# ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО

8 2020 (294)

Щомісячний науково-практичний юридичний журнал видається з 1 січня 1996 р.

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА ІМ. АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА НАПрН УКРАЇНИ



*Головний редактор*
Калаур Іван Романович

Редакційна колегія:

Васильєва В.А.
Коструба А.В.
Кот О.О.
Крупчан О. Д.
Міловська Н.В.
Пацурія Н.Б.
Стефанчук М.О.
Федорченко Н.В.
Роберт Табашевський (Польща)


## ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС


***Алевтина Бірюкова***
Розмежування договорів охорони та зберігання.....5

***Ігор Галіян***
Принципи захисту корпоративних прав учасників господарських товариств.....11

***Ірина Гелецька, Віталій Скиба***
Представництво у цивільно-правових відносинах трансплантації анатомічних матеріалів від померлих осіб.....18

***Володимир Гуцуляк***
Новели правового регулювання відносин з проведення проектних та пошукових робіт.....24

***Цагік Колінько***
Проблеми доведення моральної шкоди за законодавством України.....30

***Вікторія Маковецька***
Способи захисту права на належне батьківське виховання малолітніх осіб.....35

***Любов Малярчук, Олександр Снідевич***
Суб'єкти виконавчого провадження: законопроектні новели.....42

***Світлана Пилипенко***
Особливості правового регулювання відносин за договором, укладеним в електронній формі.....48

***Вадим Цюра***
Концепція поняття «майно» (possessions) і його тлумачення (кваліфікація) у світлі практики Європейського суду з прав людини.....54


## ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС


***Оксана Вінник***
Цифровізація в ракурсі державної економіко-правової політики.....61

***Максим Гетманцев***
Новели законодавства України щодо застосування реєстраторів розрахункових операцій.....71

***Іван Демченко***
Договори керованого доступу: загальна характеристика.....76

***Вадим Коверзнев***
Ефективність судового захисту прав учасників економічних відносин як критерій забезпечення доступу до правосуддя.....82



ГЕЛЬВЕТИКА
ВИДАВНИЧИЙ ДІМ

*Родіон Поляков*
Підстави відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність) в Україні та в Німеччині……87

*Владислав Сулім*
Діяльність господарських судів у системі судоустрою України……95

## ТРУДОВЕ ПРАВО

*Ніна Гетьманцева, Наталія Процьків*
Правова природа трудового та цивільного договорів……100

## АГРАРНЕ ПРАВО

*Тетяна Оверковська*
Правові засади використання та охорони сільськогосподарських тварин……107

## ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО

*Олена Заєць*
Еволюція юрисдикції земельних спорів в Україні……114

## ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

*Марія Ващишин*
Відновлювані території у складі національної екомережі……120

*Володимир Шеховцов*
Перспективи кодифікації фауністичного законодавства й формування його структури……126

## АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

*Іван Бойко*
Забезпечення внутрішньої безпеки держави органами системи МВС України: актуальні загрози……132

*Оксана Брусакова*
Адміністративна відповідальність за правопорушення на авіаційному транспорті……141

*Юрій Буглак*
Адміністративно-правовий статус члена Центральної виборчої комісії України……148

*Віталій Вдовічен*
Субстанціональні якості правової категорії «поліцейські послуги»……152

*Ірина Городецька*
Корупціогенні фактори в системі державного контролю в галузі охорони навколишнього природного середовища……157

*Тетяна Коломоєць, Валерій Доненко, Шабінем Гаджиєва*
Суб'єкт забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні: пошук оптимальної нормативної моделі його визначення……163

*Сергій Короєд*
Рішення вищестоящого в порядку підлеглості органу, прийняте за результатами розгляду скарги на рішення нижчестоящого органу, як самостійний предмет оскарження в адміністративному судочинстві……169

*Аліна Мозгова*
Державна політика у сфері адміністративно-правової охорони прав і свобод людини і громадянина……175

## КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

*Ігор Портнов*
Місце політичних партій у моніторингу місцевих виборів в Україні та державах Європейського Союзу……181

*Софія Чорна*
Роль судової влади в конституційно-правовому механізмі захисту прав і свобод людини.....186

## ФІНАНСОВЕ ПРАВО

*Павло Коломієць*
Проблематика методології дослідження правового регулювання податкової безпеки України: концептуальні особливості.....191

*Ніно Пацурія*
Окремі питання цифровізації відносин щодо захисту прав та законних інтересів споживачів небанківських фінансових послуг.....196

*Тетяна Татарова*
Щодо питання визначення фінансового та податкового контролю.....205

*Сергій Федоров*
Державний контроль у сфері трейдингових операцій із криптовалютами: фінансово-правовий аспект.....210

## ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

*Терезія Попович*
Правові обов'язки у сфері реалізації репродуктивних прав людини.....215

## КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

*Віталій Дем'янчук*
Форми і методи ефективної реалізації антикорупційної політики в Україні.....220

*Олена Євдокімова*
Кримінальна відповідальність за повторність кримінальних проступків.....227

*Максим Калатур*
Використання Україною досвіду слідчих органів США, Франції та Німеччини.....232

*Сергій Саблук*
Контроль за злочинністю в Україні на початку 1930-х років.....237

## КРИМІНОЛОГІЯ

*Сергій Бугера*
Стратегічні підходи до протидії злочинності у сфері економіки для забезпечення економічної безпеки держави.....244

*Леся Гусар*
Біологічна концепція Чезаре Ломброзо.....249

## КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

*Ірина Бабенко*
Права людини під час прийняття та перевірки заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та при внесенні відомостей до ЄРДР.....254

*Ольга Балацька*
Доступ до правосуддя як загальна засада кримінального провадження.....262

*Максим Глоба*
Види угод про примирення у кримінальному провадженні.....269

*Валентина Дрозд*
Проблемні питання допустимості доказів у судовому провадженні.....274

На першій *сторінці обкладинки* – пам'ятник Магдебурзькому праву в м. Києві


***Олександр Рибалка***
Теоретичні засади доказування в кримінальному процесі..... **281**

***Станіслав Салтиков, Дмитро Талалай***
Конфіденційне співробітництво та негласні слідчі (розшукові) дії.....**285**

***Марія Сіроткіна***
Ініціювання укладення угоди про примирення
в кримінальному провадженні..... **291**

***Світлана Шаренко***
Щодо доцільності звуження компетенції слідчого судді ..... **297**


## КРИМІНАЛІСТИКА


***Михайло Балан***
Тактичні прийоми огляду місця події при розслідуванні порушень
державного кордону України..... **304**

***Тетяна Давченко***
Тактика допиту у кримінальних провадженнях
доведення до банкрутства (ст. 219 КК України)..... **310**


## СУДОУСТРІЙ


***Олена Копитова***
Продуктивність субсидіарного характеру судової правотворчості
під час судового правозастосування.....**317**


## МІЖНАРОДНЕ ПРАВО


***Інна Бойко***
Міжнародно-правове регулювання публічно-приватного партнерства,
зарубіжний досвід та реформа портової галузі України..... **323**

***Віктор Дубовик***
Боротьба з терозизмом, екстремізмом та радикалізацією
як напрям діяльності ОБСЄ..... **330**

***Уляна Коруц***
Інформаційна війна як інструмент пропаганди війни:
правові підстави протидії..... **334**



**Співзасновники:**
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України, ТОВ «Гарантія», Адвокатське об'єднання «Gestors»
**Видавець:** ТОВ «Гарантія»
ISSN 2663-5313 (print)
ISSN 2663-5321 (online)
**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", 293 "Міжнародне право")**

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

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.
**Журнал рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet вченою радою**
**Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України**
**(Протокол № 8 від 15.07.2020 року)**
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 03.08.2020. Формат 70х108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 29,75. Обл.-вид. арк. 37,69.
Тираж – 255. Замовлення № 0920/251
Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»,
03150, м. Київ, вул. Велика Васильківська 74, оф. 7
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 6424 від 04.10.2018 р.



**© Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія», 2020.**


Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 15779-4251 ПР від 02.11.2009 р.
***Поштова адреса редакції:*** 01032, м. Київ, вул. Назарівська, 7-Б, оф. 4.
***Тел./факс*** (044) 513-33-16.

УДК 347.459
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.01

***Алевтина Бірюкова,***
*докт. юрид. наук, доцент,*
*доцент кафедри цивільного права № 2*
*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

# РОЗМЕЖУВАННЯ ДОГОВОРІВ ОХОРОНИ ТА ЗБЕРІГАННЯ

*У статті на основі аналізу наукових поглядів вітчизняних учених, норм чинного законодавства України та деяких інших держав досліджено юридичні особливості договорів охорони та зберігання, їхні спільні та відмінні ознаки, визначено систему критеріїв розмежування вказаних договорів.*

*Також у роботі підтримано та розвинуто наявну в науковій доктрині позицію щодо визнання договору охорони самостійною правовою конструкцією, додатково обґрунтовано необхідність законодавчого відокремлення договору охорони від видів зберігання та закріплення цієї юридичної конструкції як самостійної моделі в системі договорів про надання послуг. Зокрема, зауважується, що у кожного із договорів є власні, більш вузькі специфічні цілі, у досягненні яких зацікавлені сторони договору зберігання та охорони, встановлено, що ключовим у розмежуванні вказаних зобов'язальних правовідносин слід визнати не факт передання предмета послуги, а насамперед цілі, спосіб надання відповідних послуг та зміст діяльності виконавця послуги.*

*Автор статті наводить порівняльну характеристику договорів охорони та зберігання, акцентуючи увагу на їхніх відмінних ознаках. Серед критеріїв розмежування визначено об'єкт надання послуги та його передача у володіння виконавця послуги, зміст послуги, суб'єктний склад, оплатність та ін.*

*Крім того, автором не лише проаналізовано особливості національного правового регулювання, але і здійснено огляд загальних концептуальних підходів деяких інших держав щодо питання регламентації зобов'язань зі зберігання та охорони, а також наведено актуальну судову практику, що відображає стан відповідного правозастосування та є цікавою для розуміння природи договорів зберігання та охорони.*

*Також окреслено напрями подальших наукових пошуків, зокрема з'ясування проблемних питань у практиці застосування вказаних договорів, особливостей відповідальності за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань з охорони та зберігання, більш глибокого вивчення іноземного досвіду регламентації зобов'язальних правовідносин щодо зберігання майна, охорони майна та фізичної особи.*

**Ключові слова:** договірні правовідносини, зберігання, охорона, послуга, цивільне зобов'язання.

**Постановка проблеми.** У доктрині цивільного права послуги визначаються як дії суб'єктів цивільного права, внаслідок здійснення яких задовольняються відповідні потреби інших осіб. Натепер саме послуги є одними із найпоширеніших об'єктів у цивільному обороті, що слід пояснити різноманітністю договорів про надання послуг та значним попитом серед учасників суспільних відносин. Зокрема, завжди існувала потреба у збереженні, забезпеченні цілісності та недоторканності майна, і відповідні правовідносини, засновані на зобов'язанні щодо надання послуг охорони та зберігання, продовжують розвиватися та ускладнюватися з огляду на інтереси та потреби їх учасників, що, у свою чергу, вимагає ефективного правового регулювання та єдності у підходах до тлумачення та застосування вказаних правових конструкцій.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** У вітчизняній доктрині цивільного права чимало досліджень присвячені питанням юридичної характеристики договорів про надання послуг, договорів зберігання та охорони зокрема, змісту відповідних зобов'язальних правовідносин, визначення особливостей та функцій кожної з цих договірних конструкцій тощо. При цьому предметом наукових розвідок здебільшого є теоретико-правовий аналіз юридичної природи кожного з цих договорів, надання відокремленої характеристики та визначення місця в системі цивільних зобов'язань, тоді як проблематика співвідношення та розмежування договорів охорони і зберігання, питання правильного відмежування та застосування на практиці цих правових конструкцій висвітлені не у повному обсязі. Питанням правової характеристики договорів охорони та зберігання, а також деяких аспектів їх розмежування у своїх працях приділяють увагу Н. М. Бойко, Т. В. Водоп'ян, А. М. Демчук, С. С. Довбій, А. Г. Донець, Д. В. Козир,

© А. Бірюкова, 2020

О. І. Панченко, І. В. Спасибо-Фатєєва, О. В. Тичковська, О. С. Юнін, В. Л. Яроцький та інші дослідники.

Підкреслюючи важливе наукове значення та цінність наявних у юридичній літературі висновків і напрацювань, слід водночас зазначити, що проблематика розмежування договорів охорони та зберігання у доктрині цивільного права залишається актуальною і потребує не лише подальшого дослідження і розкриття теоретичних питань юридичної характеристики змісту зобов'язальних правовідносин, заснованих на договорах охорони та зберігання, але і практичних питань правильного правозастосування та тлумачення учасниками цивільних правовідносин вказаних договірних конструкцій.

**Постановка завдання.** Для розмежування договорів охорони та зберігання необхідно насамперед з'ясувати юридичні особливості вказаних договорів та на основі цього аналізу визначити відмінні ознаки і систему критеріїв їх відмежування, що і становить **мету**, яку ставить перед собою автор.

**Виклад основного матеріалу.** Глава 63 «Послуги. Загальні положення» Цивільного кодексу України (надалі – ЦК) [1] визначає загальні засади зобов'язальних правовідносин щодо надання різних видів послуг. Зокрема, ст. 901 ЦК закріплює визначення конструкції договору про надання послуг, яка є вихідною у правовій характеристиці окремих видів договорів, зокрема охорони та зберігання. Згідно із вказаним положенням одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. Слід розуміти, що законодавець у цьому загальному визначенні вказує на юридичну природу послуги як об'єкта цивільних прав, зокрема, вчинювана дія чи здійснювана діяльність, що є предметом відповідного договору, споживається у процесі її надання. Крім того, слід звернути увагу і на характеристику договору про надання послуг як оплатного за загальним правилом, якщо сторони не узгодили інше.

Одним із видів договорів про надання послуг є зберігання. Відповідно до ст. 936 ЦК за цим договором одна сторона (зберігач) зобов'язується зберігати річ, яка передана їй другою стороною (поклажодавцем), і повернути її поклажодавцеві у схоронності. При цьому у системі договорів зберігання слід розрізняти договір складського зберігання та спеціальні види зберігання (зберігання речі у ломбарді, зберігання речей, що є предметом спору, зберігання автотранспортних засобів та інші).

За законодавчою нормою спеціальним видом зберігання є договір охорони. Так, відповідно до ст. 978 ЦК за договором охорони охоронець, який є суб'єктом підприємницької діяльності, зобов'язується забезпечити недоторканність особи чи майна, які охороняються. Володілець такого майна або особа, яку охороняють, зобов'язані виконувати передбачені договором правила особистої та майнової безпеки і щомісячно сплачувати охоронцю встановлену плату.

Насамперед на основі аналізу легальних визначень договору зберігання та договору охорони слід дійти висновку, що спільною для досліджуваних договірних конструкцій є мета надання послуг, яка у загальному вигляді полягає у збереженні майна чи іншого об'єкта у цілісності, тобто у такому ж стані, без зміни характеристик та властивостей.

При цьому, характеризуючи спрямованість змісту цих зобов'язань, слід звернути увагу на поняття «схоронність» та «недоторканність», які були предметом досліджень у цивілістичній доктрині. Зокрема, як зазначає А. Г. Донець, загальною метою для договорів зберігання та охорони є забезпечення схоронності, але для послуги з охорони це поняття є дещо вужчим, оскільки полягає у забезпеченні лише зовнішньої недоторканності, тоді як зберігання передбачає забезпечення зовнішньої та внутрішньої незмінності, тобто незмінності функціональних властивостей [2, с. 246].

Вважаємо, що у кожного із зазначених договорів є власна, більш вузька специфічна мета, у досягненні якої зацікавлені сторони: виконання послуг зі зберігання має на меті забезпечення схоронності, тобто забезпечення зберігачем протягом певного строку умов для підтримання речі у належному стані, дбайливого ставлення, піклування про річ для того, щоб не допустити втрат, пошкоджень, змін, а охорона спрямована на забезпечення недоторканності, тобто запобігання і захисту від небезпеки посягання чи впливів, не санкціонованих власником чи володільцем. Доречно згадати з цього приводу положення ст. 941 ЦК України, відповідно до яких зберігач зобов'язаний вживати усіх заходів, встановлених договором, законом, іншими актами цивільного законодавства, для забезпечення схоронності речі. Якщо зберігання здійснюється безоплатно, зберігач зобов'язаний піклуватися про річ, як про свою власну. Як бачимо, з огляду на спеціальні цілі зберігання та охорони, слід

дійти висновку, що виконавець послуг зберігання, у володіння якого було передано річ, повинен вживати всіх можливих заходів для забезпечення схоронності речі, як би це зробив власник речі, тоді як охоронець повинен забезпечувати лише недоторканність об'єкта охорони, ніби на додаток до тих заходів, що також вживаються власником чи володільцем майна з метою підтримання речі у незмінному стані.

На нашу думку, вказані відмінності зумовлюють інші спеціальні ознаки відповідних зобов'язальних правовідносин та критеріїв розмежування договору охорони та договору зберігання, зокрема особливості змісту послуги, яку надає виконавець, та питання передачі об'єкта надання відповідних послуг.

Так, загальне визначення договору зберігання у ст. 936 ЦК побудоване за моделлю реального договору, адже договірна конструкція надання послуги зберігання передбачає наявність обов'язкового елемента – факту передачі поклажодавцем зберігачеві речі на зберігання. Але при цьому, відповідно до ч. 2 ст. 936 ЦК, якщо виконавцем послуги є професійний зберігач, сторони можуть погодити передачу зберігачеві речі в майбутньому. Як бачимо, на законодавчому рівні закріплена певна особливість конструкції договору зберігання, який може бути як консенсуальним, так і реальним. Проте у будь-якому разі необхідним є передання предмета договору зберігання у володіння виконавця послуги, який зобов'язаний забезпечити її схоронність та повернути поклажодавцеві у тому ж стані, з урахуванням зміни її природних властивостей.

Натомість договір охорони є консенсуальним, адже природа охоронної діяльності виконавця послуги відповідно до мети забезпечення недоторканності особи або майна не передбачає передачу об'єкта охорони у володіння охоронця.

Зміст послуги з охорони майна чи особи полягає у здійсненні сукупності технічних, організаційних чи інших дій, спрямованих на забезпечення стану непорушності предмета охорони, захисту від будь-яких посягань та сторонніх впливів, тоді як зберігач зобов'язаний вжити всіх належних заходів для забезпечення умов внутрішньої та зовнішньої схоронності речі, а також повернення переданої речі без зміни її характеристик і властивостей.

З цього приводу в юридичній літературі зверталася увага на те, що «охорона передбачає виконання тільки технічних функцій, необхідних для того, щоб зберегти майно від небезпеки фізичного знищення, псування або втрати, яка може загрожувати йому з боку стихійних сил або дій неправомірних осіб. Навпаки, особа, якій майно доручено для зберігання, здійснює правомочність володіння, як і інші необхідні для цього права і обов'язки» [3, с. 496].

Слід зазначити також, що Закон України «Про охоронну діяльність» [4], який визначає організаційно-правові принципи здійснення господарської діяльності у сфері надання послуг з охорони власності та громадян, у ст. 1 закріплює визначення понять «охорона майна» та «охорона фізичної особи», які більш широко розкривають зміст послуги охорони. Зокрема, згідно із Законом охорона майна – діяльність з організації та практичного здійснення заходів охорони, спрямованих на забезпечення недоторканності, цілісності визначених власником і належних йому будівель, споруд, територій, акваторій, транспортних засобів, валютних цінностей, цінних паперів та іншого рухомого і нерухомого майна, з метою запобігання та/або недопущення чи припинення протиправних дій щодо нього, для збереження його фізичного стану, припинення несанкціонованого власником доступу до нього та забезпечення здійснення власником цього майна всіх належних йому повноважень стосовно нього. «Охорона фізичної особи» визначається як діяльність з організації та практичного здійснення заходів охорони, спрямованих на забезпечення особистої безпеки, життя та здоров'я індивідуально визначеної фізичної особи (групи осіб) шляхом запобігання або недопущення негативного безпосереднього впливу факторів (діяльності або бездіяльності) протиправного характеру.

Крім того, слід також звернути увагу на іншу відмінність, яка полягає у характеристиці договору охорони виключно як оплатного договору, на що прямо вказує законодавець у ст. 978 ЦК. Водночас конструкція договору зберігання, закріплена у ст. 936 ЦК, не містить імперативної вимоги про оплатність послуг зберігання. Відповідно до ст. 946 ЦК України плата за зберігання та строки її внесення встановлюються договором зберігання. Отже, договір зберігання може бути як оплатним, так і безоплатним. Втім, з огляду на загальні положення про надання послуг, зокрема, згідно зі ст. 901 ЦК, слід зважати на загальне правило оплатності договору зберігання, якщо інше не встановлено сторонами.

Значний інтерес становить правова характеристика договору охорони, надана судом касаційної інстанції у справі про стягнення заборгованості за надані послуги з охорони майна. Зокрема, Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду у справі № 911/1867/18 зазначив: «Договір охорони

за своєю правовою природою відноситься до двосторонніх (синалагматичних), консенсуальних, оплатних договорів, укладення якого зумовлює взаємне виникнення у кожної зі сторін прав та обов'язків. У даних правовідносинах на виконавця (охоронця) покладено обов'язок надавати послугу недоторканості майна (особи), яке йому передане під охорону та надано право на одержання відповідної щомісячної плати, тоді як замовник як володілець такого майна (особа, яку охороняють), у свою чергу, зобов'язаний сплачувати виконавцю (охоронцю) обумовлену щомісячну плату за надані послуги і наділений правом вимагати належного надання послуг з боку виконавця (охоронця). Вказаний договір посідає окреме місце серед інших видів договорів передбачених цивільним законодавством. Специфічність природи договору охорони, враховуючи його віднесення до одного з видів договорів послуг, полягає в особливості об'єкта договору, яким є послуги нематеріального характеру, що нерозривно пов'язані з особистістю виконавця результат діяльності якого (надання послуг) немає речевленого (матеріального) змісту, оскільки сама послуга споживається у процесі її надання. Визначальною ознакою при наданні послуг є сама діяльність виконавця, оскільки при послугах продається не сам результат, а дії, які до нього призвели, оскільки через самий характер послуги досягнення результату виконавцем не гарантується» (пп. 44, 45 Постанови від 27.08.2019 р.) [5].

Також досліджувані договірні конструкції слід розрізняти за суб'єктним складом зобов'язання та колом об'єктів цивільного обороту, які можуть виступати предметами відповідних послуг. При цьому, на наш погляд, потрібно розмежовувати об'єкт договірних правовідносин з надання послуг, яким є безпосередньо відповідна послуга, та предмет надання виконавцем послуг зберігання чи охорони.

Досвід законодавчої регламентації надання послуг зберігання в інших державах свідчить про те, що на рівні кодифікованих актів цивільного права, зокрема в Цивільних кодексах Республіки Молдова [6], Республіки Польща [7], Грузії [8], на відміну від ЦК України, у визначенні конструкції договору зберігання міститься вказівка виключно на рухомі речі як об'єкти надання відповідних послуг.

Хоча пряме застереження про передачу на зберігання саме рухомих речей у ст. 936 ЦК України відсутнє, такий же підхід простежується і в національній доктрині цивільного права та відповідному правовому регулюванні загальних засад зобов'язальних правовідносин, заснованих на договорі зберігання. Так, на основі аналізу загальних положень цивільного законодавства щодо договору зберігання та з огляду на юридичну природу вказаного договору слід дійти висновку, що предметом надання відповідних послуг є рухомі речі, визначені як індивідуальними, так і родовими ознаками, які передаються зберігачеві.

При цьому, відповідно до ст. 941 ЦК виключно за згодою поклажодавця зберігач має право змішати речі одного роду та однієї якості, які передані на зберігання. Відповідно, у разі передання на зберігання речі, визначеної індивідуальними ознаками, зберігач зобов'язаний повернути поклажодавцеві саме ту річ, а у разі зберігання речей, визначених однорідними ознаками, – відповідну кількість речей такого самого роду та такої самої якості (ч. 1 ст. 949 ЦК).

З цього питання в юридичній літературі висловлюються думки щодо дії презумпції переходу до зберігача права власності на речі, визначені родовими ознаками, та усіх пов'язаних із цим ризиків, якщо інше прямо не встановлено договором або законом [9, с. 15; 10, с. 119]. Проте таке правило не закріплено національним цивільним законодавством. На відміну від українського законодавства, у ст. 1556 Цивільного кодексу Республіки Молдова передбачено, що у разі передачі на зберігання речей, визначених у договорі родовими ознаками, та за відсутності інших домовленостей ці речі переходять у власність зберігача. У цих випадках зберігач зобов'язується повернути поклажодавцеві рівну або обумовлену сторонами кількість речей того ж роду і якості [6]. Такий же підхід закріплено у Цивільному кодексі Республіки Польща [7].

Цікавим також є врегулювання вказаного питання на рівні Цивільного кодексу Грузії [8], який містить аналогічне українському положення щодо права зберігача за згодою поклажодавця змішати однорідні речі. При цьому ч. 2, ч. 3 ст. 786 ЦК Грузії передбачають, що на утворений в результаті такого змішування товар кожен, хто здав на зберігання такі однорідні речі, має право спільної власності. Частка кожного з тих, що здав на зберігання, визначається відповідно до кількості зданого ними товару. А зберігач зобов'язаний повернути товар кожному з тих, що здав на зберігання, відповідно до належної йому частки, не питаючи згоди інших поклажодавців.

У свою чергу, договір охорони не передбачає фактичного передання предмета охорони виконавцеві послуг, адже зміст відповідних послуг полягає у здійсненні сукупності заходів щодо забезпечення недоторканності майна або особистої безпеки, життя та здоров'я

фізичної особи. Отже, предметом договору охорони майна, на відміну від договору зберігання, можуть виступати як рухомі речі, так і нерухомі речі, які не вибувають із володіння власника чи особи, яка має право володіння або користування майном на законних підставах. При цьому охоронець вживає заходи щодо забезпечення недоторканності майна, яке продовжує використовуватися володільцем, що вимагає від замовника послуг охорони дотримання у свою чергу правил майнової безпеки (або особистої у випадку охорони фізичної особи), тоді як поклажодавець не має такого обов'язку, адже річ перебуває у володінні зберігача. Саме наявність у володільця майна або особи, яку охороняють, обов'язку виконувати передбачені договором правила особистої та майнової безпеки є особливістю зобов'язальних правовідносин з охорони.

Суб'єкт надання послуг також є одним із критеріїв розмежування договору зберігання та договору охорони, адже у конструкції договору охорони міститься вказівка на виконавця послуги охорони (охоронця) – суб'єкта підприємницької діяльності, який відповідно до чинного законодавства здійснює охоронну діяльність на підставі отриманої у встановленому порядку ліцензії. Виконавцем послуги зберігання може виступати не лише професійний зберігач, тобто особа, що здійснює зберігання на засадах підприємницької діяльності, але й інші особи.

Окремої уваги потребує питання доцільності віднесення договору охорони саме до спеціальних видів зберігання, оскільки залишається дискусійним і сьогодні.

Щодо місця договору охорони в системі договорів, то в науковій літературі обґрунтовуються думки про те, що договір охорони за своєю сутністю є самостійним договором із притаманними йому функціями [11]. Так, Д. В. Козир, досліджуючи юридичну природу договору охорони фізичної особи, наголошує на самостійності цього договору та помилковості віднесення його до різновидів договору зберігання, оскільки його природа не передбачає передачу об'єкта, який охороняється, у володіння охоронця [12, с. 13].

Інші ж дослідники, піддаючи сумніву висновок про те, що зберігач може володіти річчю, тоді як охоронець – ні, обґрунтовують думку, що договір охорони є різновидом юридичної конструкції зберігання, адже зберігання може мати місце, якщо є фізична можливість забезпечення досягнення такої мети, а тому об'єкт нерухомості цілком може виступати предметом зберігання, що показує сутнісну близькість, а в окремих випадках – і безпосередню тотожність зберігання і охорони [13, с. 195].

Варто зауважити, що в Цивільних кодексах деяких інших держав договір охорони взагалі не закріплений, а надання охоронних послуг регламентується спеціальними нормативними актами, у яких визначені загальні засади надання послуг з охорони майна та особи на підставі відповідних договорів охорони (наприклад, Закон Республіки Молдова «Про приватну детективну та охоронну діяльність» [14], Закон Грузії «Про приватну охоронну діяльність» [15]).

Вважаємо, що з огляду на особливості договору охорони останній слід відокремити від групи договорів зберігання та закріпити в Цивільному кодексі України як самостійний вид договору про надання послуг. На розвиток висловлених у юридичній літературі думок з цього приводу також слід зазначити, що така позиція зумовлена юридичною природою послуги з охорони майна чи особи, колом відмінних ознак зазначених договірних конструкцій. І ключовим у розмежуванні вказаних зобов'язальних правовідносин, на нашу думку, є не факт передання предмета послуги, а насамперед спосіб надання відповідних послуг та зміст діяльності виконавця послуги. Зокрема, договір охорони має бути відокремленим від групи договорів зберігання, оскільки діяльність охоронця та зміст послуги охорони є відмінними від змісту зобов'язання зі зберігання.

**Висновки**

Отже, за результатами дослідження слід дійти висновку, що за національним цивільним законодавством договірні конструкції охорони та зберігання хоча і мають загальну мету забезпечення незмінності предмета послуги, проте наявність власних спеціальних цілей, юридичних особливостей, ознак та відмінного змісту зумовлюють необхідність чіткого розмежування вказаних договірних моделей. Так, ключовим у розмежуванні вказаних зобов'язальних правовідносин, на нашу думку, є не факт передання предмета послуги, а насамперед спосіб надання відповідних послуг та зміст діяльності виконавця послуги. Зокрема, договір охорони має бути відокремленим від групи договорів зберігання, оскільки діяльність охоронця та зміст послуги охорони є відмінними від змісту зобов'язання зі зберігання.

Крім того, питання вдосконалення засад національної правової регламентації зобов'язальних правовідносин, заснованих на договорах охорони та зберігання, потребує подальшого вивчення у світлі кращих практик інших держав, а також з'ясування та вирішення проблем застосування учасниками цивільних правовідносин досліджуваних договірних моделей.

**Список використаних джерел:**

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2016 р. № 435-IV. Дата оновлення: 23.05.2020. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 25.05.2020).
2. Донець А. Г. Поняття «зберігання», «схоронність», «охорона» та їх співвідношення. *Державне будівництво та місцеве самоврядування:* зб. наук. пр. Харків: Право, 2012. Вип. 24. С. 242–252.
3. Иоффе О. С. Обязательственное право. Москва: «Юрид. лит.», 1975. 880 с.
4. Про охоронну діяльність : Закон України від 22.03.2012 р. № 4616-VI. Дата оновлення: 18.12.2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4616-17 (дата звернення: 25.05.2020).
5. Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 27.08.2020 р. у справі № 911/1867/18. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/83876062 (дата звернення: 20.05.2020).
6. Гражданский кодекс Республики Молдова : Закон от 06.06.2002 г. № 1107-XV. URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=30397914&doc_id2=30397914#activate_doc=2&pos=973;-107.80000305175781&pos2=6;-99.80000305175781&sdoc_params2=text%3D%25D0%25BE%25D1%2585%25D1%2580%25D0%25B0%25D0%25BD%25D0%25B0%2520%25D0%25B8%25D0%25BC%25D1%2583%25D1%2589%25D0%25B5%25D1%2581%25D1%2582%25D0%25B2%25D0%25B0%26mode%3Dindoc%26topic_id%3D30397914%26spos%3D1%26tSynonym%3D1%26tShort%3D1%26tSuffix%3D1&sdoc_pos2=0 (дата звернення: 20.05.2020).
7. Цивільний кодекс Республіки Польща від 23.04.1964 р. Дата оновлення: 2020. URL: http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19640160093/U/D19640093Lj.pdf (дата звернення: 20.05.2020).
8. Гражданский кодекс Грузии : Закон от 26.06.1997 г. Дата оновлення: 21.05.2020. URL: https://matsne.gov.ge/ru/document/view/31702?publication=108 (дата звернення: 25.05.2020).
9. Водоп'ян Т. Правове регулювання договору зберігання: окремі питання теорії та практики. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 6. С. 14–18. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pgip_2017_6_4 (дата звернення: 20.05.2020).
10. Бойко Н. М. Відмінність договору позички від договору зберігання. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія «Юридична»*. 2013. Вип. 3. С. 117–125. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvlduvs_2013_3_16 (дата звернення: 20.05.2020).
11. Староста В. І. Поняття договору охорони та його місце в системі цивільно-правових зобов'язань. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2003. Вип. 21. С. 141–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/VKhnuvs_2003_21_29 (дата звернення: 28.05.2020).
12. Козир Д. В. Проблеми класифікації договорів охорони. *Юридична наука*. 2014. № 9. С. 7–14. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/jnn_2014_9_3 (дата звернення: 28.05.2020).
13. Ступницький К.В. Об'єкт цивільних правовідносин зберігання речей, що є предметом спору. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2019. Вип. 6. Ч. 3. С.193–197. URL:http://www.vjhr.sk/archive/2019_6/part_3/6-3.pdf (дата звернення: 28.05.2020).
14. О частной детективной и охранной деятельности : Закон Республики Молдова от 04.07.2003 г. № 283-XV. Дата оновлення: 15.11.2018. URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=5092 (дата звернення: 20.05.2020).
15. О частной охранной деятельности : Закон Грузии от 21.11.2020 г. URL: https://matsne.gov.ge/ru/document/download/19414/1/ru/pdf. (дата звернення: 20.05.2020).

**Alevtyna Biriukova. Differentiation between security agreement and custody agreement**

*In the article on the basis of the analysis of scientific views of domestic scientists, norms of the current legislation of Ukraine and some other states legal qualities of contracts of protection and storage, their common and distinctive signs are explored, the system of criteria of differentiation of the specified contracts is defined.*

*The article also supports and develops the existing position in scientific doctrine on the recognition of the protection contract as an independent legal structure, additionally substantiates the need for legislative separation of the protection contract from storage and consolidation of this legal structure as an independent model in the system of service contracts. In particular, attention is drawn to the fact that each of the contracts has its own, narrower specific objectives, in achieving which the parties to the contract of storage and protection, it is established that the key in distinguishing these obligations should be recognized not the fact of transfer of the service. first of all, the goals, the way of providing the relevant services and the content of the service executor's activity.*

*The author of the article gives a comparative characteristic of agreements of protection and storage, focusing on their distinctive qualities. Among the criteria for differentiation are the object of service and its transfer to the ownership of the executor, the content of the service, the subject structure, payment, etc.*

*In addition, the author analyzes not only the qualities of national legal regulation, but also reviews the general conceptual approaches of some other states in the regulation of storage's and protection`s obligations, as well as current case law that reflects the application of the law and is interesting to understand the nature of storage`s and protection`s agreements.*

*The directions of further scientific researches are also outlined, in particular the need to clarify problematic issues in the practice of application of these agreements, fs bases of liability for non- execution or improper execution of obligations of protection and storage, deeper study of foreign experience in regulating of legal relations based on storage of property, protection of property and individuals.*

**Key words:** contractual relations, storage, protection, service, civil obligation.

УДК 347.721
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.02

***Ігор Галіян,***
*аспірант*
*Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва*
*імені академіка Ф. Г. Бурчака*
*Національної академії правових наук України*

# ПРИНЦИПИ ЗАХИСТУ КОРПОРАТИВНИХ ПРАВ УЧАСНИКІВ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ

*У статті акцентовано увагу на важливій ролі загальноцивілістичних принципів права в механізмі правового регулювання корпоративних відносин. Підтримано думку про те, що саме поєднання теоретичних витоків та природи цивільно-правових принципів, з одного боку, та визначення особливостей їх реалізації у процесі правозастосування – з іншого, дозволяють всебічно зрозуміти, яку засадничу роль ці принципи виконують у площині регулювання суспільних відносин. Саме тому принципи захисту порушених корпоративних прав розглянуто крізь призму їх функціонального аспекту – як принципи формування та дії позитивного права у разі порушення суб'єктивного корпоративного права.*

*Виділено притаманні принципам захисту порушених корпоративних прав ознаки: 1) основоположність, що означає віднесення до принципів захисту корпоративних прав тільки тих ідей та вимог, які є високими ідеалами суспільства, ціннісними орієнтирами людства; 2) об'єктивність, оскільки вони зумовлені розвитком суспільства та практикою врегулювання корпоративних відносин; 3) нормативність – закріплюються в нормах права або безпосередньо випливають із загального змісту норми права; 4) загальнообов'язковість для всіх учасників корпоративних відносин і можливість застосування санкцій до їх порушників; 5) сумірність (пропорційність) як розумне співвідношення між метою, яку передбачається досягти в результаті захисту такого права, та засобами, які при цьому використовуються.*

*Запропоновано розуміння принципів захисту корпоративних прав як основоположних ідей та правових вимог, зумовлених потребами суспільства, відображених безпосередньо в нормах права або ж встановлених із загального їх змісту, дотримання яких є обов'язковим для всіх учасників корпоративних відносин під час захисту суб'єктивних корпоративних прав.*

*Здійснено класифікацію принципів захисту корпоративних прав за критерієм джерела їх закріплення на: 1) принципи, закріплені міжнародно-правовими актами; 2) принципи, закріплені Конституцією України; 3) принципи, закріплені в ЦК, ГК України та інших законодавчих актах.*

*У статті акцентовано увагу на характеристиці таких найбільш поширених принципів захисту корпоративних прав, як: а) принцип належного захисту прав інвесторів; б) принцип належного захисту прав учасників товариства у разі його реорганізації чи ліквідації; в) принцип незастосування директорами товариств, що поглинаються, таких засобів захисту, як емісія нових акцій, будь-яке придбання або відчуження матеріальних активів, укладення угод інших, ніж це потрібно для звичайної господарської діяльності, тощо; г) принципи, яких має бути дотримано під час процедури поглинання; ґ) принцип сумірності (пропорційності), за яким, якщо існують менш обтяжливі шляхи досягнення цілей, вони мають бути використані.*

**Ключові слова:** принципи захисту, корпоративні права, орган управління господарського товариства, принцип належного захисту прав інвесторів, принцип належного захисту прав учасників товариства, поглинання, реорганізація, ліквідація, принцип сумірності (пропорційності).

**Постановка проблеми.** Розглядаючи особливості захисту корпоративних прав, доцільно наголосити на важливій ролі загальноцивілістичних принципів права в механізмі правового регулювання корпоративних відносин. Принципи корпоративного права, становлячи собою зміст механізму правового регулювання, є динамічною категорією, оскільки формуються та видозмінюються залежно від соціально-економічних умов у суспільстві [1, с. 54]. Подальше ускладнення механізму правового регулювання приватних відносин об'єктивно зумовило формування більш складної системи загально- та цивільно-правових принципів. Очевидно, в умовах множинності нормативних актів виникає все гостріша потреба у визначенні аксіоматичних положень, які можна покласти в основу законотворення та правозастосування [2, с. 80].

© І. Галіян, 2020

Відразу ж зазначимо, що концепція виокремлення принципів захисту суб'єктивних цивільних прав є малодослідженою та відповідно й закріпленою на законодавчому рівні. Загалом же виникнення принципу захисту прав людини учені виводять з роботи Д. Локка «Два трактати про правління» (1690 р.), де вчений наголошував, що метою держави є благо і безпека громадян, а одним з основних завдань держави є захист права власності [3, с. 102].

