європейський Союз, Рада Європи, ОБСЄ та ін.), а також окремі регіони держав, які можуть виступати учасниками міжнародних відносин» [1, с. 28].

У міжнародно-універсальному праві регіоналізм визнається у Статуті ООН у розділі «Регіональні угоди», зокрема у п. 1 ст. 52, де зазначається, що «цей Статут ні в якій мірі не перешкоджає існуванню регіональних угод або органів для розв'язання питань, що відносяться до підтримання миру та безпеки, які є придатними для регіональних дій, за умови, що такі угоди або органи та їх діяльність сумісні з цілями та принципами ООН» [2; 3]. У доповіді Комісії з міжнародного права на тему ««Фрагментація міжнародного права: труднощі, зумовлені диверсифікацією та розширенням сфери охоплення міжнародного права» виокремлено три підходи до його розуміння: 1) як набір підходів та методів для вивчення міжнародного права; 2) як метод міжнародної законотворчості; 3) як існування географічних винятків із правил універсального права [4].

Отже, сучасне міжнародне право складається з універсального (загального) та регіонального права. Норми регіонального права є давнішими та у своїй більшості ставали основою універсальних норм. Статут ООН визнає роль і значення регіональних норм з акцентом на їх несуперечність положенням міжнародно-універсального права. Розвиток регіоналізму проявляється, зокрема, у формуванні нових форм і принципів співіснування. Результатом цього процесу є розвиток регіональних систем, створення міжнародних організацій регіонального типу, розвиток регіонального права.

Просторова дія правової норми дозволяє кваліфікувати її як «регіональну». Загальне міжнародне право є обов'язковим для усіх держав світу. Це право, яке регулює міжнародне співтовариство в цілому, подібно до основної частини звичаєвого права. Цим воно відрізняється від регіонального міжнародного права, яке є обов'язковим лише для держав окремого регіону. Регіональна норма міжнародного права – це норма, що регулює «будь-які міждержавні відносини, суб'єкт яких має регіональний інтерес і які визнаються усіма або більшістю держав певного регіону» [3, с. 199]. Регіональні правові норми існують лише в обмеженому просторі і можуть стосуватися договорів, звичаїв, односторонніх актів, судових рішень чи арбітражних розглядів чи рішень міжнародних організацій. Поширеною є практика, коли міжнародно-універсальні норми закріплюють мінімальні стандарти у певних сферах, пропонуючи розширювати їх на регіональному рівні. Як приклад можна навести європейську систему захисту прав людини, яка встановлює більш високі стандарти правозахисту, ніж на універсальному рівні.

Міжнародне регіональне право пропонується з позицій його вузького та широкого тлумачення: «вузький підхід заснований на наявності в регіоні цінностей, покладених в основу виокремлення певного регіону; широкий підхід передбачає в якості класифікуючого критерію будь-яке правило, що має регіональну сферу застосування [5; 6, с. 86]. Поява міжнародного регіонального права асоцюється з першим підходом до його розуміння, поступово воно розширювалося і стало розумітися в широкому сенсі. Міжнародне регіональне право А. Ф. Курбанов визначає як «галузь міжнародного права, що регулює комплекс суспільних відносин держав зі створення та ліквідації регіональних об'єднань, взаємодії регіональних об'єднань з їх членами, зі співробітництва держав між собою в межах створених ними регіональних об'єднань в різних сферах відносин, обумовлених їх цілями, а також взаємодії регіональних інституційних структур у рамках конкретного об'єднання» [7, с. 190].

З огляду на велику кількість створених регіональних організацій, відповідно, значну кількість джерел регіонального права, а також, беручи до уваги специфіку кожної з регіональних організацій, важливе значення мають питання систематизації й структурування міжнародного регіонального права. Міжнародне регіональне право – складна система, і, незалежно від його видової характеристики, може бути структуровано наступним чином.

1. Насамперед, це нормативно-правові акти, прийняті універсальними міжнародними організаціями, передусім ООН, які стосуються функціонування регіональних утворень. Регіональний правовий режим може бути встановлений тими ж нормами, що й становлять універсальний правовий порядок, крім загальних принципів права та норми jus cogens.
2. Рішення міжнародних судових інституцій, які стосуються функціонування держав, що входять до складу певного регіонального утворення.
3. Нормативно-правові акти, прийняті в результаті адаптації приписів міжнародно-універсального права, та власної нормотворчої діяльності регіональних утворень, а також пов'язані з їх організаційно-розпорядчими функціями.
4. Договори, що укладаються між державами-членами регіонального утворення чи з іншими державами – суб'єктами міжнародного права. Так, країни-члени регіонального об'єднання можуть взаємодіяти з іншими його членами на підставі договорів у різних сферах – економічній, соціальній, військово-політичній, правовій тощо, як це передбачено установчими документами.

Доктрині відомі такі концепції міжнародного регіонального права, як міжнародне європейське, міжнародне американське право, міжнародне латиноамериканське право, міжнародне африканське право, міжнародне ісламське право.

Очевидним є те, що «сучасні тенденції правового розвитку свідчать про зростання впливу регіонального права на систему національного права. Порівняльно-правові дослідження у цій сфері сприяють адекватному осмисленню цих складних теоретико-правових проблем та зміцненню регіональних правових просторів, що базуються на регіональному праві» [8, с. 57]. О. О. Мережко справедливо зазначає, що «оскільки для кожної цивілізації та правових систем, що формуються в її межах, є характерним свій особливий тип міжнародного права, то ми можемо порівнювати ці цивілізації з погляду їхнього підходу до міжнародного права» [9]. Слід зазначити, що до_формування сучасного міжнародного права долучилися багато країн та регіонів «незахідного» світу, але в основу формування міжнародного права покладено європейські, західні цінності. Як зазначає африканський учений-міжнародник Дж. Туо Гаті та багато інших його колег, сучасний міжнародний закон нормативно є переважно європоцентричним [10, с. 24]. У результаті хрестових походів, завоювань, відкриттів та колонізації європейська цивілізація поступово

поширювалася на інші континенти, але це не означало включення «відкритих» країн та регіональних спільнот до спільноти європейських держав. Почався поділ держав, народів та територій на цивілізовані, варварські та дикунські, сформувався так званий стандарт цивілізації [11; 12, с. 192; 13; 14], який базувався на цивілізаційних або культурних відмінностях між Заходом та не-Заходом і був серед усіх міжнародно-правових доктрин та принципів XIX століття найяскравішим прикладом деспотичного характеру міжнародного колоніального права.

Західні та незахідні дослідники зазначають, що процес поширення міжнародного європейського права був насильницькою асиміляцією неєвропейських народів до європейської системи. Міжнародне право було побудовано відповідно до європейської філософії, історії, культури та досвіду, які були далекі від незахідних підходів [15, с. 34]. Домінуючим дискурсом був європейський проект виключення «іншого», за яким слідувала «цивілізаційна місія», спрямована на те, щоб зробити «іншого» більш схожим на себе [16]. Відповідно до цього підходу до середини XIX століття до світового правопорядку входили тільки цивілізовані країни, переважно європейські, до нього у той період не входили, наприклад, Османська імперія, Китай, Японія.

Стандарт цивілізації переслідує міжнародно-правові дослідження і нині. Справедливо наголошується, що перспективи міжнародного права частково залежать від того, чи існують реальні та міцні інтелектуальні зв'язки країн «незахідного типу» з міжнародним правом та чи можуть незахідні правові традиції та доктринальні здобутки знайти своє вираження у науці міжнародного права та міжнародному законодавстві [17, с. 1]. Саме регіональне право є м'якою та ефективною формою уніфікації та гармонізації законодавства з урахуванням особливостей різних регіонів [8, с. 57], а порявняльне міжнародне право, своєю чергою, є тим інструментом, який надає можливість більш ефективно порівнювати різні регіональні системи міжнародного права.

Усталеним є погляд на порівняльне правознавство як галузь знань, яка використовується для аналізу та зіставлення нормативних рішень у двох або більше різних правових системах. На макрорівні порівнюються основні риси різних правових систем (наприклад, цивільне право), процедури вирішення спорів тощо, на мікрорівні – певні правові інститути. Але порівняльно-правові дослідження можут здійснюватися не лише у межах національним правових систем чи між національними правовими системами, але й між різними рівнями систем права – міжнародно-універсального права, міжнародного регіонального права, транснаціонального права.

Поміркуємо над формуванням нової галузі знань – порівняльного міжнародного права, та її статусу. Як зазначають автори моногафії «Концептуалізація порівняльного міжнародного права» (Conceptualizing Comparative International Law», 2018), порівняльне міжнародне право об'єднує дві галузі – міжнародне право та порівняльне правознавство, які часто співіснують одне з одним, але майже не взаємодіють. У цьому випадку в результатом такої взаємодії є використання порівняльним міжнародним правом ідей та методів порівняльного правознавства для виявлення, аналізу та пояснення подібностей та відмінностей у тому, як міжнародне право розуміється, інтерпретується, застосовується та розглядається різними національними, регіональними та міжнародними суб'єктами [18]. Цю нову галузь знань пропонується розглядати як методологічний підхід, як функціональний інструмент, який обслуговує політичний проект, спрямований на удосконалення міжнародного права як професії та, своєю чергою, міжнародного права як нормативної системи [18].

На думку О. О. Мережка, «порівняльне міжнародне право необхідно розглядати як порівняльно-правовий метод, що застосовується у міжнародно-правових дослідженнях» [9]. Науковець бачить формування цієї галузі знань у межах науки міжнародного права. Порівняльне міжнародне право є мостом між міжнародно-універсальним, міжнародно-регіональним правом, а також між національним правом. Сравнительное международное право можно рассматривать как «нова якість, новий рівень взаємодії таких найважливіших юридичних наук, як міжнародне право та порівняльне правознавство» [8, с. 59].

Нині порівняльному правознавству та порівняльному міжнародному праву належить роль поєднуючої ланки між національним і міжнародним правом, що значною мірою сприяє перегляду усталених стереотипів, формуванню нового погляду на норми і постулати. Порівняльне правознавство може допомогти науці сучасного міжнародного права знайти баланс між динамікою та статикою суспільного розвитку, необхідних для формування принципів та норм, що потребують загального визнання та загальної для усіх суб'єктів міжнародного права значущості.

Висновки. Нині збільшується кількість міжнародно-правових підсистем, кожна з яких має інституційні або нормативні специфікатори, відповідно до положень, встановлених спеціальними угодами. Міжнародне регіональне право – це підсистема міжнародно-універсального права, що регулює комплекс суспільних відносин щодо функціонування регіональних об'єднань та організацій, взаємодії держав-членів регіональних об'єднань та інших суб'єктів міжнародного права між собою, як у межах, визначених їх установчими документами, з їх членами, так і поза ними, та взаємодії держав-членів цих регіональних утворень з іншими суб'єктами міжнародного права на договірній основі.

Поширення використання міжнародним правом порівняльно-правового методу та формування у межах науки міжнародного права порівняльного міжнародного права, є очевидною необхідністю для дослідження його об'єкта та предмету. Порівняння того, як міжнародні норми тлумачаться на міжнародно-універсальному чи регіональному рівнях, є необхідним для ефективної оцінки змісту, охоплення та дійсності норми міжнародного права. Застосування порівняльного міжнародного права, поряд з іншими інструментами пізнання міжнародного права, забезпечує результативність та ефективність міжнародно-правових досліджень. На думку багатьох правознавців-міжнародників, саме це формує зміст поняття «порівняльне міжнародне право».

ЛІТЕРАТУРА

1. Лук'янов Д. В. Релігійно-правові системи світу: порівняльно-правове дослідження : автореф. дис. … д-ра юрид наук: 12.00.01. Харків, 2016. 42 с.

2. Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду : прийняті 26.06.1945. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010#Text

3. Міжнародне публічне право : підручник : у 2 т. [В. В. Мицик, М. В. Буроменський, О. В. Буткевич та ін.]; за ред. В. В. Мицика. 2-ге вид., змін. Харків : Право, 2020. Т. 1: Основи теорії. 416 с.

4. Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International law : Report of the Study Group of the International Law Commission / Finalized by Martti Koskenniemi. ILC, 58th Session, 2006. Doc. A/CN/.4/L.682. URL: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf

5. Forteau M. Regional International Law. *Max Planck Encyclopedias of International Law*. 2006. URL: https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1463

6. Мохд Н. Міжнародне публічне право: фрагментація та регіоналізація. *Інтернаука. Серія: Юридичні науки*. 2021. № 6. С. 83–88. URL: https://www.inter-nauka.com/uploads/public/16266952799562.pdf
7. Курбанов А. Ф. Международное региональное право: вопросы теории и практики : монография. Баку : Елм, 2016. 280 с.
8. Бехруз Х. Сравнительное международное право – актуальное направление правовых исследований. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»* : зб. наук. пр. Одеса, 2015. Т. 16. С. 51–60.
9. Мережко А. А. В каком смысле мы можем говорить о сравнительном международном праве? URL: https://www.academia.edu/
10. Gathii James Thuo. Africa. The Oxford Handbook of the History of International Law; ed. Bardo Fassbender, Anne Peters. 2012. DOI: 10.1093/law/9780199599752.003.0018
11. Gerrit W. Gong. The Standard of «Civilization» in International Society. Oxford University Press, 1984. 267 p.
12. Peñas Esteban Fr. J. Standard of civilization: The history of international relations. *Relacione Internacionales.* 2019. № 40. P. 171–195.
13. Koskenniemi M. The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870–1960. Cambridge : Cambridge University Press, 2001. 569 p.
14. Anghie A. Contents. In Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law. Cambridge : Cambridge University Press. 2005. 359 p.
15. Mutua M. What is TWAIL? Proceedings of the ASIL. *Annual Meeting*. 2000. Vol. 94. P. 31–38.
16. Chesterman Simon. Asia's Ambivalence about International Law and Institutions: Past, Present and Futures. European Journal of International Law. 2016. Vol. 27, is. 4. P. 945–978. URL: https://doi.org/10.1093/ejil/chw051
17. Xiaoshi Zhang. Rethinking International Legal Narrative Concerning Nineteenth Century China: Seeking China's Intellectual Connection to International Law. *The Chinese Journal of Global Governance*. 2018. № 4. P. 1–21.
18. Conceptualizing Comparative International Law / A. Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier, Mila Versteeg. Oxford University Press, 2018. URL: https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780190697570.001.0001/oso-9780190697570

УДК 341.1/8
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/107

ЗАБОРОНЕНІ ЗОНИ ПОЛЬОТІВ І БЕЗПОЛЬОТНІ ЗОНИ: ІСТОРІЯ ТА СУЧАСНІСТЬ

FORBIDDEN AREAS AND FLIGHTLESS ZONES: HISTORY AND PRESENT

Григоров О.М., д. ю. н., доцент,
професор кафедри міжнародного права
Навчально-науковий інститут міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена аналізу теоретичних і практичних аспектів обмеження використання цивільною авіацією суверенного повітряного простору в різні періоди розвитку міжнародних повітряних перевезень. Починаючи з прийняття Паризької конвенції 1919 р. про повітряну навігацію, яка кодифікувала принцип повного і виняткового суверенітету держави над повітряним простором, розташованим над її територією, формувалися правові умови встановлення обмежень для використання суверенного повітряного простору цивільною авіацією, дослідження яких і є предметом цієї статті. Всебічно аналізуються положення Чиказької конвенції 1944 р. про міжнародну цивільну авіацію, які регламентують встановлення в суверенному повітряному просторі зон, заборонених для польотів цивільних повітряних суден, з урахуванням загальних питань безпеки, включаючи забезпечення інтересів держав у сфері оборони. Проведено також правовий аналіз сучасних, базових для убезпечення функціонування цивільної авіації, рекомендацій Міжнародної організації цивільної авіації (ІКАО) та Міжнародної асоціації повітряного транспорту (ІАТА) стосовно безпеки польотів цивільних повітряних суден над зонами військових конфліктів. Особливу увагу приділено визначенню значення санкційних резолюцій РБ ООН щодо встановлення безпольотних зон у суверенному повітряному просторі таких держав, як Кувейт та Лівія. Автор аналізує особливості застосування РБ ООН режиму «закритого неба» під час збройного конфлікту на території колишньої Югославії. Розглядається також законодавча практика України щодо встановлення зон, заборонених для польотів. За результатами дослідження автор робить висновок про нові тенденції в трактуванні концепції повного і виняткового суверенітету держави над повітряним простором, розташованим над її територією, та про необхідність розмежування правового режиму «зон, заборонених для польотів», «безпольотних зон», «закритого неба».

Ключові слова: суверенний повітряний простір, заборонені для польотів зони, безпольотні зони, РБ ООН, ІКАО, ІАТА, принцип повного і виняткового суверенітету.

This article analyzes the theoretical and practical aspects of limiting the use of sovereign airspace by civil aviation in different periods of development of international air transportation. Since the adoption of the Paris Convention of 1919 on Air Navigation, which codified principle of complete and exclusive sovereignty of the state over the airspace above its territory, formed the legal conditions for limitations in the airspace sovereignty of states by civil aviation, that research is the subject of this article. The comprehensively analyze was made due to the provisions of the 1944 Chicago Convention on International Civil Aviation, which regulate the establishment of zones in sovereign airspace prohibited for the operation of civil aircraft, taking into account general security issues, including e the interests of states in the field of defense. The legal analysis of modern, basic for ensuring the functioning of civil aviation, recommendations of the International Civil Aviation Organization (ICAO) and the International Air Transport Association (IATA) on the safety of civil aircraft over military conflict zones was also conducted. Special attention is paid to determining the significance of UN Security Council sanctions on the establishment of no-fly zones in the sovereign airspace of states such as Kuwait and Libya. The author analyzes the peculiarities of the application of the UN Security Council regime of «closed skies» during the armed conflict in the Yugoslavia. The author also considers the legislative practice of Ukraine on the establishment of no-fly zones. Based on the results of the study, the author concludes on current trends in the interpretation of the concept of complete and exclusive sovereignty of the state over the airspace above its territory, and the need to delimit the legal regime of «prohibited airspace», «no-fly zones», «closed skies».

Key words: airspace sovereignty, prohibited airspace, no-fly zones, UN Security Council, ICAO, IATA, principle of complete and exclusive sovereignty.

Першим міжнародно-правовим документом, який визначав правовий статус та режим використання суверенного повітряного простору, була Паризька конвенція 1919 р. про повітряну навігацію. Спільна позиція держав-учасниць цієї міжнародної угоди зафіксована в ст. 1, яка кодифікувала принцип державного суверенітету. Водночас положення Паризької конвенції визначали право кожної держави-учасниці на часткове або повне закриття свого повітряного простору як для національних, так і для іноземних повітряних суден. Пункт «b» ст. 34 проголошував, що кожна договірна держава залишає за собою право у мирний час обмежити або заборонити польоти над своєю територією. Таке рішення мало бути оприлюднено і повідомлено усім договірним державам міжнародною комісією повітряного руху, яка утворювалася згідно з ст. 3 Паризької конвенції. Така заборона на польоти мала діяти без дискримінації відносно усіх повітряних суден [1]. Слід зауважити, що у початковій редакції ця стаття містила положення, які припускали винятки для національних повітряних суден. Тобто, у разі заборони польотів національні повітряні судна держави, яка прийняла такі обмеження, на підставі попередніх публічних дозволів отримували право здійснювати польоти у заборонених зонах винятково у суспільних інтересах. У подальшому цей відверто дискримінаційний підхід було вилучено з нової редакції Паризької конвенції додатковим Протоколом до конвенції від 15.06.1929 р.

Порядок дотримання заборонених зон польотів додатково був урегульований Додатком D до Паризької конвенції. Пп. 18–19 Додатка передбачали систему спеціальних сигналів у денний та нічний час, які означали 1) що судно знаходиться поблизу забороненої зони, 2) вимогу змінити маршрут польоту. У разі входження повітряного судна у таку зону обумовлювалися додаткові сигнали, які означали вимогу негайно залишити заборонену зону і у найкоротший час здійснити посадку на найближчому аеродромі [1].

Вищезазначені правові формулювання стосовно порядку впровадження та дії заборонених для польотів зон у суверенному повітряному просторі знайшли відображення у Чиказькій конвенції 1944 р. про міжнародну цивільну авіацію. Так, вирішальне значення для визначення сучасного режиму використання суверенного повітряного простору мають положення ст. 9 «Заборонені зони», які закріплюють право держав-учасниць конвенції з міркувань військової чи громадської безпеки заборонити або обмежити польоти національних та іноземних повітряних суден: а) над забороненими зонами, б) над усією територією держави або якоюсь її частиною, а також вимагати у разі недотримання такої заборони від кожного повітряного судна, яке входить до забороненої зони, здій-

снити посадку у найближчому аеропорту на території цієї держави. Інформація про впровадження заборонених зон та їх місцезнаходження повідомляється усім державам-учасницям Чиказької конвенції та Міжнародної організації цивільної авіації ІКАО [2].

Згідно з положеннями Чиказької конвенції, зокрема ст. 9) правові вимоги щодо порядку встановлення заборонених зон в суверенному повітряному просторі визначаються чинним законодавством держав-учасниць конвенції. Наприклад, ст. 30 Повітряного Кодексу України (ПКУ) відносить питання заборони або обмеження використання повітряного простору України до компетенції уповноважених державних органів [3]. Згідно з пп. 29–36 Положення про використання повітряного простору України, заборона на використання повітряного простору України встановлюється на постійній основі: 1) над атомними станціями, гідроелектростанціями, греблями, важливими державними об'єктами, природними заповідниками. А також над об'єктами підвищеної екологічної небезпеки; 2) у разі виникнення загрози небезпеки суверенітету можлива заборона на нерегулярні польоти між пунктами відправлення на території України та пунктами прибуття, розташованими на території держави-агресора. У свою чергу обмеження щодо використання повітряного простору України на постійній або тимчасовій основі встановлюються у разі 1) перехоплення повітряного судна-правопорушника або нерозпізнаного об'єкту, 2) виконання авіаційних робіт з пошуку, рятування та посадки космічних об'єктів; 3) забезпечення польотів спецрейсів (рейси літера «А»); 4) польотів безпілотних повітряних суден; 5) навчань, ракетних стрільб, тощо; 60 над районами проведення масових заходів державного рівня. Додатково, згідно п. 36 Положення, в заборонених зонах або зонах обмеження польотів не забороняється: а) діяльність, що здійснюється установами та організаціями, в інтересах яких встановлено заборону, б) діяльність, передбачена пп. 1–5 частини 2 ст. 24 ПКУ, пов'язана з 1) захистом територіальної цілісності України, 2) запобіганням терористичних актів у повітряному просторі України, 3) усіма видами рятувальних робіт та надання допомоги у разі виникнення надзвичайної ситуації, 4) запобіганням та припиненням порушення правил використання повітряного простору України [4].

Керуючись саме цими положеннями законодавства України, прес служба ДП «Украерорух» 24.02.2022 р. заявила про закриття повітряного простору для цивільних користувачів [5]. Однак, на жаль, слід констатувати відсутність єдиного підходу до трактування міжнародно-правових зобов'язань України, положень ПКУ та інших правових актів нашої держави щодо заборони використання суверенного повітряного простору України цивільною авіацією, про що, на нашу думку, свідчить заява Міністерства інфраструктури від 13.02.2022 р. про те, що вищезазначене повідомлення про закриття повітряного простору України не відповідає дійсності і за результатами наради з представниками керівництва Офісу Президента України, Державної авіаційної служби, ДП «Украерорух», ДП МА Бориспіль та українських авіакомпаній напрацьовано рішення для запобігання подальшому загостренню ситуації [6].

До речі, аналогічну правову схему запровадження заборонених зон у повітряному просторі Республіки Білорусь передбачає ст. 14 Повітряного кодексу Республіки Білорусь. Згідно з п.2 глави 1 Правил використання повітряного простору Республіки Білорусь, заборонена зона – це повітряний простір встановлених розмірів, у межах якого використання повітряного транспорту без спеціального дозволу заборонено. Заборонені зони у повітряному просторі Республіки Білорусь встановлюються органами Загальної системи організації повітряного руху Республіки Білорусь. Використання повітряного простору у межах заборонених зон дозволяється у виняткових випадках. П. 11 Правил допускає таке використання у разі а) відбиття повітряного нападу або збройного вторгнення на територію Республіки Білорусь, а також запобігання або припинення порушень державного кордону, б) надання допомоги в надзвичайних ситуаціях природного чи техногенного характеру, тощо, в) попередження чи припинення порушень порядку використання повітряного простору Республіки Білорусь. Як виняток, згідно з п. 95 Правил, допускаються польоти у відповідності з міжнародними договорами Республіки Білорусь, які передбачають використання повітряного простору в заборонених зонах [7].

Згадувані вище положення Чиказької конвенції 1944 р. стосовно заборонених для польотів зон отримали нове трактування у зв'язку з активізацією військової діяльності, яка може загрожувати безпеці цивільної авіації. З цього приводу ІКАО розробила спеціальне Керівництво щодо засобів безпеки, вживаних у зв'язку з військовою діяльністю, яка є потенційно небезпечною для здійснення польотів цивільних повітряних суден (далі – Керівництво). Згідно з Керівництвом такими видами діяльності є: а) учбові стрільби або випробування будь-якого виду зброї класу «повітря-повітря», «повітря-земля», «земля-повітря» або «земля-земля», здійснювані у даному районі, або здійснювані таким чином, що це може зачіпати цивільний повітряний рух; b) деякі дії військових повітряних суден, наприклад, повітряні паради, тренувальні польоти та навмисне скидання предметів чи десантників; c) запуск та повернення космічних кораблів; d) операції в конфліктних районах або в районах потенційних військових дій, якщо вони являють собою потенційну небезпеку для цивільного повітряного руху [8].

Важливого значення у цьому документі надається координації дій між цивільними та військовими органами забезпечення повітряного руху (ЗПР). Одним із перших кроків такої координації має бути узгодження: а) вибору місця (місць) або району (районів), часу та тривалості діяльності з метою уникнення закриття чи зміни встановлених маршрутів ЗПР, блокування найбільш економічних ешелонів польоту або затримок регулярних польотів повітряних суден, окрім випадків, коли немає іншого вибору; b) мінімально можливих розмірів ділянки повітряного простору, виділеного для здійснення такої діяльності з урахуванням її мети; c) будь-яких спеціальних заходів безпеки, яких мають вживати орган(и), які здійснюють зазначену діяльність, зацікавлений(ні) орган(и) ЗПР або цивільні повітряні судна, які здійснюють польоти поблизу такого району; d) координацію, необхідну між повноважним органом ОПР та військовою організацією або її підрозділом(ами) під час здійснення зазначеної діяльності; e) засоби та методи забезпечення обміну інформацією стосовно початку та закінчення зазначеної діяльності, за необхідності обміну інформацією стосовно розпізнавальних знаків цивільних повітряних суден, координації задля вживання спеціальних заходів безпеки, втому числі координації дій служби аварійного сповіщення та пошуково-рятувальних служб, координації у тому випадку, коли аварійна ситуація з цивільними повітряними суднами або інші непередбачувані обставини вимагають повного або часткового припинення зазначеної діяльності [8].

Не менш важливими є завчасні повідомлення, які, згідно з положеннями глави 5 Додатка 15 до Чиказької конвенції складаються та випускаються у вигляді NOTAM (англ. Notice to Airmen) і передаються в рамках регламентування та контролю аеронавігаційної інформації (AIRAS). Згідно п. 4.5 Керівництва NOTAM розсилається (по класу I чи II) відповідним органам міжнародних NOTAM (NOF) держав-учасниць конвенції. Зразки таких повідомлень містяться у Додатку B до Керівництва.