Не вдаючись до відомої дискусії про природу та місце принципів у регулюванні суспільних відносин, доцільно підтримати висловлену в юридичній літературі думку, що саме поєднання теоретичних витоків та природи цивільно-правових принципів, з одного боку, та визначення особливостей їх реалізації у процесі правозастосування – з іншого, дозволяють всебічно зрозуміти те, яку засадничу роль ці принципи виконують у площині регулювання суспільних відносин [4, с. 36], в тому числі й у процесі захисту суб'єктивних корпоративних прав. Недарма А. М. Колодій зазначає притаманність принципам права правоутворюючої і правореалізаційної мети, що відображається шляхом координації функціонування механізму правового регулювання через критерії оцінки правомірності чи неправомірності дій соціальних суб'єктів [5, с. 186–187]. Як видається, саме таке розуміння є найбільш доречним для з'ясування особливостей реалізації цивільно-правових принципів у процесі захисту суб'єктивних корпоративних прав.

Саме тому принципи захисту порушених корпоративних прав насамперед доцільно розглядати крізь призму їх функціонального аспекту – як принципи формування та дії позитивного права у разі порушення суб'єктивного корпоративного права. До такого висновку доходимо, зважаючи, що ступінь прояву окремих принципів на стадії захисту порушених корпоративних прав та інтересів є неоднаковим. Наприклад, у разі імперативного регулювання таких відносин особливого значення набувають такі принципи, як неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом, свобода підприємництва, судовий захист корпоративного права та інтересу, рівності правового режиму для всіх суб'єктів корпоративних відносин тощо. У разі диспозитивного регулювання на перше місце виходить принцип свободи договору, автономії волі, тощо.

**Виклад основного матеріалу.** Отже, насамперед доцільно виділити притаманні принципам захисту порушених корпоративних прав ознаки: 1) основоположність, що означає віднесення до принципів захисту корпоративних прав тільки тих ідей та вимог, які є високими ідеалами суспільства, ціннісними орієнтирами людства; 2) об'єктивність, оскільки вони зумовлені розвитком суспільства та практикою врегулювання корпоративних відносин; 3) нормативність – закріплюються в нормах права або безпосередньо випливають із загального змісту норми права; 4) загальнообов'язковість для всіх учасників корпоративних відносин і можливість застосування санкцій до їх порушників; 5) сумірність (пропорційність) як розумне співвідношення між метою, яку передбачається досягти в результаті захисту такого права, та засобами, які при цьому використовуються.

З урахуванням наведених ознак можемо запропонувати розуміння принципів захисту корпоративних прав як основоположних ідей та правових вимог, зумовлених потребами суспільства, відображених безпосередньо в нормах права або ж встановлених із загального їх змісту, дотримання яких є обов'язковим для всіх учасників корпоративних відносин у разі захисту суб'єктивних корпоративних прав.

Класифікацію ж принципів захисту корпоративних прав доцільно здійснювати за критерієм джерела їх закріплення, а саме: 1) принципи, закріплені міжнародно-правовими актами (принцип верховенства (principle of primacy) європейського права над національним правом держав-членів ЄС, принципи злиття та приєднання юридичної особи, принцип субсидіарності у разі здійснення пропозиції купівлі акцій, принцип неприпустимості втручання кредиторів у процес реорганізації, принцип спільного прийняття рішень і представництва працівників у наглядовій раді компанії, принцип взаємного визнання статусу емітента та емісійних документів, принцип свободи переміщення осіб тощо); 2) принципи, закріплені Конституцією України (принцип законності, принцип демократизму, принцип рівності, принципи об'єктивності, неупередженості та справедливості тощо); 3) принципи, закріплені в ЦК, ГК України та інших законодавчих актах, зокрема, в законах України «Про АТ», «ТОВ та ТДВ», Принципах корпоративного управління (принцип судового захисту порушених корпоративних прав, принцип альтернативних способів вирішення спорів, принципи пропорційності та найвищої ціни акцій, принцип нейтральності, принцип свободи вибору способу захисту, принцип визначення справедливої ціни, принцип прозорості рішення зборів, принцип свободи заснування компанії,

принцип раціональності та чіткості розподілу повноважень між органами управління товариства, принцип прозорості, доступності та своєчасності розкриття інформації учасникам, принцип підпорядкування меншості більшості тощо).

Вищезазначені принципи, оскільки вони спрямовані на належне забезпечення товариством законних прав та інтересів його учасників, безпосередньо відображають особливості корпоративних відносин. Наприклад, такий загальноцивілістичний принцип, як судовий захист цивільного права та інтересу, знаходить своє детальне відображення у наділенні юридичної особи правосуб'єктністю, яка, у свою чергу, дозволяє брати участь у захисті порушеного суб'єктивного права шляхом виступу на боці позивача чи відповідача у суді.

Окремої уваги заслуговують затверджені Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку України Принципи корпоративного управління, розробка та затвердження яких, незважаючи на їх рекомендаційний характер, спрямована насамперед на встановлення загальноприйнятих, прозорих та зрозумілих в усьому світі «правил гри» на фінансовому ринку [6]. Щодо переліку принципів корпоративного управління, то в сучасній цивілістиці відображено різні бачення щодо їхнього змісту, які свідчать про різнобарвність та невичерпність таких основоположних засад регулювання корпоративних відносин. Наприклад, І. В. Спасибо-Фатєєва до принципів корпоративного управління відносить: а) принцип рівності акціонерів; б) принцип наявності механізмів реалізації акціонерами своїх прав і задоволення інтересів, через що досягається можливість підвищення добробуту та забезпечується фінансова стабільність товариства; в) система корпоративного управління повинна забезпечувати своєчасне та точне розкриття інформації з усіх найважливіших питань, що стосуються акціонерного товариства, включаючи його фінансовий стан, продуктивність, власність та управління; г) *система корпоративного управління повинна захищати права акціонерів* (виділено нами – *І. Г.*) тощо [7, с. 468]. В. М. Кравчук до принципів корпоративного управління відносить такі: а) принцип законності; б) принцип централізації поточного управління; в) принцип колегіального вирішення стратегічних питань; г) принцип пріоритетності рішень вищих органів управління; ґ) принцип плановості; е) принцип підзвітності і підконтрольності; є) принцип розподілу управлінських функцій; ж) принцип додержання інтересів товариства [8, с. 322].

У межах досліджуваної нами проблематики заслуговує уваги аналіз змісту ст. 1 Розділу 1 Принципів корпоративного управління, де закріплено принцип належного захисту прав інвесторів як одну з основоположних ідей, що визначають сутність корпоративного управління як системи відносин між інвесторами (учасниками (засновниками)) товариства, його менеджерами, а також заінтересованими особами для забезпечення ефективної діяльності товариства. Зазначений принцип знаходить своє детальне відображення у відповіді на питання про захист прав інвесторів в умовах, коли одні особи володіють товариством, а інші ним управляють. Так, виходячи зі змісту ст. 2 Розділу 2 Принципів корпоративного управління, товариство забезпечує захист прав, законних інтересів акціонерів та рівне ставлення до всіх акціонерів незалежно від того, чи є акціонер резидентом України, від кількості акцій, якими він володіє, та інших факторів. Усі акціонери мають можливість вдаватися до ефективних засобів захисту у разі порушення їхніх прав. Товариство розробляє та запроваджує ефективні механізми захисту прав дрібних акціонерів від недобросовісних дій власників контрольного пакета акцій, вчинених ними особисто або третіми особами у їхніх інтересах. Крім того, товариство повинно вести чітко визначену інформаційну політику з урахуванням потреб товариства у захисті конфіденційної інформації та комерційної таємниці. Водночас, оскільки така інформація має велике значення для визначення акціонером власної позиції щодо реалізації права голосу на загальних зборах акціонерів, то визначення операцій із пов'язаними особами спрямовано на захист інтересів акціонерів під час поглинання товариства.

З метою захисту прав та законних інтересів акціонерів товариство забезпечує комплексний, незалежний, об'єктивний та професійний контроль за фінансово-господарською діяльністю товариства. В умовах розпорошеності акціонерного капіталу та ситуації, за якої одні особи володіють підприємством, а інші ним управляють, товариство забезпечує ефективний контроль за діяльністю осіб, які розпоряджаються отриманими товариством інвестиціями, та здійснює надійний захист майнових інтересів інвесторів. Крім того, на противагу принципу належного захисту прав інвесторів, слід зазначити, що в п. 6.3 ст. 6 Розділу 3 Принципів корпоративного управління закріплено й принцип належного захисту прав працівників товариства. Так, одним із довгострокових завдань товариства є створення робочих

місць та захист інтересів своїх працівників. Для досягнення цього завдання товариству рекомендовано забезпечити належні умови та охорону праці працівників, а також забезпечити рівень оплати праці, який відповідає виконаній роботі та стимулює працівників [6].

Окремо доцільно виділити принцип належного захисту прав учасників товариства у разі його реорганізації чи ліквідації. Так, акціонерам, які ухвалюють рішення про реорганізацію товариства, у товаристві-правонаступнику мають надаватися права, еквівалентні тим, якими вони володіли до реорганізації. У законодавстві Європейського Союзу, присвяченому регулюванню припинення чи реорганізації товариств, закріплення цього принципу має насамперед на меті забезпечити належний та ефективний захист як учасників товариств, які беруть участь у реорганізації, так і кредиторів. Внаслідок припинення шляхом передання майна прав та обов'язків правонаступниками можуть бути лише юридичні особи. Процес реорганізації товариства відбувається шляхом переходу майнових і немайнових прав та обов'язків до юридичної особи-правонаступника чи правонаступників на підставі передавального акта. Саме тому у разі правового регулювання реорганізації чи ліквідації товариства необхідно концентруватися на процесі захисту прав учасників реорганізаційних правовідносин, встановлюючи певні принципи, дотримання яких мають забезпечити учасники злиття чи приєднання [9, с. 32–33].

Загалом же основними принципами захисту корпоративних прав у процесі реорганізації чи ліквідації юридичних осіб є такі: а) принцип захисту інтересів учасників і третіх осіб; б) принцип належного та своєчасного інформування учасників товариства з метою прийняття останніми конкретних та зважених рішень; в) принцип забезпечення захисту прав та інтересів кредиторів товариств, що беруть участь у реорганізації чи ліквідації; г) принцип прозорості рішення про реорганізацію чи ліквідацію та можливості виправлення порушень, які можуть призвести до визнання конкретного виду припинення товариства недійсним; ґ) принцип неприпустимості втручання кредиторів у процес реорганізації чи ліквідації; д) принцип спільного прийняття рішень і представництва працівників у наглядовій раді компанії; е) принцип заборони «змішаної реорганізації» (реорганізація товариства одразу кількома шляхами (злиття, приєднання, поділ, виділ та (або) перетворення)).

Цікавим для наукової уваги є закріплений в англо-американській правовій сім'ї принцип незастосування директорами товариств, що поглинаються, таких засобів захисту, як емісія нових акцій, будь-яке придбання або відчуження матеріальних активів, укладення угод інших, ніж це потрібно для звичайної господарської діяльності тощо. Тобто будь-яка дія, окремо не зазначена у правилах, може вважатися відволіканням і бути заборонена доти, доки вона може вплинути на інтереси товариства-покупця. Цей принцип має на меті доручити ухвалення рішень щодо пропозицій стосовно придбання акцій акціонерам товариства, що поглинається. Будь-яке рішення про захист проти поглинання має бути залишено на розсуд акціонерів. Для виправдання засобів захисту та запровадження «правил ділового розсуду» директорам належить довести, що: 1) пропозиція фактично становила загрозу для товариства та власності акціонерів; 2) засоби захисту були необхідні та адекватні загрозі [9, с. 92–93].

Натомість у континентальній правовій сім'ї (до якої належить і Україна) зазначений принцип на законодавчому рівні не виокремлюється у зв'язку із законодавчим розмежуванням засобів захисту, що можуть бути застосовані до та після оголошення про пропозицію щодо придбання акцій. Більше того, в країнах континентальної правової сім'ї ці засоби захисту дозволено лише доти, доки вони дають змогу запобігти поглинанню в принципі, що свідчить про значно менший рівень захисту інтересів акціонерів. На нашу думку, такий підхід спрямований на збільшення рівня захисту інтересів товариства в цілому, що пов'язано із намаганням якнайкращого захисту інвестицій, адже виконавчий орган товариства вправі проводити пошук інших покупців акцій та створювати конкурентне середовище з метою якнайвигіднішого продажу останніх.

На окрему увагу в питанні встановлення принципів захисту корпоративних прав заслуговує зміст Директиви № 2004/25/РЄ, в ст. 3 якої визначено шість основних принципів, яких має бути дотримано під час процедури поглинання: 1) до усіх власників цінних паперів компанії-адресата оферти одного класу має бути однакове відношення. Якщо особа отримує право контролю над компанією, інші власники цінних паперів повинні бути захищені; 2) власникам цінних паперів компанії-адресата оферти має надаватися досить часу та інформації для уможливлення досягнення зваженого рішення щодо пропозиції; 3) рада директорів адресата оферти повинна діяти в інтер-

есах компанії в цілому і не може відмовити власникам цінних паперів у можливості приймати рішення щодо змісту пропозиції; 4) не повинні створюватися фальшиві ринки цінних паперів компанії-адресатів оферти, компанії-оферента або будь-якої іншої компанії, що має відношення до цієї пропозиції, оскільки це призводить до штучного підвищення або зниження вартості цінних паперів і заважає нормальному функціонуванню ринку; 5) оферент повинен висувати пропозицію тільки за повної впевненості у тому, що він у змозі повністю надати будь-яку грошову компенсацію, якщо така запропонована, та після прийняття належних заходів для забезпечення імплементації будь-якого іншого типу компенсації; 6) компаніям-адресатам оферти не повинні створюватися перешкоди у веденні своїх справ довше часу, передбаченого пропозицією для операцій з цінними паперами [10].

Окремої уваги в межах цього дослідження потребує принцип сумірності (пропорційності), за яким, якщо існують менш обтяжливі шляхи досягнення цілей, вони мають бути використані, а розмір (обсяг) самого обмеження має бути диференційований у нормативному чи індивідуальному акті залежно від конкретних обставин. Тобто за принципом сумірності (пропорційності) захисту корпоративних прав має існувати розумне співвідношення (пропорційність) між метою, досягнення якої передбачається, та засобами, які використовуються для її досягнення. Справедливий баланс не буде дотриманий, якщо право учасника господарського товариства буде порушено і йому не буде надана обґрунтована компенсація чи інший вид належного відшкодування у зв'язку з порушенням, невизнанням чи оспорюванням належного йому суб'єктивного корпоративного права (прикладом може бути справа «Кривенький проти України») [11].

Зазначений принцип сумірності (пропорційності) використано ЄСПЛ під час розгляду справи «Україна-Тюмень» проти України», в якій ЄСПЛ дійшов висновку, що позбавлення заявника в судовому порядку права власності на нерухомість, внесену в його статутний капітал Фондом держмайна з порушеннями процедури передачі такого майна, призвело до порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції. У підсумку ЄСПЛ зазначив, що позбавлення власності без компенсації є непропорційним втручанням; на заявника покладено індивідуальний і надмірний тягар, який порушив справедливий баланс між суспільним інтересом і захистом права на мирне володіння майном [12].

**Висновки**

Як вбачається із вищенаведеного, принципи захисту корпоративних прав, крім відображених у ст. 3 ЦК України загальних засад, ґрунтуються також на притаманних виключно інституту юридичної особи основоположних ідеях, а саме: майнової відокремленості (наявність відокремленого майна на праві власності, праві господарського відання або оперативного управління), організаційної єдності (втрата юридичною особою своїх учасників (якщо можливість їх поновлення відсутня) призводить до втрати такою юридичною особою здатності до волевиявлення і, як наслідок, втрати якості організації), наявності правосуб'єктності (можливості мати права та обов'язки), самостійної відповідальності за взяті зобов'язання, наявності відмінних за своїм змістом інтересів у різних учасників корпоративних правовідносин тощо.

Крім того, до принципів захисту корпоративних прав належать ті, які відображають особливу природу корпоративних правовідносин, а саме: принцип майнової участі у створенні та діяльності юридичної особи; принцип гармонійного поєднання інтересів усіх учасників корпоративних відносин; принцип локального правового регулювання корпоративних правовідносин тощо.

Окремо пропонується виділяти такі принципи захисту корпоративних відносин, як: а) принцип внутрішньокорпоративної демократії; б) принцип захисту прав меншості учасників (акціонерів); в) принцип підпорядкування особистих інтересів учасників спільному корпоративному інтересу; г) принцип добровільності членства; ґ) принцип гласності ведення справ господарського товариства; д) принцип обмеження втручання учасників у поточну діяльність господарського товариства [13, с. 16].

Підсумовуючи, доцільно зазначити, що аналізовані вище особливі засади захисту корпоративних прав не є якимось випадковим набором ідей, а, навпаки, є цілком закономірним результатом розвитку цивілістики загалом та корпоративної доктрини права зокрема. Адже не завжди механізм правового регулювання корпоративних відносин завершується досягненням поставленої мети, коли суб'єктивні корпоративні права та обов'язки реалізовуються учасниками без застосування ними додаткових заходів впливу. Поширеними є випадки застосування до учасників корпоративних відносин додаткових заходів впливу. У такому разі законодавчо передбачено механізм захисту корпоративних прав та інтересів з метою повернення учасників до нормальної моделі поведінки, що відпо-

відає нормам права. Разом із тим, оскільки у корпоративних правовідносинах превалюють принципи диспозитивності, вільного волевиявлення, свободи, приватної ініціативи учасників тощо, відповідно, механізм захисту (як додаткова стадія механізму правового регулювання) передбачає вибір за учасником, суб'єктивне корпоративне право якого порушене, дозволених нормами права варіантів поведінки з метою примусити зобов'язану особу належним чином виконати взяті на себе обов'язки.

**Список використаних джерел:**

1. Корпоративне право України: проблеми теорії та практики : монографія / В. А. Васильєва, А. В. Зеліско, В. В. Луць, І. Б. Саракун, Л. В. Сіщук та ін.; за заг. ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ: Супрун В. П., 2017. С. 54.

2. Козловська Л. В. Теоретичні засади здійснення і захисту спадкових прав : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2015. С. 80.

3. Фулей Т. І. Сучасні загальнолюдські принципи права та проблеми їх впровадження в Україні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Львів, 2003. С. 102.

4. Гумега О. В. Реалізація цивільно-правових принципів у процесі захисту прав інтелектуальної власності : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2018. С. 36.

5. Колодій А. М. Принципи права України : монографія. Київ: Юрінком Інтер, 1998. С. 186–187.

6. Рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 22.07.2014 № 955 «Про затвердження Принципів корпоративного управління». URL: https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr955863-14?find=1&text=%D0%B7%D0%B0%D1%85%D0%B8%D1%81%D1%82 (дата звернення: 12.06.2020).

7. Корпоративне управління : монографія / І. В. Спасибо-Фатєєва, О. Р. Кібенко, В. І. Борисова; за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: Право, 2007. С. 468.

8. Кравчук В. М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. Київ : Істина, 2005. С. 322.

9. Вербов С. В. Регулювання угод зі злиття та поглинання в приватному праві : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2014. С. 32–33, 92–93.

10. Директива 2004/25/ЄС Європейського парламенту та Ради Європи «Про пропозиції поглинання» від 21 квітня 2004 року. URL: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cPA7NVL98ZoJ:old. minjust.gov.ua/file/32694.docx+&cd=1&hl=uk&ct=clnk&gl=ua&client=firefox-b (дата звернення: 10.10.2018).

11. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Кривенький проти України» (заява № 43768/07) від 16.05.2017 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d48 (дата звернення: 12.06.2020).

12. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Україна-Тюмень проти України» від 20.05.2010 р. (заява № 22603/02). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974596 (дата звернення: 12.06.2020).

13. Степанов П. В. Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 1999. С. 16.

**Ihor Haliian. Principles of protection of corporate rights of participants of business associations**

*The article emphasizes the important role of general civil law principles in the mechanism of legal regulation of corporate relations. The opinion is supported that the combination of theoretical origins and nature of civil law principles, on the one hand, and determining the features of their implementation in the law enforcement process, on the other, allow to fully understand the fundamental role of these principles in regulating social relations. That is why the principles of protection of infringed corporate rights are considered through the prism of their functional aspect – as the principles of formation and operation of positive law in case of violation of subjective corporate law.*

*The features inherent in the principles of protection of violated corporate rights are highlighted: 1) fundamentality, which means the attribution to the principles of protection of corporate rights only those ideas and requirements that are high ideals of society, values of mankind; 2) objectivity, as they are due to the development of society and the practice of corporate relations; 3) normative – enshrined in the rules of law or directly derived from the general content of the rules of law; 4) mandatory for all participants in corporate relations and the possibility of applying sanctions to their violators; 5) proportionality (proportionality) as a reasonable relationship between the goal that is expected to be achieved as a result of the protection of such a right, and the means used.*

*It is proposed to understand the principles of corporate rights protection as fundamental ideas and legal requirements due to the needs of society, reflected directly in the law or established from their general content, compliance with which is mandatory for all participants in corporate relations in protecting subjective corporate rights.*

*The classification of the principles of protection of corporate rights according to the criterion of the source of their consolidation is carried out on: 1) the principles enshrined in international legal acts; 2) principles enshrined in the Constitution of Ukraine; 3) the principles enshrined in the Central Committee, the Civil Code of Ukraine and other legislative acts.*

*The article focuses on the characteristics of such the most common principles of protection of corporate rights as: a) the principle of proper protection of investors' rights; b) the principle of proper protection of the rights of members of the company during its reorganization or liquidation; c) the principle of non-application by the directors of the companies being acquired of such means of protection as the issue of new shares, any acquisition or alienation of tangible assets, the conclusion of agreements other than those required for normal business activities, etc.; d) the principles to be followed during the takeover procedure; e) the principle of proportionality, according to which, if there are less burdensome ways to achieve goals, they should be used.*

**Key words:** principles of protection, corporate rights, governing body of a business company, proper protection of investors' rights, proper protection of the rights of company members, takeover, reorganization, liquidation, principle of proportionality.

УДК 347.1 (4)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.03

***Ірина Гелецька,***
*канд. юрид. наук,*
*заступник директора з наукової та навчально-виробничої роботи*
*Галицького коледжу імені В'ячеслава Чорновола*

***Віталій Скиба,***
*адвокат,*
*викладач кафедри права*
*Галицького коледжу імені В'ячеслава Чорновола*

# ПРЕДСТАВНИЦТВО У ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИНАХ ТРАНСПЛАНТАЦІЇ АНАТОМІЧНИХ МАТЕРІАЛІВ ВІД ПОМЕРЛИХ ОСІБ

*У статті на основі норм чинного законодавства та аналізу поглядів науковців окреслено проблемні питання, що пов'язані з особливостями застосуванням інституту представництва у разі трансплантації анатомічних матеріалів після смерті особи. Зауважується, що у відносинах посмертного донорства мають місце і договірне представництво, і представництво за законом. Наголошується на тому, що договірне представництво, яке виникає на підставі договору доручення, здійснюється надалі не на підставі довіреності, а на підставі письмової заяви, яка не є характерним документом у представницьких правовідносинах. Проведено порівняльний аналіз заяви із договором доручення і довіреністю та визначено її правову природу. У результаті дослідження запропоновано вирішення вказаної проблеми шляхом внесення змін до цивільного законодавства.*

*Авторами з'ясовано категорію «повноваження представника за заявою» у контексті права чи обов'язку надавати згоду на трансплантацію анатомічних матеріалів померлої особи. На підставі аналізу правових норм зроблено висновок, що це є правом повноважного представника, та запропоновано у змісті заяви зазначити саме «повноважний представник має право надати згоду».*

*Детально розкрито порядок здійснення повноважним представником відмови від надання згоди на трансплантацію як за життя, так і після смерті особи. Виокремлено правові наслідки такої відмови залежно від періоду, в якому вона була здійснена. Якщо представник відмовиться надати письмову згоду після смерті особи, запропоновано за аналогією застосувати правило, яке міститься у нормах щодо відмови від прийняття спадщини за заповітом (ст. 1273-1275 ЦК України), і закріпити таке право за подружжям, родичами або особою, яка буде здійснювати поховання померлого. Констатується, що повноважний представник має право відмовитися від надання згоди на трансплантацію анатомічних матеріалів ще за життя особи, і жодні правові наслідки такої відмови не можуть мати місце, хоча б із тієї позиції, що такою відмовою не завдаються збитки особі, які призначила повноважного представника.*

*Надано авторські висновки і позиції щодо вдосконалення законодавства у зазначеній сфері.*

**Ключові слова:** трансплантація, представництво за законом, договірне представництво, письмова заява, повноважний представник, відмова від повноважень.

**Постановка проблеми.** Сьогодні Україна перебуває на етапі реформування різних аспектів своєї діяльності, беззаперечно, вагомих трансформацій зазнає і медична сфера. Важливим складником реформування медицини стали зміни у сфері трансплантації анатомічних матеріалів людини, актуальність яких неможливо заперечувати, оскільки сотні тисяч хворих українців роками чекають своєї черги у праві на життя, хоча і не кожен досягає фінішу у цій боротьбі.

Право на життя як форму руху матерії мають усі живі істоти. Але щодо людини це право має набагато глибший зміст. Виключно людина наділена розумом та свідомістю, а тому є вищою, притому соціальною, істотою, оскільки її життя невіддільне від розвитку суспільства. Без життя (без права на нього) втрачають сенс інші природні та соціальні цінності: навколишнє середовище, матеріальний достаток, мирне співіснування, розвиток демократичних засад тощо.

Початок 2019 року ознаменувався набранням чинності Законом України «Про застосування трансплантації анатомічних


© І. Гелецька, В. Скиба, 2020

матеріалів людини [1] (далі – Закон), який врегульовує питання трансплантації людських органів та інших анатомічних матеріалів для збереження життя інших людей.

Трансплантація – один із найскладніших та водночас найбільш ефективний метод лікування складних захворювань у випадках, коли інші методи уже є безрезультатними. Досягнення сучасної медицини сприяють розвитку лікування у такий спосіб та допомагають покращити якість життя тисячі хворих.

Проте сьогодні проблема полягає у тому, що сфера регулювання трансплантології є новою, нечітко визначеною, та водночас ускладнюється відсутністю єдиних міжнародних стандартів стосовно донорства та трансплантології. Більшість норм міжнародного характеру мають так званий загальний, рекомендаційний характер, а отже, зазначена сфера визначається внутрішньодержавним вибором кожної країни.

Неможливо не вказати на такі перешкоди впровадження новел на практиці, як відсутність чіткого механізму їх реалізації, упереджене ставлення суспільства та недостатність фінансування з боку держави.

Однією з ключових причин такого стану речей є вади правового регулювання. Насамперед проблемним питанням залишається посмертне донорство. У дискусійному полі перебуває визначення права особи на розпорядження своїм тілом після її смерті в системі цивільних прав особи, а також питання правомочностей членів сім'ї померлого чи інших осіб щодо розпорядження його тілом після смерті.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Проблеми правового регулювання відносин донорства та трансплантації розглядалися у наукових працях таких вчених, як: Г. Анікіна, М. Брюховецька, С. Гринчак, К. Ільщенкова, М. Малеїн, М. Малеїна, Н. Маргацька, І. Міщук, І. Пташник, І. Сенюта, С. Стеценко та інші. Водночас особливості інституту представництва у відносинах посмертного донорства малодосліджені і потребують додаткового вивчення.

**Метою статті** є дослідження особливостей застосування інституту представництва у цивільно-правових відносинах трансплантації анатомічних матеріалів від померлих осіб.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ст. 1 Закону під трансплантацією розуміється спеціальний метод лікування, що полягає у пересадці анатомічного матеріалу людини від донора реципієнту і спрямований на відновлення здоров'я людини.

Натепер у більшості країн саме органи померлих переважно використовуються для трансплантації. Здавалося б, у випадку вилучення органів у померлої людини не має виникати жодних перешкод. Але вони є, і досить складні. Адже проблема трансплантації органів і тканин – це проблема особистих прав людини, тому, окрім численних медичних аспектів, вагоме значення має і ряд фундаментальних правових, моральних і етичних питань, пов'язаних із трансплантологією.

Найбільш складним і дискусійним залишається питання щодо згоди донора на вилучення органів після його смерті, що зумовлює важливість розробки зваженої позиції стосовно критеріїв правомірності застосування посмертного донорства.

Конституція України проголошує право кожної людини на особисту недоторканість, і здійснення медичного втручання без згоди людини є таким, що порушує її права. Подальший свій розвиток та більш детальну регламентацію зазначене право знаходить у положеннях гл. 21 Цивільного кодексу України [2] (далі – ЦК України). Особиста недоторканість фізичної особи виступає в площині індивідуальної можливості розпоряджатися цим правом, свобідної волі в питанні, бути їй донором чи ні. Відповідно до статті 17 Додаткового протоколу до Конвенції про права людини та біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини органи і тканини не видаляються у померлої особи, якщо не має отриманої у встановленому порядку на те згоди [3].

За правилами ст. 16 Закону кожна повнолітня дієздатна особа має право надати згоду чи незгоду на вилучення анатомічних матеріалів з її тіла для трансплантації після її смерті. Окрім того, Закон дозволяє отримання згоди на вилучення анатомічних матеріалів від донора-трупа і від інших осіб, допускаючи таким чином існування своєрідних представницьких правовідносин, суть яких зводиться до того, що кожна повнолітня дієздатна особа має право призначити свого повноважного представника, який після смерті цієї особи надасть згоду на вилучення органів з її тіла (ч. 7 ст. 16 Закону). Таким представником може бути лише повнолітня дієздатна особа, яка добровільно та свідомо погодилася на це.

Як бачимо, у даному випадку має місце різновид так званого представництва за довіреністю (ст. 244 ЦК України), або, як ще його називають, договірного чи добровільного представництва. Хоча оформляється воно не класичним договором доручення і виданою на його підставі довіреністю, а письмовою заявою про призначення повноважного

представника, засвідченою особистими підписами осіб, які беруть участь у вказаних правовідносинах.

За загальним правилом і договір доручення, і довіреність – це правочини. Договір доручення – двосторонній і являє собою погоджену дію двох сторін (ч. 4 ст. 202 ЦК України), довіреність – односторонній, бо за правилами ч. 3 ст. 202 ЦК України для її вчинення досить волевиявлення однієї сторони. У контексті якого з цих двох правочинів розглядати заяву про призначення повноважного представника за правилами ч. 8 ст. 16 Закону?

За змістом Додатку 4 до Порядку надання письмової згоди живого донора на вилучення у нього анатомічних матеріалів та письмової відмови від раніше наданої такої згоди, письмової згоди або незгоди чи відкликання наданої раніше згоди на вилучення анатомічних матеріалів з тіла особи для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів після визначення її стану як незворотня смерть, а також подання письмової зави про призначення, зміну чи відкликання повноважного представника, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2018 р. № 1211 [4], така заява фактично врегульовує питання визначення представника, який має прийняти рішення після смерті фізичної особи щодо надання згоди на вилучення анатомічних матеріалів з її тіла. Загалом, така заява досить близька за формою та змістом до довіреності. Обидва документи можуть трактуватися як письмові документи, що видаються однією особою іншій особі для представництва перед третіми особами (ч. 3 ст. 244 ЦК України). Обидва документи визначають обсяг повноважень представника. Але у довіреності, на відміну від такої заяви, не міститься підпис представника, яким засвідчується надання згоди на вчинення дій, визначених у довіреності, а у заяві, на відміну від довіреності, не може встановлюватися конкретний строк її дії. Зазвичай такі заяви будуть правомочними або до моменту їх відкликання (відмови) чи зміни повноважного представника, або до того моменту, коли уповноважений представник надасть (не надасть) згоду на вилучення анатомічних матеріалів після смерті. Оскільки у такій заяві містяться волевиявлення обох сторін, остання не може розглядатися в контексті одностороннього правочину.

Чи можливо ототожнювати її з двостороннім правочином – договором, у даному випадку договором доручення? Також не впевнені. Як зазначалося вище, договір доручення – це двостороння домовленість двох сторін, більше того, вказаний договір належить до групи так званих фідуціарних договорів, тобто таких, які засновані на високому ступені довіри обох сторін одна до одної. Довіритель має бути впевненим у повіреному більше, ніж у самому собі. І не виключено, що елементи такої фідуціарності присутні у даному випадку. Надати право визначати долю власних анатомічних матеріалів після смерті можливо лише особі, з якою перебуваєш у близьких, довірчих відносинах. Заява містить підписи обох сторін як вираз волевиявлення обох сторін. Ставлячи підписи на заяві, сторони виражають свою згоду на виникнення між ними цивільно-правових відносин у майбутньому, що певною мірою ідентично з класичним цивільно-правовим договором. Більше того, дану заяву можна розглядати як підставу виникнення так званих внутрішніх відносин договірного представництва, що є передумовою для здійснення отриманих повноважень у відносинах з третіми особами (зовнішні відносини договірного представництва). Але, з іншого боку, така заява подається до певного уповноваженого органу, що нехарактерно для договору. Максимум, що може мати місце у договорах, – це їх посвідчення уповноваженими особами. Тому таку заяву навряд чи можливо ототожнити із двостороннім правочином (договором) у розумінні ЦК України, хоча окремі елементи цивільно-правового договору у ній мають місце.

Єдине, що можливо допускати, – це все-таки наявність усної домовленості, яка за своїм змістом тотожна договору доручення. Така домовленість (договір) між уповноваженим представником і повнолітньою дієздатною особою передує оформленню та підписанню заяви; без неї виникнення представницьких правовідносин неможливе. Таким чином, не виключено, що частину 1 ст. 244 ЦК України варто було б доповнити положенням, за яким представництво, яке ґрунтується на договорі, може здійснюватися не лише за довіреністю, але й і за заявою.

На можливості застосування для вирішення питань щодо лікування та догляду у відносинах між пацієнтом та призначеної ним довіреної особи за аналогією положень договору доручення наголошувала свого часу і Г. Миронова [5, с. 123]. Дослідження, наведені у її праці, присвячені представництву пацієнта за довіреністю у контексті правової конкретизації суб'єктів та процедур прийняття медичних рішень у клінічних випадках, обтяжених нездатністю пацієнта до волевиявлення. Автор вважає, що такі питання можна вирішити шляхом завчасно виданої довіреності із визначеним обсягом повноважень довіреної особи-представ-

ника щодо медичного втручання [5, с. 119]. У вказаній праці не розглядалася можливість видачі довіреності особі-представнику на надання згоди щодо вилучення анатомічних матеріалів після смерті особи, але це абсолютно не виключає можливості розглядати це питання в контексті посмертного донорства. На нашу думку, це було би більш доцільним, аніж оформлення письмової заяви про призначення уповноваженого представника.

Не виключає законодавець також існування у відносинах посмертного донорства й іншого різновиду представництва – представництва за законом. Так, крім повноважного представника, надавати згоду на вилучення анатомічних матеріалів мають право і близькі родичі померлого. Очевидно, що випадків, коли буде мати місце трансплантація за згодою родичів померлого, буде більше. Не думаємо, що українці масово почнуть вирішувати посмертну долю власних анатомічних матеріалів за життя шляхом написання заяви-згоди чи призначенням уповноваженого представника. Для багатьох з нас написати таку заяву – то як скласти заповіт на випадок своє смерті: і одне, й інше означатиме уже один крок у засвіти. Не варто сподіватися на таку свідомість українців; для такого прогресу потрібен час. Та й мало хто обізнаний у наявності таких правових норм. Стикаються з ними ті, перед ким проблема трансплантації постала досить серйозно.

Ще один момент, на якому варто було б зупинитися, – це з'ясування повноважень уповноваженого представника за заявою. У дефініції ч. 7 ст. 16 Закону та у змісті самої заяви про призначення представника задекларовано, що уповноважений представник «надасть згоду» на вилучення після смерті особи з її тіла анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів. Представник зобов'язаний чи має право надати таку згоду? Аналіз положень Закону, зокрема ч. 3 ст. 17, дає нам право зробити висновок, що надання згоди на посмертне донорство все-таки є правом, а не обов'язком уповноваженого представника, оскільки відсутність письмової згоди повноважного представника за умовами наведеної вище норми забороняє вилучення анатомічних матеріалів у померлої особи. Очевидно, зміст заяви має бути сформульований більш коректно, і, замість «повноважений представник надасть згоду», краще зазначити «повноважний представник має право надати згоду».

Беззаперечно, що взяти на себе сміливість вирішувати питання щодо тілесної цілісності померлої особи наважиться не кожен. Певно, саме тому ч. 10 ст. 16 Закону особі, яку призначено повноважним представником, надає право у будь-який час відмовитися бути повноважним представником, вчинивши необхідні дії. Суб'єкт, якому подано цю заяву, повинен протягом трьох робочих днів письмово поінформувати про таку відмову особу, яка призначила цього повноважного представника. На думку М. М. Ковальського, «надання особі можливості відмовитись від представництва ускладнює всю процедуру вилучення та передачі органів, оскільки в результаті відмови первісного представника та невчасного повідомлення потенційний донор може не встигнути призначити іншого представника, та його воля залишиться нереалізованою. Крім того, виникає питання, чи виникатимуть правові наслідки для представника, якщо особа помре протягом цих трьох днів та не встигне отримати повідомлення щодо його відмови» [6, с. 82]. Звичайно, таких ситуацій не варто виключати. Але ставити питання про застосування правових наслідків такої відмови навряд чи є доцільним. Нами уже зазначалося вище, що такі відносини мають фідуціарний характер, тобто їм притаманний високий ступінь довіри сторін одна до одної. Загальновідомо, що однією з ознак фідуціарного правочину є право сторін відмовитися від нього. І положеннями про договір доручення, і правовими нормами про довіреність (як приклади фідуціарних правочинів у цивільному праві) можливість відмови сторін врегульована (ст. 250 ЦК України, ч. 2 ст. 1008 ЦК України). Якщо ми розглядаємо означені відносини в контексті цивільно-правового представництва, то логічно, що повноважний представник має право на відмову від вчинення дій, визначених у заяві, і про будь-які правові наслідки такої відмови не видається можливим говорити хоча б із тієї позиції, що такою відмовою не завдаються жодні збитки особі, які призначила повноважного представника. Якщо особа не встигне призначити іншого повноважного представника, то питання трансплантації анатомічних матеріалів після її смерті буде вирішуватися одним із подружжя або іншими родичами.

Необхідно більш детально врегулювати у законодавстві і випадки, коли уповноважений представник відмовиться надавати згоду на трансплантацію після смерті особи. Звичайно, у такому випадку найбільш доцільним буде з'ясування думки родичів померлого. І хоча законодавець детально цього випадку не врегулював, вважаємо, що за аналогією можливо застосувати правило, яке міститься у нормах щодо відмови від прийняття спад-

щини за заповітом (ст. 1273-1275 ЦК України), і у випадках, коли повноважний представник відмовиться від надання згоди на посмертне донорство після смерті особи, закріпити таке право за родичами або особою, яка буде здійснювати поховання померлого. Окремі науковці пропонують створити своєрідний ієрархічний перелік родичів та членів сім'ї, думка яких почергово буде з'ясовуватися у разі розбіжностей щодо надання (ненадання) згоди на трансплантацію [7, с. 123]. Не думаємо, що варто підтримувати цю позиції, оскільки це питання вже врегульоване ч. 11 ст. 16 Закону, де чітко зазначена послідовність у зверненні трансплант-координатора за отриманням згоди на вилучення органів. Це відповідно інший з подружжя, а далі у наведеному порядку близькі родичі цієї особи (діти, батьки, рідні брати та сестри). Зрештою, оскільки питання посмертного донорства дещо близькі до питань спадкування, не виключено, що таку ситуацію можливо вирішувати за принципом закликання до спадкування спадкоємців за законом. Якщо наявні спадкоємці першої черги (один із подружжя, діти, батьки померлого), то думка спадкоємців другої черги (рідні брати і сестри померлого) не береться до уваги. І оскільки законодавець серед осіб, які мають право надавати згоду на посмертне донорство, насамперед зазначає іншого з подружжя, а вже потім інших родичів померлого, то цілком очевидно, що думка подружжя і буде вирішувати питання щодо трансплантації анатомічних матеріалів у померлої особи. І лише у разі його відсутності таке питання буде ставитися перед дітьми, батьками, рідними братами, сестрами чи особою, яка зобов'язалася поховати померлого.