Слід відмітити також особливі заходи, передбачені Керівництвом на випадок збройного конфлікту або мож-

ливості його виникнення. Згідно з п. 10.3 Керівництва, держава, відповідальна за ОПР у даному районі повинна а) визначити географічний район конфлікту, б) оцінити небезпеку як потенційну небезпеку для суден цивільної авіації, в) визначити, чи варто уникати польотів в районах конфлікту (або через них), або чи польоти можуть продовжуватися з дотриманням певних умов. Далі, згідно з порядком, передбаченим у Керівництві, слід видати міжнародне повідомлення NOTAM з обов'язковим визначенням термінів дії обмеження. Копія такого повідомлення відсилається у відповідне регіональне бюро ІКАО. Згідно пп. 10.6, 10.7 Керівництва рівень безпеки у районі військових конфліктів визначається відповідальною державою. Передбачається, що у разі, коли польоти через район конфлікту дозволені, слід приділяти увагу спеціальним заходам безпеки, а саме: 1) порядку розпізнавання цивільних повітряних суден, 2) передачі попереджень та навігаційних рекомендацій, 3) справності на належній роботі бортового обладнання, тощо [8].

Наступним важливим документом ІКАО, присвяченим питанням безпеки польотів цивільних повітряних суден над зонами конфліктів є Керівництво з оцінки факторів ризику для польотів цивільних повітряних суден над зонами конфліктів або поблизу них [9]. Керівництво визначає основні моделі дій усіх зацікавлених осіб (включно з ІКАО, регіональними органами цивільної авіації, державами, експлуатантами повітряних суден, постачальниками аеронавігаційної інформації) з оцінки факторів ризику для польотів цивільних повітряних суден над зонами конфліктів. До речі, Додаток D до Керівництва містить не лише типові схеми поширення інформації між усіма зацікавленими сторонами, але й проект добровільної угоди на обмін інформацією про загрози для цивільної авіації. Вельми показовим є включений у текст Керівництва регламент рекомендацій із безпеки польотів, розроблений Нідерландським управлінням із безпеки польотів в рамках розслідування інциденту з МН-17. Ці рекомендації передбачають:

Для ІКАО:

– включити до Стандартів положення про те, щоб держави, на території яких відбуваються збройні конфлікти, на ранній стадії публікували відповідну інформацію з максимальною конкретизацією характеру і масштабу загроз, викликаних цим конфліктом, а також інформацію про його наслідки для цивільної авіації. Розробити чіткі визначення відповідних термінів, таких як зона конфлікту і збройний конфлікт.

– оновити Стандарти і Рекомендовану практику, що стосуються наслідків збройних конфліктів для цивільної авіації, і максимально можливою мірою надати відповідній рекомендованій практиці статус Стандартів з тим, щоб держави мали можливість вживати абсолютно чітких заходів, якщо безпека польотів цивільних повітряних суден може виявитися під сумнівом.

– змінити відповідні Стандарти таким чином, щоб оцінки факторів ризику також охоплювали б загрози для цивільних повітряних суден, що виконують польоти в повітряному просторі на крейсерських ешелонах, особливо при польоті над зонами конфліктів. Відповідно до пропозицій, підготовленими Робочою групою ІКАО з питань загроз і ризиків, в ці оцінки ризику необхідно включити чинники, що підвищують рівень ризику, і невизначені фактори.

Для ІКАО та ІАТА:

– настійно рекомендувати державам і експлуатантам, які мають відповідну інформацію про наявність загроз в межах будь-якого іноземного повітряного простору, своєчасно повідомляти її іншим сторонам, зацікавленим в ній з точки зору безпеки польотів повітряних суден. Забезпечити, щоб відповідні пункти в Додатках ІКАО, пов'язаних з даною проблемою, були розгорнуті і стали більш жорсткими.

– крім уже вжитих заходів, таких як веб-сайт (сховище даних ІКАО про зони конфліктів) з повідомленнями про зони конфліктів, необхідно ініціювати створення платформи для обміну досвідом і кращими практиками, пов'язаними з оцінкою ризиків при польотах над зонами конфліктів.

Для держав (держав експлуатанта):

– забезпечити включення в національні нормативні положення вимоги, що передбачає проведення експлуатантами оцінки факторів ризику, пов'язаних з прольотом над зонами конфліктів. Відповідно до пропозицій, підготовлених Робочою групою ІКАО з питань загроз і ризиків, в ці оцінки ризику необхідно включити чинники, що підвищують рівень ризику, і невизначені фактори [9, с. viii-ix].

Досить неоднозначним, на нашу думку, є практичне застосування веб-сховища інформації ІКАО про зони конфліктів (CZIR), функціонування якого викликало негативну реакцію 17 держав-членів організації. Більш практичною є пропозиція, підготована США, яка передбачає (згідно з правилом 17а розділу III документа 7559/10 «Правил процедури Ради») формування технічного комітету Ради з кібербезпеки та відмовостійкості.

Таким чином, здійснюючи свій суверенітет, кожна держава має право дозволяти або забороняти польоти на її територію, а також контролювати всі переміщення на цій території. В історичному контексті приклад договірного міжнародно-правового обмеження суверенітету держави над її повітряним простором знаходимо у положеннях Версальського мирного договору 1919 р. На цей безперечний факт звертає увагу В. Е. Грабарь, зазначаючи, що ст. 313–314 Договору встановлюють для держав-переможниць повну свободу польотів для їх приватних повітряних суден над територією і територіальними водами Німеччини включно з правом транзитного польоту через її повітряний простір. Такі «привілеї» проіснували до другої половини 20-х років [10, с. 54]. Однією із сучасних міжнародно-правових моделей обмеження суверенітету держави над її повітряним простором є, зокрема, застосування режиму «безпольотних зон», введення якого РБ ООН у сучасних умовах, як підкреслює В. С. Волостних, є вагомим інструментом забезпечення миру та міжнародної безпеки. При цьому наявність загрози та ступінь небезпеки визначається винятково РБ ООН [11, с. 108].

Першим кроком на шляху практичного формування міжнародно-правової моделі обмеження прав держав у суверенному повітряному просторі стала, на наш погляд, Резолюція 670(1990) від 25.09.1990 р., прийнята РБ ООН у відповідь на агресію Ірану проти Кувейту. Зокрема, пп. 2–7 Резолюції визначали, що 1) усі держави, незалежно від будь-яких прав та зобов'язань, накладених в силу міжнародної угоди (включно з Чиказькою конвенцією 1944 р. – прим. О. Г.), не дозволяють жодному повітряному судну, незалежно від його реєстрації, злітати з їх території, якщо це повітряне судно буде перевозити будь-які вантажі (за винятком гуманітарних вантажів, визначених Комітетом РБ ООН) в Ірак або Кувейт, 2) держави не дозволяють жодному повітряному судну, пункт призначення якого знаходиться в Іраку або Кувейті, незалежно від його реєстрації, пролітати над їх територією (за винятком обов'язкової посадки для перевірки вантажу або ж якщо цей політ схвалено Комітетом РБ ООН) [12].

У подальшому практика встановлення режиму закритого неба (Non-Fly Zone) була продовжена. Так, 14.09.1992 р. під час війни на території колишньої Югославії Рада Безпеки ООН (РБ ООН) ухвалила Резолюцію № 781, якою ввела заборону на польоти воєнного характеру на території Боснії та Герцеговини, за винятком польотів Сил ООН з охорони та інших польотів, спрямованих на підтримку операцій ООН, в тому числі з надання гуманітарної допомоги [13]. НАТО відстежувала дотримання режиму «закритого неба» в рамках операції «Скай монітор», але не вживала заходів

проти порушників, хоча було нараховано понад 500 несанкціонованих польотів [14, с. 19–20].

У відповідь на ці порушення 31.03.1993 р. РБ ООН ухвалила Резолюцію № 816, відповідно до якої у квітні 1993 р., завершивши операцію «Скай монітор», НАТО розпочала операцію «Денай флайт». У ході останньої відбувалось забезпечення безпосередньої авіаційної підтримки військ ООН в Боснії і Герцеговині та завдання повітряних ударів по цілях у Боснії і Герцеговині [14, с. 20].

На початку громадянської війни у Лівії Рада Безпеки ООН ухвалила Резолюцію № 1973 від 19.03.2011 р., якою санкціоновані будь-які дії щодо захисту мирних жителів і населених ними територій, за винятком введення окупаційних військ, і встановлена заборона на всі польоти в повітряному просторі Лівії. Заборона не поширювалась на польоти в гуманітарних цілях, такі як доставка або сприяння доставці допомоги, в тому числі медикаментів, продовольства, гуманітарного персоналу і пов'язаної з ними допомоги, або евакуація іноземних громадян з Лівії, а також інші польоти в цілях захисту цивільного населення. Резолюція діяла до 27.10.2011 р., коли було ухвалено Резолюцію № 2016, яка скасувала режим «безпольотної зони».

Отже, нині принцип повного і виняткового суверенітету, який уперше був закріплений Паризькою конвенцією 1919 р. і у подальшому кодифікований у Чиказькій конвенції 1944 р., є загальновизнаним і базовим щодо визначення режиму використання цивільною авіацією суверенного повітряного простору. Водночас все частіше в міжнародно-правовій практиці обмеження використання суверенного повітряного простору шляхом введення державами зон (постійних або тимчасових), заборонених для польотів повітряних суден, – попри збалансованість положень, насамперед, ст. 9 Чиказької конвенції – суттєво впливає на безпеку польотів цивільної авіації.

У цьому відношенні вельми збалансованою, на нашу думку, є позиція фахівців у галузі повітряного права у зв'язку з деякими висновками, зробленими у 2015 р. Нідерландською радою з безпеки стосовно недостатньої активності ІКАО у справі МН-17. Зокрема, стверджується, що польоти іноземних цивільних повітряних суден здійснюються у повітряному просторі держави, яка має над ним абсолютний суверенітет. Саме цей факт визначає рекомендаційний характер більшості документів ІКАО стосовно обмеження чи заборони перельоту іноземного цивільного повітряного судна через суверенний повітряний простір держави. Відповідальність держави, на території якої має місце збройний конфлікт, за безпеку польотів іноземних цивільних повітряних суден над зоною такого конфлікту залежить від ступеню імплементації рекомендацій ІКАО у національне законодавство держави, а також від точності їх виконання [15, с. 9].

Безумовно, сучасною новацією, яка у цій сфері міжнародно-правового регулювання отримала неодноразове застосування в діяльності ООН, стала практика введення РБ ООН, насамперед, «безпольотних зон», яка фактично частково обмежує повний і винятковий суверенітет держави над повітряним простором, що знаходиться над її територією. Таким чином, деякою мірою своє практичне втілення знаходить концепція відомого дослідника міжнародного повітряного права І. С. Перетерського, який ще в 20-і роки минулого століття стверджував, що попри те, що, починаючи з Паризької конвенції 1919 р., суверенітет держави є юридичною підставою для усіх заходів, які вживаються державами стосовно повітряного руху в її суверенному повітряному просторі, загальної концепції суверенітету держави над повітряним простором не вироблено, і існує, щонайменше, два підходи: теорія необмеженого суверенітету і теорія обмеженого суверенітету [16, с. 17–18].

Підсумовуючи, можна зробити висновок, що, на превеликий жаль, зростання кількості військових конфліктів, включаючи трагічні події в Україні, потребує розробки нових сучасних підходів до вирішення теоретичних і практичних питань режиму заборонених для польотів зон, а також безпольотних зон в суверенному повітряному просторі як на міжнародному, так і на державному рівнях. Питання міжнародно-правового режиму «закритого неба» слід, на думку автора, розглядати в рамках права міжнародної безпеки, оскільки це обмеження суверенітету держави над повітряним простором, що розташований над її територією, регламентує використання суверенного повітряного простору військовою авіацією.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенция о регулировании воздушных передвижений, подписанная в Париже 13 октября 1919 года. URL: http://docs.cntd.ru/document/901976800
2. Конвенція про міжнародну цивільну авіацію 1944 р. *Офіційний веб-сайт Верховної Ради України.* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_038
3. Повітряний кодекс України № 3393-VI від 19.05.2011 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 48–49. Ст. 536. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3393-17
4. Про затвердження Положення про використання повітряного простору України. Постанова КМУ № 954 від 06.12.2017. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/954-2017-п
5. Повітряний простір України закрито. 24.02.2022 Украерорух. URL: https://jurliga.ligazakon.net/news/209650_povtryaniy-prostr-ukrani-zakrito-ukraerorukh
6. Небо відкрите: влада заперечує закриття повітряного простору. 13.03.2022. URL: https://www.unian.ua/economics/transport/nebo-vidkrite-vlada-zaperechuye-zakrittya-povitryanogo-prostoru-ukrajini-novini-ukrajina-11702560.html
7. Правила использования воздушного пространства Республики Беларусь. URL: http://ais.mil.by/normativ/doc/1471.pdf
8. Руководство по мерам безопасности, принимаемым в связи с военной деятельностью, потенциально опасной для производства полетов гражданских воздушных судов. ICAO Doc 9554-AN/932. URL: http://dspk.cs.gkovd.ru/library/data/9554_cons_ru_1.pdf
9. Руководство по оценке факторов риска для полетов гражданских воздушных судов над зонами конфликтов или вблизи их. Doc 10084. ИКАО. URL: https://elibrary.icao.int/reader/229760/&returnUrl%3DaHR0cHM6Ly9lbGlicmFyeS5pY2FvLmludC9leHBsb3JlO3NlYXJjaFRleHQ9RG9jJTIwMTAwODQ7bWFpblNlYXJjaD0xO3RoZW1lTmFtZT1CbHVlLVRoZW1l?productType=eBook
10. Грабарь В. Э. История воздушного права. *Вопросы воздушного права*: сборник трудов секции воздушного права Союза АВИАХИМ ССР и АВИАХИМ РСФСР. 1927. Вып. 1. С. 39–56.
11. Волостных В. С. Правовое положение мер ограничения полетов в воздушном пространстве государства, принимаемых в связи с военной деятельностью. С. 107–112. URL: https://library.bntu.by/sites/default/files/novye-postupleniya/perspektivy-razvitiya-transportnogo-kompleksa.pdf
12. Резолюция СБ ООН 670(1990). 25.09.1990. URL: http://undoc5.org./ru/Res/670(1990)
13. United Nations Security Council Resolution 781, on the situation in Bosnia and Herzehovina. *United Nations Security Council*. 1992. S/RES/781. 2 p.
14. Beale M. Bombs over Bosnia: The Role of Airpower in Bosnia-Herzegovina. Maxwell Air Force Base, Montgomery: Air University Press. 1997. 76 p.
15. Павлова Л. В. Роль ИКАО в обеспечении безопасности полетов гражданских воздушных судов в ситуации вооруженного конфликта на территории государства. *Журнал международного права и международных отношений.* 2016. № 3–4 (78–79). С. 3–9.
16. Перетерский И. С. Воздушное право. Изд. 2-е, исправленное и дополненное. *Вестник воздушного флота*. Москва, 1923. 143 с.