**Висновки**

Підсумовуючи наведене, вище варто зазначити, що інститут представництва у цивільно-правових відносинах трансплантації анатомічних матеріалів від померлих осіб виступає однією із гарантій реального та повного здійснення суб'єктивних прав фізичними особами, але водночас потребує більш детального розгляду та врегулювання. Законодавчі норми, якими задекларовано можливість застосування представництва при посмертному донорстві, визначають основні засади і алгоритм призначення повноважного представника та обсяг його повноважень.

З огляду на особливості правової природи відносин у сфері трансплантації, цілком очевидним є те, що пріоритетним виступає їх цивільно-правове регулювання, а тому необхідно узгодити норми, які регулюють відносини представництва при посмертному донорстві, з положеннями, які регулюють інститут представництва у цивільному праві.

Перспективними вважаємо проведення подальших розвідок у даному науковому напрямі, оскільки чинне законодавство лише певною мірою вирішує окреслену проблему, а практичне його застосування може викликати певні неузгодженості.

**Список використаних джерел:**

1. Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині : Закон України від 17 травня 2018 року № 2427-VIII. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2427-19 (дата звернення: 22.07.2020).

2. Цивільний Кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 22.07.2020).

3. Додатковий протокол до Конвенції про права людини та біомедицину щодо трансплантації органів і тканин людини (ETS N 186) від 24 січня 2002 року № 994_684. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_684 (дата звернення: 22.07.2020).

4. Порядок надання письмової згоди живого донора на вилучення у нього анатомічних матеріалів та письмової відмови від раніше наданої такої згоди, письмової згоди або незгоди чи відкликання наданої раніше згоди на вилучення анатомічних матеріалів з тіла особи для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів після визначення її стану як незворотня смерть, а також подання письмової заяви про призначення, зміну чи відкликання повноважного представника. Затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2018 року № 1211. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1211-2018 (дата звернення: 22.07.2020).

5. Миронова Г. Представництво пацієнта за довіреністю: цивільно-правова характеристика правочинів. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 3. С. 117–128.

6. Ковальський М.М. Представництво в цивільно-правових відносинах, що виникають під час надання медичних послуг трансплантації анатомічних матеріалів від померлих осіб. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Випуск 3. Том. 2. С. 80-84. URL : http://nvppp.in.ua/vip/2019/3/tom_2/14.pdf (дата звернення: 22.07.2020).

7. Брюховецька М.С. Цивільно-правове регулювання посмертного донорства : дис. канд. юр. наук : 12.00.03. Київ, 2017. 230 с.

**Iryna Geletska, Vitalii Skyba. Representation in civil law relations on transplantation of anatomic materials from deceased persons**

*Based on the norms of the current legislation and the analysis of the scientists' researches, the article outlines the comprehensive issues related to the peculiarities of the use of the institution of representation in the transplantation of anatomical materials after the death of a person. It is emphasized that in the relationship of posthumous donation there is the representation by proxy as well as the representation under the law. The representation by proxy, which is based on the contract, is carried out in the future not on the basis of a proxy, but on the grounds of written statement, which is a not a common document in representative legal relations. A comparative analysis of a written statement with an agency agreement and a proxy has been performed and its legal nature has been identified as well. According to the results of this study, the solution of the following problem is suggested by means of the amendments to the civil law.*

*The authors of the article identify the category of the powers of the representative with a statement in the context of the right or obligation to give a consent to the transplantation of anatomical materials of the deceased. Based on the analysis of legal norms, it is summerised that this is the right of the authorized representative and it is suggested to indicate in the content of the statement "the authorized representative has the right to give a consent."*

*The procedure for the refusal of an authorized representative to give a consent to a transplantation during life and after the death of a person is described in detail. The legal consequences of such a refusal and the consequences of the refusal in different periods in which it was carried out are highlighted. If the representative refuses to give a written consent after the death of the person, it is proposed to apply by analogy the rule contained in the legal norns for Refusal from Acceptance of Inheritance (Articles 1273-1275 of the Civil Code of Ukraine) and to assign such a right to spouses, relatives or person that will bury the deceased. The analysis of the data clearly indicates that the authorized representative has the right to refuse in giving a consent to the transplantation of anatomical materials during the life of the person, and no legal consequences of such refusal can take place, at least from the position that such refusal does not harm the person who appointed the authorized representative.*

*Author's conclusions and views on improvement of the legislation in the mentioned field of research are given.*

**Key words:** transplantation, representation under the law, representation by proxy, written statement, authorized representative, refusal from powers.

УДК 347.454.31
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.04

***Володимир Гуцуляк,***
*канд. юрид. наук*

# НОВЕЛИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН З ПРОВЕДЕННЯ ПРОЕКТНИХ ТА ПОШУКОВИХ РОБІТ

*У статті акцентовано увагу на підходах до оновлення механізму правового регулювання відносин підряду на проведення проектних та пошукових робіт в сучасних умовах. Встановлено недосконалість законодавчого закріплення поняття договору на проведення проектних та пошукових робіт, де предметом договору на проведення проектних робіт визначено проектну та іншу технічну документацію, а пошукових – безпосередньо саму роботу, а не її результат. Окремо акцентовано увагу на порушенні в межах ст. 887 ЦК послідовності виконання таких підрядних робіт, адже пошукові роботи завжди передують проектним. Відповідно запропоновано окремо в межах двох статей § 4 визначати поняття договору підряду на проведення пошукових робіт та договору підряду на проведення проектних робіт.*

*Виокремлено особливості договорів підряду на проведення проектних та пошукових робіт. Обґрунтовано недоцільність у процесі оновлення ЦК України перейменування в межах § 4 гл. 61 ЦК України підрядника на вишукувача, проектувальника, виконавця тощо, зважаючи що: 1) це порушить термінологічну єдність цієї глави 61; 2) сторони в договірному порядку вправі іменувати себе і проектувальником, і вишукувачем, що не заборонено.*

*Виявлено законодавчу прогалину у закріпленні такого важливого обов'язку замовника, як обов'язок прийняти результат проектних та пошукових робіт, та запропоновано доповнити ст. 889 ЦК України цим обов'язком. Схожий висновок зроблено виходячи з аналізу обов'язку підрядника у разі необхідності погодження готової технічної документації з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування (п. 4 ч. 1 ст. 889 та п. 2 ч. 1 ст. 890 ЦК), запропоновано закріплення цього обов'язку виключно для проектанта за договором на проведення проектних робіт.*

*Піддано критиці закріплений у ст. 891 ЦК України механізм цивільно-правової відповідальності підрядника, за яким безоплатне перероблення проектно-кошторисної документації чи здійснення додаткових робіт віднесено до правових наслідків порушення зобов'язання. Запропоновано авторську редакцію ст. 888 ЦК України шляхом виокремлення обов'язку замовника щодо передання підряднику технічного завдання. Запропоновано доповнити § 4 гл. 61 ЦК України статтею, присвяченою механізму відповідальності замовника за допущені порушення договірних зобов'язань.*

*Визначено договірну відповідальність сторін у зобов'язаннях з проведення проектних та пошукових робіт через сукупність заходів впливу на боржника, що проявляється у застосуванні до останнього додаткових обтяжень, пов'язаних із невиконанням та/або неналежним виконанням ним умов договору, розмір яких відповідає розміру завданих кредитору збитків.*

**Ключові слова:** механізм правового регулювання, договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт, дефініція договору, предмет договору, обов'язки сторін договору, механізм цивільно-правової відповідальності, договірна відповідальність.

**Постановка проблеми.** Перш ніж перейти безпосередньо до розгляду питань, що потребують, на наш погляд, оновлення, насамперед зазначимо, що із закріпленої у ст. 887 ЦК України дефініції договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт відмежування цього договору від суміжних підрядних договорів (насамперед, договору будівельного підряду) вбачається у характері робіт та їх результаті. Тобто ці роботи повинні мати характер проектно-пошукових, а їх результат відображатися у розробленій підрядником проектно-кошторисній та технічній документації. Таким чином, предметом договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт є проектно-кошторисна документація та отримані в результаті робіт дані. Зважаючи на те, що значення терміна «проєкт» надзвичайно широко використовується у різних сферах життєдіяльності людства (від математичної сфери і до сфери телерадіомовлення), в цивільно-правовій сфері під зазначеним терміном розуміється цілий комплекс проектно-кошторисної та технічної документації, зміст якої становлять вартісні, техніко-економічні обґрунтування


© В. Гуцуляк, 2020

доцільності проведення робіт, креслення, пояснювальні записки, технічні завдання та інші відомості, необхідні для якісного проведення проектних та пошукових робіт.

Крім цього, детальний аналіз поняття договору на проведення проектних та пошукових робіт за ЦК України дозволяє зробити висновок про недосконалість визначення результату саме пошукових робіт, адже предметом договору на проведення проектних робіт є проектна та інша технічна документація, а пошукових – безпосередньо сама робота, а не її результат. Водночас результатом пошукових робіт є відповідний документ, що містить матеріали в текстовій формі і у вигляді карт (схем), який відображає відомості про пошукові завдання, про місцезнаходження території, на якій планується здійснювати такі роботи, про види, обсяги, способи і строки проведення пошукових робіт, про результати комплексного вивчення природних і техногенних умов зазначеної території, в тому числі про результати вивчення, оцінки та прогнозу можливих змін природних і техногенних умов зазначеної території та повинен містити оцінку впливу виконання інших робіт (будівельних, видобувних тощо) на навколишнє середовище та інші об'єкти, що розміщені поруч.

Разом із тим доцільно підтримати зроблені у вітчизняній цивілістиці висновки щодо порушення послідовності виконання таких підрядних робіт, адже пошукові роботи завжди передують проектним, і їх дані є необхідними для проектування конкретного об'єкта будівництва. Виправдати зазначене формулювання назви договору можна хіба що усталеною практикою її використання [1, с. 219].

Справді, сьогодні поширеними на практиці є випадки, коли підрядник, проводячи пошукові роботи, доходить висновку про неможливість проведення, наприклад, у цьому місці будівництва (наявність ґрунтових вод, знахідки, що свідчать про історичну цінність цього місця, тощо), відповідно, і доцільність розробки проектно-кошторисної та іншої технічної документації відсутня. Зважаючи на це, за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт можуть проводитися як проектні та пошукові роботи разом одним підрядником, так і пошукові та проектні роботи окремо [2, с. 30].

Аналізуючи вищенаведені точки зору, вважаємо за доцільне розмежувати ці договори на законодавчому рівні шляхом, зважаючи, що пошукові роботи передують проектним, закріплення у ч. 1 ст. 887 ЦК України визначення поняття договору підряду на проведення пошукових робіт, а в ч. 2 ст. 887 ЦК України – визначення поняття договору підряду на проведення проектних робіт:

*«1. За договором підряду на проведення пошукових робіт підрядник зобов'язується на свій ризик за завданням іншої сторони (замовника) провести пошукові роботи та передати їх результат замовнику, а замовник зобов'язується передати технічне завдання та інші вихідні дані підряднику, прийняти та оплатити результат пошукових робіт.*

*2. За договором підряду на проведення проектних робіт одна сторона (підрядник) зобов'язується за завданням іншої сторони (замовника) розробити проектно-кошторисну та/або іншу технічну документацію, а замовник зобов'язується передати завдання на проектування та інші вихідні дані підряднику, прийняти та оплатити їх.*

*3. До договорів підряду на проведення проектних та пошукових робіт застосовуються загальні положення про підряд, якщо інше не встановлено законом».*

Отже, особливостями договорів підряду на проведення проектних та пошукових робіт є: 1) характер роботи (пошукові та проектні роботи) та її результату (дані, отримані внаслідок пошукових робіт, та проектно-кошторисна документація); 2) виконання робіт на підставі вихідних даних на проведення пошукових робіт та для проектування; 3) проведення робіт без використання матеріалу [3, с. 135].

**Виклад основного матеріалу.** Як і у будь-якому підрядному договорі, сторонами договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт виступають замовник і підрядник. Законодавець в усій гл. 61 ЦК України для позначення виконавця будь-яких робіт оперує терміном «підрядник».

Разом із тим у цивілістичній літературі трапляється й інше найменування підрядника в досліджуваному договорі – вишукувач [4, с. 248] або проектувальник [5, с. 53]. Обґрунтовується така позиція тим, що це дасть змогу дізнатись, який вид робіт виконуватиметься за договором, без вивчення предмета договірного зобов'язання.

Недоцільність у процесі оновлення ЦК України перейменування в межах § 4 гл. 61 ЦК України підрядника на вишукувача, проектувальника, виконавця тощо позбавлене логічного обґрунтування, зважаючи, що: 1) це порушить термінологічну єдність цієї глави, де у всіх видах договорів підрядного типу використовується термін «підрядник», а щодо одного договору – зовсім інший термін; 2) сторони в договірному порядку вправі іменувати себе і проектувальником, і вишукувачем, що не лише не заборонено законодавством, а й дозволено ним; 3) щодо можливості

дізнатись, які саме роботи виконує підрядник – проектні чи пошукові, за найменуванням підрядника проектантом чи вишукувачем, то така інформація міститься у предметі кожного договірного зобов'язання. А тому зайве переобтяження цивільного законодавства видається недоцільним та таким, що суттєво не впливає на покращення прав сторін за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт.

У положеннях § 4 гл. 61 ЦК України міститься низка вимог, що конкретизують основний обов'язок підрядника з виконання роботи. Мається на увазі, що підрядник зобов'язаний виконати роботу якісно та відповідно до технічного завдання та вихідних даних, на власний ризик, у встановлений строк; погоджувати результати робіт із замовником, а у разі необхідності – також з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування; повторно використовувати результати робіт лише за згодою підрядника; не передавати їх без згоди замовника іншим особам, гарантувати замовникові відсутність у інших осіб права перешкоджати або обмежити виконання робіт на основі підготовлених за договором результатів робіт тощо.

Щодо обов'язку підрядника передати замовнику результати проектних та пошукових робіт слід зазначити, що наведеним обов'язком охоплюється їх підготовка, погодження готової технічної документації із замовником, за необхідності – погодження з компетентними державними органами, органами місцевого самоврядування та безпосередньо передача результату таких робіт, що оформлюється актом приймання-передачі. Разом із тим наведеному обов'язку підрядника кореспондує закріплений у законодавчій дефініції договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт обов'язок замовника прийняти їх результат. Тобто в процесі передачі та прийняття результату пошукових робіт беруть участь обидві сторони. Разом із тим такий важливий обов'язок замовника незрозуміло з яких причин випущений законодавцем у переліку обов'язків замовника, що закріплені в ст. 889 ЦК України. Зважаючи на наведене, вважаємо за доцільне закріпити такий обов'язок замовника шляхом доповнення ст. 889 ЦК України таким текстом: *«1) прийняти результати пошукових та/або проектних робіт у строки, погоджені сторонами, за умови відсутності відступів від умов договору або інших недоліків»*.

Щодо обов'язку підрядника у разі необхідності погодження готової технічної документації з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування одразу ж зауважимо про допущені законодавчі помилки (п. 4 ч. 1 ст. 889 та п. 2 ч. 1 ст. 890 ЦК), які полягають у закріплені цього обов'язку виключно для проектанта за договором на проведення проектних робіт. Разом із тим цілком зрозуміло, що такий обов'язок поширюється і на підрядника за договором на проведення пошукових робіт, оскільки, як і замовник повинен перевірити їх відповідність технічному завданню, так і в окремих випадках уповноважені органи державної влади та органи місцевого самоврядування повинні перевірити їх відповідність вимогам технічних регламентів і завданням для проведення пошукових робіт. Зважаючи на це, вважаємо за доцільне уточнити п. 4 ч. 1 ст. 889 та п. 2 ч. 1 ст. 890 ЦК України і викласти у таких редакціях:

– п. 4 ч. 1 ст. 889 ЦК України: *«брати участь разом із підрядником у погодженні готової проектно-технічної документації та результатів пошукових робітіз уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування»;*

– п. 2 ч. 1 ст. 890 ЦК України: *«погоджувати готову проектно-кошторисну документацію та результати пошукових робіт із замовником, а в разі необхідності – також із уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування»*.

Одним із обов'язків підрядника, що випливає зі змісту ч. 2 ст. 888 та п. 1 ч. 1 ст. 890 ЦК України, є обов'язок попередити замовника про обставини, що перешкоджають виконанню проектних та пошукових робіт, а також про невідповідність технічної документації замовника та інших вихідних даних вимогам чинного законодавства. Одразу ж зазначимо відсутність законодавчого закріплення зазначеного обов'язку в ст. 890 ЦК України, тому таку вимогу доцільно закріплювати в договірному порядку.

Підсумовуючи розгляд прав та обов'язків підрядника за договором підряду на проведення проектних та пошукових робіт, слід наголосити на доцільності у процесі оновлення гл. 61 ЦК України редагування ст. 890 ЦК України як такої, що присвячена визначенню обов'язків підрядника за договором підряду на проведення проектних робіт без урахування особливостей досліджуваного договору:

*«Стаття 890. Обов'язки підрядника*

*1. Підрядник зобов'язаний:*

*1) виконувати роботи відповідно до* ***технічного завдання*** *та вихідних даних для проведення проектних* ***та/або пошукових робіт*** *та згідно з договором;*

*2) погоджувати готову проектно-кошторисну документацію* ***та/або результати пошукових робіт*** *із замовником, а в разі необхідності – також з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування;*

*3) передати замовникові готову проектно-кошторисну документацію* ***та/або результати пошукових робіт****;*

*4) повторно використовувати проектно-кошторисну документацію* ***та/або результати пошукових робіт*** *лише за згодою підрядника;*

*5) не передавати без згоди замовника проектно-кошторисну документацію* ***та/або результати пошукових робіт*** *іншим особам;*

*6) гарантувати замовникові відсутність у інших осіб права перешкодити або обмежити виконання робіт на основі підготовленої за договором проектно-кошторисної документації* ***та/або результатів пошукових робіт****».*

Аналізуючи права та обов'язки замовника за договором на проведення проектних та пошукових робіт, насамперед зазначимо, що основними обов'язками замовника є обов'язок передати підрядникові завдання на проведення таких робіт та необхідні для цього вихідні дані, прийняти виконану роботу, оплатити її. Слід відзначити важливість попереднього погодження між сторонами завдання та усіх вихідних даних, оскільки надалі проектні та пошукові роботи повинні виконуватись у повній відповідності до тих вимог, які погоджені контрагентами. Відступи від них заборонені, крім випадків їх погодження між контрагентами договору.

Зважаючи на це, вважаємо за доцільне редагувати ст. 888 ЦК України шляхом виокремлення обов'язку замовника щодо передання підряднику технічного завдання.

За порушення сторонами взятих договірних умов передбачено цивільно-правову відповідальність, що має майновий характер та проявляється у застосуванні до порушника додаткових майнових обтяжень, розмір яких за загальним правилом повинен відповідати розміру понесених кредитором збитків. У рамках договору підряду на проведення проектних та пошукових робіт порушення договору підрядником може полягати у невиконанні чи неналежному виконанні своїх зобов'язань, що закріплені безпосередньо у договорі, нормативно-правових актах, технічних нормах чи технічному завданні. Натомість порушення замовника полягає у неприйнятті результату робіт, несплаті підрядникові встановленої ціни, розголошенні відомостей, що містять таємницю, без згоди підрядника, ненаданні передбачених договором чи законом послуг підрядникові тощо.

Особливістю регламентації цивільно-правової відповідальності підрядника за неналежне виконання своїх зобов'язань за договорами підряду на проведення проектних та пошукових робіт є відсутність конкретних санкцій у чинному законодавстві України. Так, у § 4 гл. 61 ЦК України цивільно-правовій відповідальності присвячена лише одна стаття, що стосується питань відшкодування збитків виключно за недоліки, допущені підрядником під час проведення проектних та пошукових робіт.

Зі змісту цієї статті випливає, що особливістю відповідальності підрядника є те, що підрядник несе відповідальність після приймання-передачі результатів робіт за договором, у тому числі в ході будівництва, а також у процесі експлуатації об'єкта, створеного на підставі даних проектних та пошукових робіт. У разі виявлення недоліків у результатах таких робіт підрядник на вимогу замовника зобов'язаний безоплатно здійснити необхідні додаткові роботи, а також відшкодувати замовникові завдані збитки, якщо законом або договором не встановлено інше. Тобто законодавець по-іншому порівняно із загальними положеннями про підряд підходить до вирішення питання про відповідальність підрядника за договорами підряду на проведення проектних та пошукових робіт. Основна відмінність тут вбачається у тому, що підрядник відповідає за недоліки результату робіт, виявлені як у ході будівництва, так і в процесі експлуатації цього об'єкта у майбутньому, а особливість регламентації цивільно-правової відповідальності підрядника відображається у відсутності конкретних санкцій у § 4 гл. 61 ЦК України [6, с. 204].

Із цього приводу викликає подив відображене у ч. 2 ст. 891 ЦК України положення, за яким безоплатне перероблення проектно-кошторисної документації чи здійснення додаткових робіт віднесено до правових наслідків порушення зобов'язання. Тут доцільно наголосити, що такий наслідок не передбачений у загальних положеннях про відповідальність за порушення зобов'язань. Більше того, оскільки сутність цивільно-правової відповідальності полягає у покладенні на боржника певних обтяжень, що проявляються в додатковому обов'язку останнього, слід зауважити, що безоплатне здійснення необхідних додаткових робіт не є додатковим обов'язком підрядника, оскільки тут йдеться про виконання останнім основного зобов'язання належним чином. Тому безоплатне здійснення необхідних додаткових робіт за цими різновидами договору підряду не слід розглядати як форму відповідальності, а положення ч. 2 ст. 891 ЦК України потребує редагування.

Крім того, особливість цивільно-правової відповідальності підрядника відображається також й у можливості її настання після припинення дії договору на проведення проектних та пошукових робіт. Звідси виникає питання про природу таких відносин, адже договірні відносини припинені, однак до підрядника звертаються треті особи чи сам замовник із вимогами про відшкодування збитків. Наведені відносини в європейській правовій доктрині іменуються як постдоговірна відповідальність (culpa post contractum finitim), сутність якої зводиться до покладення на колишнього учасника договірних відносин додаткового обов'язку, який він повинен буде виконувати на користь свого колишнього контрагента протягом невизначеного періоду часу, і в разі його порушення він несе цивільно-правову відповідальність [7, с. 49].

Така довготривала можливість притягнення до цивільно-правової відповідальності підрядника дозволяє зробити висновок про особливі умови відповідальності останнього за завдані збитки, спричинені допущеними недоліками результату пошукових робіт. Зважаючи на наведене, пропонуємо до особливих правовідносин із притягнення підрядника до цивільної відповідальності за завдані збитки, спричинені допущеними недоліками результату пошукових робіт, застосовувати строки позовної давності за аналогією із ч. 3 ст. 322 ГК України, а саме: 10 років – у разі, якщо недоліки не могли бути виявлені у ході будівництва; 30 років – щодо відшкодування збитків, завданих замовникові чи третім особам протиправними діями підрядника, що призвели до руйнувань чи аварій [6, с. 206].

Не позбавлена недоліків і сама ст. 891 ЦК України, в ч. 1 якої не зрозуміло, з яких причин спочатку зазначається результат проектних робіт, і аж потім самі пошукові роботи. Водночас далі в цій самій частині законодавець вже оперує терміном «результати пошукових робіт». Не позбавлена термінологічних недоліків і ч. 2 ст. 891 ЦК України, в якій зазначається, що у разі виявлення недоліків у проектно-кошторисній документації або в пошукових роботах підрядник на вимогу замовника зобов'язаний безоплатно переробити проектно-кошторисну документацію або здійснити необхідні додаткові пошукові роботи, а також відшкодувати завдані збитки, якщо інше не встановлено договором або законом.

Крім того, ст. 891 ЦК України присвячена лише відповідальності підрядника за недоліки документації та робіт. Із цього випливає висновок, що законодавець залишає на розсуд сторін визначення наслідків інших порушень зобов'язань. Разом із тим окремого закріплення у вищенаведеній статті ЦК України потребує питання відповідальності підрядника за порушення під час проведення проектних та пошукових робіт законодавчих вимог про охорону навколишнього природнього середовища та про безпеку проведення таких робіт. На нашу думку, доцільно в межах § 4 гл. 61 ЦК України передбачити відповідальність підрядника за порушення зазначених вимог. Така доцільність арґументується хоча б тим, що характер проектних та пошукових робіт досить часто пов'язаний із безпосереднім вторгненням у природне середовище (вивчення геологічних розрізів, буріння пошукових свердловин, забір води тощо) або з діяльністю, що пов'язана із небезпекою для оточення (вибухові роботи, підземне, підводне буріння тощо). З огляду на це, на нашу думку, слід доповнити ст. 891 ЦК України бланкетною нормою із закріпленням відповідальності підрядника за порушення під час проведення проектних та пошукових робіт законодавчих вимог про охорону навколишнього природнього середовища та про безпеку проведення таких робіт.

У § 4 гл. 61 ЦК України також містяться окремі положення, що закріплюють можливість притягнення замовника до цивільно-правової відповідальності за: а) не передання або прострочення передання підрядникові технічних завдань та інших вихідних даних; б) використання результатів проектних та пошукових робіт в цілі, не передбачені договором (п. 2 ч. 1 ст. 889 ЦК); в) передання результатів робіт іншим особам і розголошення даних, що містяться у ній, без згоди підрядника (п. 2 ч. 1 ст. 889 ЦК); г) ненадання послуг підрядникові при проведенні проектних та пошукових робіт в обсязі та на умовах, встановлених договором; ґ) неприйняття участі разом з підрядником у погодженні результатів робіт з уповноваженими органами державної влади та органами місцевого самоврядування; д) відмову у відшкодуванні підрядникові додаткових витрат, пов'язаних зі зміною вихідних даних для проведення проектних та пошукових робіт внаслідок обставин, що не залежать від підрядника тощо. Зважаючи на це, вважаємо за доцільне в межах оновлення цього параграфу гл. 61 ЦК України доповнити його статтею, присвяченою механізму відповідальності замовника за допущені порушення договірних зобов'язань.

Такі міркування щодо доцільності доповнення § 4 гл. 61 ЦК України статтею про відповідальність замовника за допущені порушення договірних зобов'язань пояснюються нагальною потребою в усуненні прогалини в правовому регулюванні відносин за цим договором, адже ЦК України натепер є єдиним норма-

тивно-правовим актом, що має юридичну силу закону, який врегульовує договірні відносини щодо проведення проектних та пошукових робіт [8, с. 169]. Схожий підхід щодо відповідальності замовника за договором будівельного підряду закріплений у ст. 886 ЦК України «Відповідальність замовника».

**Висновки**

Отже, підсумовуючи вищенаведене, пропонуємо визначати договірну відповідальність сторін у зобов'язаннях з проведення проектних та пошукових робіт через сукупність заходів впливу на боржника, що проявляється у застосуванні до останнього додаткових обтяжень, пов'язаних із невиконанням та/або неналежним виконанням ним умов договору, розмір яких відповідає розміру завданих кредитору збитків.

**Список використаних джерел:**

1. Цивільне право України : підручник : у 2-х кн. / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. 2-е вид., доп. і перероб. Київ: Юрінком Інтер, 2005. Кн. 2. С. 219.

2. Диба О. В. Договір підряду на проведення проектних робіт за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2018. С. 30.

3. Окремі види договорів у сучасному законодавстві України : колективна : монографія / за заг. ред. О. С. Кізлової, О. С. Кужко, Л. В. Діденко. Одеса : Айс-Принт, 2017. С. 135.

4. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: «Укр. енцикл.», 1998. Т. 5: П–С. 2003. С. 248.

5. Лукасевич-Крутник І. С. Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт : монографія. Тернопіль: ВПЦ «Економічна думка ТНЕУ», 2012. С. 53.

6. Гуцуляк В. К. Договір підряду на проведення пошукових робіт за цивільним законодавством України : монографія. Київ, 2017. С. 204, 206, 213–214.

7. Синявская М. С. Вопросы нарушения договора и его последствий в современном французском праве: настоящее положение дел, критика, проект реформы. *Вестник гражданского права*. 2008. № 3. С. 49.

8. Лукасевич-Крутник І. С. Договір підряду на проведення проектних та пошукових робіт : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Львів, 2011. С. 169.

**Volodymyr Hutsulyak. Amendments to the legal regulation of relations related to the implementation of project and exploration works**

*The article focuses on approaches to renewal the mechanism of legal regulation of contractual relations for design and exploration works in modern conditions. The imperfection of the legislative consolidation of the concept of the contract for design and exploration works is established, where the subject of the contract for design works is design and other technical documentation, and exploration – directly the work itself, not its result. Special attention is paid to the violation within Art. 887 of the Civil Code the sequence of performance of such contract works, inasmuch as exploration works always precede design ones.*

*The peculiarities of contracts for design and exploration works are singled out. The inexpediency of renaming contractor for a surveyor, designer etc. within the limits of § 4 of ch. 61 of the Civil Code of Ukraine, given that: 1) it violates the terminological unity of this chapter; 2) the parties have the contractual right to call themselves both the designer and the searcher, which is not prohibited.*

*A legislative gap has been identified in enshrining such an important duty of the customer as the obligation of the customer to accept the results of design and exploration work and it is proposed to supplement Art. 889 of the Civil Code of Ukraine with this obligation. A similar conclusion was made in the analysis of the contractor's duty in case of need to coordinate the finished technical documentation with the state authorities and local governments (paragraph 4, part 1 of Article 889 and paragraph 2, part 1 of Article 890 of the Civil Code), by consolidating this obligation exclusively for the designer under the contract for design work.*

*The mechanism of civil liability of the contractor enshrined in Art. 891 of the Civil Code of Ukraine, according to which free processing of design estimates or additional work is attributed to the legal consequences of breach of obligation, is subjected to criticism. The author's version of Art. 888 of the Civil Code of Ukraine is proposed by separating the obligation of the customer to transfer to the contractor terms of reference. It is proposed to supplement § 4 of ch. 61 of the Civil Code of Ukraine article on the mechanism of liability of the customer for breaches of contractual obligations.*

*The contractual liability of the parties in the obligations with carrying out design and exploration works through a set of measures to influence the debtor is determined, which is manifested in the application to the latter of additional burdens associated with non-performance and / or improper performance of the contract, the amount of which corresponds to the damage to the creditor.*

**Key words:** mechanism of legal regulation, contract for design and exploration works, definition of the contract, subject of the contract, obligations of the parties to the contract, mechanism of civil liability, contractual liability.

УДК 347.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.05

***Цагік Колінько,***
*канд. юрид. наук,*
*доцент кафедри цивільно-правових дисциплін*
*Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

# ПРОБЛЕМИ ДОВЕДЕННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

*У науковій статті досліджено поняття моральної (немайнової) шкоди. Проведено аналіз критеріїв визначення розміру моральної шкоди та прийнятних доказів. Зазначається, що чинне вітчизняне законодавство не містить чіткого визначення поняття моральної шкоди, оскільки не можуть бути передбачені всі випадки протиправних дій, які можуть завдати моральної (немайнової) шкоди. Ми говоримо про негативні наслідки для внутрішньої, психічної сфери людини, її почуттів, самопочуття, психічного здоров'я – це відсутність емоційного благополуччя та/або наявність психічного розладу. Підкреслюється, що найважчим моментом у разі подання позовної заяви про відшкодування моральної (немайнової) шкоди є збір доказів, що підтверджують факт заподіяння моральної шкоди, та визначення розміру такої шкоди. Позивачу недостатньо в позовній заяві зазначити, що він пережив або зазнає моральних страждань. Цей факт повинен бути підтверджений усіма прийнятними засобами доказування (показаннями, довідками медичних установ, потім письмовими доказами тощо). Викладаючи доводи суду, у кожному випадку слід надати пояснення щодо причинного зв'язку протиправного діяння з фактом заподіяння моральної шкоди. Наголошено, що кожна конкретна справа вимагає об'єктивної оцінки судом всіх обставин, оскільки судовий контроль являє собою одну з істотних гарантій захисту конституційних прав громадян, тим більше у випадках, коли фактичні обставини справи свідчать про наявність цивільно-правового спору. Мета позивача (його представника) – надати суду матеріал для такої оцінки, тобто доказову базу. Наявність достатньої доказової бази виступатиме запорукою визначення судом справедливого розміру компенсації моральної шкоди. Зроблено висновок, що для отримання повної компенсації моральної шкоди необхідно використовувати всі наявні процесуальні можливості, намагатися найбільш повно і точно відобразити причинно-наслідковий зв'язок між порушенням прав людини та моральними стражданнями, які вона зазнала. Не повинно бути сумнівів щодо розміру моральної шкоди, і це повинно бути підтверджено за допомогою прийнятних засобів доказування.*

**Ключові слова:** моральна шкода, відшкодування, засоби доказування, предмет доказування.

**Постановка проблеми.** У законодавстві України закріплено норми, які дають право особам на відшкодування моральної шкоди, що в сучасній концепції є невід'ємною частиною захисту прав і свобод людини. Немайнова шкода – страждання, заподіяні людині внаслідок неправомірних дій стосовно неї, повинна бути відшкодована в будь-якому разі, тому що без цієї частини відновлення порушених прав неможливо повною мірою реалізувати принцип справедливості, адже тоді залишається некомпенсованою велика частина того негативу, якого зазнає людина.

Відшкодування моральної шкоди залишається в багатьох випадках недосяжним, оскільки моральна шкода, душевні страждання, можливо, деякою мірою і відображаються у висновках експертиз, але повною мірою відобразитись у них ніколи не зможуть, тому що людські почуття надто суб'єктивні.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Варто зазначити, що дослідженням проблеми відшкодування моральної шкоди займались такі вітчизняні вчені, як С. Рабінович, О. Отраднова, Д. Толкачов, М. Фролов, В. Мармазов, В. Васильєв, Л. Корчемна, В. Чернадчук, В. Паліюк, Р. Стефанчук, О. Грищук, І. Забара, Н. Павловська, О. Крикунов та ін.

**Метою** даного дослідження є з'ясування особливостей визначення та доведення моральної шкоди.

**Виклад основного матеріалу.** Як зазначається в наукових джерелах, проблема визначення розміру моральної шкоди у вітчизняній науковій практиці виникла з моменту вступу в силу Закону України «Про внесення змін і доповнень до положень законодавчих актів України, що стосуються захисту честі, гідності та ділової репутації громадян та організацій» від 6 травня 1993 року, коли Цивільний кодекс Української РСР був


© Ц. Колінько, 2020

доповнений статтею 440-1 про відшкодування моральної (немайнової) шкоди, адже радянське законодавство не містило ані поняття «моральна шкода», ані механізмів її відшкодування [8, с. 86].

Насамперед слід зазначити, що чинне вітчизняне законодавство не містить чіткого визначення поняття «моральна шкода». Згідно зі ст. 23 ЦК України моральна шкода полягає:

1) у фізичному болю та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я;

2) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів;

3) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку зі знищенням чи пошкодженням її майна;

4) у приниженні честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи.

На думку В. Васильєва, законодавець утримується від визначення поняття «моральна (немайнова) шкода», оскільки таке визначення, щоб охопити всі суттєві ознаки поняття, було б доволі громіздким: усі випадки неправомірних дій, якими може бути заподіяна моральна (немайнова) шкода, неможливо передбачити, до того ж моральна (немайнова) шкода може бути завдана й іншими діями, якими порушуються майнові й особисті немайнові права особи [1, с. 12].

Як слушно вказує Д. Толкачов, якщо говорити про процесуальні аспекти розгляду судами загальної юрисдикції справ про відшкодування моральної (немайнової шкоди), то, на відміну від цивільного права, у цивільному процесі термін «немайнова шкода» вже втрачає свій зміст, оскільки у зверненні до суду необхідно зазначити, в якому розмірі має бути відшкодована завдана шкода. Тобто в цьому конкретному випадку проявляється умовність поняття «немайнова шкода», яка може розцінюватися як несумісна з грошовим еквівалентом. Тому, на думку Д. Толкачова, термін «моральна шкода» більш виважений, ніж «немайнова шкода», зокрема, що стосується процесуальних галузей наук та безпосередньо різних видів судочинства [5, с. 106].

О. Отраднова пропонує визначати моральну шкоду як негативні наслідки для внутрішньої, психічної сфери людини, її відчуттів, самопочуття, ментального здоров'я, що полягають у відсутності емоційного благополуччя та/або наявності психічного розладу [2, с. 21].

У постанові № 4 від 31 березня 1995 р. «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» Пленум Верховного Суду зазначив, що суди в окремих випадках припускаються помилок, неповно з'ясовують наявність підстав для відшкодування моральної шкоди, недостатньо обґрунтовують її розмір. Тобто сторони в процесі голослівно висували свої вимоги, а реальних доказів, які б обґрунтовували їхні вимоги, не надавали [10].

О. І. Сліпченко зазначає, що у даних категоріях справ загальний предмет доказування включає необхідність встановлення таких умов цивільно-правової відповідальності:

– наявність моральної (немайнової) шкоди в потерпілого;

– протиправність дій особи, яка заподіяла шкоду;

– причинний зв'язок між протиправними діями та заподіяною шкодою;

– вина (у передбачених законом випадках) [4, с. 180].

Термін «страждання» означає, що дії, які заподіяли шкоду, обов'язково повинні відобразитися у свідомості потерпілої особи й викликати в неї певну психічну реакцію. Страждання важко оцінити за допомогою будь-якої методики, оскільки вони взагалі не піддаються оцінці, а втрати немайнового характеру можна визначити. Страждання викликають певні зміни в житті особи: неможливість реалізації своїх звичок і бажань, збентеженість, страх, переживання, хвилювання, емоційну нестабільність, прояви депресії, зміни артеріального тиску й виникнення інших хвороб, погіршення стосунків у колективі, у сім'ї, втрату роботи, неможливість зробити кар'єру, втрату довіри близьких людей тощо, іншими словами, зменшення, знищення певного особистого немайнового блага [1, с. 12].

С. І. Шимон вказує, що для визначення глибини фізичних та душевних страждань мають значення такі критерії:

– характер страждання (прості переживання; душевні страждання, страждання, пов'язані з фізичним болем);

– тяжкість ушкодження здоров'я (легке, середньої тяжкості, тяжке);

– вид душевних страждань (занепокоєння, нервозність, сором, приниження, страх, відчай);

– глибина страждань (незначний фізичний або душевний біль, значний біль, сильний біль, нестерпний біль, біль руйнівної для здоров'я сили) [7, с. 55].

Таким чином, найскладнішим моментом в оформленні позовної заяви про відшкодування моральної (немайнової) шкоди є збір доказів, які доводять факт спричинення моральної шкоди та розмір такої шкоди.