UDC 341.231.14
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/108

FREEDOM OF MOVEMENT: CHALLENGES OF COVID-19

СВОБОДА ПЕРЕСУВАННЯ: ВИКЛИКИ COVID-19

Zavhorodnia V., PhD in Law, Assistant Professor,
Head of the Department of International, European and Comparative Law
Sumy State University

Slavko A., PhD in Law,
Teaching Assistant at the Department of International,
European and Comparative Law
Sumy State University

Cherniavskyi A., PhD in Law,
Assistant Professor at the Department of International,
European and Comparative Law
Sumy State University

The paper deals with an analysis of the concept of «freedom of movement» and the development of criteria for assessing the proportionality of restrictions on the freedom of movement during the pandemic. In the COVID-19 pandemic, the most challenged are the right to life, the right to health and access to health care, and freedom of movement. It is established that the proper realization of fundamental and inalienable human and civil rights and freedoms, such as the right to freedom of movement, is one of the most important guarantees of individual freedom, a necessary condition for person`s cultural, spiritual and physical development. It requires appropriate and effective mechanisms of ensuring, lying in the plane of justice and good governance. Of course, under martial law, freedom of movement is already subject to new restrictions (for example, curfew, ban on conscripts leaving Ukraine, etc.), and quarantine restrictions have somewhat lost their relevance for Ukraine. At the same time, in some states, quarantine restrictions remain. The paper presents a brief study of approaches to restricting the right to freedom of movement under the legislation of the United States of America and the European Union. Based on the European Court of Human Rights case law analysis, the criteria for determining the proportionality of restrictions on the right to freedom of movement have been formulated. In particular, the extent of restrictions on the right to freedom of movement during a pandemic should be based on: 1) the severity of the disease; 2) the risks of infection by contact; 3) the effectiveness of therapy for the disease; 4) existence of alternative measures to curb the development of the disease (for example, the vaccination); 5) duration of restrictions. The severity of the disease, its high «contagiousness», the lack of effective therapy and alternative ways of containment are the arguments in favour of establishing restrictions on freedom of movement, and the considerable duration of their effect – in favour of easing such restrictions.

Key words: freedom (liberty) of movement, pandemic, restriction of rights, international legal guarantees, European Court of Human Rights, proportionality.

У статті проаналізовано поняття «свобода пересування» та розроблено критерії оцінки пропорційності обмежень свободи пересування під час пандемії. Під час пандемії COVID-19 найбільш загроженими є право на життя, право на здоров'я та доступ до медичної допомоги та свободу пересування. Встановлено, що належна реалізація основних і невід'ємних прав і свобод людини і громадянина, таких як право на свободу пересування, є однією з найважливіших гарантій свободи особистості, необхідною умовою культурного, духовного та фізичного розвитку людини. Для цього потрібні відповідні та ефективні механізми забезпечення, що лежать у площині справедливості та належного управління. Звичайно, в умовах воєнного стану на свободу пересування вже накладено нові обмеження (наприклад, комендантська година, заборона на виїзд чоловіків призовного віку з України тощо), а карантинні обмеження дещо втратили свою актуальність для України. При цьому в деяких державах все ще зберігаються карантинні обмеження. Також варто враховувати, що у майбутньому можуть виникнути нові пандемії чи інші явища схожого характеру, тому важливо заздалегідь розробити інструменти для оцінки пропорційності можливих обмежень свободи пересування. У цій роботі представлено коротке дослідження підходів до обмеження права на свободу пересування за законодавством Сполучених Штатів Америки та Європейського Союзу. На основі аналізу практики Європейського суду з прав людини сформульовано критерії визначення пропорційності обмежень права на свободу пересування. Зокрема, міра обмежень права на свободу пересування під час пандемії має ґрунтуватися на: 1) тяжкості захворювання; 2) ризиках зараження шляхом безпосереднього контакту; 3) ефективності терапії захворювання; 4) наявності альтернативних заходів для стримування розвитку захворювання (наприклад, вакцинація); 5) тривалості дії таких обмежень. Тяжкість захворювання, його висока «заразність», відсутність ефективної терапії та альтернативних шляхів стримування свідчать на користь встановлення обмежень свободи пересування, а значна тривалість їх дії – на користь пом'якшення таких обмежень.

Ключові слова: свобода пересування, пандемія, обмеження прав, міжнародно-правові гарантії, Європейський суд з прав людини, пропорційність.

Introduction. Freedom (liberty) of movement is one of the basic human rights, which serves as a basis for the realization of a number of other rights and freedoms. The right to freedom of movement is guaranteed, for example, by Article 12 of the ICCPR, according to which everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence [1]. In General Comment 27, the Human Rights Committee emphasized that liberty of movement is an indispensable condition for the free development of a person. It interacts with several other rights enshrined in the Covenant, as is often shown by the Committee's practice in considering reports from States parties and communications from individuals [2]. The right to freedom of movement is also guaranteed by the law of the Council of Europe, in particular Article 2 of Protocol 4 to the European Convention on Human Rights. It provides that everyone lawfully within the territory of any State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence. Also, everyone is free to leave any country, including their own [3]. Similarly, the right to freedom of movement is one of the basic rights guaranteed by the primary law of the European Union.

Revealing the meaning of the right to freedom of movement, researchers emphasize that it is often understood as the right to enter a particular state [4]. However, in order to exercise your right to enter, you must first have the right to leave (emigrate). «The right to enter the country is only half the story; in fact,

it does not even come into force if the previous right to leave one's country is not respected» [5].

It is well known that over the last two years, freedom of movement has faced a number of challenges related to pandemics and quarantine restrictions. For example, according to the UN, in the current COVID-19 pandemic, the most challenged were three rights:

1) the right to life and the duty to protect life;
2) the right to health and access to medical care;
3) freedom of movement [6].

Given that the exercise of freedom of peaceful assembly, the right to employment, the right to education, the freedom of entrepreneurial activity usually depends in one way or another on cyclical movements in space, restrictions on freedom of movement directly lead to interference with relevant rights. Therefore, given the «domino effect», which affects the exercise of human rights and freedoms restriction of the right to freedom of movement, we believe that any interference with such a right, even under quarantine restrictions, should be appropriate and proportionate, and to be conditioned by national needs. This paper deals with determining the proportionality and adequacy of restrictions on the right to freedom of movement.

Theoretical Background. The right to freedom of movement cannot be called a little-studied topic. Thus, there is a fairly rich judicial and administrative practice and a number of scientific studies aimed at studying the national characteristics of the content of this right [7], as well as the analysis of international legal guarantees for the exercise of such a right [4; 5]. However, it is seen that, firstly, the challenges to freedom of movement are a complex issue that raises not only legal but also social, political and security aspects, which are usually given little attention in the relevant literature. Secondly, given the relatively rare cases of large-scale restrictions on the right to freedom of movement for public health reasons, the experience of quarantine restrictions over the past two years requires detailed reflection and discussion to identify the most successful models for balancing rights.

Argument of the paper. According to researchers, the importance of the fundamental right to free movement becomes clear only when a person is actually faced with a potential restriction of the right … Interference with rights, including the right to freedom of movement, cannot be arbitrary. For example, in the United States, when the government restricts the law, the courts must exercise serious scrutiny when reviewing the law, which is potentially contrary to fundamental rights. To pass control, the law must meet two requirements: first, it must be justified by a convincing and legitimate state interest, and secondly, it must be narrowly aimed at achieving this interest [7].

A slightly different approach to determining the conditions for interfering with the right to freedom of movement has been developed in the European Union. Thus, in accordance with EU Council Recommendation 2020/1475 of 13 October 2020 on a coordinated approach to the restriction of free movement in response to the COVID-19 pandemic, as the COVID-19 pandemic has caused an unprecedented health emergency, the protection of public health has become an overriding priority for both the Union and its Member States. On the basis of the protection of public health, Member States may take measures that restrict the free movement of persons within the Union) [8]. In general, this document was intended to help strike a fair balance between the right to medical care (and, indirectly, to life) and the right to freedom of movement. The EU Council sets out two basic rules for interfering with freedom of movement in a pandemic: when adopting and applying restrictions to free movement, Member States should respect principles of EU law, in particular proportionality and non-discrimination. Therefore, it seems that proportionality and non-discrimination are the cornerstones on which the system of restriction of rights and freedoms in the EU is built.

The UN also demonstrates its own approach to restricting the right to freedom of movement. As noted in the above-mentioned General Comment 27 of the UN Human Rights Committee, the permissible restrictions that may be imposed on the rights protected by Article 12 of the ICCPR should not nullify the principle of freedom of movement and are determined by the requirement of Article 12, paragraph 3, and also the need to harmonize with other rights recognized by the Covenant [2].

However, the most interesting in this context is the Council of Europe's approach to defining the main criteria for interfering with the right to freedom of movement. It is worth noting that to fight against the pandemic, ten member states of the Council of Europe submitted applications for derogations, in which they notified a temporary waiver of their obligations under certain articles of the Convention and protocols. Restrictions on the right to freedom of movement were declared, in particular, by Romania (Note Verbale Nr. 498) [9], Moldova (Letter JJ9016C) [10], Northern Macedonia (Note verbale JJ9021C) [11], Latvia (Note verbale JJ9012C) [12], Georgia (Note verbale JJ9018C) [13], Estonia (Note verbale JJ9017C) [14], Armenia (Letter JJ9015C) [15] and Albania (Note verbale JJ9020C) [16]. But keep in mind that «beyond the requirement of notification, the implementation of derogatory measures needs to meet certain substantive criteria:

- first, states cannot derogate to non-derogable rights;
- second, and concerning other rights, Article 15 of the ECHR states that derogating measures must be 'strictly required by the exigencies of the situation' and 'not inconsistent with its other obligations under international law' [17].

Therefore, for the ten mentioned states, the degree of interference with freedom of movement should be determined by the seriousness of the situation and the conflict with other international legal obligations. However, the other 37 member states of the Council of Europe did not declare a derogation, so in these countries restrictions on freedom of movement took place according to the general rules established by the established case-law of the European Court of Human Rights.

At the Council of Europe level, the ECtHR has formulated basic approaches to restricting the right to freedom of movement. For example, in the case of Khlyustov v. Russia, the Court has stated that Article 2 of Protocol No. 4 to the Convention guarantees any person the right to freedom of movement, including the right to leave any country for such a country at the choice of the person to whom he may be admitted. Any measure restricting this right must be «in accordance with the law», pursue one or more of the legitimate aims set out in the third paragraph of the same article, and «be necessary in a democratic society» (§ 64) [18].

Therefore, restrictions on freedom of movement are possible in case when they:

1) provided by law; and
2) are necessary in a democratic society; and
3) carried out in the interests of:

- national or public security;
- to ensure public order;
- to prevent crimes;
- for protection of health or morals;
- in order to protect the rights and freedoms of others.

The Court reiterates its settled case-law, according to which the expression "in accordance with law" not only requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the persons concerned and foreseeable as to its effects (for example, de Tommaso v. Italy, § 106) [19]. Herewith, the legislature's margin in principle extends both to decision to intervene in

the subject area and, once having intervened, to the detailed rules it lays down in order to achieve a balance between the competing public and private interests. However, this does not mean that the solutions reached by the legislature are beyond the scrutiny of the Court. It falls to the Court to examine carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices (§ 38) [20].

The ECtHR's practice of restricting the right to freedom of movement in connection with the protection of public health does not appear to be very extensive. However, in the case of Enhorn v. Sweden, concerning the right to liberty and security of person, the Court found that the essential criteria when assessing the "lawfulness" of the detention of a person "for the prevention of the spreading of infectious diseases" are whether the spreading of the infectious disease is dangerous to public health or safety, and whether detention of the person infected is the last resort in order to prevent the spreading of the disease, because less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the public interest (§ 44) [21]. In view of the above mentioned, it seems clear that the control of SARS-CoV-2, especially in the first period after its detection, can be considered «protection of health or moral».

Thus, in our view, the most problematic aspect of assessing the extent to which a restriction on the right to freedom of movement is lawful and does not constitute a violation of the law is to determine the proportionality of the restriction («necessity in a democratic society»). The proportionality of the restriction is assessed in view of the individual circumstances of the person whose right is restricted, the availability of alternative ways to achieve a legitimate goal, the possibility or impossibility of periodic review of the restriction applied to the person, its rigidity, duration and so on.