Формування позивачем доказової бази у разі подання заяви про відшкодування матеріальної шкоди не є складним, оскільки шкода завдається або певним матеріальним об'єктам, які можуть бути оглянуті, оцінені тощо, або ж зазначається обсяг витрат позивача, які можуть бути підтверджені документально. У разі подання позовів про компенсацію моральної (немайнової) шкоди у позивачів виникають складнощі щодо формування доказової бази [9].

Доведення факту завдання моральної шкоди є дуже специфічним, тому позивачу непросто сформувати необхідну доказову базу для підтвердження наявності моральної шкоди та підтвердження причинно-наслідкового зв'язку між діями (бездіяльністю) відповідача та негативними наслідками для позивача у вигляді моральної шкоди.

У більшості позовів про компенсацію моральної (немайнової) шкоди, які надходять до судів, позивачі обмежуються фразою: «Мені завдано моральної шкоди». Однак позивачеві недостатньо заявити у позовній заяві, що він пережив або переживає моральні страждання. Цей факт має бути доведений усіма допустимими засобами доказування (показаннями свідків, довідками із медичних закладів, іншими письмовими доказами тощо) [2, с. 21].

Докази – це будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

Ці дані встановлюються такими засобами: поясненнями сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків; показаннями свідків, письмовими доказами, речовими доказами, зокрема звуко- і відеозаписами, висновками експертів.

Пояснення сторін і третіх осіб надаються сторонами в цивільному процесі й фіксуються у протоколі судового засідання, а в деяких випадках із застосуванням технічних засобів (у таблиці, що подається нижче, цей вид доказу не розглядатиметься). Сторони, треті особи та їхні представники за їхньою згодою можуть бути допитані як свідки про відомі їм обставини, що мають значення для справи.

Показання свідків – це повідомлення про відомі йому обставини, які мають значення для справи. Не є доказом показання свідка, який не може назвати джерела своєї обізнаності щодо певної обставини. У справах про компенсацію моральної шкоди цей вид доказів є найбільш поширеним. Адже зміну психологічного стану позивача у зв'язку з негативними емоційно-вольовими переживаннями можуть помітити тільки особи, які мають можливість порівняти стан позивача до події, яка спричинила переживання, та після такої події. Зважаючи на те, що явка у судовий процес є для громадян неабияким психологічним випробовуванням, позивач пропонує до виклику тих осіб, які вже надали йому теоретичну згоду на виклик їх у якості свідків. Однак дійсно корисними для з'ясування обсягів спричиненої моральної шкоди є показання «незалежних» свідків – осіб, які спостерігали за позивачем «збоку» (наприклад, колеги по роботі, з якими позивач не підтримує тісних дружніх стосунків), або осіб, які ставляться до позивача «вимушено терпляче» (як правило, це особи, які підтримують стосунки з позивачем в силу незалежних від них обставин (наприклад, родичі одного з подружжя). На жаль, суди здебільшого не вживають належних заходів для залучення таких свідків.

Письмові докази – це будь-які документи, акти, довідки, листування службового або особистого характеру або витяги з них, що містять відомості про обставини, які мають значення для справи. Письмові докази у справах про компенсацію моральної шкоди, як правило, підтверджують наявність негативних наслідків, які виникли у зв'язку з перенесеними емоційно–вольовими переживаннями. Це може бути витяг з історії хвороби, лікарняний листок, письмовий висновок психолога тощо, але щодо того, у який час ці переживання мали місце, що стало їхньою причиною, до чого вони призвели, якої вони були глибини (знову нагадаю про суб'єктивність людського переживання).

Речові докази – це предмети матеріального світу, що містять інформацію про обставини, які мають значення для справи. Речові докази у справах про компенсацію моральної шкоди не є дуже поширеним видом доказів. Як речовий доказ може бути подано, наприклад, друкований засіб масової інформації, у якому оприлюднені відомості, що не відповідають дійсності; аудіо- або відеокасети, які містять відповідний аудіо- або відеопродукт з неправдивою інформацією. Найбільш поширене подання таких речових доказів, як фотографії (негативи); як правило, речові докази фігурують у справах, за якими відповідачами є засоби масової інформації.

Висновки експертів – це докладний опис проведених експертом досліджень, зроблені у їх результаті висновки та обґрунтовані відповіді на питання, задані судом. Для встановлення наявності емоційних страждань можливе використання досвіду, накопиче-

ного у психології, зокрема застосовування розроблених і впроваджених в практику комплексних методів психологічного консультування у формі психодіагностики (у тому числі і комп'ютерної) і надання різнобічної психологічної допомоги. Звертання до психологічних методик – це не тільки доцільно, але й розумно. Насправді тільки експерт-психолог може встановити наявність або відсутність ознак заподіяння особі моральної шкоди.

Досить поширеним доказом у справах про компенсацію моральної шкоди є висновки експертів-медиків (крім психологів) щодо стану здоров'я позивача і зумовленості негативних емоційно-вольових переживань погіршенням стану здоров'я.

Обґрунтовуючи думку щодо доцільності обов'язкового проведення судово-психологічної експертизи у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди, що дозволить суду визначити адекватний розмір компенсації такої шкоди залежно від характеру завданих потерпілому фізичних та моральних страждань, Д. Толкачов наголошує на сутності судово-психологічної експертизи та висновку експерта як одного із засобів доказування у даній категорії справ. Так, науковець підкреслює, що предметом такої експертизи є питання про особливості психіки людини, її реагування на екстремальні ситуації. На розгляд судово-психологічної експертизи може бути винесено питання: яким є можливий вплив тих чи інших негативних емоцій (душевних переживань), що виникли у досліджуваної особи до події, на характер її дії та стан такої особи в екстремальних умовах, проте дана експертиза не здатна дати категоричну відповідь, оскільки висновки експерта-психолога про можливість настання якоїсь події чи перебігу певного процесу слід розглядати як ймовірні [5, с. 115].

Вище подано приблизний перелік доказів, якими можна підтвердити наявність моральної шкоди (факти, наявність подій, ставлення осіб, тобто все те, що спричинює негативні емоційно-вольові переживання позивача). При доведенні до відома суду доказів у кожному випадку треба надавати пояснення щодо причинно-наслідкового зв'язку з фактом заподіяння моральної шкоди.

Кожна конкретна справа вимагає об'єктивної оцінки судом всіх обставин, оскільки судовий контроль являє собою одну з істотних гарантій захисту конституційних прав громадян, тим більше у випадках, коли фактичні обставини справи свідчать про наявність цивільно-правового спору. Мета позивача (його представника) – надати суду матеріал для такої оцінки, тобто доказову базу. Наявність достатньої доказової бази виступатиме запорукою визначення судом справедливого розміру компенсації моральної шкоди.

**Висновки**

Узагальнюючи викладене, можемо підсумувати, що для отримання відшкодування моральної шкоди у повному обсязі необхідно використовувати всі наявні процесуальні можливості, намагатись найбільш повно і точно відобразити причинний зв'язок між порушенням прав особи і моральними стражданнями, яких вона зазнала. Не повинно виникати сумнівів щодо обсягів немайнової шкоди, і це слід підтвердити за допомогою допустимих засобів доказування.

**Список використаних джерел:**

1. Васильєв В. Окремі питання визначення поняття моральної (немайнової) шкоди. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 32. С. 10-15.

2. Отраднова О. Компенсація моральної шкоди, заподіяної порушенням цивільно-правового договору. *Вісник Національної Академії прокуратури України*. 2015. № 2. С. 18-23.

3. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 31 березня 1995 № 4. URL : http://zakon4.rada.gov.ua/ laws/show/v0004700-95 (дата звернення: 12.07.2020).

4. Сліпченко О.І. Докази та доказування в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : автореф. канд. ... юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2011. С. 3–4.

5. Толкачов Д.І. Діяльність адвоката у справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди: матеріальні та процесуальні аспекти. *Вісник Вищої Ради юстиції*. 2011. № 2. С. 103-117.

6. Цивільний Кодекс України від 16 січня 2003 р. URL : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 12.07.2020).

7. Цивільний процес України: академічний курс : підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / ред. С.Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. 848 с.

8. Шеремет Т.В., Чайка Т.С. Проблемні практичні та теоретичні аспекти відшкодування моральної шкоди згідно із законодавством України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 3. С. 85-89.

9. Маріц Д.О. Відшкодування моральної шкоди у договорах обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів. URL: http://www.justinian.com.ua/article.php?id=258 (дата звернення: 12.07.2020).

10. URL: http://www.yur-gazeta.com/oarticle/920/ (дата звернення: 12.07.2020).

**Tsahik Kolinko. Problems of proving moral harm under the legislation of Ukraine**

*The scientific article explores the concept of moral (non-property) harm. The analysis of the criteria for determining the amount of non-pecuniary damage and acceptable means of proof. It is noted that the current domestic legislation does not contain a clear definition of the concept of moral harm, since all cases of unlawful actions that can cause moral (non-property) harm cannot be foreseen. We are talking about negative consequences for the inner, mental sphere of a person, his feelings, well-being, mental health, are the lack of emotional well-being and / or the presence of mental disorder. It is emphasized that the most difficult moment when filing a statement of claim for compensation for moral (non-property) harm is the collection of evidence proving the fact of causing moral harm and the amount of such damage. it is not enough for the plaintiff to state in the statement of claim that he has experienced or is experiencing moral suffering. This fact must be communicated by all acceptable means of proof (testimony, certificates from medical institutions, then written evidence, etc.). When bringing evidence to the court in each case, it is necessary to provide explanations about the causal connection with the fact of causing moral harm. It is emphasized that each particular case requires an objective assessment by the court of all the circumstances, since judicial control is one of the essential guarantees for the protection of the constitutional rights of citizens, especially in cases where the factual circumstances of the case indicate the existence of a civil dispute. The purpose of the claimant (his representative) is to provide the court with material for such assessment, that is, the evidence base. The availability of sufficient evidence will serve as a guarantee for the court to determine the fair amount of non-pecuniary damage. It is concluded that in order to receive full compensation for non-pecuniary damage, it is necessary to use all available procedural possibilities, to try to most fully and accurately reflect the causal link between the violation of human rights and the moral suffering that she suffered. There should be no doubt as to the extent of non-pecuniary damage, and this should be confirmed with the help of acceptable means of proof.*

**Key words:** moral harm, compensation, means of proof, subject of proof.

УДК 347.635
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.06

***Вікторія Маковецька,***
*аспірант кафедри цивільного права та процесу*
*Харківського національного університету внутрішніх справ*

# СПОСОБИ ЗАХИСТУ ПРАВА НА НАЛЕЖНЕ БАТЬКІВСЬКЕ ВИХОВАННЯ МАЛОЛІТНІХ ОСІБ

*Стаття присвячена аналізу доктринальних підходів до визначення заходів захисту права на належне батьківське виховання малолітніх осіб. Їх особливості порівняно з іншими правами малолітніх дітей полягають у тому, що відповідне порушення здійснюється особами, на яких покладено основний обов'язок забезпечувати найкращі інтереси та здійснювати захист прав дітей. Визначено превентивно-пресікальні, відновлювальні та компенсаційні способи захисту. Відібрання дитини має застосовуватись за наявності вини батьків значно меншого ступеня порівняно з підставами для позбавлення батьківських прав, халатності до здійснення догляду, нагляду за дитиною, та, в першу чергу, реальної небезпеки для здоров'я, розвитку, фізичного та психоемоційного стану малолітньої дитини або доведення органами державної влади того, що ними приймались заходи допомоги сім'ї у складних обставинах, що можна визнати також необхідною передумовою для позбавлення батьківських прав, що здійснюється без попереднього відібрання. Відібрання дитини є одночасно способом захисту й права батьків на особисте виховання, права на належне виховання, як і визначення місця проживання, визначення та зміна способів участі у вихованні. У межах такого провадження другим із батьків може бути пред'явлений позов, предметом якого є зміна порядку участі у вихованні. Серед підстав позбавлення батьківських прав – ухилення батьків від виконання своїх обов'язків у вихованні дитини, отримання нею освіти, жорстоке поводження з дитиною, зокрема, не тільки фізичне, а й психологічне насильство, зловживання батьківськими правами. Наведено аргументи щодо необхідності компенсації моральної шкоди дитині в разі порушення її прав батьками щодо виховання та розвитку. Мету відновлення права на належне батьківське виховання мають такі заходи, як: поновлення батьківських прав, передача дитини батькам, повернення дитини на виховання до батьків чи одного з них, передача дитини матері чи батькові, які повернулись з місць позбавлення волі.*

**Ключові слова:** право на належне батьківське виховання, способи захисту права, відібрання дитини, позбавлення батьківських прав, способи участі у вихованні.

**Постановка проблеми.** Здійснення правом регулятивних функцій зумовлює наявність механізму з попередження, врегулювання та припинення конфліктів у сім'ях, де зростають діти, найбільш характерними з яких є конфлікти, пов'язані з вихованням малолітніх дітей. На успішність їх ліквідації впливають відносини між самими батьками, ступінь та етап конфліктів, що можуть бути вирішені без залучення третіх осіб, а залучення держави має здійснюватись у випадках, якщо сімейні конфлікти знаходяться на стадії, коли поведінка батьків завдає суттєвої шкоди правам та інтересам дитини або створюється реальна загроза для безпеки дитини. При реалізації своїх прав, пов'язаних із вихованням, батьки не мають порушувати прав та охоронюваних законом інтересів своїх дітей, здійснювати їх всупереч інтересам дітей (ч. 2 ст. 155 Сімейного кодексу України (далі – СК), завдавати шкоду фізичному та психічному здоров'ю дітей, їх моральному розвиткові (ч. 6 ст. 12 Закону «Про охорону дитинства»). У ст. 152 СК передбачено, що право дитини на належне батьківське виховання забезпечується системою державного контролю. Малолітня особа може противитись неналежному виконанню батьками своїх обов'язків щодо неї, звернутися за захистом до органу опіки та піклування, інших органів державної влади, органів місцевого самоврядування та громадських організацій. Звернення до суду дитини можливе лише з досягненням 14 років. Ефективність захисту права малолітньої особи на належне батьківське виховання, забезпечення її найкращих інтересів батьками залежить від обрання відповідного способу.

**Постановка проблеми.** Дослідженню захисту прав дитини у галузі батьківського виховання та піклування були присвячені праці О.В. Синєгубова, Б.К. Левківського, З.В. Ромовської, Г.О. Різник, Н.М. Гресь, Л.В. Красицької, В.П. Мироненко та інших.

© В. Маковецька, 2020

Однак, незважаючи на наукову розробленість цих питань, запропоновані рекомендації, деякі питання сутності способів захисту права на належне батьківське виховання є неоднозначними.

**Метою статті** є визначення способів захисту права малолітньої особи на належне батьківське виховання.

**Виклад основного матеріалу.** Створення перешкод для задоволення охоронюваних законом інтересів дитини доволі часто відбувається на стадії здійснення суб'єктивних прав. Ці перешкоди є наслідком неправомірної поведінки інших осіб, які реалізують власні інтереси. Тож із метою повного, ефективного та своєчасного поновлення суб'єктивних прав особи-носії цих прав потребують їх захисту [1, с. 191]. Особливість захисту права на належне батьківське виховання порівняно з іншими правами малолітніх дітей полягає в тому, що порушення здійснюється особами, на яких покладено основну моральну та правову відповідальність за забезпечення їх найкращих інтересів та здійснення захисту прав. При порушенні права малолітньої особи на належне виховання батьками з'являються суб'єкти, на які покладено функції захисту саме від неправомірних дій батьків як зобов'язаних осіб у правовідношенні. Підставами захисту є поведінка батьків, яка відхиляється від встановленої нормами права, виходить за встановлені законом межі, або органи державної влади здійснюють неправомірне розлучення дитини з батьками або одним із них. Порушення особистого немайнового права на належне батьківське виховання є підставою для здійснення захисту із застосуванням відповідного способу. Згідно із сімейним законодавством розгляд сімейних справ, пов'язаних із вихованням дитини, в яких водночас захищається право на належне батьківське виховання, віднесено до компетенції органів опіки та піклування та судів загальної юрисдикції в порядку цивільного судочинства (ст.ст. 152, ч. 5 ст. 155, 158, 159, 161, 162-164, 170 СК України). Застосування відповідних матеріально-правових заходів примусового характеру має змогу припинити відповідне порушення, здійснити його відновлення та в такий спосіб реалізувати надане малолітній особі суб'єктивне право. Щодо класифікації способів захисту права на належне батьківське виховання поділяємо позицію поділу їх залежно від їх цільової спрямованості [2, с. 43; 1, с. 194]: превентивно-пресікальні (припинення дії, яка порушує право; зміна правовідношення; припинення правовідношення; визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади), відновлювальні та компенсаційні способи захисту. Зміст способу визначає характер дій, які належить вчинити для захисту права, а на вибір конкретного способу впливає характер та ступінь порушення.

Припинення дії, що порушує право на належне батьківське виховання як пресікальний спосіб захисту, є визначальним при існуванні реальної небезпеки для стану та розвитку дитини, відсутності догляду, особливо у ранньому дитинстві, відсутності батьківського нагляду та контролю, незадоволення мінімальних життєво-побутових потреб, фізичному, психічному насильстві, експлуатації. Припинення дій, якими порушується право на належне виховання батьками, може здійснюватись шляхом відібрання в них дитини. Відібрання дитини без позбавлення батьківських прав має застосовуватись за наявності вини батьків, ступінь якої значно менший порівняно з підставами для позбавлення батьківських прав [3], відвертій халатності у здійсненні догляду та нагляду за дитиною, а насамперед реальної небезпеки для дитини. Наявність таких обставин викликана відсутністю прямої вини батьків, їхнім безвідповідальним відношенням до батьківства, яке, тим не менш, має ними усвідомлюватись. Відповідно до позиції ЄСПЛ якщо рішення мотивується необхідністю захистити дитину від небезпеки, має бути доведено, що така небезпека справді існує («Хаас проти Німеччини», п. 99) [4], має бути врахований ряд чинників: страждання дитини через відсутність піклування, неповноцінність виховання, відсутність уваги до емоційного стану; виправдання встановлення опіки над дитиною станом її фізичного або психічного здоров'я. ЄСПЛ зазначив, що усунення загроз для дитини можна подолати шляхом менш радикальних засобів, без роз'єднання сім'ї, зокрема наданням цільової фінансової підтримки та соціальним супроводом сім'ї чи особи [5]. Зважаючи на наявність реальної загрози порушення прав дитини не лише в спеціальному виховному значенні, а у значенні безпеки для фізіологічних та матеріальних потреб дитини, її фізичної та психоемоційної безпеки, застосування оперативних заходів, зміст яких складає розлучення дитини з батьками, обмеження здійснення прав дитини батьками та батьківських прав, є необхідним та виправданим.

Право батьків на відібрання малолітньої дитини від інших осіб (ст. 163 СК України) ґрунтується на переважному праві батьків перед іншими особами на особисте виховання

дитини, проживання малолітньої дитини з ними, що сприяє здійсненню батьківських прав та виконанню обов'язків, є способом захисту відповідного права та права дитини на належне батьківське виховання, оскільки це право не може бути реалізовано з причин, не передбачених законом або рішенням суду. Право відповідної вимоги може належати лише батькам або одному з них. Відповідний позов може бути пред'явлений одним із батьків до іншого, але за умови, що визначено місце проживання дитини з тим із батьків, хто вимагає відібрання дитини. У межах відповідного провадження другим із батьків може бути пред'явлений позов, змістом якого може бути зміна порядку чи способів участі у вихованні, позбавлення батьківських прав.

Позбавлення батьківських прав є пресікальним способом захисту прав дитини, зокрема й захисту від неналежного виховання. Неналежне виховання батьками дитини в межах підстав позбавлення батьківських прав відповідає ухиленню батьків від виконання своїх обов'язків з виховання дитини та/або забезпечення здобуття нею повної загальної середньої освіти (ч. 2 ст. 164 СК) [6], жорстокому поводженню з дитиною, куди включаємо не тільки фізичне, а й психологічне насильство. Відповідно до ст. 26 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» до кривдника за обмежувальним приписом застосовуються один чи декілька заходів тимчасового обмеження прав або покладення на нього обов'язків. Його наявність дає підстави органу опіки та піклування звернутись до суду з вимогою про позбавлення батьківських прав кривдника. Обмеження прав дітей та батьків на безперешкодне спілкування у зазначених випадках полягає у розлученні, що ґрунтується на засадах найкращих інтересів дитини, здійснено згідно із законом та передбаченою процедурою, визначено у судовому рішенні з підстав, коли батьки жорстоко поводяться з дитиною або не піклуються про неї та інше. Відповідно до вимог пропорційності суду належить визначити баланс охоронюваних законом інтересів малолітньої дитини, враховуючи її виключну потребу в батьківському піклуванні та контакті, та дійсну обґрунтованість та необхідність застосування заходів, які пов'язуються із позбавленням батьківських прав. Практика ЄСПЛ свідчить про те, що позбавлення батьківських прав має ґрунтуватись на оцінці особистості відповідача, його поведінки, пропорційності інтересів дітей та батьків. Оскарження відповідачем заяви про позбавлення батьківських прав може свідчити про його інтерес до дитини [7]. Чинним законодавством не визначено можливості позбавлення батьківських прав на підставі зловживання ними, на що зверталась увага дослідниками [8] та ці міркування загалом маємо підтримати.

Встановлення місця проживання малолітньої дитини з одним із батьків має безпосередній вплив на реалізацію права на належне батьківське виховання. Його підстави є складним питанням теоретичного та практичного значення. Визначаючи місце проживання малолітньої особи з одним із батьків, суд встановлює перевагу одного із батьків поряд із іншим у вихованні дитини, права ж іншого з батьків у вихованні, спілкуванні обмежуються. Визначення місця проживання дитини має вирішуватися, перш за все, з урахуванням прав та найкращих інтересів дитини – її права на належне батьківське виховання, яке повною мірою може бути забезпечене тільки обома батьками [9]. Рада Європи у Постанові щодо «Рівності та спільної батьківської відповідальності: роль батька» наголосила на важливості подолання гендерних стереотипів щодо ролей жінок та чоловіків у сім'ї [10]. У зв'язку із цим складно погодитись із позиціями про заборону проживання дитини до одного року з батьком [11, с. 91].

За наявності спору про участь у вихованні малолітньої особи, визначення місця її проживання з одним із батьків застосовується спосіб захисту права на належне батьківське виховання, змістом якого є зміна правовідношення. За відсутності згоди між батьками визначення способів участі у вихованні на практиці завжди поєднується з вимогою про усунення перешкод у вихованні (ст. 159 СК), яка направлена на припинення дії, що порушує суб'єктивне право й того з батьків, хто проживає окремо, й дитини на отримання від нього виховання у належний спосіб з урахуванням обмежень, які пов'язані з окремим проживанням. Виконання обов'язку з участі у вихованні та реалізація права на особисте спілкування з малолітньою дитиною може мати перешкоди для того з батьків, хто проживає окремо, без усунення яких неможливо реалізувати право на участь у вихованні, в яке насамперед трансформується право на особисте виховання, тобто змінюється зміст батьківських прав. Створенням перешкод тому з батьків, хто проживає окремо, у спілкуванні та вихованні порушується й право дитини на отримання належного виховання від іншого з батьків.

Рішеннями у відповідних справах відповідач зобов'язується не чинити перешкоди позивачеві у спілкуванні та встановлюються

способи участі у вихованні та спілкуванні, що полягають у щотижневих побаченнях, проживанні з позивачем на канікулах, спілкуванні засобами мобільного зв'язку, необмеженому відвідуванні під час хвороби [12], можливості спільного відпочинку, відвідування дитиною місця його проживання. При вирішенні таких спорів важливим є режим дня, навчання, стан здоров'я, розвиток здібностей та інше. Побачення з дитиною можуть обумовлюватись присутністю іншої особи: другого з батьків, спеціаліста органу опіки та піклування й психолога. Якщо із часом режим спілкування та способи участі у вихованні, встановлені органом опіки та піклування або судом, не будуть відповідати найкращим інтересам дитини, той з батьків, із ким проживає дитина, у порядку самозахисту може не дозволяти другому з батьків здійснювати відповідне спілкування та звернутись із позовом про зміну способів участі у вихованні та спілкуванні з дитиною. Ця вимога може бути також пред'явлена як зустрічна при вирішенні судом справи за позовом про усунення перешкод у спілкуванні [13], а також в окремому порядкові тим із батьків, із ким проживає дитина, якщо з'являються обставини, які свідчать про невідповідність інтересам дитини чинного порядку [14]. Отже, вимога про визначення способів участі у вихованні може бути пред'явлена будь-ким із батьків, незалежно від сумісного проживання з дитиною.

Рішеннями у справах про визначення участі у вихованні визначається не здійснювати перешкод, час і періодичність спілкування, але не приділяється увага конкретним прийомам, методам виховання, способам впливу на розвиток дитини. Окремі питання можуть міститись у висновках органів опіки та піклування, проте на практиці це відбувається досить формально. Це положення є частково виправданим: більшість таких відносин знаходиться поза межами правового регулювання, зумовлюється метою невтручання у сімейне життя. Але відповідні питання не можна взагалі залишати неврегульованими, тому встановлення порядку участі у вихованні має містити вказівку на рекомендовані способи виховного впливу, які доведені до батьків, особливо якщо попередньо йшлось про спір щодо цього, про реальну загрозу інтересам малолітньої особи та інше.

Часто батьки не можуть дійти згоди щодо методів та прийомів виховання, проживаючи разом із дитиною, що стає приводом для значної кількості сімейних конфліктів. Конфлікт стилів виховання батьків можуть вкрай не сприяти належному розвиткові малолітньої дитини, яка змушена бути свідком сварок батьків, зростати у несприятливих умовах, що здійснює негативний вплив. Така сім'я має ознаки дисфункціональної, що не відповідає найкращим інтересам дитини. Негативні ж прийоми та методи виховання є не менш шкідливими для розвитку дитини, ніж пряме ухилення, тому захист права дитини на належне батьківське виховання зумовлює визначення механізму пропорційного впливу на стиль виховання батьків під час окремого чи сумісного проживання дитини з батьками. Чинне законодавство передбачає здійснення соціального супроводу для сімей у складних обставинах, зокрема у випадку ухилення батьків від виконання обов'язків з виховання дитини. Втручання у право має бути пропорційним, що містить й відсутність необґрунтованих заходів контролю з боку держави. Із метою недопущення використання негативних стилів виховання, їх конфлікту компетентні органи можуть призначити профілактичні бесіди, рекомендувати звернутись до сімейного психолога, медіатора, надати соціальну допомогу, у будь-якому випадку розуміючи необхідність соціального супроводу. Ці заходи підтримуються міжнародною практикою [5], а звернення до уповноважених служб із захисту прав дітей одного з батьків або навіть дитини має гарантувати можливість вирішення цих питань, незважаючи на їх невелике значення порівняно із захистом прав дітей, позбавлених батьківського піклування.

Відновлення становища, яке існувало до порушення права малолітньої особи на належне батьківське виховання, є одним із найбільш ефективних способів захисту, оскільки завдяки йому умови життя та обставини батьківського виховання дитини можуть бути повернуті в попередній стан або покращені. Як зазначає Р.О. Стефанчук, у випадку порушення особистого немайнового права відновлення становища може мати винятково характер його поновлення. Застосування цього способу захисту права малолітньої особи на належне батьківське виховання може здійснюватись за наявності порушення права як підстави захисту, а за наявності реальної загрози не здійснюється [1, с. 205]. Мету відновлення права на належне батьківське виховання мають способи захисту: поновлення батьківських прав, повернення дитини батькам після відібрання, передача дитини матері чи батькові, які повернулись із місць позбавлення волі. Б.К. Левківський, аналізуючи поновлення батьківських прав, заперечує відновний характер поновлення батьківських прав, визначає спосіб захисту

як встановлення правовідношення за відсутності необґрунтованої відмови компетентних органів [15, с. 30]. Водночас незаконність позбавлення батьківських прав має визначатись не шляхом встановлення правовідношення, а шляхом скасування рішення суду, яким таких прав позбавлено.

Зважаючи на викладене щодо способів захисту права дитини на належне батьківське виховання, враховуючи механізм захисту, маємо підтримати позицію В.О. Рясенцева про одночасний його захист при здійсненні захисту права батьків на особисте виховання [16, с. 51]. У цьому контексті ЄСПЛ відзначив у п. 53 рішення у справі «М.С. проти України», що заявник мав право звертатися до національних органів влади для захисту інтересів своєї дитини, оскільки його дитина була неповнолітньою на час подання заяви, розглянув заяви в особистих інтересах та в інтересах дитини як її представник [17]. Тож при пред'явленні позову про визначення місця проживання дитини, усунення перешкод у спілкуванні з дитиною, визначення або зміну способів виховання та спілкування, відібрання дитини здійснюється одночасний захист батьками своїх прав, пов'язаних із вихованням, й право дитини на належне батьківське виховання.

Компенсаційні способи захисту є важливою гарантією захисту особистих немайнових прав. Для них характерним є те, що вони подібні до відновлювальних за загальною метою: приведення стану особи та її прав до стану до моменту порушення. Але відновлювальні способи мають за мету найбільше відновлення особистої немайнової сфери особи, а компенсаційні застосовуються, коли поновлення особистого немайнового права у повному обсязі не є можливим або коли неправомірним діянням завдається шкода, яка пов'язана із цим порушенням, окрім порушення особистого немайнового права [1, с. 214]. Чинними нормами права лише встановлено підстави компенсації моральної шкоди особі, що постраждала внаслідок домашнього насильства, відповідно до ст. 30 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству». Водночас сімейне законодавство не передбачає підстав компенсації моральної шкоди дитині, чим визнається те, що внаслідок незаконних дій одного з батьків у зв'язку з реалізацією прав, пов'язаних із вихованням, може бути завдана відповідна шкода лише батькам. Але компенсаційні способи захисту мають важливе значення в межах захисту права малолітньої особи на належне батьківське виховання, оскільки неналежними діями батьків дитині завдаються моральні страждання: у разі ухилення одного з батьків від виконання рішення органу опіки та піклування або суду, договору щодо здійснення батьківських прав та виконання обов'язків тим із них, хто проживає окремо від дитини [18, с. 413], самочинної зміни місця проживання малолітньої дитини [19, с. 385], незаконного відібрання дитини та інших. Законодавством також не передбачені підстави компенсації моральної шкоди дитині за аморальні, протиправні дії батьків, зловживання ними правами щодо дитини, невиконання батьківських обов'язків, коли здійснюється незворотній негативний вплив на психіку та соціальні установки дитини, її моральне виховання, деформується її честь і гідність, може формуватись девіантна поведінка [20, с. 56; 21, с. 172].

**Висновки**

Підбиваючи підсумки, необхідно зазначити, що особливості захисту права на належне батьківське виховання малолітніх дітей полягає в тому, що відновлення права або становища, зміна правовідношення, припинення неправомірних дій відбувається й у разі звернення одного з батьків з метою захисту свого права на особисте виховання, під час захисту якого відбувається захист права дитини на належне виховання. Виняток становить позбавлення батьківських прав, коли один із батьків захищає не власні права, а пред'являє позов винятково в інтересах дитини. Із метою ефективного захисту прав дітей є необхідним передбачити: зловживання батьківськими правами як окрему підставу позбавлення батьківських прав; можливість компенсацій моральної шкоди дитині у випадках, коли підлягає захисту право на належне батьківське виховання; механізм впливу на методи, стилі виховання, що застосовуються батьками, заборону негативних методів при визначенні способів участі у вихованні й при роздільному, й при сумісному проживанні з батьками, зміні способів участі у вихованні, визначенні місця проживання малолітньої дитини з одним із батьків.

Зі створенням умов для належного виховання, усуненням загрози інтересам дитини пов'язана можливість застосування й інших способів захисту, зокрема: виселення батьків або одного з них, які позбавлені батьківських прав, із житлового приміщення на підставах, зазначених у житловому законодавстві, визначення порядку володіння, користування майном, що знаходиться у спільній частковій власності дитини та батьків, позбавлених батьківських прав або обмежених в батьківських правах, що є перспективним напрямом дослідження.

**Список використаних джерел:**

1. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія ; Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ : КНТ, 2008. 625 с.
2. Илларионова Т. И. Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер / Отв. ред.: Кириллова М.Я. Свердловск : СЮИ, 1980. 76 с.
3. Мироненко В.П. Наявність небезпеки для виховання та розвитку дитини – визначальна умова її відібрання у батьків. *Юридична психологія та педагогіка*. 2013. № 1. С. 254–262. URL : http://elar.naiau.kiev.ua (дата звернення: 15.05.2020).
4. Рішення ЄСПЛ у справі «Хаас проти Німеччини», № 11057/0, 08.04.2004. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_225 (дата звернення: 20.05.2020).
5. Рішення ЄСПЛ у справі «Савіни проти України», № 39948/06, 18.12.2008. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_454 (дата звернення: 02.07.2020).
6. Про затвердження висновків про доцільність позбавлення батьківських прав: Коломийська міська рада; рішення від 03.12.2019 р. № 297. URL : http://nbkolrada.gov.ua/dt/182541/ (дата звернення: 24.06.2020).
7. Рішення ЄСПЛ у справі «Хант проти України», № 31111/04, від 07.12.2006. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_126 (дата звернення: 09.06.2020).
8. Левківський Б.К. Способи захисту прав та інтересів дитини від зловживання батьківськими правами. *Часопис Київського університету права*. 2016. № 4. С. 189–193.
9. Рішення Обухівського районного суду Київської області від 03.07.2019, справа № 372/708/19. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82203777 (дата звернення: 12.07.2020).
10. Equality and shared parental responsibility: the role of fathers. URL : https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22022&lang= en (дата звернення: 23.07.2020).
11. Левківський Б.К. Забезпечення гендерної рівності у спорах про визначення місця проживання дитини. *Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип. 16. С. 88–92. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2016_16_16 (дата звернення: 26.07.2020).
12. Рішення Дзержинського районного суду м. Харкова від 28.05.2020, справа № 638/2437/20. URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/89730393 (дата звернення: 14.07.2020).
13. Постанова Верховного суду від 28.01.2019, справа № 619/3051/17. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79699396 (дата звернення: 16.07.2020).
14. Постанова Верховного суду від 01.04.2020, справа № 165/2839/17. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88707341 (дата звернення: 16.07.2020).
15. Левківський Б.К. Обрання належного способу захисту під час поновлення батьківських прав. *Право і суспільство*. 2014. № 1. С. 26–31. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2014_1_8 (дата звернення: 23.07.2020).
16. Рясенцев В.А. Семейное право. Москва : Юрид. лит., 1971. 294 с.
17. Рішення ЄСПЛ у справі «М.С. проти України», заява № 2091/13, 11.07.2017. URL : https://ips.ligazakon.net/document/SOO00995 (дата звернення: 23.07.2020).
18. Сімейний кодекс України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. С.Я. Фурси. Київ : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2008. 1248 с.
19. Красицкая Л.В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав дітей і батьків : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03 : ДНУ. Вінниця, 2015. 496 с.
20. Резнік Г. Особливості відшкодування моральної шкоди, спричиненої посяганням на особисті немайнові права дитини. *Юридична Україна*. 2014. № 8. С. 53–58. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/urykr_2014_8_11 (дата звернення: 17.07.2020).
21. Безштанько В.В. Заподіяння моральної шкоди дитині в сім'ї як одна з причин злочинності неповнолітніх. *Вісник КДПУ імені Михайла Остроградського*. Випуск 5/2007 (46). Ч. 1. С. 170–173. URL : http://www.kdu.edu.ua/statti/2007-5-1(46)/170.pdf (дата звернення: 09.06.2020).

**Viktoriya Makovetska. Ways to protect the right to proper parental upbringing of minors**

*The article analyses the scientific approaches to defining the procedure of protecting the right for proper parental nurturing of children under 14. Among the peculiarities compared with other rights of children is the fact that the right is violated by the persons who are responsible for securing the best interests of the children and protecting their rights. The scientific points of view as for the realization of the preventive-preclusive, renewal and compensatory methods of protection are analyzed. The separation of the child must be applied in case there is: the parents' guilt of a considerably lesser degree compared with the grounds for deprivation of paternal rights, neglect of care or supervision of the child and, primarily – real danger for the health, development, physical or emotional state of the child or the fact proved by the public authorities that they have taken measures for helping the family in difficult circumstances. The latter is a necessary precondition for deprivation of paternal rights which is performed without prior separation of the child. The separation of the child by one of the parents, determining the place of living, determining or changing the ways of participating in the nurturing is a means of protecting both the paternal right for individual nurturing and the right for proper nurturing of the child. In such a case the other parent can take action as for changing the procedure of participating in the nurturing. Within the grounds for deprivation of paternal*

*rights, the grounds for protection of the right for proper nurturing are the evasion of performing the duties of nurturing the child, of his or her getting education, child abuse, including psychological violence, abuse of parental rights. Reflections on the necessity of legal regulation of compensation of moral damage to the child in case the parents violate the right for nurturing and development are given. The following actions are aimed at restoring the right for proper parental nurturing: parental rights renewal, transferring the child to the parents, giving the child back to the parents or a parent for nurturing, transferring the child to the mother or father released from prison.*

**Key words:** the right for proper parental nurturing, ways of protection of the rights, separation of the child, deprivation of paternal rights, ways of participation in nurturing.

УДК 347.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.07

***Любов Малярчук,***
*канд. юрид. наук,*
*доцент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури*
*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

***Олександр Снідевич,***
*канд. юрид. наук, доцент,*
*доцент кафедри нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури*
*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

# СУБ'ЄКТИ ВИКОНАВЧОГО ПРОВАДЖЕННЯ: ЗАКОНОПРОЕКТНІ НОВЕЛИ

*У статті здійснювався науковий аналіз особливостей врегулювання інституту суб'єктів виконавчого провадження за проектом Закону про виконавче провадження (№ 3726) у порівнянні із чинним Законом України «Про виконавче провадження».*

*Розглянуті положення законопроекту, в яких до суб'єктів виконавчого провадження пропонується віднести учасників виконавчого провадження та осіб, які залучаються до проведення виконавчих дій, та наведений перелік осіб, що входять до їх числа. Встановлено, що у використаній класифікації не прослідковується чіткий критерій поділу усіх суб'єктів виконавчого провадження на групи учасників виконавчого провадження. Наведений ряд наукових класифікацій суб'єктів виконавчого провадження, які ґрунтуються на підходах щодо поділу учасників процесу на юридично заінтересованих у результатах процесу осіб та осіб, юридично незаінтересованих, але які не взяті до уваги в законопроекті.*

*Визначена відсутність чіткого врегулювання в законопроекті правового становища виконавця в порівнянні з іншими суб'єктами виконавчого провадження, адже він перестав займати однакове місце у системі суб'єктів виконавчого провадження, що в цілому визнано правильним. Однак піддано критиці той факт, що усі права та обов'язки виконавця (які стосуються усіх стадій виконавчого провадження) передбачені у главі, що врегульовує лише одну зі стадій виконавчого провадження – відкриття виконавчого провадження.*

*Резюмовано, що правовий статус досить значного кола суб'єктів виконавчого провадження залишається невирішеним. Так, потребує самостійного окреслення правовий статус особи, в якої перебуває майно боржника чи майно та кошти, належні боржникові від інших осіб, особи-власники майна, що знаходиться у житлі, у якому проживає боржник, чи особи, які проживають разом з боржником. В аспекті цих осіб на вирішення винесена проблема виключення їх із кола тих суб'єктів, які вправі оскаржити рішення, дії або бездіяльність державних та приватних виконавців, шляхом надання права на оскарження загалом всім особам, чиї права потребують захисту в результаті вчинення виконавчих дій.*

**Ключові слова:** учасники виконавчого провадження, особи, які залучаються до проведення виконавчих дій, виконавець, прокурор, поняті, представник.