Given the recent case law of the European Court of Human Rights on the restriction of the right to freedom of movement in a pandemic, we propose our own list of criteria on the basis of which the proportionality of the restriction of the right to freedom of movement in a pandemic should be assessed. In this case, in our opinion, should be taken into account:

- The severity of the disease. By this criterion, we propose to understand the health consequences of such a disease (for example, the onset of disability or other serious damage to human health) and its mortality (i.e. the percentage of infected persons who died as a result of the disease);
- The ability of the disease to cause infection by contact. In this case, it is necessary to take into account the mode of transmission of the disease (for example, airborne or in contact with human blood, or physical contact, etc.), the length of the incubation period during which a person can already spread the virus but not experience its symptoms, and therefore to continue the social activity and the number of virus particles that are needed to cause infection;
- Availability of effective therapy for the disease. It is worth noting that diseases for which there is already a proven special therapy that does not require significant time / money, seem less dangerous than the rest. Instead, if specialized therapy has not yet been developed, or is very expensive and time-consuming, or does not guarantee a positive outcome, then the disease carries significant risks in spreading;
- Existence of alternative measures to curb the development of the disease. Among such means, in particular, it is worth mentioning the presence of developed vaccines. If there are vaccines against the disease, the effectiveness of which has been proven, and vaccinations cover a relatively large proportion of the population – then such measures seem more acceptable than the permanent restriction of freedom of movement. It is also important to set up operational mechanisms for testing and tracking the contacts of patients;
- Duration of restrictions. In this respect, it is important to note that over time, other criteria lose their relevance and need to be revised. Restrictions on the right to freedom of movement should not last as long as desired without reviewing and reassessing the conditions that led to it. The longer the restriction of the right, the more serious the grounds must be.

Conclusions. Thus, given the proposed list of criteria, we can assess the justification for restricting the right to freedom of movement in the current pandemic. First, it should be noted that the disease caused by SARS-CoV-2 is quite serious – its average mortality in 2020 was about 2 %, and the health consequences of the disease are quite severe: patients still experience shortness of breath for a long time, get tired quickly, there is a decrease in cognitive function. The disease is highly contagious, transmitted by airborne droplets, sometimes causing infection even after a short conversation or a few minutes with the patient in the same room, and is characterized by a long incubation period during which the person is a spreader of the virus but does not experience symptoms. However, there is still no effective specialized therapy for the disease, and treatment in severe cases is long and requires specialized medical equipment.

Until the end of 2020, there were no vaccines with proven efficacy, but at the end of 2020, the completion of tests for several such vaccines was announced. As of mid-2021, large-scale vaccination campaigns have been launched in many countries around the world, creating alternatives to lockdowns and strict quarantine restrictions. In addition, restrictions on freedom of movement are already quite long in time, indicating that they need to be reviewed and relaxed.

In summary, most of the criteria we have developed indicate that the restrictions on freedom of movement imposed in connection with the pandemic were proportionate at the time they were implemented. However, as of mid-2021, they need to be reviewed and should be weakened. The dynamic development of the pandemic situation, the creation of new and testing of old vaccines, the identification of new strains of the virus indicate that quarantine restrictions, in particular those relating to freedom of movement, must be tested for compliance with the law, legitimacy and proportionality. We believe that this opens broad prospects for further research and studies.

REFERENCES

1. International Covenant on Civil and Political Rights, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966. United Nations Human Rights. URL: https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx
2. CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement), adopted at the Sixty-seventh session of the Human Rights Committee, on 2 November 1999. Refworld. URL: https://www.refworld.org/pdfid/45139c394.pdf
3. European Convention on Human Rights. European Court of Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf
4. Hosein A. (2013) Immigration and freedom of movement. *Ethics & Global Politics*. Vol. 6, No. 1, 25–37.
5. Mcadam J. (2011). An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty. *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 1, 1–30.
6. United Nations (2020) COVID-19 and Human Rights. We are all in this together. United Nations. URL: https://www.un.org/victimsofterrorism/sites/www.un.org.victimsofterrorism/files/un_-_human_rights_and_covid_april_2020.pdf

7. Wilhelm K. E. (2010) Freedom of Movement at a Standstill? Toward the Establishment of a Fundamental Right to Intrastate Travel. *Boston University Law Review*, Vol. 90, 2461–2497.
8. Council Recommendation (EU) 2020/1475 of 13 October 2020 on a coordinated approach to the restriction of free movement in response to the COVID-19 pandemic. EUR-Lex. Access to European Union law. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020H1475
9. Note Verbale No. 498 dated 18 March 2020 of Romania. Council of Europe. URL: https://rm.coe.int/16809cee30
10. Letter JJ9016C dated 20 March 2020 of Moldova. Council of Europe. URL: https://rm.coe.int/16809cf9a2
11. Note verbale JJ9021C dated 2 April 2020 of North Macedonia. Council of Europe. URL: https://rm.coe.int/16809e1288
12. Note verbale JJ9012C dated 16 March 2020 of Latvia. Council of Europe. URL: https://rm.coe.int/16809ce9f2
13. Note verbale JJ9018C dated 23 March 2020 of Georgia. Council of Europe. URL: https://rm.coe.int/16809cff20
14. Note verbale JJ9017C dated 20 March 2020 of Estonia. Council of Europe. URL: https://rm.coe.int/16809cfa87
15. Letter JJ9015C dated 20 March 2020 of Armenia. Council of Europe. URL: https://rm.coe.int/16809cf885
16. Note verbale JJ9020C dated 1 April 2020 of Albania. Council of Europe. URL: https://rm.coe.int/16809e0fe5
17. Lebret A. (2020) COVID-19 pandemic and derogation to human rights. *Journal of Law and the Biosciences*, Vol. 7, Is. 1, 1–15.
18. Case of Khlyustov v. Russia, 11 July 2013. European Court Human Rights HUDOC. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122186
19. Case of de Tommaso v. Italy, 23 February 2017. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-171804
20. Case of Garib v. The Netherlands, 6 November 2017. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177406
21. Case of Enhorn v. Sweden, 25 January 2005. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68077

УДК 341.96
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/109

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРІВ В ЗАКОНОДАВСТВІ ІТАЛІЇ

SOME ASPECTS OF CONTRACT LEGAL REGULATION UNDER THE ITALIAN LAW

Подоляк С.А., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри інформаційного, господарського
та адміністративного права
Національний технічний університет України
«Київський політехнічний інститут ім. Ігоря Сікорського»

Стаття присвячена деяким питанням правового регулювання договорів в законодавстві Італії.

Отримання Україною статусу кандидата на членство в Європейському Союзі, вимагає не тільки гармонізації законодавства України із міжнародними правовими нормами та адаптації до правового надбання Європейського Союзу, а й розуміння та знання представниками бізнесу договірного законодавства зарубіжних країн, в тому числі й для побудови ефективних бізнес моделей. З цієї точки зору цікавим уявляється правове регулювання договорів у сучасному італійському законодавстві. Сучасне італійське законодавство у питанні регулювання договірних відносин оперує Цивільним кодексом Італії. При цьому в італійському законодавстві виокремлюють різновиди договорів для правового регулювання яких використовуються тільки загальні норми Цивільного кодексу Італії, а для яких – спеціальні норми Цивільного кодексу Італії. Окремо визначають ще одну групу договорів – це договори, які регулюються загальними нормами Цивільного кодексу Італії, а у певних випадках й міжнародними конвенціями щодо певних видів договорів, які є частиною національного італійського законодавства. Італійське договірне право спрямоване на захист слабкішого контрагента, який займає боргову позицію або має менше досвіду.

Проведене дослідження порядку укладання договорів продажу товарів сторони договору, підприємства яких знаходяться в різних країнах, зобов'язані перш за все враховувати критерії, сформульовані у Вступних положеннях до Цивільного кодексу Італії; визначення законодавства країни, за яким має укладатися договір й також вибору місця розгляду судових спорів, яке згідно з Цивільним процесуальним кодексом Італії має відповідати нормам ЄС: сторони договору мають право вирішення спору у суді іншої країни лише у випадку, якщо одна з сторін не є громадянином Італії та не має Італію місцем постійного проживання.

Заслуговує на увагу також підхід італійського законодавця до порушення зобов'язань щодо виконання договору, визначення істотних умов договору, а також підстав нікчемності та оспорюваності договору.

Ключові слова: правове регулювання договору, італійське договірне право, укладення договору, істотні умови договору, недійсність договору.

The article is devoted to the issue of legal regulation of contracts in Italian legislation. Obtaining by Ukraine the status of a candidate for EU membership requires not only harmonization of Ukrainian legislation with international legal norms and adaptation to the legal acquisition of the EU, but also the understanding and knowledge of the contractual legislation of foreign countries by business representatives, that will allow them to construct the effective business models. From this point of view, the legal regulation of contracts in Italian legislation is interesting. Modern Italian legislation on the regulation of contractual relations is governed by the Italian Civil Code. At the same time, the Italian legislation distinguishes types of contracts for the legal regulation of which only the general norms of the Italian Civil Code are used, and for which the special norms of the Italian Civil Code are used. Another group of contracts is defined separately – these are contracts that are regulated by the general norms of the Italian Civil Code and in certain cases by international conventions. Italian contract law aims to protect the "weaker" counterparty, which is in a debt position or has less experience. Conducted research on the procedure for concluding contracts for the sale of goods, the parties of the contract, whose enterprises are located in different countries, must first of all take into account the criteria formulated in the Introductory Provisions to the Italian Civil Code; determination of the legislation of the country under which the contract must be concluded and also the choice of the place of litigation, which according to the Italian Civil Procedure Code must comply with EU norms: the parties of the contract have the right to resolve the dispute in the court of another country only if one of the parties is not a citizen of Italy and does not have Italy as a permanent residence.

Also, the approach of the Italian legislator to the violation of obligations regarding the performance of the contract, the determination of the essential terms of the contract, as well as the grounds for the nullity and contestability of the contract are worth of attention.

Key words: contract legal regulation, Italian contract law, signing a contract, essential term of a contract, invalidity of contract.

Постановка проблеми. Обраний Україною шлях інтеграції до Європейського Союзу, а також недавнє отримання нею статусу кандидата на членство в ЄС, вимагає не тільки гармонізації законодавства України із міжнародними правовими нормами та адаптації до правового надбання ЄС, але й розуміння та знання представниками бізнеса договірного законодавства зарубіжних країн, в тому числі й для побудови ефективних бізнес моделей.

Мета статті полягає в дослідженні правового регулювання договорів в національному законодавстві Італії.

Виклад основного матеріалу. Сучасне італійське законодавство у питанні регулювання договірних відносин оперує Цивільним кодексом Італії. Зазначений Кодекс був затверджений Королівським декретом № 262 від 16.03.1942 року [1]. Цивільний кодекс Італії складається з шести книг, кожна з яких поділена на відповідні глави: 1 – особи та родини, 2 – спадкоємці, 3 – право власності, 4 – зобов'язання, 5 – праця, 6 – захист прав. Наприкінці зазначені фінальні та перехідні положення.

Книга четверта Цивільного кодексу Італії містить:

– загальні положення, які стосуються всіх видів зобов'язань: як договірних, так й недоговірних зобов'язань;

– загальні принципи правового регулювання договорів;

– види договорів та недоговірних зобов'язань (одностороння обіцянка, безпідставне збагачення та делікти тощо)

Загальні норми гл. 2 кн. 4 Цивільного кодексу Італії [1] регулюють наступні питання: реквізити договору, угода сторін, узгодження, форма договору, договірні умови, тлумачення договорів, представництво, передача прав, договори на користь третьої особи-бенефіціара, недійсність та недійсний договір, вади волевиявлення, розірвання, припинення, засоби захисту прав.

Спеціальні норми гл. 3 кн. 4 Цивільного кодексу Італії [1] регулюють наступні види договорів: продажу, міни, договір поставки, оренди, договір перевезення, доручення, агентський договір, брокерський, депозитні дого-

вори, договори займу, банківські договори, ануїтет, страхування, поручительство, відносини у сфері азартних ігор та парі, розрахунки та мирові угоди, переведення боргу.

В італійському законодавстві можна виділити ще одну групу договорів – це договори, які регулюються як загальними нормами Цивільного кодексу Італії, так, у певних випадках, й міжнародними конвенціями щодо певних видів договорів, які є частиною національного італійського законодавства. Як приклад можна навести дистриб'юторські договори, договори франчайзингу та інжинірингу.

При укладанні договорів продажу товарів сторони договору, підприємства яких знаходяться в різних країнах, зобов'язані перш за все враховувати критерії, сформульовані у Вступних положеннях до Цивільного кодексу Італії (ст. 25) для визначення законодавства країни, за яким має укладатися договір:

– громадянство сторін;
– місце укладання договору;
– умови договору.

За першим критерієм, у випадку, якщо сторонами договору є громадяни однієї країни, він має укладатися за законами цієї країни.

За другим критерієм, у випадку, якщо сторонами договору є громадяни різних країн, то вони мають право обирати за законами якої країни буде укладений договір. При цьому головним виключенням із цього правила є те, що сторони не мають права не виконувати обов'язкові положення італійського закону в наступних випадках: якщо в законодавстві обраної країни відсутні відповідні норми врегулювання даного виду спору між сторонами або якщо вони суперечать відповідним італійським нормам.

За третім критерієм, сторони не мають права укладати договір (або конкретну його умову) у випадку, якщо його примусове виконання порушує принципи італійського публічного порядку.

Вибір місця розгляду судових спорів Цивільного процесуального кодексу Італії (ст. 2) [2] відповідає нормам ЄС: сторони договору мають право вирішення спору у суді іншої країни лише в випадку, якщо одна зs сторін не є громадянином Італії та не має Італію місцем постійного проживання. Відповідно до статті 28 Цивільного процесуального кодексу Італії, сторони договору можуть обрати юрисдикцію суду, який буде розглядати судовий спір, окрім випадків, коли таке обрання в прямій формі заборонено або обмежене законом. Так, у спорах зі споживачами, спір повинен розглядатися лише за місцем проживання споживача. Якщо ж договір не містить положень щодо обраної юрисдикції, то позивач може обрати юрисдикцію керуючись певними критеріями, а саме юрисдикція за місцем проживання (для фізичної особи) або за місцем реєстрації відповідача (для компаній) або, як альтернатива, юрисдикція суду місця, де договірні зобов'язання повинні бути виконані (ст. 20 Цивільного процесуального кодексу Італії) [2].

Італійський Цивільний кодекс (ст. 1325) [1] формулює загальні принципи (істотні умови) договору:

1) угода сторін;
2) соціально-економічна основа договору;
3) предмет (мета), який повинен бути можливим, законним та визначеним;
4) форма договору, особливо в тих випадках, до яких закон висуває спеціальні вимоги.

У теорії сторони договору є вільними у виборі форми їх угоди. Але на практиці, ця свобода є обмежено. Цивільний кодекс Італії містить вимоги щодо обов'язковості письмової форми для таких договорів як створення та передача прав на об'єкт нерухомості, довгострокова оренда та певний перелік корпоративних документів. Крім того, існує обмеження щодо усної форми договору, яке залежить від ціни договору. Але є й певні виключення. Так, наприклад, якщо сторона стверджує, що договір існує, оперуючи певними письмовими документами, які походять від другої сторони, то це свідчить про укладення між сторонами письмового договору.

Якщо хоча б однієї з цих істотних умов немає, то договір вважається нікчемним та таким, що немає юридичної сили. Якщо ж договір було виконано сторонами або сторона виконала, то сторона, яка виконала свої зобов'язання за договором має право вимагати відповідної реституції (вимога про безпідставне збагачення, «quantum meruit» – справедлива винагорода за виконану роботу).

Тлумачення договорів базується на з'ясуванні добросовісних намірів сторін, беручи до уваги всі факти та обставини, що мають відношення, а також звичаї та практики. Згідно з італійським законом, застосовними критеріями є:

1) логічне тлумачення (статті договору тлумачаться в контексті);
2) поведінкове тлумачення (поведінка сторін до та після укладання договору);
3) консервативне тлумачення (статті договору повинні тлумачитись таким шляхом, щоб бути дієвими та мати наслідком дійсні та належні наміри сторін).

Двозначні (нечіткі) статті повинні тлумачитись відповідно до загальної практики та звичаїв місця або торгівлі. Додаткова інформація береться до уваги у разі необхідності.

Договір може бути припинено за взаємною згодою сторін або може бути припинено в односторонньому порядку, якщо це чітко визначено. Іншими підставами для припинення договору є:

1) розірвання;
2) суттєве порушення або суттєві обставини, що виникли, та роблять виконання договору неможливим;
3) якщо умови договору визначені як надмірно обтяжливі та несправедливі.

Італійське договірне право спрямоване на захист слабкішого контрагента, який займає боргову позицію або має менше досвіду. Наприклад, типові договори, в які сторона вносить зміни відповідно до диспозитивних норм Цивільного кодексу Італії, повинні обов'язково містити окремі положення зі згодою другої сторони на такі зміни. Такі положення включають зміни щодо обмеження відповідальності, припинення договору та права призупинити виконання, обмеження щодо права висувати заперечення, обмеження щодо відносин з третіми сторонами, автоматична новація та продовження строку дії договору, умови щодо арбітражу та вибору юрисдикції.

Окрему увагу в Цивільному кодексі Італії приділено акцептуванню оферти, яке відбувається не одночасно з її наданням. Оферта вважається акцептованою, коли оферент отримав акцепт у визначеному місці та у визначений спосіб. Зазвичай це місце ведення бізнесу оферента або його домівка, але оферент може висунути спеціальні вимоги для чинності акцепту. Важливим є те, що акцепт, який містить умови, які хоча б трішки відрізняються від умов, викладених в оферті, вважається вже зустрічною офертою. На додаток, договір вважається укладеним тоді, коли акцепт було отримано.

Цікавою є класифікація договорів в італійському праві, заснована на факті їх врегулювання у цивільному кодексі: так договори, які за структурою базуються повністю на нормах Цивільного кодексу Італії, називаються «типовими», але у той же час сторони можуть укладати й так звані «атипові» договори. В Україні, на відміну від Італії, застосовується інший термінологічний апарат, а саме «поіменовані» та «непоіменовані» договори. Крім того італійські договори також класифікуються як:

а) консенсуальні договори, тобто договори, які укладають шляхом простого обміну згодами (оприлюднення);
б) договори з зобов'язальними наслідками, тобто договори, які мають наслідком спеціальні обов'язкові відносини між сторонами;

в) договори з майновими наслідками, тобто договори, за якими відбувається перехід права власності на визначене майно або виникнення речового права.

Заслуговує на увагу також підхід італійського законодавця до порушення зобов'язань щодо виконання договору. Відповідно до ст. 1218 Цивільного кодексу Італії сторона, яка не виконує зобов'язань, відповідає за компенсаційні збитки, у випадку якщо вона не доведе, що невиконання або затримання були не за її вини. Згідно закону невиконанням зобов'язання також вважається дефектна робота або відмова розпочати роботу в відповідний час. Італійське законодавство відмовилось від штрафних санкцій щодо невиконання зобов'язань, а розмір збитків розраховує відповідно стану, в якому потерпіла сторона мала бути при повному виконанні договору. Відповідно до ст. 1223 Цивільного кодексу Італії втрати, які були результатом невиконання або затримки договору, складаються із прямих втрат, отриманих кредитором, та упущеної вигоди [1].

Також в Цивільному кодексі Італії у Книзі 4 в главі 11 «Про нікчемність договору» та главі 12 «Про оспорюваність договору» здійснено регламентацію недійності договорів. У статті 1418 Цивільного кодексу Італії [1] зазначено, що договір вважається нікчемним, якщо він протирічить імперативним нормам, виключаючи випадки, коли законом встановлено інше. Підставами для того, щоб договір вважався нікчемним є:

– відсутність одного з реквізитів, які зазначені в ст. 1325;
– неправомірність каузи;
– неправомірність мотивів у випадках, визначених ст. 1345;
– відсутність в договорі реквізитів, встановлених в ст. 1346;
– наявність випадків, визначених законом.

У гл. 12 Кн. 4 Цивільного кодексу Італії [1], зазначено, що договір вважається оспорюваним, якщо він або укладений особами, які мають нездатність, або які торкаються вад угоди.

Підставами, для того, щоб договір вважався оспорюваним є:

– укладення недієздатними або обмежено дієздатними, у тому числі неповнолітніми особами;
– укладення під впливом помилки;
– укладення під впливом насильства;
– укладення під впливом омани;
– укладення під загрозою реалізувати власне право.

Висновок. Отже, враховуючи наявність існування певних особливостей італійського законодавства щодо договірних відносин, можна стверджувати, що при укладанні комерційних договорів, які б регулювались італійським законодавством, знання особливостей такого законодавства є необхідним.

ЛІТЕРАТУРА

1. Italian Codice Civile. URL: https://www.codice-civile-online.it/ (дата звернення: 20.06.2022).
2. Codice di procedura civile. URL: https://www.filodiritto.com/codici/codice-di-procedura-civile (дата звернення: 20.06.2022).

УДК 341.231.14
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/110

СПЕЦИФІКА РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ДОСТАТНЄ ХАРЧУВАННЯ

THE SPECIFICS OF THE REALIZATION OF THE HUMAN RIGHT TO ADEQUATE FOOD

Прохазка Г.А., к. ю. н.,
асистент кафедри теоретико-правових дисциплін
Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена проблемам міжнародно-правового регулювання достатнього харчування в контексті забезпечення дотримання права людини на гідне існування. Запровадження права на достатнє харчування ознаменувало надзвичайно суттєві системі зрушення в політико-економічному житті цивілізації. З другою половиною XX століття пов'язаний етап відбудови світу у повоєнний період, визнання та переосмислення ідеї цінності людського життя, поступовий перехід до пріоритету інтересів людини над інтересами держави.

Дослідження права на достатнє харчування представляє певну складність в силу того, що дане право наближене до фундаментальних прав людини, зокрема воно розглядається у зв'язку із реалізацією людини свободи від голоду. Реалізація права на достатнє харчування стала можливою завдяки глобальній політико-економічній реформі світу. Внаслідок успішних економічних реформ, в значній частині світу, вдалося досягнути появі продуктових надлишків та більш справедливого розподілу виготовленої продукції з урахуванням основних потреб кожної людини. Формування стабільних економік дозволило розвити ідею забезпечення індивіду базового рівня забезпечення продовольчих потреб із постійним покращенням за рахунок політики держав та активної власної спроможності особи у доступі до необхідного продовольства. Таким чином, існуюча раніше думку, згідно якої кожна держава виділяє на людину такий обсяг продовольства, який вона економічно спроможна надати, поступово відходить у минуле. За відсутності такої здатності, кожна держава стає зобов'язаною звернутися за міжнародної допомогою, що у свою чергу передбачає запровадження системи внутрішньодержавних і міжнародних гарантій, включно із судовим захистом права на достатнє харчування. Право людини на харчування є багатокомпонентним правом, яке активно розвивається і підтримується міжнародним співтовариством.

Ключові слова: міжнародне право, право на достатнє харчування, права людини, міжнародне співтовариство, продовольча безпека.

The article is devoted to the problems of international legal regulation of adequate nutrition in the context of ensuring respect for the human right to a dignified existence. The introduction of the right to adequate food marked extremely significant changes in the political and economic life of civilization. The second half of the twentieth century is associated with the stage of world reconstruction in the postwar period, the recognition and rethinking of the idea of the value of human life, the gradual transition to the priority of human interests over the interests of the state.

The study of the right to adequate food is somewhat difficult due to the fact that this right is close to fundamental human rights, in particular, it is considered in connection with the realization of human freedom from hunger. The realization of the right to adequate food has become possible thanks to the global political and economic reform of the world. As a result of successful economic reforms, in much of the world, it has been possible to achieve the emergence of food surpluses and a fairer distribution of manufactured products, taking into account the basic needs of each person. The formation of stable economies has developed the idea of providing the individual with a basic level of food needs with continuous improvement through government policies and active personal capacity to access the necessary food. Thus, the preconceived notion that each state allocates to a person the amount of food that it is economically able to provide is gradually a thing of the past. In the absence of such a capacity, each state becomes obliged to seek international assistance, which in turn provides for the introduction of a system of domestic and international guarantees, including judicial protection of the right to adequate food. The human right to food is a multi-component right that is being actively developed and supported by the international community.

Key words: international law, right to adequate food, human rights, international community, food security.

Постановка проблеми. Війна, яка була розв'язана проти України спровокувала поширення недоїдання і голоду в країні так і в усьому світі. Мільйони людей не мають можливості забезпечити себе і свої сім'ї необхідним продовольством через власну працю або існуючі державні системи або міжнародну допомогу, що є порушенням прав кожної людини на гідний рівень існування. Дотримання права на достатнє харчування у таких умовах є викликом для держави і усього світу, що зумовлює актуальність обраної теми.

Аналіз останніх досліджень. Дослідженню проблем забезпечення права людини на достатнє харчування присвячені праці Абашидзе А. Х., Андрієнко І. С., Ємельянової Н. М., Ейде А., Краузе К., Кудряшової А. А., Росаса А. [1–9] та ін.

Виклад основного матеріалу дослідження. Дотримання права на достатнє харчування отримало своє визнання з другої половини XX століття. Як і інші соціально-економічні права, його поширення пов'язується із реалізацією державами своєї внутрішньо-економічної політики. Право людини на достатнє харчування є правом другого покоління, воно не менш значуще, ніж інші права, проте здатність до його реалізації тривалий час розглядалася через економічну спроможність держави. Право на достатнє харчування разом із забезпеченням свободи від голоду розглядаються частиною гідного існування людини і вже в силу тільки цього, не можуть вважатися другорядними [1].

XXI століття запропонувало інші виклики до реалізації прав людини і забезпечення гідного існування отримало нове наповнення і на сьогодні має більш ширші межі розуміння та застосування.

Процес виготовлення і постачання продовольства лежить в основі політики продовольчої безпеки будь-якої держави. У ньому сконцентроване поєднання політичних, економічних, безпекових, військових, соціальних і культурних аспектів. На думку Абашидзе А. Х., вирішення проблеми достатнього харчування є вкрай складним для будь-якої держави, саме через різноманіття цієї ціпочки вимог [2, с. 14].

Заможні країни мають гарну систему розподілу продовольства, стабільну правову систему, яка здатна гарантувати населення реалізацію його фундаментальних прав. Проте, будь-яке суспільство є неоднорідним за своєю структурою і порушення права на достатнє харчування може зачапати інтереси окремих груп за культурними або релігійними вподобаннями. Людина є вільною не тільки від голоду але і від необхідності мати тільки визначений склад продуктів або від тих компонентів, які її не влаштовують.

Право на достатнє харчування лежить в основі реалізації таких прав, як право на життя, право на здоров'я, в основі забезпечення захисту материнства і дитинства, гарантування матері і дитині гідного існування через доступне, повноцінне, достатнє і безпечне харчування.

Проблеми із дотриманням права на достатнє харчування є актуальними для різних категорій населення, як для заможних так і незаможних, по різному проявляючись у кожній соціальній групі або еліті адже воно вкрай тісно пов'язане із державною системою виготовлення і розподілу продовольства.

Право на достатнє харчування не концентрується тільки на питаннях кількості та якості продовольства. Згідно до останніх досліджень, воно охоплює широке коло проблем, пов'язаних із забезпеченням доступу до продовольства, включно із формуванням правової позиції міжнародної спільноти, викликами світової політики і зобов'язаннями держав, специфікою їх політичних режимів.

Загалом держави орієнтовані розглядати продовольчу проблему з погляду забезпечення продовольчої безпеки, що є природним для них бажанням при здійсненні захисту власних інтересів. Продовольство виступає стратегічним ресурсом, який виготовляється, розподіляється, обмінюється або продається. Через це, увага держави сконцентрована на здобуття цього ресурсу через виробництво, торгівлю або навіть війну.

Нажаль продовольча безпека часто стає частиною стратегії держави, за якою губляться права, свободи і інтереси людини адже вона концентрується більше на інтересах держави, а право на достатнє харчування зосереджено на продовольчих потребах індивіда, як на праві кожної людини, або на правах вразливих груп населення.

На сьогодні, вирішувати проблеми продовольчої безпеки держави не допустимо за рахунок порушення прав людини, проте іноді виникають дискусії щодо їх співвідношення, які часто виникають з огляду на існуючі традиції, релігії, політичні режими тієї або іншої країни.