**Постановка проблеми.** Початок розвитку наявної системи примусового виконання рішень в сучасній Україні пов'язується із Законом України «Про виконавче провадження» 1999 року. Оцінюючи через більш ніж двадцять років стан правового регулювання виконавчого провадження в Україні, зауважимо, що він став тим Законом, окремі недосконалі положення якого ще й досі визначають зміст сучасного законодавства про виконавче провадження. Як і інша його редакція 2010 року, так і чинний на сьогодні Закон «Про виконавче провадження» 2016 року ґрунтувалися та ґрунтуються на структурі, змісті та термінології Закону 1999 року. Кажучи простіше, багато їх положень є банальним переписуванням попереднього, не завжди якісного законодавства.

Упродовж останніх місяців у спільноті правників загострилася дискусія щодо реформування законодавства про виконавче провадження. Свій проект Закону про виконавче провадження, розроблений за участі Асоціації приватних виконавців, нещодавно був внесений також і народними депутатами Т.П. Тарасенком та С.О. Демченком (№ 3726 від 23.06.2020) [1]. Аналіз окремих його положень щодо інституту суб'єктів виконавчого провадження свідчить про те, що він містить окремі концептуальні недо-


© Л. Малярчук, О. Снідевич, 2020

ліки, не враховує надбання науки виконавчого процесу.

**Стан дослідження.** Окремі правові проблеми, пов'язані з урегулюванням у законодавстві інституту учасників виконавчого провадження, досліджували А.М. Авторгов, Ю.В. Білоусов, І.В. Бондар, М.В. Вінциславська, О.О. Дерій, П.П. Заворотько, О.М. Кузнець, Л.С. Малярчук, М.П. Омельченко, О.С. Снідевич, Н.А. Сергієнко, С.Я. Фурса, Є.І. Фурса, М.Й. Штефан, С.В. Щербак та інші. Зазначені праці є основою проведеного дослідження.

**Метою статті** є проведення наукового аналізу особливостей врегулювання інституту суб'єктів виконавчого провадження у проекті Закону про виконавче провадження (реєстраційний № 3726 від 23.06.2020), внесеного народними депутатами України Т.П. Тарасенком та С.О. Демченком, окреслення недоліків такого врегулювання та висловлення пропозицій, спрямованих на покращення правової регламентації цього інституту у законодавстві України про виконавче провадження

**Виклад основного матеріалу.** Не заперечуючи необхідність розробки якісно нового Закону «Про виконавче провадження» (а можливо навіть й Виконавчого кодексу України), мусимо констатувати, що, на жаль, проект Закону про виконавче провадження (реєстраційний № 3726 від 23.06.2020) в окремих його положеннях знову є копією недосконалого попереднього законодавства. Він залишає очевидно не прийнятні ані з точки зору науки, ані з точки зору практики положення, що стосується інституту суб'єктів виконавчого провадження.

Глава 3 Розділу IV «Загальні засади здійснення виконавчого провадження» законопроекту має назву «Суб'єкти виконавчого провадження». Такими суб'єктами відповідно до ст. 57 проекту є учасники виконавчого провадження та особи, які залучаються до проведення виконавчих дій. Хто відноситься до учасників виконавчого провадження – із законопроекту вбачається. Такими є сторони, прокурор, експерт, спеціаліст, перекладач, суб'єкт оціночної діяльності – суб'єкт господарювання, особи, права інтелектуальної власності яких порушені. Однак хто ж є особами, які залучаються до проведення виконавчих дій? Відповіді на це питання, не дивлячись на свою назву, стаття не дає. Її можна знайти вже у ст. 63 проекту, яка має назву «Залучення інших осіб до проведення виконавчих дій». Такими особами є представники органів опіки і піклування, інших органів та установ, а також суб'єкти господарювання, які можуть залучатися виконавцем на договірних засадах у визначених Законом випадках.

Насамперед зауважимо, що одразу ж викликає несприйняття віднесення того чи іншого суб'єкта виконавчого провадження до тієї чи іншої групи. Це зумовлюється тим, що у використаній класифікації не прослідковується чіткий критерій поділу усіх суб'єктів виконавчого провадження на групи учасників виконавчого провадження та осіб, які залучаються до проведення виконавчих дій. Мусимо констатувати, що ця проблема існує ще з 1999 року, коли відповідний Закон «Про виконавче провадження» також поділив усіх учасників виконавчого провадження (саме так їх називала відповідна глава 2 Закону) на учасників виконавчого провадження та осіб, які залучаються до проведення виконавчих дій. Учасниками виконавчого провадження були визнані державний виконавець, сторони, представники сторін, експерти, спеціалісти, перекладачі, а особами, які залучаються до проведення виконавчих дій, – поняті, працівники органів внутрішніх справ, представники органів опіки і піклування, інших органів і установ у порядку, встановленому цим Законом. Фактично аналогічний підхід до класифікації суб'єктів виконавчого провадження містило й подальше законодавство про виконавче провадження аж до чинного Закону включно.

У науці виконавчого процесу вже давно викликає несприйняття такий підхід до класифікації суб'єктів виконавчого провадження, оскільки він не містить під собою наукового підґрунтя. Як справедливо зазначає С.В. Щербак, учасниками виконавчого провадження мають бути лише ті особи (фізичні, юридичні, громадяни-підприємці), які мають заінтересованість у результатах виконавчого провадження (особисту, державну, службову) і роль яких є активною у провадженні щодо виконання рішень, тобто вони можуть впливати на процес вчинення виконавчих дій. Усі ж інші особи – не учасники, а суб'єкти виконавчого провадження, оскільки вони не заінтересовані в його результаті, а лише сприяють проведенню виконавчих дій. Їхня роль у виконавчому провадженні не активна, а пасивна [2, с. 227].

У процесуальному законодавстві та процесуальній науці використовується загальновизнаний та чіткий поділ учасників процесу на юридично заінтересованих у результатах процесу осіб (у судовому процесі ці особи раніше мали назву осіб, які беруть участь у справі, а сьогодні законодавство називає їх учасниками справи) та осіб, юридично незаінтересованих (які називалися або ж особами, які сприяли вирішенню справи, або

ж як на сьогодні – інші учасники судового процесу). Виходячи із цього, ціла низка науковців пропонує свої класифікації суб'єктів виконавчого провадження, які тією чи іншою мірою б враховували ці підходи.

Так, наприклад, С.В. Щербак запропонувала поділити усіх суб'єктів виконавчого провадження на: 1) органи і посадові особи державної виконавчої служби; 2) учасників виконавчого провадження (сторони та їхні представники, органи державної влади і місцевого самоврядування, прокурор, який представляє інтереси держави або особи); 3) осіб, які залучаються до проведення виконавчих дій (спеціалісти, перекладачі, поняті, зберігачі майна боржника, спеціалізовані організації, що здійснюють оцінку та реалізацію майна боржника) [3, с. 84]. Р.В. Ігонін поділяє суб'єктів виконавчого провадження на такі категорії, як: 1) основні учасники виконавчого провадження (державний виконавець, сторони та їхні представники, органи державної влади та місцевого самоврядування, прокурор, який представляє інтереси держави або особи); 2) особи, які залучаються до проведення виконавчих дій (спеціалісти, перекладачі, поняті, зберігачі майна боржника, спеціалізовані організації, що здійснюють оцінку та реалізацію майна боржника); 3) особи, які сприяють виконавчому провадженню (суд, Державна виконавча служба) [4, с. 52]. Д.М. Сибільов ділить учасників виконавчого провадження на три групи: 1) державні виконавці, 2) особи, що мають особисту юридичну заінтересованість у виконанні рішення, до яких відносить сторони виконавчого провадження та їх представників, 3) особи, що сприяють виконанню рішень, до яких належать, на його думку, експерти, спеціалісти, перекладачі, поняті, та інші особи, перераховані в ч. 2 ст.10 Закону «Про виконавче провадження» [5, с. 18] тощо.

Загалом викликає здивування постійне несприйняття такого підходу до класифікації суб'єктів виконавчого провадження в розробників чергового законодавства про виконавче провадження, хоча будь-яких обґрунтованих підстав для цього не вбачається.

Як і у чинному Законі «Про виконавче провадження», так і в законопроекті бачимо, що прокурор міститься в одній групі суб'єктів (учасників) виконавчого провадження, а орган опіки та піклування – в іншій, не дивлячись на те, що функціональні основи їх участі як у суді, так і надалі у виконавчому провадженні є досить близькими. Взагалі незрозумілим є й те, чому у чинному Законі спеціаліст, експерт чи перекладач попали в одну групу учасників виконавчого провадження, а, наприклад, представник поліції чи понятий – в іншу. Прикро, що аналогічні питання виникають і під час ознайомлення зі змістом запропонованого законопроекту. І це не дивлячись на те, що, наприклад, право виконавця у п. 14 ч. 1 ст. 73 законопроекту визначено як право залучати в установленому порядку працівників поліції, інших осіб, а також експертів, спеціалістів, а для проведення оцінки майна – суб'єктів оціночної діяльності – суб'єктів господарювання, що свідчить про їх однакове місце у структурі суб'єктів виконавчого провадження.

Не досить вдало запропоновано в законопроекті врегулювати і правове становище виконавця. Так, у порівнянні із чинним законодавством у проекті виконавець перестав займати однакове місце у системі суб'єктів виконавчого провадження поряд з іншими його суб'єктами, оскільки вже згадана глава 3 законопроекту не містить положень про правове становище виконавця. Це є досить правильним підходом, оскільки місце виконавця у цій системі піддавалося критиці у науці вже давно [2, с. 226]. Очевидно, що такий підхід є продовженням підходу законодавця до врегулювання становища суду як обов'язкового суб'єкта процесуальних правовідносин у судочинстві (нагадаємо, що жоден із чинних процесуальних кодексів, що врегульовує позакримінальне судочинство, не містить суд як учасника процесу). Піддамо критиці те, що положення про права та обов'язки виконавця (які стосуються усіх стадій виконавчого провадження) містяться у главі, що врегульовує лише одну зі стадій виконавчого провадження, а саме у главі 1 «Відкриття виконавчого провадження» розділу V «Стадії та порядок здійснення виконавчого провадження». На наш погляд, такий підхід виглядає принаймні нелогічним. При цьому також звернемо увагу, що вже згадані процесуальні кодекси містять відповідні глави про склад суду та відводи саме перед відповідними главами про учасників судового процесу. Відтак доцільно було б відповідні положення про правове становище виконавця помістити в законопроекті перед положеннями про суб'єктів виконавчого провадження.

Тепер щодо повноти врегулювання в запропонованому законопроекті інституту суб'єктів виконавчого провадження.

Не дивлячись на те, що глава 3 законопроекту охоплює правовим регулюванням значно ширше коло суб'єктів виконавчого провадження у порівнянні із чинним Законом «Про виконавче провадження», питання щодо правового статусу досить значного кола суб'єктів виконавчого провадження залишається невирішеним.

Так, на наш погляд, потребує самостійного окреслення у відповідній главі «Суб'єкти виконавчого провадження» законопроекту правовий статус особи, в якої перебуває майно боржника чи майно та кошти, належні боржникові від інших осіб. У зазначених осіб внаслідок існування виконавчого провадження щодо боржника виникає значне коло обов'язків, а виконавець набуває значних прав на втручання в їх сферу правових інтересів. Однак правовий статус таких осіб, насамперед у частині їхніх прав, не окреслено.

Значні юридичні ризики у виконавчому провадженні несуть особи-власники майна, що знаходиться у житлі, у якому проживає боржник, чи особи, які проживають разом з боржником. Фактично для них опис майна боржника за їх місцем проживання – це подібно до обшуку у кримінальному провадженні. Однак, знову ж таки, їхній правовий статус як суб'єктів виконавчого провадження ані у відповідній главі законопроекту, ані загалом у законопроекті не врегульовано. Мусимо визнати, що цей недолік має й чинне законодавство.

В аспекті цих осіб досить характерною є й проблема виключення їх із кола тих суб'єктів, які вправі оскаржити рішення, дії або бездіяльність державних та приватних виконавців.

Так, як убачається зі ст. 127 та 128 законопроекту, ними є лише сторони та інші учасники виконавчого провадження. Такий підхід виглядає хибним. Так, як зазначалося в науці, в силу різних причин можливе порушення прав і інших осіб, які особисто не беруть участі у примусовому виконанні рішення. Для прикладу, бувають ситуації, коли арешт накладається на майно особи, що належить їй, а не боржникові, і в такому разі вона може лише звернутися до суду з позовом про визнання права власності на це майно і про зняття з нього арешту. Оскаржується постанова виконавця про накладення арешту, але за особами, що не є суб'єктами виконавчого провадження, не закріплене таке право. Вони мають застосовувати загальні правила визначення юрисдикції суду, до компетенції якого належить розгляд цього питання в позовному порядку, відповідно, і його вирішення не відбуватиметься за скороченими строками, що не вигідно для власника майна, на яке накладено обтяження, коли факт права власності є безспірним, але ігнорується виконавцем. З огляду на зазначене до переліку суб'єктів, які вправі порушити судовий розгляд скарги щодо виконавців у встановленому ст. 74 Закону порядку, варто відносити всіх осіб, чиї права потребують захисту в результаті вчинення виконавчих дій [6, с. 161]. Відтак доцільно було б запобігти наведеним недолікам законодавчих положень у майбутньому.

Пункт 2 ч. 1 ст. 73 законопроекту передбачає, що виконавець під час здійснення виконавчого провадження має право проводити перевірку виконання юридичними особами незалежно від форми власності, фізичними особами, фізичними особами – підприємцями рішень стосовно працюючих у них боржників. Однак, як і в попередньому випадку, правовий статус цих осіб як суб'єктів виконавчого провадження в законопроекті також не визначено. Потребує свого врегулювання в окремих положеннях глави 3 законопроекту й правовий статус багатьох інших осіб, що залучаються у виконавче провадження.

Більш детальніше, на наш погляд, слід було б також розмежувати правовий статус експерта та спеціаліста. У законопроекті, як і у чинному Законі, протягом усього змісту правовий статус експерта врегульовується разом з правовим статусом спеціаліста. Відтак критерії розмежування їхнього правового статусу не прослідковуються, не дивлячись на те, що залучення таких осіб у виконавче провадження є не досить дешевим задоволенням, за яке врешті-решт вимушений платити боржник.

Виглядає помилковим й підхід щодо відмови від участі у виконавчому провадженні понятих. Аналізуючи питання щодо доцільності відмови від понятих, М.В. Вінциславська обґрунтовано зазначає, що під час примусового входження до жилих будинків і квартир поняті є додатковою гарантією дотримання процесуальних прав осіб, які беруть участь у виконавчих діях, це додаткова гарантія захисту як державного виконавця, так і боржника і стягувача від безпідставних скарг і позовів [7, с. 302]. Безумовно, необхідність залучення понятих до участі у виконавчих діях створює певні незручності для виконавців, однак хочемо наголосити, що їх існування у виконавчому провадженні –в інтересах самих виконавців. Участь понятих є запорукою запобігання безпідставних звинувачень виконавця у тих же крадіжках майна під час опису.

Загалом же вбачається, що значна кількість положень законопроекту в частині суб'єктів виконавчого провадження є переписуванням положень попереднього законодавства. Не заперечуємо того, що більшість із них є положеннями належної якості. Однак не можемо не звернути увагу на ще одне очевидно недосконале положення, яке запропоноване в законопроекті.

Так, ч. 1 ст. 60 законопроекту містить положення про те, що особиста участь фізичної особи у виконавчому провадженні не позбавляє її права мати представника, крім випадку, коли боржник згідно з рішенням зобов'язаний вчинити певні дії особисто. Порівняльний аналіз цього положення з попереднім законодавством показує, що це положення є майже дослівною редакцією недосконалого за своїм змістом відповідного положення ще аж першого Закону «Про виконавче провадження» 1999 року і яке наявне і у чинному Законі.

Однак, аналізуючи зазначене положення законодавства, О.О. Дерій справедливо зазначає, що якщо буквально тлумачити цю статтю, то вбачається, що боржник у випадку, якщо згідно з рішенням він зобов'язаний вчинити певні дії особисто та особисто бере участь у виконавчому провадженні, не може мати представника навіть для реалізації своїх прав, передбачених законодавством. Разом із тим якщо боржник у випадку, що розглядається, не приймає особисто участь у виконавчому провадженні, то права на представника він має. На її погляд, краще було б прописати дану норму таким чином, що боржник не має права діяти через представника в частині виконання обов'язку, покладеного рішенням на нього особисто, а не заборонити йому мати представника взагалі [8, с. 69]. Таким чином, боржник у виконавчому провадженні має багато процесуальних прав, здійснення чи виконання яких можливе через представника, як то: право на ознайомлення з матеріалами виконавчого провадження, право робити з них виписки, знімати копії, право заявляти відводи, право оскаржувати рішення, дії або бездіяльність виконавця тощо. Немає жодних перешкод для того, щоб боржник міг реалізувати зазначені права через представника. Наявну на сьогодні редакцію ч. 1 ст. 16 Закону «Про виконавче провадження» можна тлумачити як таку, що обмежує права боржника на правову допомогу адвоката у таких виконавчих провадженнях [9, с. 94]. Не дивлячись на те, що відповідний виняток з загального правила про право мати представника у виконавчому провадженні сформульований очевидно неправильно, він залишається незмінним у законопроекті.

**Висновки**

Не будемо заперечувати того, що проект Закону про виконавче провадження (реєстраційний № 3726 від 23.06.2020) містить багато необхідних новел і у разі його прийняття значно поліпшить правове регулювання виконавчого провадження. Однак, як і чинний на сьогодні Закон України «Про виконавче провадження», зазначений законопроект містить концептуальні недоліки стосовно врегулювання суб'єктів виконавчого провадження. Вважаємо, що не варто в новому Законі «Про виконавче провадження» в черговий раз переписувати окремі положення попереднього законодавства сумнівної якості. Для створення дієвої процедури примусового виконання рішень необхідно розробити дійсно якісний нормативний акт, який би ґрунтувався на належній теоретичній основі виконавчого процесу.

**Список використаних джерел:**

1. Проект Закону про виконавче провадження № 3726 від 23.06.2020. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=69256.

2. Фурса С.Я., Фурса Є.І., Щербак С.В. Закони України «Про державну виконавчу службу», «Про виконавче провадження», «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» : наук.-практ. комент.; за заг. ред. С.Я. Фурси. Київ : КНТ, 2008. 1172 с.

3. Щербак С.В. Адміністративно-правове регулювання виконавчого провадження в Україні : дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 ; НАН України, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького. Київ, 2002. 228 с.

4. Ігонін Р.В. Організаційно-правові засади діяльності суб'єктів виконавчого провадження : дис... канд. юрид. Наук : 12.00.07 ; Національна академія держ. податкової служби України. Ірпінь, 2007. 211 с.

5. Сибилев Д.М. Закон Украины «Об исполнительном производстве» : Научно-практический комментарий. Харьков : Легас, 2000. 112 с.

6. Малярчук Л.С. Нові правила оскарження рішень, дій або бездіяльності виконавців під час звернення стягнення на майно боржника: переваги та недоліки. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 2. С. 160–164.

7. Вінциславська М.В. Поняті та їх роль у виконавчому провадженні. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2013. Вип. 59. С. 298–302.

8. Дерій О.О. Актуальні питання представництва сторін виконавчого провадження адвокатом. *Цивілістична процесуальна думка*. 2016. № 5. С. 68–71.

9. Снідевич О.С. Проблемні питання представництва у виконавчому провадженні України. *Jurnalul juridic national: teorie şi practică*. 2019. № 3. Ч. 1. С. 93–96.

**Liubov Maliarchuk, Oleksandr Snidevych. Subjects of execution proceedings: new law drafting**

*The article presents a scientific analysis of the features of the settlement of the institution of subjects of enforcement proceedings as under the draft Law on Enforcement Proceedings (No. 3726) in comparison with the current Law of Ukraine "On Enforcement Proceedings".*

*The provisions of the draft law are considered, in which participants in enforcement proceedings and persons involved in enforcement actions are proposed to be considered subjects of enforcement proceedings, and a list of included persons is given. It is established that the currently used classification does not contain a clear criterion to divide all subjects of enforcement proceedings into groups of parties in enforcement proceedings. Some scientific classifications of subjects of enforcement proceedings are given, which are based on approaches to the division of parties in the process into those legally interested in the outcome of the litigation and persons who are not legally interested, who, however, are not taken into account in the draft law.*

*It is pointed out that the legal status of the executer in comparison with other subjects of enforcement proceedings is not clearly regulated in the draft law, because they no longer occupy the same place in the system of subjects of enforcement proceedings, which is generally recognized as correct. However, it is criticized that all the rights and obligations of the executer (which apply to all stages of enforcement proceedings) are provided in the chapter that regulates only one stage of enforcement proceedings, namely, the opening of enforcement proceedings.*

*It is summarized that the legal status of a significant number of subjects of enforcement proceedings remains undetermined. For instance, the legal status of the person in whose custody the debtor's property or property and funds belonging to the debtor from other persons is, persons who own the property in the housing where the debtor resides, or persons living with the debtor needs to be defined separately. With respect of these persons are considered, the problem of excluding from them the subjects who have the right to appeal against decisions, actions or omissions of public and private executers, by granting the right of appeal to all persons whose rights need protection as a result of enforcement actions, should be considered.*

**Key words:** participants in enforcement proceedings, persons involved in enforcement actions, an executer, a prosecutor, witnesses, a representative.

УДК 347.45/.47
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.08

***Світлана Пилипенко,***
*канд. юрид. наук, доцент, заслужений юрист України,*
*професор кафедри цивільного права і процесу*
*Національної академії внутрішніх справ*

# ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ЗА ДОГОВОРОМ, УКЛАДЕНИМ В ЕЛЕКТРОННІЙ ФОРМІ

*У статті розглянуто загальнотеоретичні підходи до визначення поняття договору, виробленого доктриною цивільного права. Автором підкреслено, що зміна економічних та соціально-політичних складових частин суспільного життя призвела до виникнення нових видів цивільно-правових відносин, що потягло за собою виникнення нових форм та способів упорядкування таких відносин учасниками цивільного обороту. У статті також наголошено що активному розвитку і поширенні інформаційно-комунікаційні технологій, що надали учасникам цивільного обороту можливість застосовувати у своїй діяльності електронні засоби зв'язку, забезпечуючи більш зручні способи ведення суб'єктами своєї діяльності. Використання інформаційно-комунікаційних технологій призвело до появи в цивільному обігу такого виду договору, як електронний договір.*

*Для розкриття поняття та правової природи електронного договору у статті здійснено аналіз таких правових понять, як поіменований/непоіменований договір, визначено значення принципу свободи укладення договору, закріпленого ЦК України з точки зору вибору не лише конкретного виду договірного зобов'язання, але і його форми, істотних умов тощо. Автором обґрунтовано, що електронний договір відрізняється від інших цивільно-правовий конструкцій способом фіксації, умовами, певними вимогами щодо суб'єктного складу, а також процедурою укладення та виконання.*

*У статті визначено, що електронний договір, як і договір, укладений в іншій форм,і може розглядатися: як підстава виникнення правовідносин; як правовідношення, що виникає з договору; як документ, який засвідчує факт укладення та зміст договору.*

*У статті наголошено, що для дійсності електронного договору необхідна наявність тих істотних умов, які характерні для відповідного виду договору. Звернено увагу на необхідність розуміння, у яких випадках потрібно створювати електронний договір у вигляді окремого електронного документа, а коли достатньо лише висловити свою волю за допомогою засобів електронної комунікації.*

**Ключові слова:** електронний договір, форма договору, свобода договору, поіменований договір, непоіменований договір, продавець, покупець, провайдер.

**Постановка проблеми.** Договір є одним із найдавніших інститутів цивільного права, витоки якого мають більш ніж тисячолітню історію. Зародившись у часи Римської імперії, договірне право стало першим всесвітньовідомим правом суспільства, яке регулювало відносини товарного виробництва, а договори – основною правовою формою, за якою здійснювався товарний і господарський обіг. Закладені римським приватним правом положення щодо порядку укладення, змісту, форми, умов виконання та підстав припинення договірних зобов'язань стали підґрунтям для формування договірного права у всіх правових системах.

Україна поступово формувала своє цивільне законодавство, вивчаючи позитивний досвіт інших держав, та системно впроваджувала його в національну практику. За час свого існування, в умовах незалежності нашої держави, договірне право удосконалювалося, як у частині законодавчого регулювання, так і в частині правозастосування.

Закономірним явищем стало те, що зміна економічних та соціально-політичних складових частин суспільного життя призвела до виникнення нових видів цивільно-правових відносин, що потягло за собою виникнення нових форм та способів упорядкування таких відносин учасниками цивільного обороту.

Нині активно розвиваються і поширюються інформаційно-комунікаційні технології, завдяки чому учасники цивільного обороту отримали можливість застосовувати у своїй діяльності електронні засоби зв'язку. Звичні способи укладення договорів вимушено трансформуються під впливом нових технологій, тим самим забезпечуючи більш зручні способи ведення суб'єктами своєї діяльності. Проте новітні тенденції укла-


© С. Пилипенко, 2020

дення договору між суб'єктами цивільних правовідносин, в тому числі і обмін електронними даними, вимагають додаткового правового регулювання. На сьогодні чинним законодавством ці питання врегульовано не достатньою мірою.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Загальнотеоретичні засади щодо поняття договору, порядку та змісту його укладення та значення для регулювання договірних відносин між учасниками цивільного обороту розглядалися в дослідженнях таких відомих вітчизняних та зарубіжних цивілістів, як: І.А. Бірюков, Д.В. Боброва, В.І. Брагінський, В.В. Вітрянський, О.В. Дзера, А.П. Довгерт, Ю. О. Заіка, О. С. Йоффе, Н.С. Кузнєцова, В. В. Луць, Р.А. Майданик, Г.Ф. Шершеневич, Ю.С. Толстой, Є.О. Харитонова, Р.Б. Шишка тощо. Окремі питання щодо правового регулювання договору, укладеного в електронній формі, висвітлювались у наукових доробках Ю.О. Борисової, О.С. Василенко, В.С. Мілаш, А.В. Чуковської. Н.Ю. Філатової та ін.

**Метою статті** є дослідження сучасного стану правового регулювання та підходів до визначення поняття договору, укладеного в електронній формі, запропонованих доктриною цивільного права, а також окреслення особливостей такого договору.

**Виклад основного матеріалу.** У нинішніх умовах особливо зростає роль договору як універсальної форми опосередкування товарно-грошових відносин. Тобто в умовах сьогодення ведеться мова не лише про розширення сфер діяльності за участю суб'єктів цивільно-правових відносин, а і про необхідність їх правового регулювання з урахуванням сучасних економічних тенденцій та новітніх технологічних досягнень.

Мобільність договору, що виражається у спрощенні процедури його укладення, та можливість обміну інформацією за допомогою електронних засобів зв'язку є тими напрямками, які сприяють удосконалення правового регулювання договірних відносин. Особливої уваги заслуговує думка Т.Ю. Кулик, яка наголошує, що одним із найбільш позитивних моментів використання електронних засобів обміну інформацією в цивільному праві є значна економія часу, що дозволяє одночасно скоротити витрати і розширити коло потенційних контрагентів [1, с. 3]. Слушним видається і твердження І.В. Бекленіщевої про те, що нині зобов'язальне право потребує розробки новітніх договірних форм, співмірних характеру та природі регульованих відносин [2, с. 6].

Для з'ясування питання щодо правового регулювання договору, укладеного в електронній формі, його змісту та місця в загальній системі цивільно-правових договорів слід звернутися до традиційний положень про договори.

У класичній цивілістичній літературі договір визначається як угода двох чи більше осіб, спрямована на встановлення, зміну чи припинення будь-якого юридичного правовідношення [3, с. 396]. О.С. Йоффе в якості договору розглядає угоду двох або більше осіб про встановлення, зміну або припинення цивільних правовідносин [4, с. 75]. Ю.О. Заіка пропонує розуміти договір як домовленість двох або більше сторін, що спрямована на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків [5, с. 454]. Подібним чином поняття договору визначається і А.І. Бірюковим [6, с. 117].

Представники зарубіжної доктрини М.І. Брагінський та В.В. Вітрянський розглядають поняття договору з трьох точок зору: як підставу виникнення правових відносин; як саме правовідношення, що виникло на цій підставі; як форму, яку приймає відповідне правовідношення [7, с. 14]. На потрійну правову природу договору вказує і інший представник зарубіжної цивілістики – Ю.К. Толстой, який розглядає договір як юридичний факт, що лежить в основі зобов'язання; саме договірне зобов'язання; документ, в якому закріплений факт встановлення договірного зобов'язання [8, с. 586].

На думку В.В. Луця, договір як юридичний факт належить до правомірних дій, що вчиняються з волі його учасників і спрямовуються на виникнення, зміну чи припинення цивільних прав або обов'язків. Проте роль договору не обмежується тільки тим, що він впливає на динаміку цивільних правовідносин (породжує, змінює або припиняє їх), а й відповідно до вимог законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості визначає зміст конкретних прав та обов'язків учасників договірного зобов'язання. У цьому розумінні договір виступає засобом регулювання поведінки сторін у цивільних правовідносинах [9, с. 19]. Також названий учений наголошує, що договору як юридичному факту властиві такі ознаки: у ньому виявляється воля не однієї особи (сторони), а двох чи кількох, причому волевиявлення учасників за своїм змістом повинно збігатися і відповідати одне одному; договір – це така спільна дія осіб, яка спрямована на досягнення певних цивільно-правових наслідків: набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Саме за цією ознакою цивільно-правовий договір відріз-

няється від договірних форм, що їх використовують в інших галузях права (трудовому, міжнародному публічному тощо) і де вони набувають певних специфічних рис [10, с. 25].

Таким чином, поняття договору може розглядатися в декількох аспектах: як підстава виникнення правовідносин (дії, спрямовані на встановлення, зміну, припинення цивільних прав та обов'язків); як правовідношення, що виникає з договору про наміри (зобов'язальне правовідношення); як документ, який засвідчує факт укладення та зміст договору; як інтегроване комплексне поняття.

Розглядаючи дану проблематику, слід наголосити, що у сфері договірного права одним із основоположних є принцип свободи договору. На думку А.О. Діденко, принцип договірної свободи в самому загальному вигляді означає право приватних осіб укладати договори будь-якого змісту і таким чином встановлювати нову реальність зобов'язальних договірних відносин, заснованих на об'єктивно притаманній їм свободі. Складовою частиною даного принципу є право укладати договори, як передбачені, так і не передбачені законом чи іншими правовими актами [11].

Одним із проявів принципу свободи договору Л.В. Мигалюк вважає можливість укладення договорів, прямо не передбачених актами цивільного законодавства, а саме непоіменованих договорів [12, с. 173]. Дуже чітко існування такої можливості обґрунтовано В.В. Луцем, який наголошує, що принцип свободи договору передбачає не лише вільне його укладення, вільний вибір контрагента та визначення умов договору сторонами, але й свободу вибору форми договору [13, с. 8]. І.Б. Новицький так само допускає укладення не передбачених законом договорів за умови, що їх зміст не буде суперечити загальним принциповим положенням вітчизняного права [14, с. 96]. Г.Ф. Шершеневич взагалі ствердно зазначав, що юридична сила таких договорів не менша, аніж сила договорів, визначених законом [15, с. 93]. Разом із тим, наголошують науковці, використовуючи принцип свободи договору, учасники договірного правовідношення, повинні не просто враховувати зміст чинних правових актів, але і зобов'язані керуватися ними, тобто умови договору повинні відповідати закону і не суперечити нормам цивільного права. У цьому сенсі договір є похідним явищем, заснованим на нормах цивільного права і викликаним цивільно-правовим регулюванням [16, с. 355].

Отже, на думку наведених учених, однією з переваг застосування принципу свободи договору є вибір власне конструкції договірного зобов'язання, яке може бути як передбаченим (поіменований договір), так і непередбаченим (непоіменований договір) цивільним законодавством. З такими міркуваннями слід погодитись. Однак необхідно пам'ятати і про те, що йдеться не лише про вибір виду договору, але і про форму його укладення, істотні умови тощо.

Звернімося для початку до поняття «непоіменований договір», яке, як відомо, законодавчо не закріплене, ним оперує лише доктрина цивільного права. Науковці вказують, що відсутність спеціального регулювання, окрім визначення можливості укласти договір, не передбачена законом чи іншими правовими актами, та фіксація того, що цивільні права і обов'язки виникають із договорів, не передбачених законом і таких, що не суперечать йому, лише породжують дискусію із приводу специфічної характеристики сутності непоіменованого договору [17, с. 142]. Так, наприклад. А.В. Мискін пропонує розуміти непоіменований договір лише як потенційну юридичну можливість створення самостійної нестандартної договірної моделі [18, с. 50]. А.Г. Карапетов та А.І. Савєльєв вважають, якщо укладений договір не покривається жодною із поіменованих моделей, він переводиться в ранг непоіменованих [19, с. 20]. З точки зору Р.Б. Шишки, непоіменовані договори (contractus innominati) створені волевиявленням їхніх сторін. За рівнем урегульованості вчений виділяє непоіменовані договори, які: взагалі не вказані актами цивільного законодавства; лише згадані актами цивільного та іншого законодавства; для яких вказані, але не розкриті умови (зміст) таких договорів [20, с. 123].

Здійснений аналіз поняття договору, закріпленого у цивільному праві, та обставин, які дозволяють, відносно умовно, віднести ту чи іншу договірну конструкцію до категорії поіменованого/непоіменованого договору, наочно демонструють відсутність критерію віднесення електронного договору до названих видів договорів. Більше того, суб'єкти договірних відносин укладають між собою, яка правило, давно відомі і закріплені ЦК України поіменовані договори (купівля-продаж, поставка тощо), при цьому залишаючи за собою право вільно обрати форму договору та за взаємною згодою визначити істотні умови.

Ст. 3 Закону України «Про електронну комерцію» (далі – Закон) визначено, що електронний договір – це домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків та оформлена в електронній формі [21]. Як бачимо, наведене в законі

поняття «електронний договір» повністю збігається (є тотожним) з поняттям «цивільно-правового договору», закріпленого ЦК України. Єдина відмінність – це вказівка на форму його укладення – електронна форма.

Отже, ведучи мову про електронний договір, не ставлять питання про віднесення його до категорії поіменованих чи непоіменованих – ні до перших, ні до других його віднести підстав немає. Залишається вести мову про спосіб фіксації умов договору, про певні вимоги до суб'єктного складу, а також до процедури (способу) укладення та виконання.

Н.Ю. Філатова, розглядаючи проблематику вчинення правочинів із використанням електронної форми, вказує, що договори, які укладаються за допомогою електронних засобів зв'язку, фактично є певним різновидом цивільно-правових договорів як таких. Тому процедура їх укладення, так само як і процедура укладення будь-яких інших договорів, відбувається в декілька етапів: оферта (тобто пропозиція укласти договір) і акцепт (тобто прийняття такої пропозиції). Однак укладення електронних договорів мають деякі особливості. Це пояснюється тим, що форма вираження волі і оферента, і акцептанта у цих договорах є досить нетиповою: вона фіксується за допомогою різних електронних повідомлень. Далі автор робить висновок, що класичне договірне право донині залишається фактично «заточеним» під традиційні усну і «паперову» письмову форму, у зв'язку із чим електронна форма не завжди повною мірою відповідає положенням чинного законодавства [22, с. 65]. З таким підходом погодитись не можемо. Більш вдалою уявляється позиція А.А. Абдуджалілова, який зазначає, що практично всі договори, які укладаються у віртуальному просторі, відповідають нормативним установкам про порядок укладення договорів, закріпленим ЦК України. Тому договори, укладені в такий спосіб, в нормативному плані регулюються тими ж законами і положеннями, що застосовуються до так званих традиційних, тобто викладених на папері, підписаних сторонами і скріплених печаткою. Від того, що текст договору має електронну форму, зберігається в пам'яті комп'ютера, він не перестає бути договором в цивільно-правовому сенсі [23, с. 72].

Визначаючи особливості електронного договору, варто вказати, що в його основі, як і інших цивільно-правових договорів, лежать норми ЦК України про істотні умови, які тепер уже залежать від виду договору, який обрали сторони. Крім того, в якості істотних умов електронного договору Закон називає такі, що передбачають наявність інформації щодо: технології (порядку) укладення договору; порядку створення та накладання електронних підписів сторонами договору; способу та порядку прийняття пропозиції укласти електронний договір (акцепту); порядку обміну електронними повідомленнями та інформацією між сторонами під час виконання ними своїх зобов'язань; способу зберігання та пред'явлення електронних документів, повідомлень, іншої інформації в електронній формі та умови доступу до них; умови виготовлення та отримання паперових копій електронних документів тощо [21].

В юридичній літературі зроблено деякі кроки щодо визначення кваліфікуючих ознак електронного договору, а вірніше договору, укладеного в електронній формі. Так, наприклад, Т.Ю. Кулик прямо вказує, що електронний договір – це документ, який створюється, зберігається, обробляється, записується, відображається, використовується і/або передається за допомогою електронних, аналогових і інших засобів зв'язку, що відрізняються від традиційних паперових форм, наділений встановленою законом структурою та реквізитами, що дозволяють визначити особу, від якої він виходить [1, с. 9]. Л.Г. Єфімова, розкриваючи поняття електронного договору, взагалі зосереджує увагу лише на технічному боці питання та вважає, що договір в електронній формі існує у вигляді певного набору байтів машинної інформації, записаного на жорсткому диску чи на іншому відповідному носієві [24, с. 142].

Із точки зору К.І. Морозова договір, укладений в електронній формі, може розглядатися як правочин – спільне (таке, що співпадає) волевиявлення учасників, спрямоване на встановлення, зміну чи припинення певних прав та обов'язків. Договір, укладений в електронній формі, може також розглядатися і як зобов'язання. Але при цьому необхідне чітке виділення прийняття пропозиції на укладення договору та чітке визначення моменту виникнення зобов'язань у кожної із сторін. Зрештою договір, укладений в електронній формі, може розглядатися як документ, у якому зафіксовані права та обов'язки сторін [25].

По суті, спостерігаємо ту класичну потрійну правову природу договору, яка вироблена цивілістичною доктриною.

Оскільки йдеться про договірне відношення, то зрозуміло, що виникає питання щодо визначення суб'єктного складу. З одного боку, ми маємо вимоги ЦК України, що висуваються до всіх осіб, які мають намір вступити в договірні відносини. Це, в першу чергу, така цивільно-правова категорія, як

цивільна правосуб'єктність (правоздатність та дієздатність, наявність статусу суб'єкта підприємницької діяльності, наявність ліцензії на здійснення певного виду діяльності тощо). З іншого боку, закон називає загальні умови, яким повинні відповідати сторони, обираючи електронну форму укладення договору. Так, відповідно до ст. 7 Закону продавець (виконавець, постачальник) товарів, робіт, послуг зобов'язаний забезпечити інших учасників відносин такою інформацією: повне найменування юридичної особи або прізвище, ім'я, по батькові фізичної особи – підприємця; місцезнаходження юридичної особи або місце реєстрації та місце фактичного проживання фізичної особи – підприємця; адреса електронної пошти та/або адреса інтернет-магазину; відомості про ліцензію (серія, номер, строк дії та дата видачі), якщо господарська діяльність підлягає ліцензуванню; щодо включення податків у розрахунок вартості товару, роботи, послуги та, в разі доставки товару, інформація про вартість доставки; інші відомості, що відповідно до законодавства підлягають оприлюдненню [21]. Згідно зі ст. 8 Закону покупець (замовник, споживач) товарів, робіт, послуг у сфері електронної комерції за обсягом своїх прав та обов'язків прирівнюється до споживача у разі укладення договору поза торговельними або офісними приміщеннями та в разі укладення договору на відстані відповідно до Закону України «Про захист прав споживачів».

**Висновки**

Отже, аналіз легальних та доктринальних засад дозволяє зробити висновок про недоцільність та й не обґрунтованість виокремлення електронного договору в самостійну цивільно-правову конструкцію. Йдеться про особливу форму укладення договору, про що прямо вказується в ЦК України. Відповідно до ст. 205 ЦК України правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Ст. 207 ЦК України встановлено, що правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах (у тому числі електронних), у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку.

У силу вищеназваних положень закону, будь-який цивільно-правовий договір може мати електронну форму. Однак важливо, щоб електронний договір включав всі істотні умови для відповідного виду договору, інакше він може бути визнаний неукладеним або недійсним, в зв'язку з недодержанням письмової форми в силу прямої вказівки закону. Також необхідно розуміти, у яких випадках потрібно створювати електронний договір у вигляді окремого електронного документа, а коли достатньо лише висловити свою волю за допомогою засобів електронної комунікації.

Особливістю договору, укладеного в електронній формі, є те, що сторони безпосередньо не контактують між собою і обмін інформацією здійснюється через інформаційних посередників, якими відповідно до Закону є оператори (провайдери) телекомунікацій, оператори послуг платіжної інфраструктури, реєстратори (адміністратори), що присвоюють мережеві ідентифікатори, та інші суб'єкти, що забезпечують передачу та зберігання інформації з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем. Наступною особливістю договору, укладеного в електронній формі, є те, що інформаційний посередник, в силу закону, відповідає за програмне забезпечення та здійснює заходи щодо зберігання і передання інформації. Разом із тим посередник (постачальник послуг проміжного характеру в інформаційній сфері) не несе відповідальності за зміст переданої чи отриманої інформації та за шкоду, завдану внаслідок використання результатів таких послуг, за умови, що він не є ініціатором передачі такої інформації, не обирає її одержувача та не може змінити її зміст.

**Список використаних джерел:**

1. Кулик Т.Ю. Особенности правового регулирования договоров, заключаемых в электронной форме : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.03. Краснодар, 2007. 21 с.
2. Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. Москва : Статут, 2006. 204 с.
3. Шершеневич Г.Ф. Курс гражданського права. Тула : Автограф, 2001, 720 с.
4. Иоффе О.С. Обязательственное право. Москва : Юридическая литература, 1975. 871 с.
5. Цивільне право України: Загальна частина /за ред. І.А. Бірюкова, Ю.О. Заіки. Київ : Алерта, 2014. 510 с.
6. Цивільне право України : навчальний посібник /за ред. І.А. Бірюкова, Ю.О. Заіки. Київ : Істина, 2004. 224 с.
7. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. Москва : Статут, 2000. 705 с.
8. Гражданское право : учебник / под. ред. Ю.К. Толстого и С.С. Сергеева. Москва : Юридическая література. 2010. Т. 1. 586 с.
9. Зобовязальне право: теорія і практика /за ред. О.В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 1998. 912 с.

10. Луць В.В. Контракти в підприємницькій діяльності : навч. посіб. – 2-е вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 576 с.

11. Диденко А.А. Конструкция непоименованного договора в гражданском праве. *Электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета*. 2013. № 90. URL : http://cyberleninka.ru (дата звернення 25.06.2020 р.).

12. Мигалюк Л.В. Місце та роль не поіменованих договорів у цивільному праві України. *Університетські наукові записки*. 2011. № 2 (38). С. 172–176.

13. Луць В.В. Деякі аспекти правового регулювання договірних відносин в господарській діяльності. Збірник наукових праць. Київ : НДІ приватного права і підприємництва АПрН України. 2009. С. 7–9.

14. Новицкий И.Б., Лунц А.А. Общее учение об обязательствах. Москва : Юридическая литература, 1950. 418 с.

15. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Москва : Статут, 2005. Т. 2. 462 с.

16. Авраменко С.М., Мирославський С.В. Поняття цивільно-правового договору як регулятору договірних відносин. *Молодий вчений*. 2018. № 6 (58). С. 354–356.

17. Ахмедов А.Я. Понятие непоименованого договора. *Вестник Саратовской государственной юридической академии*. 2019. № 2(97). С. 141–146.

18. Мыскин А.В. Непоименованные договоры в системе договорно-правовых конструкций. *Закон*. 2011. № 6. С. 49–55.

19. Карапетов А.Г., Савельев А.И. Свобода заключения непоименованных договоров и ее пределы. *Вестник Арбитражного суда*. 2012. № 4. С. 12–56.

20. Шишка Р.Б. Характеристика договорів. *Юридичний вісник*. 2013. № 4 (29). С. 121–127.

21. Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 р. № VIII (станом на 14.01.2020 р.). *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 45. Ст. 410.

22. Філатова Н.Ю. Регулювання особливостей електронних договорів: порівняльно-правовий аналіз. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 139. С. 63–77.

23. Абдуджалилов А.А. Правовая характеристика договоров, заключаемых в Интернет. *Журнал российского права*. 2016. № 2. С. 71–82.

24. Ефимова Л.Г. Еще раз о понятии и правовой природе электронной формы сделки. *Lex Rossica*. 2019. № 8 (153). С. 129–137.

25. Морозов И.К. Проблемы заключения договора в электронной форме. *Международный студенческий научный вестник*. 2018. № 5. URL : http://www.eduherald.ru/ru/article/view?id=18772 (дата звернення: 05.06.2020 р.).

**Svitlana Pylypenko. Features of the legal regulation of relations under the agreement concluded on the electronic form**

*The article considers the general-theoretical approaches to the definition of the notion "agreement" developed by the civil law doctrine. The author underlines that the change of economic and social-political components of public life has led to the emergence of new kinds of civil law relations, which in turns has entailed the emergence of new forms and ways of regulation of such relations by the parties to business transactions. The article indicates that the active development and outspread of information and communications technologies has given the parties to business transactions an opportunity to use the electronic means of communication in their activities, providing more convenient ways of pursuit by the subjects of their activities. The use of information and communications technologies has caused the appearance of such type of an agreement, as an electronic agreement, in the civil circulation.*

*In order to disclose the notion and legal nature of an electronic agreement, the article analyses such legal notions as a defined/non-defined agreement and defines the meaning of the principle of liberty of conclusion of an agreement established by the Civil Code of Ukraine from the viewpoint of choice of not only a certain type of an agreement commitment, but also its form, fundamental conditions, etc. The author substantiates that an electronic agreement differs from other civil law structures by the way of fixation, terms, specified requirements regarding the subject matter, as well as the procedure of conclusion and fulfilment.*

*The article defines that an electronic agreement, as well as an agreement concluded in another form, can be considered: as a basis of the emergence of legal relations; as the legal relations arising out of an agreement; as a document certifying the fact of conclusion and content of an agreement.*

*The article makes a point that for the validity of an electronic agreement it is necessary that there were available those essential conditions typical of a relevant kind of an agreement. The attention is paid to the necessity of understanding in which cases it is required to create an electronic agreement as a separate electronic document, and when it is sufficient to express the will with the help of the means of electronic communications only.*

**Key words:** electronic agreement, form of an agreement, liberty of an agreement, defined agreement, non-defined agreement, seller, buyer, provider.

УДК 347.2.3
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.09

***Вадим Цюра,***
*докт. юрид. наук,*
*професор кафедри цивільного права*
*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

# КОНЦЕПЦІЯ ПОНЯТТЯ «МАЙНО» (POSSESSIONS) І ЙОГО ТЛУМАЧЕННЯ (КВАЛІФІКАЦІЯ) У СВІТЛІ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

*У статті розглядаються питання поняття майна в теорії та практиці цивільного права. Окремо проводиться аналіз поняття майна в доктрині цивільного права, наводяться окремі погляди дореволюційних учених щодо поняття майна та майнових відносин. Наголошується, що сьогодні питанням поняття «майна» та майнових відносин увага практично не приділяється в наукових працях. Крім цього, визначається, що останнім часом правозастосовна практика українських судів, яка все більше орієнтується на практику й адаптується до практики Європейського суду з прав людини, потребує фундаментальних напрацювань і рекомендацій щодо кваліфікації базових понять: «майно», «майнові права», «мирне володіння майном» тощо.*

*Поняття «майно» досліджується в розумінні, яке покладене в основу ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини та її основоположних свобод.*

*Окремо аналізується поняття «майно» в контексті практики Європейського суду з прав людини. Визначається, що поняття майно, по-перше, має автономне значення в контексті застосування Конвенції та протоколів до неї; по-друге, стосується цілої низки об'єктів, щодо яких у фізичних і юридичних осіб виникли або можуть виникати в майбутньому майнові інтереси: а) речей; б) майнових прав; в) активів; г) боргових зобов'язань за судовими рішеннями; д) корпоративних прав на активи компаній; е) майнових прав, які виникають із зобов'язань на фондовому й інших фінансових ринках; є) клієнтського портфелю компанії; ж) прав, які надаються за банківськими й іншими ліцензіями у сфері здійснення професійної діяльності; з) прав та інтересів щодо очікуваного доходу; и) прав, які стосуються об'єктів інтелектуальної власності; і) прав щодо передачі майна та/або житла в оренду; ї) прав на отримання соціальних виплат та пенсій; к) пов'язані із завданням шкоди майну особи внаслідок збройних конфліктів.*

*Характеризується ціла низка рішень Європейського суду з прав людини, що стосується поняття й видів майна. Визначається, що Суд досить гнучко підходить до тлумачення цього терміна, поступово розширюючи його зміст і включаючи до нього все нові та нові елементи.*

**Ключові слова:** майнові відносини, рішення Європейського суду з прав людини, цивільне право, речі, активи, права й інтереси суб'єктів, очікуваний дохід, нерухоме майно, рухоме майно, банківський внесок.

**Постановка проблеми.** Поняття «майно» в теорії і практиці цивільного права є досить багатогранним. У різні роки в доктрині цивільного права щодо змісту цього поняття висловлювалося багато точок зору. У найбільш ранніх роботах дореволюційних учених майно та майнові відносини розглядалися здебільшого як сукупність майнових прав на об'єкти матеріального світу (речі в речових правах, наявне майно) та на об'єкти нематеріального світу (борги, права на чужі речі тощо). У низці робіт того періоду поняття «майно» не виділялося взагалі, а розглядалося в контексті тілесних і безтілесних речей [1].

У радянські часи майнові відносини та майно ототожнювалися подекуди з речовими відносинами або пов'язувалися з виробничими відносинами, у яких наявний вольовий момент [2].

Сьогодні питанню поняття «майна» та майнових відносин увага практично не приділяється в наукових працях. За влучним висловом одного з дуже небагатьох дослідників у цій сфері С.І. Шимон, зміст указаних понять українським авторам є настільки очевидним, що в наявній літературі більшість вітчизняних учених обмежуються лише посиланнями на радянських науковців [3], не вдаючись до детального аналізу його сутності в нових еко-


© В. Цюра, 2020

номічних умовах. Поділяючи думку вченого, зазначимо, що поняття «майно» у світлі значного ускладнення майнових і немайнових відносин в останні десятиліття як ніколи потребує наукового вивчення, адже останні тенденції розвитку електронних правочинів, нових видів майнових прав, виникнення неіснуючих раніше об'єктів цивільного обороту (інтернет-магазин, інтернет-акаунт, бізнес-акаунт у соціальній мережі, токен, електронний коін, домен тощо) вимагають нових підходів та осмислення в світлі наявних доктринальних напрацювань.

Не менш актуальним указане завдання видається й з погляду вирішення практичних завдань, тому що останнім часом правозастосовна практика українських судів, яка все більше орієнтується на практику та адаптується до практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Європейський суд, Суд), потребує фундаментальних напрацювань і рекомендацій щодо кваліфікації базових понять «майно», «майнові права», «мирне володіння майном» тощо. І хоча із цього приводу існують окремі праці [4], більшість із них фрагментарно досліджують це питання або в контексті окремих авторських підходів до його розкриття.

Тому **метою статті** є дослідження базових понять, передусім поняття «майно», яке покладене в основу ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини та її основоположних свобод [5] (далі – Конвенція), їх доктринальне осмислення в контексті наявних поглядів у доктрині та практиці ЄСПЛ і формування відповідних пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства України та правозастосовної практики.

**Виклад основного матеріалу.** Розпочати варто з термінів і їх перекладу. Зокрема, відповідно до назви ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, її назву мовою оригіналу сформульовано як «Article 1 «Protection of property». В українському перекладі, розміщеному на електронному порталі Верховної Ради України [6], у назві зазначено лише «Стаття 1» без указівки на саме найменування, яке б мало бути перекладено як «Захист права власності». Термін «*property*», відповідно до Black`s Law Dictionary, тлумачиться як (переклад тут і далі наш – *В. Ц.*):

*«...the right to possess, use, and enjoy a determinate thing (either a tract of land or a chattel); the right of ownership...»* [7];

*«право володіти правами, використовувати права й користуватися правами на визначену річ (земельну ділянку чи рухоме майно); право власності...».*

Отже, у назві статті мова йде про захист права власності. Разом із тим у ч. 1 ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції вже з'являється інший термін – *«possessions»*. Зокрема, у наведеній статті сформульовано таке положення: *«Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions»* (Будь-яка фізична чи юридична особа має право мирного користування своїм майном). Отже, автори Протоколу № 1 до Конвенції ввели термін «possessions», який, за задумом, мав би максимально охопити всі випадки, що опосередковують належність будь-якого майна особі.

Варто відмітити, що концепція «possessions», використана в цьому випадку, має автономне значення, незалежне від його змісту і тлумачення в національних правопорядках, на чому неодноразово наголошував ЄСПЛ [8]. Зміст терміна охоплює як наявне майно (*existing possessions*), так й активи, включаючи вимоги, стосовно яких заявник може обґрунтувати, що вони випливають із його «законних очікувань» (*legitimate expectation*). «Possessions» включає також права на речі (*in rem*) і на дії інших осіб (*in personam*). Крім цього, термін охоплює нерухомі (*immovable*) та рухомі (*movable*) об'єкти й інші інтереси власників [9].

Аналіз практики ЄСПЛ дає змогу зробити висновок, що термін «майно» (*possessions*), по-перше, має автономне значення в контексті застосування Конвенції та протоколів до неї; по-друге, стосується цілої низки об'єктів, щодо яких у фізичних і юридичних осіб виникли або можуть виникати в майбутньому майнові інтереси: а) речей; б) майнових прав; в) активів; г) боргових зобов'язань за судовими рішеннями; д) корпоративних прав на активи компаній; е) майнових прав, які виникають із зобов'язань на фондовому та інших фінансових ринках; є) клієнтського портфелю компанії; ж) прав, які надаються за банківськими та іншими ліцензіями у сфері здійснення професійної діяльності; з) прав та інтересів щодо очікуваного доходу; и) прав, які стосуються об'єктів інтелектуальної власності; і) прав щодо передачі майна та/або житла в оренду; ї) прав на отримання соціальних виплат та пенсій; к) пов'язані із завданням шкоди майну особи внаслідок збройних конфліктів.

Більш детально склад поняття «*possessions*» визначено в науково-методичному посібнику для суддів, підготовленому фахівцями ОБСЄ на основі аналізу практики ЄСПЛ. Зокрема, до такого майна авторами зараховано:

1. «усе «власне» майно особи, що може входити до складу спадщини та яке можна заповісти;

2. нерухомість, зокрема маєтки, земельні ділянки й будинки, окремі будинки й інша нерухомість;

3. прибутки, що випливають із власності, зокрема орендна плата (рента), передбачена договором, добровільно укладеним відповідно до законодавства;

4. рухоме майно, наприклад, картина або речі особи, що знаходяться в її помешканні;

5. банківські внески;

6. частка в пенсійному фонді;

7. кошти/присуджені суми, належні до виплати заявникам на підставі остаточного й обов'язкового до виконання арбітражного рішення;

8. кошти, належні заявникам на підставі судових рішень, які є остаточними та підлягають виконанню;

9. «активи», які можуть виникнути, зокрема, на підставі позову про відшкодування шкоди, що виникає з її заподіянням;

10. «правомірні очікування»/«законні сподівання» вчиняти певні дії відповідно до виданого державними органами дозволу (наприклад, правомірні сподівання бути здатним здійснювати запланований розвиток території, з огляду на чинний на той час дозвіл на промислове освоєння землі);

11. майнові права, наприклад, набуте на підставі заповіту право на одержання орендної плати (ренти) за користування земельною ділянкою;

12. власні приватні інтереси, визнані відповідно до національного права;

13. акції компанії;

14. патенти;

15. «гудвіл» (*goodwill*) – накопичені нематеріальні активи підприємства, що включають її найменування, репутацію, ділові зв'язки (у тому числі клієнтуру), товарні знаки тощо;

16. власність «фірми»;

17. інше «майно», що «становить економічну цінність», зокрема необхідні для здійснення підприємницької діяльності дозволи чи ліцензії [10].

Як видно з наведеного переліку, деякі елементи поняття «майно» є не зовсім традиційними у світлі теорії українського цивільного права та правозастосовної практики. У зв'язку з цим наведемо ілюстрації кількох рішень, на які посилається відомий фахівець із практики ЄСПЛ Донна Гом'єн. Так, Суд розглянув кілька справ, у яких він визначив зміст поняття «майно» відповідно до ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції. Так, у справі *Mellacher and others v. Austria* (1989) [11] заявник стверджував, що право одержувати орендну плату за угодою про оренду є правом на власність, яке відрізняється від права на *використання* власності. Суд не погодився із цим, звернувши увагу на те, що *право укладати угоди на оренду є складником права використання нерухомого майна й, отже, є аспектом права на володіння цією власністю*. Далі Суд визнав, що введення Австрією контролю за орендною платою належало до меж її розсуду, отже, порушення права на власність не було.

У кількох заявах ішлося також про те, що різного типу дозволи, на думку осіб, яким надано такі дозволи, розцінювалися як власність згідно зі ст. 1 Протоколу № 1. Зокрема, Суд погодився з тим, що дозволи є власністю за змістом ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, але разом із тим зазначив, що держава надає дозвіл на певних умовах, якщо власник порушує ці умови, то держава може не надати новий або анулювати вже виданий дозвіл. У справі *Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden* (1989) [12] Суд погодився з тим, що позбавлення ліцензії на продаж алкогольних напоїв дійсно було порушенням ст. 1 Протоколу № 1, тому що така ліцензія була важливим елементом організації роботи ресторану, при цьому Суд ухвалив, що умови позбавлення ліцензії належали до дискреційних повноважень уповноважених органів Швеції.

У справі *Van Marle and others v. The Netherlands* (1986) [13] Суд ухвалив рішення, що чесне ім'я («*good will*») за певних обставин теж може розглядатися як «власність» за змістом ст. 1 Протоколу № 1: «*Завдяки власній праці заявники створили свою клієнтуру; це в багатьох стосунках мало характеристики приватного права, становило певну цінність і, отже, було власністю за змістом статті 1*».

Крім цього, у низці рішень Суд чітко зазначив, що не існує ніякого володіння власністю до тих пір, поки особа не може заявити про своє право власності. Іншими словами, право власності не містить у собі права на набуття власності. Так, у справі *Marckx v. Belgium* (1979) [14] Суд визнав, що права матері, якій відмовлено у праві заповісти спадок своїй дочці, порушені згідно зі ст. 1 Протоколу № 1, але при цьому права дочки не порушені, тому що *наміри* стосовно набуття власності не захищаються цією статтею. У справі *Van Der Mussele v. Belgium* (1983) [15] Суд ухвалив рішення, що вимога до адвоката надавати певні послуги безоплатно не позбавляла його наявної власності й не порушувала ст. 1 Протоколу № 1.

Отже, термін «майно» поширюється на всі «безумовні права», які може довести особа, включаючи, зокрема, активи, що пов'язані з приватним правом (такі як пайові внески чи фінансові претензії, в основі яких лежить контракт або делікт), а також окремі

економічні й соціальні виплати, які пов'язані з публічним правом [16].

Найбільш чітко підхід щодо кваліфікації поняття «*possessions*» сформульовано у справі *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. Netherlands*, де питання полягало в сумісності ст. 1 Протоколу № 1 із описом і продажем голландськими податковими органами бетономішалки. У відповідь на аргумент Відповідача, що стосовно зазначеного вище майна та відповідно до голландського законодавства продавець не може скористатися будь-якими «правами», захищеними ст. 1 Протоколу № 1, Європейський суд заявив (§ 52) таке:

*«Поняття «майно» (французькою – «biens») у ст. 1 Протоколу № 1 має автономне значення, яке, безумовно, не обмежується власністю на фізичні речі: деякі інші права й інтереси, що становлять активи, також можуть розглядатися як «майнові права», а отже, як «майно» для цілей цього положення. У цьому контексті безперечно, чи має Гасус право на бетономішалку вважатися правом власності або речовим правом безпеки. У будь-якому випадку вилучення та продаж бетономішалки означало «втручання» у право заявника на «мирне користування» «майном» у значенні ст. 1 Протоколу № 1».*

Отже, з наведеного аналізу видно, що термін «*possessions*» у практиці ЄСПЛ пов'язується з терміном «майно» в його найбільш широкому розумінні. Не вдаючись у статті до розгорнутого аналізу наведених видів майна, відзначимо, що всі вказані види об'єктів цивільного обороту за тих чи інших обставин можуть кваліфікуватися як майно в розумінні Конвенції. Із цього приводу в наступних статях ми будемо здійснювати детальні дослідження. Разом із тим у рамках цієї статті зупинимося лише на автономності тлумачення Судом поняття «майно» (*possessions*).

Під час розроблення Конвенції в авторів поставало питання щодо впровадження терміна, який міг би виконати роль як всеохоплюючого й такого, що був би значною мірою гнучким і придатним для розширеного тлумачення незалежно від його конкретного змісту в національних правопорядках, адже, урегульовуючи відносини, які випливають із широкого кола майнових відносин, Конвенція, з іншого боку, покликана в контексті захисту права власності надати максимально широке охоплення випадків порушення такого права. Важливо, щоб усі випадки порушення права власності, незалежно від того що є об'єктом такого права, отримали належну оцінку суду та висновок щодо обґрунтованості позовних вимог чи, навпаки, необґрунтованості. У цьому стосунку важливо, щоб зміст терміна, який використовується для цих потреб із позиції його тлумачення, відповідав як звичайному ужитковому значенню (*utterance meaning*) та охоплював більшість випадків, для яких такий термін передбачено та з чим він асоціюється в його користувачів, так і контекстному значенню відповідної частини міжнародного договору, наприклад, окремої статті чи розділу (*sentence meaning*), а також загальному значенню міжнародного договору загалом (*receiver meaning*) [17]. Правильно зазначає С. Другенбрук, що складність формулювання й добору відповідного терміна зумовлена множинністю способів, з допомогою яких національні правопорядки можуть тлумачити відомий їм термін, а також необхідністю створення для відповідного терміна запровадженого в Конвенцію режиму автономного тлумачення й застосування, адже в протилежному разі учасники Конвенції в силу розбіжностей правопорядків, особливостей лінгвістичного використання та перекладу терміну змогли б маніпулювати своїм «національним» тлумаченням з метою обходу застосування Конвенції та обов'язковості її положень [18].

З іншого боку, підхід, заснований на створенні автономної концепції, так само не позбавлений ризиків, пов'язаних із тим, що така концепція першопочатково не може охопити всі наявні й відомі національним правопорядкам приватні випадки кваліфікації поняття «майно», адже завжди може виникати ситуація, коли в рамках конкретних відносин ЄСПЛ повинен бути готовий не просто застосувати відповідну норму права, а «пристосувати» її до застосування в рамках відповідних відносин та обставин справи. Це яскраво видно, якщо аналізувати еволюцію поглядів ЄСПЛ на концепцію *possessions*, яка, за справедливим зауваженням учених, усе ще знаходиться в постійному процесі становлення й оновлення її змісту [19]. Із цього випливає висновок, що підхід автономності розбудови концепції *possessions* має як переваги, так і не позбавлений недоліків, які можуть мати серйозне значення для правозастосовної практики, тому що в тих країнах-учасниках конвенції, де практика ЄСПЛ є джерелом права, а Україна належить до їх числа (ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» [20]), те чи інше тлумачення буде мати визначальний вплив і на практику застосування відповідних норм національними судами.

Отже, з позиції правозастосування спробуємо дослідити, якими критеріями керується ЄСПЛ, оцінюючи застосов-

ність ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції в частині автономного тлумачення концепції *possessions* стосовно фактичних обставин, які належить установити під час розгляду кожної окремої справи.

З позиції правозастосування видається, що *перше*, що має бути встановлене в кожній справі, є те, чи були обставини справи, зазначені позивачем як порушення його прав, дійсно такими, які охоплюються статтею 1 і випливають зі ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції. Так, у відомій і широко обговорюваній справі *Beyeler v. Italy* (2000) [21] Суд указав, що «Уряд і Комісія вважали, що заявник ніколи не ставав власником картини. У зв'язку з цим Суд зазначає, що поняття «майно» в частині 1 статті 1 має автономне значення, яке не обмежується власністю на фізичні товари та не залежить від формальної класифікації у внутрішньому законодавстві, а стосується інших визначених прав та інтересів, якими для цілей цього положення також можна вважати активи, що встановлюють «майнові права», отже, можуть уважатися як «майно» ... Питання, яке потрібно розглянути, полягає в тому, чи в силу обставини справи, які розглядаються загалом, заявнику належить суттєвий інтерес, захищений ст. 1 Протоколу № 1. ...». Те саме сформульовано в справах: § 62 *Depalle v. France* (2010) [22]; § 63; *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* (2007) [23]; § 124 *Öneryıldız v. Turkey* (2004) [24] тощо.

*Другим* аспектом є встановлення змісту внутрішньонаціонального права щодо кваліфікації відповідного інтересу як такого, що охоплюється поняттям «*possession*» за змістом Протоколу № 1 до Конвенції. Той факт, що внутрішнє право країни не визнає конкретний інтерес як «право» чи навіть «право власності», не обов'язково перешкоджає такому інтересу за конкретних фактичних обставин справи бути визначеним як «*possession*» у розумінні ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, а отже, отримати визнання та правовий захист [25].

*По-третє*, Суд може здійснити застосування внутрішнього права країни, яке діяло в момент дозволеного втручання, якщо ніщо не дає змоги припустити, що це право суперечить об'єкту й цілі ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції. У таких випадках Суд оцінює певні обставини, за яких порушено певні інтереси заявника, може певні позаправові конструкції при визначених обставинах тлумачити як «*possession*» і надавати захист позивачеві, особливо якщо внутрішньонаціональне право допускає, що ті чи інші конструкції або інтереси є об'єктами права власності (див., наприклад, § 68 Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria [26]. Отже, як правильно зазначають автори путівника з Європейської конвенції про права людини, визнання майнового інтересу національними судами є значною мірою спільномірним з відповідною оцінкою ЄСПЛ, хоча й не визначальним та остаточним.

*Четвертий* аспект автономності концепції «*possession*» стосується випадків, коли особа позбавляється права власності чи майна. Сам по собі факт утрати майна чи права на таке майно не перешкоджає вважати його «майном» у розумінні ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, захищеним від посягань з боку третіх осіб. Як приклад можна навести справу «*Beyeler v. Italy*» (2000), де Суд установив наявність майнового інтересу, захищеного ст. 1 Протоколу № 1, навіть в умовах, коли договір на придбання картини вважався недійсним і нікчемним національними органами на тій підставі, що заявник володів картиною протягом декількох років і що був фактично визнаний владою як володілець, котрий має майнові інтереси щодо такої картини, і навіть отримав компенсацію за неї.

Й останнє, на чому засновується автономність, стосується справ щодо немайнових, точніше, нефізичних активів. Під час вирішення таких спорів Судом береться до уваги, зокрема, те, чи визначене правове становище заявника впливало на виникнення в нього певних фінансових прав та інтересів, а отже, мало економічне значення [27]. Отже, наприклад, Суд виходив із оцінки обставин у справі про об'єкти інтелектуальної власності, такі як торгові марки й авторські права (*Melnychuk v. Ukraine* (2005) [28]; *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal* (2007), або ліцензії на використання майна певним чином (наприклад, ліцензії на обслуговування алкогольних напоїв або права на риболовлю). У всіх випадках Суд дійшов висновку, що такі майнові інтереси охоплюються поняттям «майно», у тому числі виняткове право на користування Інтернет-доменами, зареєстрованими на ім'я компанії (*Paeffgen GmbH v. Germany* (2007) [29].

**Висновки**

Отже, підсумовуючи дослідження практики ЄСПЛ у частині формування змісту поняття «майно» («*possessions*») у світлі ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, варто відзначити, що Суд досить гнучко підходить до тлумачення цього терміна, поступово розширюючи його зміст ті включаючи до нього все нові й нові елементи, які раніше не могли охоплюватися поняттям «майно» чи «річ». Сама категорія «майно» перебуває в постійному

оновленні та розвитку, доповнюється й деталізується. Разом із тим у розумінні ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції порушеним може бути лише те право на майно або відповідні інтереси особи в майні, якщо про такі інтереси заявлено й особа мала законні підстави вважати такі інтереси своїми. У наступних статтях ми на цьому більш детально зупинимося, а також на питанні кожного складника поняття «майно».

**Список використаних джерел:**

1. Гамбаров Ю.С. Гражданское право: Общая часть. Москва : Зерцало, 2003. 816 с.

2. Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. Москва : Госюриздат, 1963. 198 с.

3. Шимон С.І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2014. 664 с.

4. Карнаух Б.П. Поняття майна в практиці Європейського суду з прав людини. *Проблеми законності*. 2016. № 132. С. 205–214.

5. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950. United Nation Treaty Collection. URL: https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20213/volume-213-I-2889-English.pdf; Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 20 March 1952. European Court of Human Rights. URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

6. Перший Протокол до Конвенції про захист прав і основних свобод людини від 20.03.1952 / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535/ed19900101.

7. Black`s Law Dictionary. Bryan A. Garner. Ninth ed. New York : Thompson Reuters, 2009. C. 1335.

8. Judgment of 29 March 2010: Case of Depalle v. France: Apl. № 34044/02. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97978; Judgement of 11 January 2007: Case of Depalle v. France: Apl. № 34044/02. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78981.

9. Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. European Court of Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf.

10. Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя : науково-методичний посібник для суддів. 2-ге вид., випр., допов. Київ, 2015. С. 128–130.

11. Judgment of 19 December 1989: Case of Mellacher and others v. Austria: Appl. №. 10522/83; 11011/84; 11070/84. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57616.

12. Judgment of 07 July 1989: Case of Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden: Apl. № 10873/84. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57586.

13. Judgment of 26 June 1986: Case of Van Marle and others v. The Netherlands: Apl. № 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79. European Court of Human Rights. URL: http://echr.ketse.com/doc/8543.79-8674.79-8675.79-8685.79-en-19860626/view/.

14. Judgment of 13 June 1979: Case of Marckx v. Belgium: Apl. № 6833/74. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57534.

15. Judgment of 23 November 1983: Case of Van Der Mussele v. Belgium: Apl. № 8919/80. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57591.

16. Gomien D. Short guide to the European Convention on Human Rights. Council of Europe Press, 1991. P. 76–79.

17. Linderfalk U. On the Interpretations of Treaties. The Modern international Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. The Netherlands : Springer, 2007. P. 29–30.

18. S. van Drooghenbroeck The concept of 'possessions' within the meaning of Article 1 of the first Protocol to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. *The European Legal Forum*. 2000/01. № 7. P. 437–438.

19. F. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn Theory and Practice of The European Convention of Human Rights. London-The Hague-Boston, 2006. P. 620.

20. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. *Офіційний вісник України*. 2006. № 12. Ст. 792.

21. Judgment of 5 January 2000: Case of Beyeler v. Italy: Apl. № 33202/96. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58832.

22. Judgment of 29 March 2010: Case of Depalle v. France: Apl. № 34044/02. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-1075.

23. Judgment of 11 January 2007: Case of Anheuser-Busch Inc. v. Portugal: Apl. № 73049/01. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78981.

24. Judgment of 30 November 2004: Case of Öneryıldız v. Turkey: Apl. № 48939/99. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67614.

25. Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. European Court of Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf.

26. Judgment of 21 April 2016: Case of Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria: Apl. № 46577/15. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-162117.

27. Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. European Court of

Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf.

28. Judgment of 05 July 2005: Case of Melnychuk v. Ukraine: Apl. № 28743/03. European Court of Human Rights. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70089.

29. Judgment of 18 September 2007: Case of Paeffgen GmbH v. Germany: Apl. № 25379/04, 21688/05, 21722/05 and 21770/05. European Court of Human Rights. URL: http://echr.ketse.com/doc/25379.04-21688.05-21722.05-21770.05-en-20070918/view/.

**Vadim Tsiura. The concept of property and its interpretation in determining the case law of the European Court of Human Rights**

*The article considers the concept of property in the theory and practice of civil law. A separate analysis of the concept of property in the doctrine of civil law, some views of pre-revolutionary scholars on the concept of property and property relations. It is determined that today the issue of the concept of "property" and property relations is practically not paid attention in the scientific works. In addition, it is determined that the recent law enforcement practice of Ukrainian courts, which is increasingly oriented and adapted to the case law of the European Court of Human Rights, requires fundamental developments and recommendations on the qualification of basic concepts "property", "property rights", "peaceful possession of property" etc.*

*The concept of "property" is explored in the sense that underlies Art. 1 of Protocol 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*

*The concept of property is analyzed separately in the context of the case law of the European Court of Human Rights. It is determined that the notion of property, first, has an autonomous meaning in the context of the application of the Convention and its protocols; secondly, it concerns a number of objects in respect of which natural and legal persons have or may have future property interests: a) things; b) property rights; c) assets; d) debt obligations under court decisions; e) corporate rights to company assets; f) property rights arising from liabilities in the stock and other financial markets; g) the company's client portfolio; g) rights granted under banking and other licenses in the field of professional activity; h) rights and interests in relation to the expected income; i) rights relating to intellectual property; i) rights to transfer property and/or housing for rent; j) the right to receive social benefits and pensions; j) related to the infliction of damage to the property of a person as a result of armed conflicts.*

*A number of judgments of the European Court of Human Rights concerning the concept and types of property are characterized. It is determined that the Court is quite flexible in its interpretation of this term, gradually expanding its meaning and including more and more elements.*

**Key words:** property relations, decisions of the European Court of Human Rights, civil law, things, assets, rights and interests of subjects, expected income, real estate, movable property, bank deposit.

УДК 346.1
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.10

***Оксана Вінник,***
*докт. юрид. наук, професор,*
*член-кореспондент Національної академії правових наук України,*
*головний науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки*
*Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва*
*імені академіка Ф. Г. Бурчака*
*Національної академії правових наук України*

# ЦИФРОВІЗАЦІЯ В РАКУРСІ ДЕРЖАВНОЇ ЕКОНОМІКО-ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ

*Стаття присвячена складній проблемі – ролі держави, її економіко-правової політики щодо цифровізації у сфері господарювання.*

*Актуальність цієї проблеми пов'язана зі стрімким поширенням цифрових технологій у сфері господарювання, що позначилося на ключових видах господарських відносин. Так, з'явилися якісно нові складові частини цих відносин – віртуальні підприємства, нові безтілесні об'єкти – електронні активи/ресурси, в т.ч. штучний інтелект, чат-боти, Інтернет-магазини, Інтернет-платформи тощо, електронна форма зв'язків, включно з договорами, нові можливості для участі в економічній конкуренції та для зловживань. Все це свідчить про необхідність регулювання відносин у сфері цифровізації з тим, аби суспільнокорисні переваги цифрових технологій домінували над ризиками їх використання, а загрози зловживання чи некомпетентного застосування таких технологій були мінімізовані.*

*Подібне регулювання має бути, з одного боку, традиційним (враховувати як інтереси суспільства, так і типові інтереси учасників відносин), а з іншого – особливим з огляду на складність і самих технологій, і наслідків їх застосування: грандіозні можливості для всіх учасників відносин – і добросовісних, і тих, хто зловживає ними. Відповідно, має бути визначене оптимальне співвідношення саморегулювання (представниками цифрового бізнесу та їх саморегулівними організаціями) та державного регулювання відносин цифровізації. Перше (саморегулювання) зазвичай в першу чергу враховує інтереси цифрового бізнесу, а друге (державне регулювання) – має опікуватися публічними інтересами, типовими інтересами найбільш численних і найменш захищених учасників відносин – споживачів електронних послуг. Збільшення ролі саморегулювання у сфері цифровізації пов'язане з необхідністю кваліфікованого (з ґрунтовним знанням цифрових технологій) підходу до цього процесу. Проте це не зменшує ролі державного регулювання з його можливостями впливу на суспільні відносини та роль в забезпеченні соціального спрямування економіки. Отже, нагальною є потреба визначення співвідношення саморегулювання та державного регулювання щодо цифровізації економіки та інших сфер суспільного буття. І значна роль в цьому належить державній економіко-правовій політиці. Із цього питання аналізується чинне законодавство України та в порівнянні – Об'єднаного Королівства (Великої Британії). Якщо в Україні положення щодо такої політики закріплено в документі Уряду – Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки, але без відповідного закріплення в актах вищої юридичної сили, то в Об'єднаному королівстві положення Цифрової стратегії цієї країни втілено в кодифікований Закон про цифрову економіку, який витримав вже дві редакції – 2010 і 2017 років.*

*Ураховуючи позитивний зарубіжний досвід регулювання та потреби суспільства в соціальному спрямуванні економіки, пропонуються шляхи вдосконалення нормативно-правового регулювання відносин цифровізації в ракурсі державної економіко-правової політики в Україні.*

**Ключові слова:** цифрові технології, цифровізація, цифрова економіка, державна економіко-правова політика, саморегулювання, вдосконалення законодавства.

**Постановка проблеми.** Цифровізація відносин у сфері економіки набула значних обертів, що має впливати і на державну економічну політики, положення щодо якої (але без згадки про цифровізацію економічної сфери) закріплено в ГК [1, ст. 9–12]. Зазначена прогалина певною мірою заповнюється підзаконним актом 2018 р. [2], проте його статус не свідчить про належну увагу держави до цього нового напряму державної економіко-правової політики.