Наприклад, в авторитарній державі, існуючі інститути орієнтовані на підтримання потреб і інтересів режиму, а тому обмеження прав людини є їх звичною складовою. Продовольча безпека тут здатна впливати на сфери, які в демократичних суспільствах цим ресурсом не регулюються. Продовольство виступає як засіб реалізації політики, підтримання режиму, пригноблення мас. Формула, при якій людина прив'язана до держави через продовольство, так же само порушує її права, і перш за усе, право на гідне існування [3].

В демократичних країнах, держави так само відіграють визначальну роль у забезпеченні продовольчої безпеки, проте там система розподілу продовольства не використовується у якості засобу примусу. Демократичні інститути коригують інтереси суспільства, прислухаються до них, а отже намагаються забезпечити певний баланс між елітами у сфері розподілу суспільних благ.

Серед порушень, які допускаються через використання системи розподілу продовольства, забезпечення доступу до нього є наявність або відсутність певних політичних поглядів, прагнення до політичного протесту, до захисту власних прав і свобод. Обмеженість доступних центрів розподілу продуктів, обмеженість асортименту і якості продуктів, допуск до продуктів за працю, отримання продуктів під час виборчих компаній. До речі, останнє традиційно розглядається, як втручання у виборчий процес, хоча також порушує право людини на достатнє харчування. Людина є гідним представником суспільства і реалізуючи свої виборчі права, вона розраховує на забезпечення своїх інтересів в політичній сфері. Замість цього, вона фактично отримує порушення права на достатнє харчування, адже наявність такої ситуації свідчить про недоступність або обмеженість доступу до такого ресурсу. Відчуваючи свою уразливість і залежність, людина не почуває себе вільною, не здатна проявити свою волю і захистити самостійно свої інтереси.

Допуск до продуктів за працю, на перший погляд здається правомірним, проте право на достатнє харчування передбачає встановлення умов при яких людина гарантовано отримує мінімум необхідний для її існування, у тому числі, гарантується забезпечення цього право стосовно особливо вразливих груп населення, які не завжди можуть або здатні працювати. На думку Ємельянової Н. М., право на достатнє харчування визначає коло обов'язків держави щодо його дотримання але вони будуть сконцентровані саме на підтриманні прав і свобод людини. Відповідно, держави зобов'язані перейматися забезпеченням гідного рівня існування людини [4, с. 331]. Проте дотримання права на достатнє харчування не означає, що людина буде отримувати необхідне продовольство безмежно. Держави повинні створити такі умови при яких кожна людина, скориставшись цим мінімумом була б здатна надалі підтримувати своє існування власними зусиллями.

Такі зусилля, на думку ООН, повинні включати комплексні політичні, економічні соціальні та культурні заходи. Освіченій людині, за наявності політичної волі держави, підтриманої економічно державою, значно простіше розшукати необхідний ресурс, який би зміг сприяти їй у реалізації права на достатнє харчування. Тому розбудована міжнародною спільнотою стратегія подолання голоду, недоїдання та недопущення порушення права на достатнє харчування включає належну законодавчу регламентації прав людини в країні, фінансування відповідних програм, наприклад, освітніх. Подолання зубожіння, через освіту, вважається одним із найважливіших компонентів реалізації вищезазначених прав людини.

Останніми роками усе частіше дотримання права на достатнє харчування почали розглядати через призму не тільки голоду чи недоїдання але і через переїдання, тобто проблему ожиріння. В основі такого підходу лежить думка про небезпечність різних продовольчих компонентів, які мають штучне (іноді генномодифіковане) або шкідливе наповнення, що здатні провокувати ожиріння та викликати різні види захворювання людини. Відповідно до доповіді Ейде А., неостатнє харчування немовля може запрограмувати схильність людини до хронічних хвороб, пов'язаних з харчуванням у наступному житті, такими як: хвороби серця, ожиріння та цукровий діабет [5].

Міжнародні гуманітарні організації фіксують, що проблема ожиріння усе частіше охоплює незаможні прошарки населення, тоді як раніше спостерігалася в розвинутих країнах [6]. Явище пов'язується із вживанням продуктів, які містять низький рівень корисних речовин, що виходячи із змісту дотримання права на достатнє харчування означає порушення доступу до необхідного корисного рівня компонентів цієї продукції [7].

Право на достатнє харчування закріплено у ст. 25 Загальної декларації прав людини 1948 року, в контексті права на гідний рівень існування, а так само в ст. 11 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права 1966 року, проте в п. 2 Пакту стаття доповнена свободою від голоду, як основним (фундаментальним) правом людини [8]. Реалізація права на достатнє харчування пов'язується із двома складовими – голодом і недоїданням, хоча свобода від голоду закріплена в межах гідного існування людини і розцінюється як фундаментальне право людини. Разом з тим, останніми роками ми маємо усе більше прихильників, які розглядають право на достатнє харчування так само фундаментальним правом людини [5].

Специфікою права на достатнє харчування є те, що воно в значній мірі лежить у сфері практичного політико-економічного застосування і передбачає низку заходів з його реалізації. Це впровадження національних програм, світових стратегій подолання голоду і недоїдання, праця спеціальних міжнародних місій, постійний моніторинг стану дотримання права на достатнє харчування з боку ООН, зокрема, в особі Спеціального доповідача з права на достатнє харчування.

Початок військової агресії Росії проти України активізував зусилля міжнародної спільноти з подолання супутніх проблем світового масштабу, тобто недопущення продовольчої кризи світу і забезпечення дотримання прав людини. Право людини на достатнє харчування продовжує залишатися тим основоположним правом людини, яке держави повинні забезпечувати у будь-яких умовах, оскільки війна порушує доступ людини до продовольства та провокує настання голоду та недоїдання. Хоча у ході збройного конфлікту застосовуються до таких ситуацій норми міжнародного гуманітарного права, проте право на достатнє харчування продовжує залишатися у якості основоположного права, а норми гуманітарного права будуть продовжувати його доповнювати, розрізняючись між собою за способами такої допомоги [9].

Держави, у тому числі і Україна зобов'язані продовжувати будувати свою політику у контексті дотримання права на достатнє харчування, що означає необхідність розробки загальнонаціональної стратегії забезпечення доступу до продовольства, розбудови системи відповідних практичних гарантій захисту прав людини на достатнє харчування, перегляд ставлення держави до економічних, соціальних та культурних прав.

Висновки. Таким чином, підсумовуючи, можемо зробити висновки, що право на достатнє харчування є одним із фундаментальних прав людини, в силу того, що його дотримання пов'язане із фізичним і духовним виживанням людини, воно сконцентроване на інтересах індивіда і забезпечується через широкий спектр політичних, економічних, правових, культурних і релігійних заходів. Порушення права на достатнє харчування спостерігаються у більшості країн світу проте має різні форми, причини та способи протидії. Серед таких способів протидії є адаптація системи національного права у відповідності до існуючих ризиків, широке запровадження світових і національних програм, звернення за міжнародною допомогою у необхідних випадках.

ЛІТЕРАТУРА

1. Право на достатнє харчування. Виклад фактів № 34 / ГО «Харківська правозахисна група». Харків, 2020. 60 с.
2. Абашидзе А. Х. Современные проблемы и парадоксы в межгосударственных отношениях и значение международного права в их решении. Международное право. 2017. № 4. С. 1–16. DOI: 10.25136/2306-9899.2017.4.24006. URL: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=24006 (Дата відвідування сайту: 27.06.2022).
3. Андрієнко І. С. Достатній життєвий рівень як правова категорія. *Південноукраїнський правничий часопис.* № 2, 2015. С. 93–95.
4. Ємельянова Н. Н. Некоторые вопросы защиты права на питание в соответствии с международным правом. Пробелы в российском законодательстве. *Юридический журнал.* № 8, 2016. С. 330–336.
5. Eide A. The right to adequate food and to be free from hunger: updated study on the right to food / submitted by Asbjorn Eide in accordance with Sub-Commission decision 1998/106. URL: https://digitallibrary.un.org/record/277522 (Дата відвідування сайту: 27.06.2022).
6. Кудряшова А. А. Международное признание права человека на пищу и адекватное питание. *Пищевая промышленность*. № 2, 2017. С. 32–35.
7. Fagundes A., Ribeiro R., de Brito E., Recine E., Rocha C. Public infrastructure for food and nutrition security in brazil: fulfilling the constitutional commitment to the human right to adequate food. URL: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC8893935/ (Дата відвідування сайту: 27.06.2022).
8. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042#Text (Дата відвідування сайту: 28.06.2022).
9. Jelena Pejic The right to food in situations of armed conflict: The legal framework. URL: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/irrc-844-pejic.pdf (Дата відвідування сайту: 27.06.2022).

УДК 341.231.14(477)
DOI https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/111

ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ ПЕРЕХІДНОГО ПРАВОСУДДЯ: МІЖНАРОДНИЙ РІВЕНЬ

THEORETICAL AND APPLIED PROBLEMS OF TRANSITIONAL JUSTICE: INTERNATIONAL LEVEL

Філатов В.В., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри публічного та приватного права
Університет митної справи та фінансів

У статті проаналізовані наявні теоретико-прикладні проблеми дослідження моделі перехідного правосуддя, які існують на міжнародному рівні. Автор зазначає, що на міжнародному рівні присутні теоретико-прикладні проблеми, які гальмують процеси примирення і сталого розвитку, яким має передувати комплексне наукове опрацювання моделі перехідного правосуддя. З огляду на це, автор ставить за мету комплексний аналіз теоретико-прикладних проблем дослідження моделі перехідного правосуддя, які існують на міжнародному рівні. З'ясовано, що на міжнародному рівні наявні теоретико-прикладні проблеми розуміння моделі перехідного правосуддя, які пов'язані з філософсько-правовими витоками окремих компонентів та засад перехідного правосуддя, а також співвідношенням окремих категорій перехідного правосуддя з суспільним виміром цих категорій (примирення, історична справедливість тощо). Автор відзначає, що виникнення вищевказаних теоретико-прикладних проблем обумовлено низкою чинників, до числа яких варто віднести: індивідуальність контекстів перехідного правосуддя окремих держав, які можуть не корелюватися в окремих питаннях із основоположними ідеями правосуддя перехідного періоду; недостатній рівень опрацювання філософських витоків моделі перехідного правосуддя; недосконалість алгоритмів пізнання моделі перехідного правосуддя, в яких ігнорується історичний досвід та не враховується принцип одночасності реалізації його напрямків і принципів. Поряд з цим, автор доходить висновку, що розвиненість вчень про перехідне правосуддя в зарубіжних державах обумовлено правильно обраним алгоритмом пізнання моделі перехідного правосуддя від національних контекстів до цілісної моделі. Як наслідок, узагальнюючи досвід окремих держав, зарубіжні правники концептуально оновлюють і теоретичні положення про саму модель перехідного правосуддя.

Ключові слова: історичний досвід, напрямки і принципи, національний контекст, перехідне правосуддя, політика перехідного періоду, суспільний перехід, теоретико-прикладні проблеми.

The article examines existing theoretical and applied problems of researching the model of transitional justice, which exist at the international level. The author notes that at the international level there are theoretical and applied problems that inhibit the processes of reconciliation and sustainable development, which should be preceded by a comprehensive scientific study of the model of transitional justice. With this in mind, the author aims to comprehensively analyze the theoretical and applied problems of researching the transitional justice model that exist at the international level. It was found that at the international level there are theoretical and applied problems of understanding the model of transitional justice, which are related to the philosophical and legal origins of individual components and principles of transitional justice, as well as the correlation of individual categories of transitional justice with the social dimension of these categories (reconciliation, historical justice, etc.). The author notes that the emergence of the above-mentioned theoretical and applied problems is due to a number of factors, among which it is worth including: the individuality of the transitional justice contexts of individual states, which may not correlate in certain issues with the fundamental ideas of transitional justice; insufficient level of study of the philosophical origins of the model of transitional justice; the imperfection of algorithms for learning the model of transitional justice, which ignore historical experience and do not take into account the principle of simultaneity in the implementation of its directions and principles. Along with this, the author comes to the conclusion that the development of teachings about transitional justice in foreign countries is due to the correctly chosen algorithm of learning the model of transitional justice from national contexts to a holistic model. As a result, summarizing the experience of individual states, foreign lawyers conceptually update the theoretical provisions about the very model of transitional justice.

Key words: historical experience, directions and principles, national context, transitional justice, politics of the transitional period, social transition, theoretical and applied problems.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Від початку формування в Україні політики перехідного правосуддя сплинуло декілька років. На сучасному етапі в державі ефективно використовуються напрямки і принципи перехідного правосуддя. Проте, існують певні теоретико-прикладні проблеми, які негативно позначаються на результативності інституційних реформ та відновного правосуддя. На міжнародному рівні також присутні теоретико-прикладні проблеми, які гальмують процеси примирення і сталого розвитку. Саме тому їхній аналіз є доволі перспективним напрямком наукового пошуку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій з даної теми, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується дана стаття. Питання структури та сутності моделі перехідного правосуддя в різні часи вивчали: Бернардо Алмейда, Даніель Аггіре, Майя Давидович, Ельке Еврард, Гретель Меджіа Боніфазі, Тина Дестропер, Луіз Малінгер, Дастін Шарп, Вільям Шабас, Ірен П'єтропаолі та інші зарубіжні вчені. Однак спеціальних досліджень теоретико-прикладних проблем моделі перехідного правосуддя на міжнародному рівні досі не проводилося, що вказує на актуальність обраної теми дослідження.