На теоретичному рівні правові аспекти такої політики у сфері цифровізації залишаються малодослідженими, попри наявність низки грунтовних праць щодо загальних засад державної економіко-правової полі-

© О. Вінник, 2020

тики (Задихайло Д.В. [3; 4, с. 10–53]), перспектив модернізації господарського законодавства (Інститут економіко-правових досліджень НАН України [5]), законодавчого забезпечення економічної конкуренції із згадкою про необхідність застосування нових підходів з урахуванням інформаційного контенту (Т.І. Швидка [6, с. 326, 328]), телекомунікаційної сфери (Ю.І. Остапенко [7; 8]), господарсько-правового забезпечення технологічної безпеки держави (А.І. Денисов [9] тощо, а в монографії, присвяченій ризикам в цивільному праві [10], на жаль, не знайшлося адекватного місця новим і досі істотним (з точки зору загроз і відсутності нормативно-правового регулювання) ризикам – ризикам цифровізації з необхідністю адекватного на них реагування держави та суспільства. Лише окремі аспекти законодавчого забезпечення згаданих відносин знайшли відображення в деяких працях вітчизняних [11; 12], зарубіжних (російських, зокрема) дослідників [13; 14], в грунтовних працях англомовних авторів, присвячених цифровим технологіям з коротким висвітлення проблем державного регулювання (Дон Депскотт, Алекс Депскотт [15], Крістофер Стайнер [16] та ін.). Враховуючи стрімке поширення цифровізації у сфері економіки, прогалини у нормативно-правовому регулюванні, включаючи віддзеркалення організаційної ролі держави щодо цього процесу, та брак теоретичних досліджень, в цій статті порушується проблема необхідності закріплення на рівні акту вищої юридичної сили основних засад державної економіко-правової політики у сфері цифровізації.

**Виклад основного матеріалу.** Це коротке дослідження варто почати з аналізу основного акту, спеціально присвяченого цифровізації, – Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки, схваленій відповідним актом Уряду [2], хоча їй передували законопроекти «Про цифровий Порядок денний України» [17] та «Про розвиток цифрової економіки» [18], які згодом було відкликано. Відмова від подібного закону свідчила про неусвідомлення законодавцем важливості цього процесу, брак уваги держави до цифровізації з її незаперечними перевагами та значними ризиками, що потребує особливої уваги та корегування державної економіко-правової політики з відповідним віддзеркаленням в основних актах господарського законодавства і в першу чергу – Господарському кодексі України [1]. Реалізація заходів, передбачених згаданим актом Уряду [2], не потребувало внесення відповідних змін в ГК, хоча в ньому було накреслено низку положень, що стосуються економічної політики держави. Так, у Концепції закріплено:

– зміст розвитку цифрової економіки: створення ринкових стимулів, мотивацій, попиту та формування потреб щодо використання цифрових технологій, продуктів та послуг серед українських секторів промисловості, сфер життєдіяльності, бізнесу та суспільства для їх ефективності, конкурентоздатності та національного розвитку, зростання обсягів виробництва високотехнологічної продукції та благополуччя населення;

– заходи щодо впровадження відповідних стимулів для цифровізації економіки, суспільної та соціальної сфер: усвідомлення наявних викликів та інструментів розвитку цифрових інфраструктур, набуття громадянами цифрових компетенцій, визначення критичних сфер та проектів цифровізації, стимулювання внутрішнього ринку виробництва, використання та споживання цифрових технологій;

– основні цілі цифрового розвитку: прискорення економічного зростання та залучення інвестицій; трансформація секторів економіки в конкурентоспроможні та ефективні; технологічна та цифрова модернізація промисловості та створення високотехнологічних виробництв; доступність для громадян переваг та можливостей цифрового світу; реалізація людського ресурсу, розвиток цифрових індустрій та цифрового підприємництва;

– головну мету Концепції: реалізація *прискоренного сценарію цифрового розвитку*, як найбільш релевантного для України з точки зору викликів, потреб та можливостей; своєю чергою прискоренний сценарій цифрового розвитку передбачає: усунення ***законодавчих***, інституційних, фіскальних та інших перешкод, які заважають розвитку цифрової економіки; впровадження стимулів та мотивацій для заохочення бізнесу та індустрій економіки в цілому до цифровізації; створення попиту та формування потреб серед громадян до цифровізації, насамперед через впровадження державою масштабних проектів цифрових трансформацій, зокрема на базі сучасних моделей державно-приватного партнерства; створення та розвиток цифрових інфраструктур як основи використання переваг цифрового світу у повсякденному житті та платформи для досягнення ефективності економіки взагалі; розвиток та поглиблення цифрових компетенцій громадян для забезпечення їх готовності до використання цифрових можливостей, а також подолання супутніх ризиків; розвиток цифрового підприємництва, створення

відповідних (у тому числі аналогових) інфраструктур для підтримки та розвитку інноваційної діяльності, впровадження механізмів фондування, стимулювання та підтримки; нових форм партнерства і співробітництва різних сфер економіки та суспільства;

– принципи цифровізації: 1) забезпечення кожному громадянинові рівного доступу до послуг, інформації та знань, що надаються на основі інформаційно-комунікаційних та цифрових технологій (з урахуванням факту визнання ООН ще у 2011 році *вільного доступу до Інтернету* фундаментальним правом людини – *цифровим правом*); 2) спрямування цифровізації на створення переваг у різноманітних сферах повсякденного життя (економіки з її невід'ємною складовою – підприємництвом, охорони здоров'я, освіти, захисту навколишнього природного середовища і керування природними ресурсами, запобігання катастрофам, гарантування громадської безпеки тощо; 3) здійснення цифровізації через механізм економічного зростання шляхом підвищення ефективності, продуктивності та конкурентоздатності від використання цифрових технологій; 4) сприяння розвиткові громадянського суспільства, зміцненню інформаційного суспільства та демократії у цілому; 5) орієнтація цифровізації на міжнародне, європейське та регіональне співробітництво з метою інтеграції України до ЄС, виходу на європейський і світовий ринок; 6) стандартизація як основа цифровізації, одного з головних чинників її успішної реалізації; 7) підвищення рівня довіри і безпеки до цифровізації, чому мають сприяти інформаційна безпека, кібербезпека, захист персональних даних, недоторканність особистого життя та прав користувачів цифрових технологій, зміцнення та захист довіри у кіберпросторі як передумови одночасного цифрового розвитку та відповідного попередження, усунення та управління супутніми ризиками; 8) цифровізація як об'єкт фокусного та комплексного ***державного управління***; основними завданнями держави на шляху до цифровізації країни визнається корегування вад ринкових механізмів, подолання інституційних та законодавчих бар'єрів, започаткування проектів цифрових трансформацій національного рівня та залучення відповідних інвестицій, стимулювання розвитку цифрових інфраструктур, формування потреб у використанні цифрових технологій громадянами та розвитку відповідних цифрових компетенцій, створення відповідних стимулів та мотивацій для підтримки цифрового підприємництва та цифрової економіки;

– напрями цифрового розвитку: в цілому (подолання цифрового розриву шляхом розвитку цифрових інфраструктур; розвиток цифрових компетенцій; впровадження концепції цифрових робочих місць; цифровізація реального сектору економіки; реалізація проектів цифрових трансформацій; громадська безпека) та в окремих сферах суспільного життя (охороні здоров'я; туризмі; електронній демократії; екології та охороні навколишнього середовища; життєдіяльності міст; гармонізації з європейськими та світовими науковими ініціативами; державного управління);

– проекти співробітництва та розвитку щодо гармонізації з цифровими ініціативами, цифровим порядком денним для Європи (Digital Agenda for Europe) та єдиним цифровим простором (Digital Single Market) за напрямами: 1. Інтероперабельність (Interoperability) та електронні сервіси (eServices); 2. Електронна ідентифікація (eID); 3. Відкриті дані.

Згідно із Планом заходів щодо реалізації Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки, затвердженим разом із цією Концепцією [2], була передбачена розробка низки проектів нормативно-правових актів, в т.ч.: щодо запровадження використання сучасної термінології у цифровій сфері відповідно до європейських практик у формі розробки відповідного законопроекту (1 кв. 2018 р.); розроблення переліку цифрових прав громадян відповідно до зобов'язань України у сфері європейської інтеграції та інших міжнародних зобов'язань, що випливають з участі України у діяльності міжнародних організацій, членом яких є Україна, та подання пропозицій щодо їх впровадження; розроблення проекту акта Кабінету Міністрів України щодо усунення законодавчих, інституційних та інших бар'єрів розвитку цифрової економіки, формування відповідних умов, стимулів, мотивацій, попиту та потреб для використання цифрових технологій бізнесом та громадянами, та ін.

Разом із тим, значна частина накреслених згаданими Концепцією та Планом низки заходів не знайшла втілення, одна із причин чого – занизький статус цих актів (затвердження розпорядженням Уряду). Крім того, не закріплено стратегічні заходи щодо правового забезпечення цифровізації у формі Цифрового кодексу, як це було накреслено в розробленому ще 2016 р. проекті «Цифрової адженди України 2020» [19, с. 6–7]. Навіть законопроект про запровадження використання сучасної термінології у цифровій сфері відповідно до європейських прак-

тик досі не розроблено (принаймні подібний законопроект не вдалося знайти в мережі Інтернет). Разом із тим у першому читанні в червні 2020 р. прийнято закони «Про віртуальні активи» [20], «Про хмарні послуги» [21], нова версія законпроекту «Про електронні комунікації» [22], а також зареєстровано законопроект 2461 про оподаткування крипто валюти [23].

Поза увагою законодавця залишаються відносини за участі віртуальних суб'єктів, особливості регулювання відносин економічної конкуренції за їх участі та з використанням інтернет-платформ, в цілому – не визначено на рівні закону завдання держави щодо вирішення складного завдання: стимулювання позитивних якостей цифровізації та створення бар'єрів для зловживань цифровими технологіями, а також управління ризиками, що породжують такі технології (зокрема, з огляду на непередбачуваність усіх наслідків їх використання, що особливо небезпечно при задіянні штучного інтелекту, здатного до саморозвитку, а, отже, і ймовірності небажаної для суспільства «поведінки» – результатів його використання). Недарма в ЄС було розроблено принципи, що мають дотримуватися в процесі застосування штучного інтелекту, а згодом (навесні 2020 р.) Нова цифрова стратегія ЄС на наступні п'ять років/ EU's new Digital Strategy for the next five years [24], Біла книга про штучний інтелект/ WHITE PAPER On Artificial Intelligence [25] та Європейська стратегія даних/ A European strategy for data [26], аналізу положень яких варто приділити особливу увагу в окремій науковій статті.

Попри визнання в ЄС важливості встановлення основних засад цифровізації та використання її надбань (включаючи згадані принципи), їх дієвість залежить не лише від соціальної відповідальності розробників та осіб, що використовують технології на кшталт штучного інтелекту, а й від можливостей державно організованого суспільства в розробці, затвердженні та застосуванні заходів ефективного впливу на недобросовісних, некомпетентних або легковажних осіб, які при використанні подібних активів не зважають на пов'язані з цим ризики. Чимось ситуація зі штучним інтелектом нагадує короно вірусну пандемію: більшість громадян та суб'єктів господарювання враховують пов'язані з цим ризики, проте інші, що отримали назву ковідіоти [27; 28], неадекватно ставляться до короно вірусної пандемії, а саме: або не визнають чи ігнорують подібну загрозу і відповідно поводяться, влаштовуючи, наприклад, короно вірусні вечірки, або егоїстично ставляться до оточуючих, прагнучи себе максимально захистити/забезпечити усім необхідним під час карантину, не зважаючи на потреби інших, про що, зокрема, свідчили непоодинокі випадки бійок за туалетний папір по всьому світу напередодні запровадження жорсткого карантину.

Породжені цифровізацією явища (віртуальні підприємства, електронна комерція, електронна форма спілкування, включно з електронними договорами та проведенням заходів в режимі відеоконференції, електронний уряд, штучний інтелект, чат-боти, зберігання інформації в «хмарі», інтернет речей тощо) – це наша реальність, від якої слід **ні** ховатися, **ні** ігнорувати її, **ні** панічно боятися, **ні** захоплено вихваляти, не бачачи проблем, а варто прагматично ставитися. І провідну роль в цьому має відігравати держава з наявними у неї важелями, в т.ч. щодо адекватного (з урахуванням як переваг, так і ризиків/ загроз цифровізації) нормативно-правового регулювання цих відносин, забезпечення виконання приписів закону, стимулювання використання позитивних властивостей цифрових технологій і застосування заходів відповідальності у разі зловживання ними та/або легковажного ставлення/ ігнорування ризиками.

Про напрями регулювання відносин цифровізації згадує більшість їх дослідників. Так, як зазначають Rumana Bukht і Richard Heeks [29]: не всі відносини зазнають цифровізації, а тому цифрова економіка, розвиваючись, в той же час має адаптуватись до існуючого середовища з елементами аналогової економіки та враховувати її не лише національний, а й міжнародний характер. При цьому акцентується увага на наявність не лише істотних переваг цифрової економіки, а й низки пов'язаних з цифровізацією загроз, одна з яких – цифрова нерівність, яка впливає на можливостя громадян користуватися перевагами електронної комерції. Річард Хікс [30], даючи короткий опис стратегії щодо цифровізації відносин у сфері економіки, обґрунтовує необхідність стратегічного державного втручання у розвиток цифрової економіки. Адепт тотальної автоматизації Крістофер Стайнер підкреслює повільність реакції держави на цифровізацію, вважаючи це перевагою для її розвитку [16, с. 239–253], проте іноді все ж таки згадує про професіоналів, які можуть блискуче використати цифрові технології, але не здатні «ефективно будувати стосунки з людьми іншого психотипу», ставлячи під сумнів свій професіоналізм, у зв'язку з чим виникають «дивні побічні ефекти» [16, с. 238]. Власне, побічні (в тому числі суспільно небезпечні) ефекти цифровізації, на яку тотально впливати не спроможні

навіть супер професіонали, і свідчать про ризики застосування цифрових технологій. Як зазначають Дон Депскотт, Алекс Депскотт, ці технології ще не дозріли, а, отже, їх неконтрольоване використання може спричинити чимало проблем (збільшення розшарування суспільства на багатих і бідних за рахунок цифрової нерівності та пов'язаних з цим браком можливостей, знищення робочих місць, використання злочинцями та «прихильниками старої парадигми» тощо), суто урядове втручання зазвичай неефективне, що свідчить про необхідність нових підходів до регулювання відносин у сфері цифровізації, а саме: щодо необхідності співпраці урядів з фахівцями, з інститутами громадянського суспільства, а також поєднання відповідних засобів саморегулювання (включно з правилами ділової етеки в мережі [15, с. 116–119]) з державним регулюванням. Дослідники небезпідставно вважають: «Ми маємо безпрецедентну можливість або досягнути загального процвітання, або перетворити нинішню економічну нерівність на справжню класову війну». Вихід, аби це запобігти, – новий суспільний договір, що має забезпечити дотримання основних прав людини (безпеку ідентичності; освіту, в тому числі цифрову; покликання; здоров'я; економічну безпеку; кліматичну стабільність; мир та гідність; політичну та інституційну підзвітність [15, с. 433–437]).

Попри небезпідставну критику державного втручання в цифровізацію (зазвичай через слабку ефективність), слід зазначити, що в умовах державно організованого суспільства провідна роль у встановленні цивізілізованих умов використання цифрових технологій все ж таки належить державі, її співпраці з інститутами громадянського суспільства. Про це свідчать державні стратегії цифровізації, що розробляються та затверджують в країнах з цивілізованим характером ринкових відносин. Прикладом може бути Стратегія, розроблена у Об'єднаному королівстві/Великій Британії (UK Digital Strategy [30]). Це досить амбітний, але адекватний становищу цієї країни у світі і щодо цифровізації, документ, який визначає її участь в розбудові національної та світової цифрової економіки і включає сім складових/напрямів з відповідними завданнями: 1. Побудова цифрової інфраструктури світового класу для Великобританії (і відповідне вкладення інвестицій в розбудову цифрової економіки, для прискорення розвитку та використання цифрової інфраструктури наступного покоління). 2. Надання кожному доступу до необхідних цифрових навичок (і створення для цього нового партнерства, яке забезпечить не лише набуття та підтримання цифрових навичок, а й надання людям доступу до робочих місць, орієнтованих на цифровий рівень). 3. Зробити Великобританію найкращим місцем для початку та розвитку цифрового бізнесу (шляхом фінансування науково-дослідних робіт, створення умов для процвітання індустрії штучного інтелекту, співпраці з науковими центрами інших країн та з мережею створюваних Великобританією технічних центрів у країнах, що розвиваються). 4. Допомога кожному британському бізнесу стати цифровим бізнесом (шляхом додаткового фінансування та вжиття організаційних заходів). 5. Кіберпростір – зробити Великобританію найбезпечнішим місцем у світі для життя та роботи в Інтернеті, забезпечивши новий рівень захисту британського кіберпростору, використовуючи потенціал інновацій у сфері кібербезпеки. 6. Цифровий уряд – підтримка уряду Великобританії як світового лідера в обслуговуванні своїх громадян в Інтернеті (хоча держава надає послуги за допомогою різних каналів, включаючи Інтернет, телефон, особисте спілкування, має зростати роль он-лайн сервісів, надання комплексних послуг, створення нових контактних центрів, інших інноваційних видів урядових цифрових продуктів, що покращують ефективність діяльності урядових установ). 7. Економіка даних – розблокування потужності даних в економіці Великобританії та підвищення довіри громадськості до їх використання (з огляду на зростання ролі даних в економіці, зменшення витрат на їх збір, зберігання та обробку разом із зростаючою обчислювальною потужністю виникла потреба в інноваційному підході до їх використання в бізнесі з відповідним законодавчим забезпеченням, що має бути адекватним новим технологіям передання та використання даних у бізнесі та у сфері надання ефективних державних/урядових послуг з одночасним забезпеченням надійного захисту права щодо конфіденційної інформації). При цьому в розділі 1 (Підключення – побудова цифрової інфраструктури світового класу для Великобританії) важлива роль приділяється ефективному регулюванню як складовій частині заохочення інвестування у цифрову економіку, в основі якого лежить «сильний, стабільний регуляторний режим», захист прав споживачів та сприяння конкуренції покладається на Ofcom – незалежний регулятор комунікацій Великобританії, а комплексне регулювання відносин цифрової економіки – на Закон про цифрову економіку в рамках реформування Кодексу електронних комунікацій, а також внесення змін

в інші акти (зокрема, в Закон про авторські права, зразки та патенти 1988 року).

Зелена книга про промислову стратегію UK, опублікована 23 січня 2017 року, визначає такі 10 стовпів, на яких слід побудувати нову промислову стратегію: 1. *Наука, наукові дослідження та інновації,* що передбачає більш широке використання інновацій та наукових досягнень для створення більш інноваційної та зростаючої економіки. 2. *Навички:* надання допомогти громадянам та бізнесу процвітати, забезпечивши кожному базові навички, необхідні в сучасній економіці; побудувавши нову систему технічної освіти, щоб принести користь тій частині населення, яке не відвідує університети, підвищивши їх навички та грамотність STEM та рівень кваліфікації. 3. *Інфраструктура:* передбачає покращення ефективності цифрової, енергетичної та транспортної інфраструктур, а також поліпшення узгодження інвестування в інфраструктуру на центральному та місцевому рівнях. 4. *Підтримка бізнесу на старті та зростанні:* необхідність гарантування підприємствам доступу до фінансових ресурсів та управлінських навичок, необхідних для зростання, з тим, аби бізнес міг здійснювати довгострокове інвестувати. 5. *Політика закупівель,* відповідно до якої стратегічні державні закупівлі мають стимулювати інновації та сприяти розвитку ланцюгів поставок. 6. *Торговельна та внутрішня інвестиційна політика:* передбачає державне сприяння підвищенню продуктивності та росту національної економіки, в тому числі шляхом посилення конкуренції та сприяння впровадженню нових, більш ефективних для країни, способів її ведення. 7. *Доступна енергія та чисте зростання:* щодо забезпечення зменшення витрат для бізнесу та економічну вигоду за рахунок переходу до економіки з низьким рівнем вуглецю. 8. *Галузева політика,* в якій слід сприяти розвитку не лише традиційних, а й нових сфер економіки, надаючи їм можливість розвиватися та процвітати. 9. *Поширення зростання по всій країні,* будь то інвестиції в ключові інфраструктурні проекти, підвищення рівня кваліфікації або підтримки місцевих інноваційних проектів з метою створення основи для розвитку на місцях та вирішення проблем, які цьому заважають. 10. *Створення ефективної інституційної бази,* в т.ч. у місцевостях та секторах, де бракує відповідних її складових частин (навчальних закладів, торговельних асоціацій, фінансової мережі) або вони потребують зміцнення/підтримки.

Про усвідомлення важливості комплексного нормативно-правового регулювання відносин цифровізації в Об'єднаному королівстві свідчить наявність в цій державі Закону цифрової економіки [31], перший варіант якого була затверджено 2010 р. [32], а другий – 2017 р. [33]. Редакція цього Закону 2010 р. включала: нові обов'язки для Ofcom звітувати кожні три роки про комунікаційну інфраструктуру Великобританії, реєстрацію доменних імен в Інтернеті та про те, як медіаконтент сприяє досягненню цілей публічної служби (*розділи 1 та 2*); зобов'язання перед постачальниками Інтернет-послуг (ISP), спрямовані на зменшення порушення авторських прав в Інтернеті (*розділи 3-16*); повноваження Державного секретаря отримати судовий наказ про блокування інтернет-локації, яка використовується у зв'язку з порушенням авторських прав (*розділи 17-18*); повноваження щодо втручання стосовно реєстрів домену Інтернет (*розділи 19-21*); розширення функцій телеканалу «C4C Channel Channel» (C4C) на охоплення контенту громадських служб як в Інтернеті, так і на телебаченні, а також на фінансування фільмів (*розділи 22-23*); нова гнучкість для ліцензування комерційних телерадіомовників, що фінансуються комерційно (*розділи 24-29*); зміни режиму ліцензування незалежних радіослужб для полегшення цифрового перемикання (*розділи 30-36*); зміни умов надання публічних послуг, які Ofcom повинен включити до ліцензій 3 і 5 каналу (*розділ 37*); положення, що стосуються перерозподілу спектру, яким користуються оператори мобільної мережі, а також зборів та примусового виконання (*розділи 38-39*); розширення асортименту відеоігор, що підпадають під вимогу класифікації (*розділи 40-41*); підвищені штрафи за порушення авторських прав (*розділ 42*); зміни у праві публічного кредитування (*розділ 43*). Редакція Закону 2017 р. додатково передбачила: розширення можливостей для споживачів та забезпечення кращого зв'язку з тим, щоб кожен мав доступ до широкосмугового зв'язку незалежно від місця проживання; щодо створення кращої інфраструктури, придатної в майбутньому забезпечити кращі публічні послуги з використанням цифрових технологій; щодо забезпечення захисту громадян від спаму та дітей від онлайн-порнографії.

Отже, економіко-правова політика Об'єднаного Королівства/Великої Британії не обмежується прийняттям документів декларативно-амбіційного характеру, а втілюється в досить ґрунтовні акти законодавства, зміст яких корегується залежно від потреб суспільства, в тому числі з питань зменшення загроз, пов'язаних із недобросовісним, а то й антисоціальним використанням цифрових технологій.

На відміну від цієї країни, що наважилась вийти з Євросоюзу, покладаючись на власні сили, потенціал, незаперечні досягнення в цифровій економіці, в Україні на загальнодержавному рівні не приділяється належна увага саме послідовному та комплексному регулюванню відносин цифрової економіки, про що свідчить невиконання плану заходів, затвердженого разом з Концепцією розвитку цифрової економіки [2] (зокрема, щодо визначення основних понять цифрової економіки на рівні закону відповідно до розробленого законопроекту – п. 1 цього плану), а також безсистемне схвалення окремих законопроектів (про електронні комунікації, про хмарні послуги, про електронні активи), тобто без прийняття комплексного акта, який би визначив основні засади регулювання відносин в цій сфері, принципи співпраці держави з суб'єктами саморегулювання та повноваження (права, обов'язки, відповідальність) останніх за умови делегування їм окремих повноважень державного регулювання, особливості правового статусу віртуальних суб'єктів та правового режиму електронних/віртуальних об'єктів/активів з покладенням на їх власників низки обов'язків щодо забезпечення цивілізованого (з урахуванням ризиків/загроз) використання таких активів; особливості віртуальних зв'язків у сфері господарювання, вплив цифровізації на економічну конкуренцію тощо.

Комплексне нормативно-правове регулювання відносин, пов'язаних з цифровізацею суспільного, в т.ч. економічного, життя доцільне у формі кодексу, присвяченому таким відносинам, та низки спеціальних законів, що більш ґрунтовно регулюють використання окремих електронних ресурсів (штучного інтелекту, зокрема), правового становища нетрадиційних суб'єктів та їх груп (з відсутністю статусу юридичної особи), що притаманно, зокрема, для віртуальних підприємств, а також внесення змін до чинних актів законодавства корегуючих положень, що віддзеркалюють специфіку відповідного виду відносин за наявністю в них електронної складової (суб'єкта, об'єкта/ресурсу, засобу тощо), яка впливає на якість відносин і потребує спеціального регулювання (наприклад, відносини економічної конкуренції, в якій діють специфічні учасники (віртуальні підприємства, наприклад) та/або використовуються інтернет-платформи. Це може бути Цифровий кодекс, як передбачалося в Цифровій адженді для України [19] або Кодекс цифрової економіки [11, с. 49, 187-188], або істотно доповнений новими положеннями Господарський кодекс України (хоча при цьому варіанті не обійтися без низки спеціальних законів – щодо правового режиму певних категорій складних об'єктів/ресурсів/активів, правового статусу нетрадиційних суб'єктів тощо). Але, в першу чергу, держава має визначитися з новим напрямом державної економічної політики щодо забезпечення соціального спрямування цифровізації суспільних відносин взагалі і сфери економіки, зокрема, з відповідним закріпленням нових положень в ГК України щодо: змісту такого напряму; мети державного регулювання відносин цифровізації (забезпечення соціального спрямування з подвійної метою: стимулювання позитивних властивостей цифрових технологій/їх надбань та запобігання зловживання ними/несумлінного їх використання); засобів, що при цьому мають застосовуватися; принципів поєднання державного регулювання із саморегулюванням у нових цифровізованих сферах, більш грунтовними знаннями щодо яких володіють їх суб'єкти та саморегулівні організації; цифрових прав громадян, суб'єктів господарювання та суспільства в цілому та відповідних пріоритетів у разі виникнення конфлікту цифрових прав різних осіб (наприклад, споживачів-громадян та економіки в цілому)[1]; основ правового статусу віртуальних суб'єктів та правового режиму віртуальних активів/об'єктів/ресурсів; вимог до електронної форми звя'зків, включно з договорами; особливості державного регулювання відносин економічної конкуренції з урахуванням появи інфомонополій, віртуальних підприємств, інтернет-платформ, необхідності захисту прав споживачів електронних послуг; вплив цифровізації на господарсько-правову відповідальність, зокрема її специфіку щодо віртуальних суб'єктів та/або при використанні віртуальних об'єктів/ресурсів/цифрових технологій тощо.

У зв'язку з цим цілком слушним слід визнати думку Д.М. Задихайла, хоча і висловлену безвідносно до цифровізації, проте доречну в сучасних умовах господарювання: «Завдання господарсько-правової політики держави ... полягає у формуванні правового господарського порядку на засадах контролю, розподілу, балансування та гармонізації приватних економічних владних відносин в сфері господарювання з метою забезпечення економічного народовладдя», необхідності в сучасних умовах господарювання розподілу економічної влади між суб'єктами економічних відносин – носіями як публічних (держави,

[1] Вже мають місце випадки визнання права суспільства на інформацію важливішим за захист особистих даних [34].

територіальних громад), так і приватних інтересів (насамперед, суб'єктів бізнес-діяльності, їх саморегулівних організацій), встановлення відносин державно-приватного партнерства з недержавними суб'єктами господарювання [3, с. 8-10].

Цифрові технології «за своєю природою ... не є ані добрими, ані лихими. Люди можуть використовувати блискучі технології ... для добрих чи лихих цілей» [15, с. 304]. Для втілення в життя позитивного потенціалу цифровізації потрібна співпраця громадських організацій, бізнесу та урядів, а також приватних осіб, які використовують цифрові технології. Отже, правовий господарський порядок (як закріплено в ст. 5 ГК України [1]) має формуватися на основі оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання (цифрового бізнесу, зокрема) та оптимального державного регулювання макроекономічних процесів, виходячи з конституційної вимоги відповідальності держави перед людиною за свою діяльність, за забезпеченні соціального спрямування вітчизняної економіки та дійсно економічного народовладдя [3, с. 8–10], що є і вельми актуальним в умовах цифровізації основних сфер суспільного буття. Узгодження публічних (суспільства в цілому, його економічної сфери, типових інтересів більшості – споживачів електронних послуг) та приватних інтересів (зокрема, представників цифрового бізнесу) шляхом поєднання публічно-правового і приватно-правового регулювання, державного регулювання та саморегулювання – все це в комплексі має забезпечити соціальне спрямування і цифровізації, і цифрової економіки.

**Список використаних джерел:**

1. Господарський кодекс України. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text (дата звернення: 23.07.2020).

2. Концепція розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки: схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80#Text (дата звернення: 08.07.2020).

3. Задихайло Д.В. Правові засади формування та реалізації економічної політики держави : автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук зі спеціальності 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право. Харків, 2013. 39 с.

4. Галузева економічна політики держави: проблеми правового забезпечення. Колективна монографія / за наук. ред. Д.В. Задихайла. Т. 1. Харків : «Юрайт», 2013. 520 с.

5. Господарське законодавство України: перспективи модернізації на засадах сталого розвитку : монографія / під заг.ред. В.А. Устименка. Київ, НАН України, Інститут економіко-правових досліджень, 2019. 320 с.

6. Швидка Т.І. Економічна конкуренція: сучасний стан законодавчого забезпечення та перспективи його модернізації : монографія. Харків : Право, 2020. 376 с.

7. Остапенко Ю.І. Оптимізація господарсько-правових засобів державного регулювання телекомунікаційних послуг в Україні. *Засоби та механізми господарсько-правового регулювання : колективна монографія /* за наук. редагування Д.В. Задихайла. Харків: Юрайт, 2013. С. 318–338.

8. Остапенко Ю.І. Напрями та зміст модернізації законодавчого регулювання телекомунікаційних відносин в Україні : монографія / Остапенко Ю.І. Харків : Юрайт, 2014. 192 с.

9. Денисов А.І. Господарсько-правове забезпечення технологічної безпеки держави : монографія. Харків : Юрайт, 2017. 204 с.

10. Великанова М.М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерка, 2019. 378 с.

11. Вінник О.М. Правове забезпечення цифрової економіки та електронного бізнесу : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака. 2018. 224 с. URL : https://doi.org/10.32849/978-617-7087-72-3.

12. Oksana M. Vinnyk, Olga V. Shapovalov, Nino B. Patsuriia, Olena M. Honcharenko, Kateryna V. Yefremova. The problem of ensuring the social direction of the legislation of Ukraine on the digital economy. *Asia Life Sciences*. Issue 1, July 2020, Pages 133-151.

13. Tatiana V. Shatkovskaya, Tatiana V. Epifanova, Natalia G. Vovchenko, Nikolay G. Romanenko. A LEGAL MECHANISM FOR REGULATING THE DIGITAL ECONOMY. DOI: 10.1007/978-3-030-29586-8_102 (дата звернення: 19.07.2020).

14. Anton Ukhanov. The problem of legal regulation of digital reality as a challenge to the general theory of law. DOI: 10.29039/2409-5087-2020-8-5-33-41 (дата звернення: 19.07.2020).

15. Дон Депскотт, Алекс Депскотт. Блокчейн-революція. Як технологія, що лежить в основі біткойна та інших крипто валют, змінює світ / Пер з англ. Юлія Григоренко, Ганна Лелів ; наук. ред.: Михайло Демків, Кейт Щеглова. Львів : Літопис, 2019. 492 с.

16. Крістофер Стайнер. Тотальна автоматизація. Як комп'ютерні алгоритми змінюють життя / пер. з англ. Олександр Лотоцький. Київ : Наш формат, 2018. 280 с.

17. Проект Закону України «Про цифровий Порядок денний України». URL : https://www.rada.gov.ua/uploads/documents/40009.pdf (дата звернення: 25.07.2020).

18. Проект Закону про розвиток цифрової економіки. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63316 (дата звернення: 06.08.2020).

19. Цифрова адженда України – 2020 (проект) («Цифровий порядок денний» – 2020) Концептуальні засади (версія 1.0) Першочергові сфери, ініціативи, проекти «цифровізації» України до 2020 року. Грудень, 2016. URL : https://ucci.org.ua/uploads/files/58e78ee3c3922.pdf (дата звернення: 25.07.2020).

20. Проект Закону про віртуальні активи. URL : https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/2698 (дата звернення: 02.08.2020).

21. Проект Закону про хмарні послуги. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67744(02.08.2020) 16.06 прийнято у першому читанні (дата звернення: 02.08.2020).

22. Проект Закону про електронні комунікації. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68059 (дата звернення: 06.08.2020).

23. У Верховній Раді зареєстрували законопроект 2461 про оподаткування крипто валюти. URL : https://nachasi.com/2019/11/18/cryptocurrency-tax-ukraine/ (дата звернення: 06.08.2020).

24. EU's new Digital Strategy for the next five years – will Europe become a trusted digital player. URL : https://www.whitecase.com/publications/alert/eus-new-digital-strategy-next-five-years-will-europe-become-trusted-digital (дата звернення: 08.08.2020).

25. WHITE PAPER On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust: Brussels, 19.2.2020 COM(2020) 65 final. URL : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf (дата звернення: 08.08.2020).

26. A European strategy for data: Brussels, 19.2.2020. COM(2020) 66 final. URL : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX:52020DC0066 (дата звернення: 08.08.2020).

27. ЧЕРЕЗ КОРОНАВІРУС ВИНИКЛО СЛОВО «КОВІДІОТ». ЩО ВОНО ОЗНАЧАЄ. URL : https://tsn.ua/tsikavinki/cherez-koronavirus-viniklo-slovo-kovidiot-scho-vono-oznachaye-1512738.html (дата звернення: 03.08.2020)

28. Covidiot. URL : https://www.urbandictionary.com/define.php?term=Covidiot (дата звернення: 03.08.2020).

29. RUMANA BUKHT & RICHARD HEEKS 2018. Development Implications of Digital Economies. Paper No. 6. URL : https://diodeweb.files.wordpress.com/2018/03/digital-economy-policy-diode-paper.pdf (дата звернення: 20.07.2020).

30. Richard Heeks. Digital Economy Policy Strategy Brief. URL : https://www.researchgate.net/publication/334614942_Digital_Economy_Policy_Strategy_Brief (дата звернення: 20.07.2020).

31. UK Digital Strategy – GOV.UK. URL : https://www.gov.uk/government/publications/uk-digital-strategy/uk-digital-strategy (18.07.2020).

32. Digital Economy Act 2010: summary of main provisions. URL : https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/9-502-0116?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1 (дата звернення: 05.08.2020).

33. Digital Economy Act 2017. URL : https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/30/contents/enacted (дата звернення: 05.08.2020).

34. Право суспільства на інформацію визнане важливішим за захист особистих даних. URL : https://zib.com.ua/ua/143946-pravo_suspilstva_na_informaciyu_viznane_vazhlivishim_za_zahi.html (дата звернення: 08.08.2020).

**Oksana Vinnyk. Digitalization in the perspective of state economic and legal policy**

*The article is devoted to a complex problem: the role of the state, its economic and legal policy on digitalization of economic activity sphere. The topicality of this problem is due to the rapid spread of digital technology in the economic activity sphere, which has affected key types of economic relations. So, the qualitatively new components of this relationship are appeared – virtual enterprises, new objects – electronic assets / resources, including artificial intelligence, chat-bots, online stores, online platforms, etc., electronic forms of communication, including contracts, new opportunities to participate in economic competition and new opportunities for abuse/offenses. All this indicates the need to regulate relations in the field of digitalization so that the social benefits of digital technologies outweigh the risks of their use, and the threats of abuse or incompetent uses of such technologies could be minimized. Such regulation should be, on the one hand, traditional (take into account both the interests of society and the typical interests of participants in the relationship), and, on the other – special given the complexity of the technologies it selves and the consequences of their application: great opportunities for all parties – both bona fide and those who abuse such technologies. Accordingly, the optimal ratio of self-regulation (of digital business representatives and their self-regulatory organizations) and state regulation of digitalization relations should be determined. The first (self-regulation) usually takes into account the interests of digital business, and the second (government regulation) – should take care of the public interest, the typical interests of the most numerous and least protected participants in the relationship – consumers of electronic services. The increasing role of self-regulation in the field of digitalization is associated with the need for a skilled (with a thorough knowledge of digital technologies) approach to this process. However, this does not diminish the role of state regulation with its ability to influence public relations and the role in ensuring the social direction of the economy.*

*Thus, there is an urgent need to determine the relationship between self-regulation and state regulation in relation to the digitalization of the economy and other spheres of social life. In addition, a significant role in this belongs to the state economic and legal policy. The current legislation of Ukraine and the United Kingdom are analyzed on this issue. In Ukraine, the provisions on such a policy are enshrined in the Government document – the Concept of Digital Economy and Society of Ukraine for 2018–2020, but without proper enshrinement in acts of higher legal force. Instead of this in the United Kingdom, the provisions of the Digital Strategy are embodied in the codified Law on the digital economy – Digital Economy Act, which has already withstood two editions – 2010 and 2017. Taking into account the positive foreign experience of regulation and the needs of society in the social direction of the digital economy, ways to improve the legal regulation of digitalization in the perspective of state economic and legal policy in Ukraine are proposed.*

**Key words:** digital technologies; digitalization; digital economy; state economic and legal policy; self-regulation; improving legislation.

УДК 346.6
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.11

***Максим Гетманцев,***
*канд. юрид. наук,*
*старший науковий співробітник*
*Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва*
*імені академіка Ф. Г. Бурчака*
*Національної академії правових наук України*

# НОВЕЛИ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ РЕЄСТРАТОРІВ РОЗРАХУНКОВИХ ОПЕРАЦІЙ

*Стаття присвячена питанням якісного оновлення вітчизняного законодавства, внаслідок якого з 1 серпня 2020 року набрали чинності положення про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг, дія яких поширюється на усіх суб'єктів господарювання, їх господарські одиниці та представників (уповноважених осіб) суб'єктів господарювання, які здійснюють розрахункові операції у готівковій та/або безготівковій формі.*

*Метою статті є аналіз змісту чинних нормативно-правових актів, що регламентують обов'язковість запровадження реєстраторів розрахункових операцій, та практичних проблем їх реалізації в умовах тотальної інформатизації бізнесу та цифровізації правовідносин.*

*У сучасному світі глобалізація економіки та інформатизація бізнесу є одними з найбільш потужних трендів у розвитку світового співробітництва різного рівня. Діджиталізація стає важливою детермінантою в активізації торговельних операцій, а також відіграє провідну роль в оптимізації способів обміну інформації не лише між контрагентами чи споживачами, але й із фіскальними та іншими контролюючими органами, котрі, своєю чергою, теж все більше видів своєї діяльності переводять у цифровий формат взаємодії. По суті, ступінь інформатизації виступає одним з основних показників рівня соціально-економічного розвитку держави, що об'єктивно неможливо без детальної правової регламентації згаданих процесів.*

*У цьому контексті законодавча регламентація застосування реєстраторів розрахункових операцій потребує негайного вдосконалення та трансформації. Окреслена проблема має комплексний характер: незважаючи на чисельні доповнення відповідного законодавства, процедура запровадження та використання реєстраторів розрахункових операцій і надалі потребує свого якісного корегування з одночасними змінами профільних нормативно-правових актів. Зокрема, як зазначається в статті, відповідні документи повинні враховувати чимало нюансів (основні поняття і завдання, алгоритм, засоби і механізми їх виконання, перелік органів контролю і порядок їх формування у співпраці з експертним і науковим середовищем, в тому числі бізнес-середовищем у цій сфері), а зміст, формат і юридичну силу цих документів варто закріпити в законодавстві.*

**Ключові слова:** реєстратори розрахункових операцій, РРО, інформатизація бізнесу, цифровізація, діджиталізація.

**Постановка проблеми.** Сучасний етап розвитку світової економіки характеризується активізацією процесів діджиталізації у всіх сферах і формах господарсько-економічної діяльності та їх правового забезпечення як невід'ємних складників інформаційного суспільства.