Формування цілей статті. Метою статті є комплексний аналіз теоретико-прикладних проблем дослідження моделі перехідного правосуддя, які існують на міжнародному рівні.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. В країнах ЄС та у США існує безліч науковців, які одночасно мають практичний досвід реалізації принципів і напрямків перехідного правосуддя. Ми вважаємо це принциповою відмінністю українського контексту від міжнародного. Тобто, більшість фахівців у галузі перехідного правосуддя в зарубіжних державах мають наукові ступені та викладають в університетах. Використання практичного досвіду у наукових дослідженнях допомагає сформувати вчення про перехідне правосуддя та постійно удосконалювати його, спираючись на контексти інших держав, які перебувають на поставторитарному та постконфліктному періодах розвитку.

Однак, навіть з урахуванням цього на міжнародному рівні також є окремі теоретико-прикладні проблеми, які ми спробуємо систематизувати, аналізуючи праці зару-

біжних вчених-правників. Розпочнемо з праці Бернардо Алмейда, який досліджуючи перехідне правосуддя у Східному Тиморі зазначає, що в рамках перехідного періоду ідеал справедливості має поєднуватися з прагматизмом, до якого повинні бути готове політичне середовище. При цьому автор наголошує на тому, що очікування ідеального закону про перехідне правосуддя може бути підступом та продовжувати несправедливість [1, с. 147].

Вважаємо, що ця теза є доволі актуальною для сучасної України, як з огляду на ідеологічну та політичну зрілість суспільства, так і з урахуванням ролі законодавства у примиренні і встановленні історичної справедливості. Натомість, наявна проблема невизначеності критеріїв співвідношення справедливості та прагматизму, яка дещо викривляє засади перехідного правосуддя. Ця теоретико-прикладна проблема вимагає комплексного опрацювання, зокрема в частині збалансування інтересів сторін конфлікту та влади, яка прагнучи сталого розвитку, керується національними інтересами.

Достатньо показовим є наукова праця колективу авторів, які досліджують досвід перехідного правосуддя Бразилії. Аналізуючи цю роботу можна дійти висновку, що головною метою реалізації моделі перехідного правосуддя в Бразилії є земельне питання. Автори наголошують, що зв'язок корінних народів зі своїми територіями настільки сильний, що деякі групи підтримували боротьбу за повернення своїх земель навіть через чотири десятиліття після переселення. Навіть висловлюється думка щодо необхідності просувати дискусії про репарації з більшим трансформаційним потенціалом, наприклад, відносно землі, які необхідні для ефективнішої боротьби зі структурним насильством, поширеним і досі в Бразилії [2, с. 209].

На наш погляд, така позиція авторів демонструє проблему звуження передумов застосування моделі перехідного правосуддя та її функціонального призначення. Стосовно передумов з позиції авторів виходить, що перехідне правосуддя напрямку пов'язане з тимчасовою окупацією або націоналізацією земель. Тоді, функціями моделі перехідного правосуддя стає вирішення цих земельних спорів, шо вважається завершенням перехідного періоду. Насправді передумови та функції перехідного правосуддя значно ширші, і земельне питання є скоріше наслідком аніж причиною поставторитарних та постконфліктних станів країн світу. Підстави застосування моделі перехідного правосуддя набагато глибші чим їх бачать автори та мають соціально-політичну та філософсько-правову природу.

Аналогічна проблема простежується і у праці Даніеля Аггіре та Ірен П'єтропаолі, які досліджують інституційні реформи у М'янмі виключно через контекст запобігання зловживанню корпоративними правами на землю. Цікавою з наукової точки зору є наступна теза авторів: запобігання зловживанням прав людини через інституційні реформи є першим важливим кроком до подолання безкарності та досягнення сталого переходу на основі прав людини, а також економічного розвитку. Прищеплення цих аспектів правосуддя перехідного періоду, дозволяє людям вирішувати роль корпорацій та розвивати інститути перерозподілу для реалізації економічних, соціальних і культурних прав у майбутньому [3, с. 168]. Вбачається, що окрім вищевказаної теоретико-прикладної проблеми, існує також інша, яка пов'язана з нерозумінням суспільного призначення моделі перехідного правосуддя. Тобто, автори зводять його до суто економічних аспектів, що не відповідає основним засадам перехідного правосуддя, які спрямовані на значно більшу сферу впливу.

Достатньо важлива теоретико-прикладна проблема перехідного правосуддя піднята Майєю Давидович, яка у своїй науковій праці аналізує категорію «неповторення». Авторка доходить достатньо цікавого висновку: норма неповторності в перехідному правосудді була одночасно прирівняна до заходів інституційної реформи. В історичному аспекті мова йде про історію деконтекстуалізації місцевого розуміння норми та подальші спроби реконтекстуалізації тієї ж норми у світлі перехідного правосуддя [4, с. 406]. Отже, наявна теоретико-прикладна проблема узгодження окремих категорій (примирення, історична справедливість, неповторення) зі змістом цих категорій, передбаченим перехідним правосуддям.

На міжнародному рівні науковці зазначають про існування теоретико-прикладної проблеми суб'єктності жертв в перехідному правосудді. Означена проблема доволі чітко візуалізована у праці Ельке Еврард, Гретель Меджіа Боніфазі і Тине Дестропер, які досліджують значення участі жертв у перехідному правосудді. Слід звернути увагу на наступну тезу авторів: підходи, які обґрунтовують участь жертв в перехідному правосудді діють на основі ієрархізації та лінійності. Проте такої концептуалізацій недостатньо, адже залишається брак знань про те, як різні рівні, модальності та сфери участі можуть взаємодіяти один з одним, з точки зору жертв конфлікту [5, с. 446]. Це дуже актуальна проблема, яка впливає і на національний контекст перехідного правосуддя, адже сьогодні в Україні жертви збройного конфлікту обмежені у праві приймати участь в окремих процедурах перехідного правосуддя.

Також аналізуючи праці зарубіжних вчених ми зіткнулися зі ще однією проблемою: українські вчені, які сьогодні постійно проживають та працюють за кордоном, досліджуючи питання збройного конфлікту на Донбасі та зміни політичного курсу держави після «Революції Гідності», не розглядають поточні події і зміни через призму перехідного правосуддя. Такий висновок ми зробили дослідивши праці: Іллі Герасімова [6, с. 22–44], Сергія Куделі [7, с. 801–821] та Сергія Жука [8, с. 195–208], які здебільшого акцентують увагу на аналізі самих подій, не розглядаючи їх через призму перехідного правосуддя. Це призводить до фрагментарності уявлень про причини та наслідки конфлікту, а також шляхи його вирішення.

Однак задля об'єктивності зазначимо, що зарубіжні вчені, які мають досвід участі у врегулюванні конфліктів, зробили колосальний внесок в теоретичне обґрунтування моделі перехідного правосуддя. Відзначимо наступних зарубіжних вчених: Луіз Малінгер [9, с. 208–230], Дастін Шарп [10], Вільям Шабас [1]. Науковий доробок цих вчених є фундаментом розуміння моделі перехідного правосуддя в науці міжнародного права. В працях цих видатних вчених простежується наступна ідея пізнання перехідного правосуддя: через окремі національні контексти до цілісного вчення про модель.

Мова йде про те, що означені правники формують теоретичні положення моделі перехідного правосуддя вивчаючи контекст окремих держав, які перебувають в рамках перехідного періоду. Такий алгоритм пізнання є достатньо вдалим, з огляду на природу самої досліджуваної моделі. Мається на увазі, що остання представляє собою спосіб засвоєння історичного минулого наступними поколіннями. В цьому процесі досвід кожної окремої держави є безцінним, оскільки він змістовно наповнює концепт перехідного правосуддя, змінюючи та удосконалюючи його принципи і напрямки.

Подібна трансформація відбувається перш за все у міжнародно-правовому вимірі, в рамках якого ухвалюються основоположні документи в сфері перехідного правосуддя. За рахунок використання такої ідеї, праці цих вчених відрізняються комплексністю та повнотою, об'єктивністю та достовірністю інформації. Важливо відзначити, що аналізуючи національні контексти, означені науковці розглядають модель перехідного правосуддя як цілісне міжнародно-правове явище, напрямки якого вимагають одночасного застосування як на поставторитарному, так і на постконфліктному етапах. Це означає, що основою їхніх досліджень все ж таки є принцип структурної єдності компонентів перехідного правосуддя.

Варто зауважити, що теоретико-прикладні проблеми можна візуалізувати не тільки досліджуючи наукові праці вітчизняних чи зарубіжних вчених. Є одна принципова проблема, яка стає очевидною після аналізу окремих міжнародно-правових джерел перехідного правосуддя. Так, у докладі Генерального секретаря Ради безпеки ООН від 23 серпня 2004 року зазначається, що правосуддя перехідного періоду представляє собою комплекс процесів та механізмів, які дозволяють подолати важкі наслідки масштабних порушень законності у минулому з метою забезпечити справедливість та примирення у майбутньому [12]. В свою чергу, у докладі Спеціального доповідача Генеральної асамблеї ООН від 06 червня 2018 року зазначається, що перехідне правосуддя є інструментом припинення грубих порушень прав людини та норм міжнародного гуманітарного права, в тому числі геноциду, військових злочинів, злочинів проти людяності, а також їх повторення [13]. Достатньо схожі визначення містяться й у інших міжнародно-правових джерелах. Однак слід констатувати наявність наступної теоретико-прикладної проблеми: недостатня визначеність передумов застосування моделі перехідного правосуддя. На нашу думку, ця проблема є доволі глибинною, і має важливе значення для теорії перехідного правосуддя в цілому.

Висновки з дослідження і перспективи подальших розвідок у даному науковому напрямку. Таким чином на міжнародному рівні наявні теоретико-прикладні проблеми розуміння моделі перехідного правосуддя. Ці проблеми пов'язані з філософсько-правовими витоками окремих компонентів та засад перехідного правосуддя, а також співвідношення окремих категорій перехідного правосуддя з суспільним виміром цих категорій (примирення, історична справедливість тощо). Виникнення вищевказаних теоретико-прикладних проблем обумовлено низкою чинників, до числа яких варто віднести: індивідуальність контекстів перехідного правосуддя окремих держав, які можуть не корелюватися в окремих питаннях із основоположними ідеями правосуддя перехідного періоду; недостатній рівень опрацювання філософських витоків моделі перехідного правосуддя; недосконалість алгоритмів пізнання моделі перехідного правосуддя, в яких ігнорується історичний досвід та не враховується принцип одночасності реалізації його напрямків і принципів. На нашу думку, розвиненість вчень про перехідне правосуддя серед зарубіжних вчених обумовлена правильно обраним алгоритмом пізнання моделі перехідного правосуддя від національних контекстів до цілісної моделі. Узагальнюючи досвід окремих держав, правники концептуально оновлюють і теоретичні положення про саму модель перехідного правосуддя. Подібна ситуація вказує на суттєву відмінність у праворозумінні моделі перехідного правосуддя на означених рівнях. З огляду на це, перспективним напрямком наукового пошуку варто вважати аналіз філософської та аналітичної природи моделі перехідного правосуддя.

ЛІТЕРАТУРА

1. Bernardo Almeida. The Law and Its Limits: Land Grievances, Wicked Problems, and Transitional Justice in Timor-Leste. *International Journal of Transitional Justice*. 2021. 15. Pp. 128–147.
2. Fabricio Telor', Alessandra Gasparotto, Leonilde Servolo de Medeiros, Regina Coelly Fernandes Saraiva. Land and Transitional Justice in Brazil. *International Journal of Transitional Justice*. 2021. 14. Pp. 190–209.
3. Daniel Aguirre, Irene Pietropaoli. Institutional Reform in Myanmar: Preventing Corporate Land Rights Abuses. *International Journal of Transitional Justice*. 2021. 15. Pp. 148–168.
4. Maja Davidovic. The Law of «Never Again»: Transitional Justice and the Transformation of the Norm of Non-Recurrence. *International Journal of Transitional Justice*. 2020. 10. Pp. 386–406.
5. Elke Evrard, Gretel Mejı´a Bonifazi, Tine Destrooper. The Meaning of Participation in Transitional Justice: A Conceptual Proposal for Empirical Analysis. *International Journal of Transitional Justice*. 2021. 15. Pp. 428–467.
6. Ilya Gerasimov. Ukraine 2014: the first postcolonial revolution. Introduction to the forum. *Ab Imperio,* 3/2014. Pp. 22–44.
7. Serhiy Kudelia, Johanna van Zyl. In My Name: The Impact of Regional Identity on Civilian Attitudes in the Armed Conflict in Donbas. *Nationalities Papers*. 2019. 47. Pp. 801–821.
8. Sergei I. Zhuk, Ukrainian Maidan as the Last Anti-Soviet Revolution. *Ab Imperio.* 3. 2014. Pp. 195–208.
9. Louise Mallinder Can Amnesties and International Justice be Reconciled? *International Journal of Transitional Justice*. Vol. 1. 2007. Pp. 208–230.
10. Dustin N. Sharp Crisis, Faith, and Transformation in Transitional Justice. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3575837 (дата звернення: 30.06.2022).
11. William Schabas. What is Transitional Justice? URL: https://www.evnreport.com/politics/transitional-justice-what-to-do-about-the-past (дата звернення: 30.06.2022).
12. Панування права і правосуддя перехідного періоду в конфліктних та постконфліктних суспільствах : Доклад Генерального секретаря Ради безпеки ООН S/2004/616 від 23 серпня 2004 року. URL: chrome-extension://efaidnb mnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Farchive.ipu.org%2Fsplz-e%2Funga07%2Flaw.pdf&clen=157383&chunk=true (дата звернення: 30.06.2022).
13. Совместное исследование по вопросу вклада правосудия переходного периода в предотвращение грубых нарушений и ущемлений прав человека и серьезных нарушений норм международного гуманитарного права, включая геноцид, военные преступления, этническую чистку и преступления против человечности, а также их повторения : Доклад Специального докладчика Генеральной Ассамблеи ООН A/HRC/37/65 от 06 июня 2018 года. URL: https://undocs.org/A/HRC/37/65 (дата обращения: 30.06.2022).

Запорізький національний університет
Міністерства освіти і науки України

Електронне наукове фахове видання «Юридичний науковий електронний журнал»

№ 6, 2022

Запорізький національний університет
Запоріжжя 2022