Розрахункові операції, що супроводжують діяльність більшості суб'єктів господарювання, нині заступають у нову віху свого розвитку. Поява найближчим часом нового обов'язкового елемента цієї функціонуючої системи призводить до сутнісного перебалансування ресурсів на ринку товарообігу та послуг. Йдеться про те, що Закон України «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» від 20.09.2019 № 128-IX, який набрав чинності з 1 серпня 2020 року, запровадив суттєві зміни до правового забезпечення електронно-касових розрахунків усіх операцій учасників цивільного бізнесу, насамперед це стосується запровадження нових правил використання реєстраторів розрахункових операцій (далі – РРО). Як наголошує О. Вінник, в умовах цифровізації економіки господарські відносини зазнали

© М. Гетманцев, 2020

істотних змін, що, зокрема, призвело до появи віртуальних підприємств та віртуальних об'єктів, електронних форм зв'язків, включаючи договори, а також спричинило пов'язані з цим проблеми щодо їх правового режиму, відповідальності тощо [1, с. 60]. Відтепер використання РРО, по суті, є єдиним легітимним механізмом здійснення розрахунків у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг.

Зважаючи на наведене, потребує вдосконалення організація готівкового обігу, приведення його у відповідність до потреб ринкової економіки. Не останню роль, за слушним зауваженням В. Стреляного, у цьому відіграє формування досконалої системи поточного фінансового контролю за додержанням порядку проведення готівкових розрахункових операцій, яка забезпечить зменшення неконтрольованого використання готівки суб'єктами підприємницької діяльності, а отже, обмежить роль готівкового обігу як засобу обслуговування руху тіньового капіталу, приховування доходів та ухилення від сплати податків [2, с. 4].

Проблеми цифровізації основних бізнес-процесів загалом та електронних форм проведення базових підприємницьких операцій зокрема постійно перебувають у центрі наукової уваги. Серед тих, хто вибрав предметом своїх аналітичних напрацювань запровадження РРО та особливості їх використання на практиці, з нашого погляду, слід виділити таких правників, як: О. Вінник, С. Івахненков, О. Кравчук, Т. Лук'янова, В. Муравський, А. Павловська, А. Рачинська, В. Стреляний тощо. При цьому, незважаючи на достатню кількість наукових праць, окреслені нами проблемні аспекти запровадження та використання РРО не втрачають своєї актуальності, особливо у світлі законодавчих новел, які набрали чинності з 1 серпня 2020 року. Вкрай важливим у наш час є аналіз та узгодження нормативно-правових приписів, які передбачають різні процедури експлуатації РРО для різних видів надавачів послуг чи відчужувачів товару.

**Метою статті** є аналіз змісту чинних нормативно-правових актів, що регламентують обов'язковість запровадження РРО, та практичних проблем їх реалізації в умовах тотальної інформатизації бізнесу та цифровізації правовідносин.

**Виклад основного матеріалу.** Оскільки визначення основних категорій не входить до предмета нашого дослідження, ми оперуватимемо поняттями та їх ознаками, що запропоновані нашими колегами і, на нашу думку, є досить доречними і вичерпними. Зокрема, Т. В. Лук'янова під обліковим забезпеченням розрахункових операцій пропонує розуміти сукупність інформації стосовно стану розрахунків із дебіторами і кредиторами підприємства, а також способів її обробки та передачі з метою управління фінансовим станом [3, с. 23]. Серед ознак такого облікового контролю В. І. Стреляний виділяє такі: правове регулювання неподатковим законодавством, фактичний характер контрольних заходів, раптовий характер перевірки (без завчасного попередження), крім того, вченим розкрито його самостійний характер у системі фінансового контролю України [2, с. 8–9].

Такі науково-теоретичні підходи базуються на запропонованій ще наприкінці 80-х років минулого століття класифікації, розробленій С. І. Сіняком, який всі без винятку операції за обліковими даними суб'єктів господарювання поділяє на 3 групи. Зокрема, до першої він відносить збір первинних даних, реєстрацію замовлень, розрахунок потреби у матеріалах, ведення інвентаризаційних відомостей, оформлення прийому товарів та їх доставку до покупця, здійснення та оформлення розрахунків з постачальниками та замовниками, виписку з рахунків, розрахунки по заробітній платі та заборгованості перед бюджетом, форматування звітності. До другої групи, на думку автора, слід віднести визначення та встановлення цін, вибір постачальників і замовників, короткострокове прогнозування, поточне управління кадрами. До третьої – довгострокове прогнозування, вибір номенклатури продукції, розроблення фінансово-інвестиційної політики, здійснення кадрової політики. Операції першої групи, на думку автора, можуть бути повністю автоматизовані, другої – підлягають частковій автоматизації з незначною участю управлінського апарату, а операції третьої групи потребують безпосереднього виконання людиною, яка використовує комп'ютер як допоміжний інструмент [4, с. 70].

Водночас такі міркування дозволяють одночасно з класифікаційним поділом відкинути і коментарі окремих скептиків, які в оцифровуванні виробничо-звітних процесів вбачають безпосередню загрозу для загального рівня зайнятості населення. Так, на переконання В. Муравського, використання інформаційних технологій у тому числі у системі обліку торговельної діяльності дозволяє значно скоротити кількість обслуговуючого та управлінського персоналу. Відпадає необхідність утримувати в штаті торговельного підприємства касирів, торговельних асистентів, працівників складу та гаражу. Оскільки вся первинна

інформація збирається повністю автоматизовано, є можливість часткової відмови від складання паперових первинних документів, зокрема: розрахункових документів, документів з руху товарів у торговельному закладі, подорожнього листа транспортного засобу тощо [5, с. 76]. Безумовно, доля правди є у цих міркуваннях, проте, як видно з наведеної вище класифікації С. Сіняка, далеко не всі види облікових та інших підзвітних операцій взагалі можливо автоматизувати. Тому очікувати на масштабні хвилі масових звільнень у зв'язку із запровадженням РРО наразі передчасно.

Водночас безпідставним буде і відкидання значної автоматизації багатьох бізнесових процесів, що вже тривалий час активно впроваджується не лише в Україні, але й у цілому світі. При цьому відбувається так би мовити накладення традиційних функцій контрагентів, наприклад продавців і покупців, де класичні обов'язки відчужувача товару може виконувати і потенційний одержувач. Вдалий приклад такого суміщення наводить С. Івахненков, а саме: програмне забезпечення, наприклад, віртуального магазину і з'єднання із системою обліку підприємства таким чином, що бухгалтерські проводки з відпуску товару покупцю формуються повністю автоматично. Покупець сам заповнює на екрані свого комп'ютера бланки замовлень і таким чином, без застосування первинних документів, ініціює проведення фактів реалізації товарів і списання їхньої собівартості. Таким чином, функція з реєстрації господарських операцій перекладається на покупця, який взаємодіє з електронним віртуальним магазином і опосередковано із самою системою обліку підприємства-продавця [5, с. 54–56].

Наведене вище дозволяє О. Кравчуку серед недоліків досліджуваного нормативно-правового акта називати невиправданим, з його точки зору, поширення правил про РРО на ті види розрахункових операцій, які здійснюються у безготівковій формі, оскільки існують бізнеси, котрі не використовують готівку, а здійснюють продаж товарів і послуг через безготівковий розрахунок. Науковець пропонує внести зміни до закону, якими виключити таких підприємців, які безготівково працюють, з числа тих, кому обов'язково мати РРО [6, с. 142–143].

Проте з такими зауваженнями неможливо погодитися тому, що абзац перший преамбули Закону України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг» чітко визначає, що дія цього нормативно-правового акта поширюється на усіх суб'єктів господарювання, їхні господарські одиниці та представників (уповноважених осіб) суб'єктів господарювання, які здійснюють розрахункові операції у готівковій та/або безготівковій формі. При цьому поза увагою науковців і практиків залишаються випадки, коли всі розрахунки юридичної особи відбуваються так би мовити віддалено (наприклад, якщо всі кошти заходять через розрахунковий рахунок у банку або грошові суми надсилаються через платіжні термінали за умови попередньої ідентифікації контрагента тощо).

У будь-якому разі заслуговує на увагу позиція В. Муравського, який запевняє, що для підприємств, сфера діяльності яких не виходить за межі «торгівля-розрахунок-доставка», можна суттєво скоротити витрати на здійснення як торговельної, так і управлінської діяльності. У майбутньому, із розвитком і масовим впровадженням сучасних інформаційних технологій, можлива повна автоматизація роботи і в інших сферах людської діяльності. Отже, потрібні подальші дослідження щодо застосування таких технологій для потреб облікової практики [5, с. 76].

На практиці реалізація досліджуваних положень потребуватиме доказування не лише самого факту наявності або відсутності РРО у продавця чи надавача послуг, але й багатьох супутніх нюансів, пов'язаних із характеристиками самого РРО та особливостями його використання. Наприклад, в ухвалі про забезпечення доказів у справі № 2/331/107/20 Жовтневого районного суду м. Запоріжжя від 07 лютого 2020 року окремо наголошено, що до відзиву відповідач у справі не надав жодного доказу, який би підтверджував або спростовував наведені позивачем обставини, у тому числі:

– чи знаходиться у трудових відносинах із відповідачем касир, прізвище якої зазначено на чеку РРО станом на дату продажу товару;

– не надано реєстраційного посвідчення про реєстрацію РРО за офіційною адресою відповідача;

– у яких відносинах перебуває відповідач з особою, прізвище якої разом з іншими зазначено на єдиному чеку РРО, що додавався до претензій та листів тощо.

Як цілком справедливо наголошує О. Кравчук, законодавство щодо застосування РРО у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг характеризується наявністю надмірної кількості технічних норм, за порушення яких в окремих випадках передбачено надмірну відповідальність, що в цілому негативно впливає на результати всієї фіскальної політики та розвиток бізнесу [7, с. 143].

Також привертає увагу і норма п. 22 Порядку провадження торговельної діяльності та правил торговельного обслуговування на ринку споживачів товарів від 15.06.2006 № 833, згідно з якою суб'єкт господарювання зобов'язаний надати споживачеві разом з товаром розрахунковий документ на повну суму проведеної операції, чим підтверджується факт купівлі даного виду товару. Однак, на думку А. А. Рачинської, яку ми поділяємо, досить поширеною є практика продажу товарів з розстроченням платежу або оплатою частинами. Фактично наведена норма забороняє таке розстрочення [8, с. 50].

З іншого боку, невиправданим було би перекладати провину за численні недопрацьовані моменти лише на законодавця, оскільки практичні складнощі у використанні РРО досить часто зумовлені також і небажанням окремих господарюючих суб'єктів вийти «з тіні» і намаганням у будь-який спосіб зменшити суми податкових платежів до бюджетів різних рівнів шляхом приховування факту здійснення операцій купівлі-продажу, надання послуг тощо. Як вдало зазначила А. Павловська, приховування обсягу фактично здійснених операцій та отриманих доходів призводить до вилучення коштів з економіки країни. У результаті цього виникає подання недостовірної інформації до органів державної податкової служби України та інших контролюючих органів, а подеколи – перешкоджання споживачам захищати свої права [9, с. 166].

Як бачимо, окреслена проблема має комплексний характер, і, незважаючи на чисельні доповнення відповідного законодавства, процедура запровадження та використання РРО і надалі потребує свого якісного корегування з одночасними змінами профільних нормативно-правових актів. Тут доречно взяти до уваги пропозицію Т. І. Швидкої, яка доводить, що відповідні документи повинні враховувати чимало нюансів (основні поняття і завдання, алгоритм, засоби і механізми їх виконання, перелік органів контролю і порядок їх формування у співпраці з експертним і науковим середовищем, в тому числі бізнес-середовищем у цій сфері), а зміст, формат і юридичну силу цих документів варто закріпити в законодавстві [10, с. 257].

При цьому головним має бути забезпечення державою не лише адекватності правового регулювання сучасних потреб, наявних та ймовірних загроз цифровізації з притаманною їй віртуалізацією суб'єктів та об'єктів, але й, як наголошує О. Вінник, його (регулювання) прозорості та зрозумілості для пересічних громадян на додаток до подолання цифрової неграмотності та цифрової неспроможності (брак можливості підтримувати рівень цифрових знань та матеріального забезпечення для їх реалізації у формі наявності відповідних пристроїв, можливості їх обслуговування, оплати послуг Інтернет тощо) [1, с. 60].

**Висновки**

Отже, підбиваючи підсумок викладеного вище, варто зауважити, що у сучасному світі глобалізація економіки та інформатизація бізнесу є одними найбільш потужних трендів у розвитку світового співробітництва різного рівня. Діджиталізація стає важливою детермінантою в активізації торговельних операцій, а також відіграє провідну роль в оптимізації способів обміну інформації не лише між контрагентами чи споживачами, але й із фіскальними та іншими контролюючими органами, котрі, своєю чергою, теж все більше видів своєї діяльності переводять у цифровий формат взаємодії. По суті, ступінь інформатизації виступає одним з основних показників рівня соціально-економічного розвитку держави, що об'єктивно неможливо без детальної правової регламентації згаданих процесів. Тому наведені вище недоліки чинного законодавства про РРО мають бути невідкладно усунені.

**Список використаних джерел:**

1. Вінник О. Господарські відносини в умовах цифровізації та їх правове регулювання. *Підприємництво, господарство і право.* 2020. № 5. С. 56–62.

2. Стреляний В. І. Правове регулювання поточного фінансового контролю за додержанням порядку проведення готівкових розрахункових операцій : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2010. 203 с.

3. Лук'янова Т. В. Облікове забезпечення розрахункових операцій підприємства: теоретичний аспект. *Управління розвитком.* 2013. № 23 (163). С. 21–24.

4. Синяк С. И. Безбумажная форма бухгалтерского учета. Москва: *Финансы и статистика*, 1986. 80 с.

5. Муравський В. Застосування інформаційних технологій у первинному обліку торговельних, розрахункових і транспортних операцій. *Вісник КНТЕУ. Облік та аудит.* 2009. № 3. С. 69–76.

6. Івахненков С. В. Інформаційні технології в організації бухгалтерського обліку та аудиту : навчальний посібник. Київ: *Знання-Прес,* 2003. 349 с.

7. Кравчук О. Проблеми фінансово-правового регулювання відносин у сфері застосування реєстраторів розрахункових операцій. *Підприємництво, господарство і право.* 2017. № 8. С. 139–144.

8. Рачинська А. А. Окремі питання введення в дію реєстраторів розрахункових операцій для суб'єктів торговельної діяльності. *Матеріали науково-практичної конференції «Наукові тренди постіндустріального суспільства»*. 2020. Том 2. С. 48–51.

9. Павловська А. С. Типові порушення в обліку касових операцій при застосуванні реєстраторів розрахункових операцій та шляхи їх вирішення. *Економічний аналіз, аудит та господарський контроль*. 2014. С. 166–167.

10. Швидка Т. І. Економічна конкуренція: сучасний стан законодавчого забезпечення та перспективи його модернізації : монографія. Харків : Право, 2020. 376 с.

**Maksym Hetmantsev. News of the legislation of Ukraine regarding the application of registrators of settlement operations**

*The article is devoted to the issues of qualitative updating of domestic legislation, due to which the provisions on the use of registrars of settlement transactions in the field of trade, catering and services came into force on August 1, 2020 which applies to all business entities, their business units and representatives (authorized persons) of business entities that carry out settlement operations in cash and / or non-cash form.*

*The purpose of the article is to analyze the content of current regulations governing the mandatory introduction of registrars of settlement transactions, and practical problems of their implementation in terms of total informatization of business and digitalization of legal relations.*

*In today's world, globalization of the economy and informatization of business are among the most powerful trends in the development of global cooperation at various levels. Digitalization is becoming an important determinant in the intensification of trade operations, and also plays a leading role in optimizing the exchange of information not only between counterparties or consumers but also with fiscal and other regulatory authorities, which, in turn, are increasingly digital to digital. interaction format. In fact, the degree of informatization is one of the main indicators of the level of socio-economic development of the state, which is objectively impossible without detailed legal regulation of these processes.*

*In this context, the legal regulation of the use of registrars of settlement operations need immediate improvement and transformation.*

*In this context, the legal regulation of the use of registrars of settlement operations needs immediate improvement and transformation. The outlined problem has a complex character and despite numerous additions of the corresponding legislation, the procedure of introduction and use of registrars of settlement operations still needs the qualitative adjustment with simultaneous changes of profile regulations. In particular, as noted in the article, the relevant documents should take into account many nuances (basic concepts and tasks, algorithm, tools and mechanisms for their implementation, the list of control bodies and the order of their formation in cooperation with experts and scientists, including business environment in this area), and the content, format and legal force of these documents should be enshrined in law.*

**Key words:** registrars of settlement operations, RRO, business informatization, digitalization, digitalization.

УДК 346.548:614.27
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.12

***Іван Демченко,***
*канд. юрид. наук,*
*викладач кафедри судової медицини та медичного права*
*Національного медичного університету імені О. О. Богомольця*

# ДОГОВОРИ КЕРОВАНОГО ДОСТУПУ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА

*У даній статті досліджуються нові положення Основ законодавства України про охорону здоров'я щодо договорів керованого доступу. Надається загальний огляд договорів керованого доступу у європейській практиці: фінансових договорів та договорів на основі результатів. Відзначається, що договори керованого доступу – це різні варіації інструментів, механізмів, які спрямовані на забезпечення доступу до лікарських засобів, що може набувати різні форми. Зазвичай – у формі договору між виробником (дистриб'ютором) та замовником (можуть бути різні суб'єкти). Аналізуються положення статті 79-1 Основ законодавства України про охорону здоров'я щодо сторін, предмета, змісту договорів керованого доступу. Сторонами є Міністерство охорони здоров'я України та/або закупівельна організація та заявник та/або власник реєстраційного посвідчення на оригінальний (інноваційний) лікарський засіб. Договір керованого доступу не може бути укладений з компанією, яка не представлена на фармацевтичному ринку України. Звертається увага на проблеми у визначенні предмета договорів керованого доступу – оригінального (інноваційного) лікарського засобу з точки зору вимог щодо його державної реєстрації та аспектів прав інтелектуальної власності. Підтримується позиція щодо закріплення на законодавчому рівні визначення «оригінальний (інноваційний) лікарський засіб». Предметом договорів керованого доступу можуть бути як лікарські засоби, які включені до програми медичних гарантій, так і ті, які підлягають реімбурсації. Зміст договорів керованого доступу становлять положення про кількість лікарських засобів; умови щодо цін на лікарські засоби; джерела фінансування придбання лікарських засобів; порядок розірвання (у тому числі особливі підстави для дострокового розірвання договорів керованого доступу); строк дії договору. Характерною особливістю є питання прозорості інформації про договори керованого доступу. Інформація про кількість та ціну на лікарські засоби є ключовою. У публічному доступі такої інформації не буде, оскільки сторони визначають таку інформацію конфіденційною. Підсумовується, що в Україні закріплено фінансовий договір керованого доступу на основі знижки (ціна лікарського засобу), проте положення чинного законодавства прямо не забороняють використання й інших видів договорів.*

**Ключові слова:** доступність лікарських засобів, оригінальні лікарські засоби, договори керованого доступу, забезпечення лікарськими засобами, інновації.

**Постановка проблеми.** З початку 2020 року темою номер один в Україні та світі є глобальна пандемія Covid-19. З метою підвищення ефективності та упорядкування відносин у сфері захисту від інфекційних захворювань до національного законодавства було внесено та вноситься багато змін. До цих змін прикута увага науковців, фахівців, що займаються закупівлею медичної продукції, та громадськості. Разом із тим 17 березня 2020 року Верховною Радою України був прийнятий Закон України «Про внесення змін до деяких законів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та допоміжних засобів до них, які закуповуються особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я» № 531-IX [1] (далі – Закон України № 531-IX), яким, з-поміж іншого, було закріплено положення про договори керованого доступу. Договори керованого доступу (далі – ДКД) – це новий для вітчизняного законодавства інструмент, спрямований на підвищення доступності лікарських засобів (а також медичних виробів та допоміжних засобів до них, проте з метою спрощення тексту, будемо вказувати лише лікарські засоби).

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Хоча ДКД і є новим явищем для правової науки в Україні, все ж таки слід відзначити роботи вітчизняних науковців, які у своїх роботах згадували про ДКД; це, зокрема, С.Б. Булеца [2] [3], О. М. Заліська, Х.-О.Я. Стасів [4]. ДКД розглядались переважно у роботах іноземних науковців, серед яких варто відзначити праці А. Феррарiо та П. Канавоса [5], М. Клемпа, К. Фронсдала, К. Фейсі [6] та інших. Загалом, окремих досліджень, присвячених ДКД, в Україні


© І. Демченко, 2020

майже не проводилось, і тому дана публікація має на меті провести таке дослідження.

**Мета даної статті** – надати загальну характеристику ДКД за законодавством України. Задля досягнення поставленої мети вбачаємо необхідним вирішити такі **завдання**: розглянути основи застосування ДКД у країнах Європи, дослідити положення статті 79-1 Основ, визначити сторони, предмет та зміст ДКД за законодавством України.

**Виклад основного матеріалу.** ДКД – доволі поширений інструмент у країнах Європи. При цьому підхід та розуміння ДКД може відрізнятися у різних країнах. У зарубіжних дослідженнях пропонуються різні підходи до визначення ДКД. Зокрема, ДКД – це угода між виробником та платником/постачальником, яка забезпечує доступ до (охоплення/відшкодування) медичних технологій за певних умов. Такі угоди можуть мати різноманітні механізми щодо визначення продуктивності технологій або управління технологіями з метою збільшення ефективності їх використання зі зменшенням навантаження на бюджет. [6, p. 79]. Договори керованого доступу – це набір інструментів, спрямований на забезпечення доступу до нових лікарських засобів [7, p. 1271].

Виділяють два види ДКД:

1. Фінансові договори (*financial based*). Угоди між виробником та платником, основані на досліджуваних фінансових показниках [8] або спрямовані на управління впливом на бюджет, що пов'язаний з впровадженням нових технологій [9].

У свою чергу, виділяють фінансові ДКД, спрямовані на забезпечення інтересів пацієнта або населення. До першої (інтереси пацієнта) категорії належать фінансові ДКД, спрямовані на: обмеження витрат (тобто визначена максимальна сукупна вартість лікування на одного пацієнта (протягом певного періоду часу), і поза цим порогом фармацевтичний виробник надає свій препарат зі знижкою або безкоштовно); обмеження використання (тобто загальна кількість доз або циклів лікування узгоджена. Будь-яке перевищення цієї межі карається штрафом); безкоштовне або знижене лікування (тобто терапія безкоштовна або знижена до визначеної кількості доз або циклів лікування). До другої (інтереси населення) категорії належать наступні фінансові ДКД: «знижки» (тобто фармацевтичний виробник надає знижку для Національної служби охорони здоров'я для всіх пацієнтів або для окремої групи пацієнтів, наприклад для осіб, які живуть з ВІЛ/СНІД) та угоди «ціна-обсяг», які можуть бути обмеженими або необмеженими. В угоді «ціна-обсяг» з обмеженнями встановлюється певний обсяг (зазвичай обраховується як прогнозований), який має бути закуплений. Якщо умови договору виконані, зазначена (прогнозована) кількість лікарського засобу закуплена або перевищена – фармацевтичний виробник надає знижку. В угоді «ціна-обсяг» без обмежень ціна лікарського засобу напряму залежить від обсягу поставленого лікарського засобу: чим більший обсяг – тим менша ціна. Це лише декілька можливих варіацій фінансових ДКД.

2. Договори на основі результатів (*outcome based*). Угоди, основані на визначених результатах (зазвичай клінічних), або угоди, основані на дослідженні нових показань. Наприклад, ДКД, ціна яких обраховується виходячи з результатів конкретного пацієнта та можливості відшкодування такого лікування. ДКД на основі результатів потребують значного розвитку оцінки медичних технологій (*Health technology assessment*).

ДКД у законодавстві України. Питанню ДКД в Україні присвячена окрема стаття 79-1 Основ законодавства України про охорону здоров'я (далі – Основи) [10]. Проаналізуємо положення даної статті:

***Сторони ДКД.*** Згідно з частиною 1 статті 79-1 Основ сторонами ДКД є:

(I) Міністерство охорони здоров'я України (далі – МОЗ України) або особа, уповноважена на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я (далі – Закупівельна організація). Натепер такою організацією є Державне підприємство «Медичні закупівлі України». При цьому МОЗ України може бути ініціатором, а Закупівельна організація має діяти за дорученням МОЗ України. Цілком логічно, що стороною ДКД є центральний орган виконавчої влади, який є головним розпорядником бюджетних коштів [11]. Однак у самому визначенні ч. 1 ст. 79-1 Основ йдеться про таке джерело фінансування, як кошти місцевих бюджетів, що видається не зовсім логічним: як МОЗ України (чи Закупівельна організація) зможе оперувати коштами місцевого бюджету, якщо розпорядниками коштів місцевих бюджетів є місцеві державні адміністрації, виконавчі органи та апарати місцевих рад (секретаріат Київської міської ради), головні управління, управління, відділи та інші самостійні структурні підрозділи місцевих державних адміністрацій, виконавчих органів місцевих рад в особі їх керівників (ч. 2, ст. 22) [12].

(II) Заявник, яким є власник реєстраційного посвідчення на оригінальний (інно-

ваційний) лікарський засіб (оригінальний біологічний лікарський засіб) або уповноважений ним представник. Фактично це є фармацевтична компанія, яка здійснює виробництво та/або має патент на інноваційний лікарський засіб. Тобто МОЗ України не може укладати ДКД з компанією, яка фактично не представлена на вітчизняному фармацевтичному ринку. Іноземній компанії, яка здійснює виробництво інноваційного лікарського засобу, щоб укласти ДКД, потрібно пройти процедуру державної реєстрації лікарського засобу в Україні.

***Предмет ДКД.*** Предметом ДКД є постачання оригінального (інноваційного) лікарського засобу (ч. 1, ст. 79-1) [10]. Оригінальний (інноваційний) лікарський засіб – це лікарський засіб, що був уперше у світі зареєстрований на основі повного комплекту документів щодо його якості, безпеки та ефективності (повної реєстраційної інформації) (п. п. 36, п. 1, р. II) [13]. Дане визначення порушує два ключові проблемні аспекти.

Аспект, визначений у процедурі державної реєстрації: предметом ДКД може бути лише оригінальний (інноваційний) лікарський засіб, що, за вищенаведеним визначенням, є таким лікарським засобом, який уперше у світі зареєстрований на основі повної реєстраційної інформації, при цьому такий лікарський засіб має бути зареєстрований в Україні.

Слід зважати, що відповідно до положень ст. 9 Закону України «Про лікарські засоби» [14] в Україні державну реєстрацію лікарського засобу можливо здійснити за повним досьє (автономним досьє) (повна процедура) або за спрощеною процедурою. Спрощена процедура можлива для: (1) лікарських засобів, зареєстрованих компетентними органами Сполучених Штатів Америки, Швейцарії, Японії, Австралії, Канади або зареєстрованих за централізованою процедурою компетентним органом Європейського Союзу; (2) лікарських засобів, які закуповуються спеціалізованими закупівельними організаціями; (3) для лікування соціально небезпечних хвороб (туберкульоз, ВІЛ/СНІД, вірусні гепатити), рідкісних (орфанних) та онкологічних захворювань. Спрощена процедура не передбачає державну реєстрацію за повною реєстраційною інформацією, проте переважна кількість лікарських засобів, які реєструються в Україні за спрощеною процедурою, є оригінальними (інноваційними) лікарськими засобами.

Аспект інтелектуальної власності: вищенаведене визначення «оригінальний (інноваційний) лікарський засіб» критикується за його неповноту (обмеженість) [15], наголошується, що сам термін «інноваційність» означає не лише його першу державну реєстрацію та державну реєстрацію узагалі, а й отримання прав інтелектуальної власності (насамперед, патентного захисту), введення нових речовин, нових показань до застосування, нових методів лікування, що може бути особливо важливим у контексті Covid-19, тощо. Якщо застосувати суто формальний підхід, аспект інтелектуальної власності не впливає на те, чи може бути оригінальний лікарський засіб предметом ДКД. З іншого боку, патентний захист є ознакою, що свідчить про новизну, інноваційність, оригінальність лікарського засобу. Тому підтримуємо пропозицію І. Вороніної, яка пропонує закріпити на законодавчому рівні таке визначення: оригінальний (інноваційний) лікарський засіб – лікарський засіб, що був уперше у світі зареєстрований на основі повного реєстраційного досьє (повного комплекту документів щодо його ефективності, безпеки та якості) та має патентний захист активних компонентів на певний період часу [15, с. 52].

Предметом ДКД, як визначено у ч. 5 ст. 79-1 Основ, можуть бути лікарські засоби, які включені до програми медичних гарантій та які підлягають реімбурсації. Нагадаємо, що такі лікарські засоби мають бути: 1) зареєстровані в Україні; 2) використовуватися для лікування медичних станів (захворювань), визначених Кабінетом Міністрів України; 3) бути включеними до Національного переліку основних лікарських засобів, переліку міжнародних непатентованих назв лікарських засобів, Реєстру лікарських засобів, які підлягають реімбурсації [16].

***Зміст ДКД.*** Ч. 2 ст. 79-1 Основ визначає, які положення має містити ДКД. Зокрема, це:

(1) кількість лікарських засобів, які заявник зобов'язується постачати на територію України протягом строку, визначеного договором керованого доступу;

(2) умови щодо ціни на лікарські засоби, за якою заявник зобов'язується постачати лікарські засоби на територію України протягом строку, визначеного договором керованого доступу;

(3) джерела фінансування придбання лікарських засобів, що є предметом договору керованого доступу;

(4) порядок розірвання договору керованого доступу. До однієї з підстав дострокового розірвання ДКД можна віднести положення ч. 4 ст. 79-1 Основ: у разі державної реєстрації в Україні генеричного лікарського засобу (подібного до біологічного лікарського засобу) із такою самою міжнародною непатентованою назвою, формою випуску та дозуванням, що і лікарський засіб, щодо

якого укладено ДКД, ДКД підлягає достроковому розірванню 31 грудня поточного бюджетного року, якщо строк дії такого договору не закінчується раніше зазначеної дати. Укладення, виконання, зміна та припинення ДКД здійснюються відповідно до положень законодавства України. Звертаємо увагу на положення чинного законодавства щодо визначення генеричного лікарського засобу. Так, генеричний лікарський засіб – лікарський засіб такого самого якісного і кількісного складу діючих речовин і такої самої лікарської форми, як і референтний лікарський засіб, біоеквівалентність якого з референтним лікарським засобом було продемонстровано належними дослідженнями біодоступності. Різні лікарські форми для перорального застосування з негайним вивільненням вважатимуться однією і тією самою лікарською формою. Дослідження біодоступності не вимагатимуться від заявника, якщо він доведе відповідність генеричного лікарського засобу встановленим критеріям, визначеним у відповідних детальних настановах [13]. Положення Основ встановлюють більш жорсткі вимоги до генеричних лікарських засобів, державна реєстрація яких в Україні може бути підставою для дострокового розірвання ДКД.

Договір керованого доступу може містити інші умови та зобов'язання сторін, що не суперечать законодавству.

Порядок проведення переговорів щодо договорів керованого доступу, види таких договорів та порядок їх укладення, виконання, зміни та припинення, а також типова форма такого договору затверджуються Кабінетом Міністрів України [10, ч. 4, ст. 79-1]. Натепер підзаконні нормативно-правові акти, які б розкривали ці питання, не затверджені. Відповідно до Закону України № 531-IX, Кабінет Міністрів України має протягом 6-ти місяців з моменту набрання чинності (18 березня 2020 року) цим законом: (1) розробити та затвердити постанову Кабінету Міністрів України, якою встановити порядок проведення переговорів щодо договорів керованого доступу, види таких договорів та порядок їх укладення, виконання, зміни та припинення; (2) привести свої нормативно-правові акти у відповідність до цього Закону у частині забезпечення функціонування договорів керованого доступу; (3) забезпечити перегляд та приведення міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади їх нормативно-правових актів у відповідність до цього Закону в частині забезпечення функціонування договорів керованого доступу. Фактично Кабінет Міністрів України має термін до 18 вересня 2020 року для розроблення відповідних нормативно-правових актів та приведення у відповідність чинних.

Відзначаємо, що стосовно видів ДКД, які зазначені вище, в Україні йдеться про фінансовий ДКД на основі знижки. Хоча зазначені положення ч. 4 ст. 79-1 Основ дають можливість припустити, що можливі й інші види договорів.

Звертаємо увагу, що у статті використовується термін «переговори», який є не розкритим у чинному законодавстві України. Зазвичай цей термін використовується в аспекті домовленостей, які передують укладанню правочинів [17, с. 16].

Інформація з обмеженим доступом. Сторони договору керованого доступу можуть визначити окремі положення ДКД інформацією з обмеженим доступом [10, ч. 6 ст. 79-1]. Однак, відповідно до ч. 7 ст. 79-1 Основ, МОЗ України розміщує на своєму офіційному веб-сайті інформацію про міжнародну непатентовану назву, торговельну назву, форму випуску та дозування лікарського засобу, щодо якого укладено договір керованого доступу, назву заявника, інформацію про уповноваженого представника заявника (за наявності), строк дії договору керованого доступу. Будь-які положення щодо транспарентності діяльності державних органів є значним досягненням і повинні всіляко вітатися.

Питання доступу до інформації щодо умов ДКД є актуальним і для інших країн. Так, у Франції, Бельгії, Чехії умови ДКД є суворо конфіденційними. В Італії, Великобританії, Уельсі, Шотландії та Швеції є публічною інформацією, за винятком ціни на лікарські засоби [18]. Саме інформація про кількість та ціну на лікарські засоби є ключовою. На сайті ж МОЗ України такої інформації не буде, та, вірогідно, сторони визначать інформацію про кількість та ціни конфіденційною.

Істотною умовою договору, з-поміж іншого, є умова щодо строку дії договору. У європейській практиці застосовуються ДКД строком до 5 років (переважно 2-3 роки) з можливістю їх перегляду за певних умов (зміна ціни, допуск на ринок нових препаратів тощо). Залежить строк дії ДКД від класу інноваційного препарату, обсягу закупівель та законодавчих вимог кожної країни [3, с. 288]. Мабуть, в Україні ДКД також буде укладатись на такі самі терміни.

Наостанок спробуємо визначити можливі перспективи ДКД в Україні. Для цього слід звернути увагу на наявний досвід застосування ДКД у європейських країнах. Інформація щодо ДКД часто є конфіденційною інформацією, і тому будь-які дослідження

базуватимуться на неповній інформації. Наприклад, у дослідженні 2017 року [18] проводився аналіз ДКД у 8 країнах, що входять до Європейського Союзу (далі – ЄС), стосовно лікарських засобів для лікування онкологічних захворювань, третина з них була орфанними лікарськими засобами. Ми: 1) взяли за основу інформацію щодо лікарських засобів, які були названі у наведеному дослідженні; 2) перевірили інформацію з Єдиного державного реєстру лікарських засобів України (щодо того, чи зареєстровані такі лікарські засоби в Україні); 3) подивились відомості з Державного реєстру свідоцтв України на знаки для товарів і послуг (щодо того, чи мають такі лікарські засоби патентний захист). Результати цього дослідження є такими.

Bevacizumab (міжнародна непатентована назва, надалі – МНН) – лікарський препарат з найбільшою кількістю ДКД, а саме – 10 ДКД у трьох різних країнах за 6-ма різними показаннями для застосування. В Україні Bevacizumab зареєстрований під торговою маркою АВАСТИН®. Заявником виступає компанія Ф. Хоффманн-Ля Рош Лтд, Швейцарія.

Enzalutamide (МНН) та aberitaterone acetate (МНН) – ДКД для цих препаратів, які застосовуються у лікуванні раку простати, наявні у шести з восьми досліджуваних країн.

Enzalutamide в Україні зареєстрований під торговою маркою Кстанді® (свідоцтво на знак для товарів та послуг від 25.06.2020), заявником виступає компанія Астеллас Фарма Юроп Б.В., Нідерланди. Aberitaterone acetate в Україні зареєстрований під торговою маркою Зитига® (свідоцтво на знак для товарів та послуг від 25.05.2012. Діє до 30 червня 2021 року).

Вищезазначені три препарати мають потенційну можливість стати предметом ДКД в Україні. Формування більш точного переліку, проведення переговорів має розпочати безпосередньо Міністерство охорони здоров'я України (або за дорученням МОЗ – ДП «Медичні закупівлі України») вже у 2020 році для того, аби укласти перші ДКД на 2021 рік.

**Висновки**

Підсумовуючи наведене вище, враховуючи зазначені положення національного законодавства, певним чином спростимо визначення ДКД. Отже, договір керованого доступу – це договір, що укладається між Міністерством охорони здоров'я України (Закупівельною організацією) та фармацевтичною компанією (її представником) щодо постачання оригінального (інноваційного) лікарського засобу на територію України за кошти державного бюджету та/або місцевих бюджетів з метою забезпечення доступності таких лікарських засобів для пацієнтів.

Особливостями ДКД є:

– визначені сторони ДКД; особливий предмет;

– визначене джерело оплати / коштів;

– особливий порядок укладання, виконання, зміни та припинення;

– положення щодо доступності інформації про ДКД.

ДКД – один із можливих способів забезпечення доступності насамперед нових, оригінальних (інноваційних, захищених патентами) лікарських засобів.

При цьому ДКД для трьох основних заінтересованих осіб матиме різні переваги та недоліки.

Для держави (в особі Міністерства охорони здоров'я України) – це можливість забезпечити доступність оригінальних (інноваційних) лікарських засобів для населення; потенційно – заощадити кошти державного бюджету.

Для фармацевтичних компаній укласти вигідні угоди для гарантованого доступу своїх препаратів на фармацевтичних ринок України.

Для пацієнтів – отримати оригінальні лікарські засоби у рамках програми медичних гарантій чи інших спеціалізованих програм.

ДКД можуть стати інструментом, який збалансує зазначені інтереси.

**Список використаних джерел:**

1. Про внесення змін до деяких законів України, спрямованих на підвищення доступності лікарських засобів, медичних виробів та допоміжних засобів до них, які закуповуються особою, уповноваженою на здійснення закупівель у сфері охорони здоров'я : Закон України № 531-IX від 17 березня 2020 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. №. 26. С. 30. Ст. 956.

2. Булеца С. Б. Особливості договору керованого доступу в умовах COVID-19. *Проблеми правового регулювання цивільних відносин в умовах COVID-19* : матеріали Всеукраїнської науково-практичної онлайн конференції 23 квітня 2020 року. Одеса : Фенікс, 2020. С. 12–19.

3. Булеца С. Б. Договір керованого доступу в умовах пандемії: переваги та недоліки. *Права приватної особи в умовах пандемії COVID-19: проблеми здійснення та захисту* / за ред. Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, К. І. Бєляков. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2020.

4. Заліська О. М., Стасів Х.-О. Я. Науково-методичне обґрунтування та використання методології «Угоди керованого доступу» для інно-

ваційних лікарських засобів у системі оцінки медичних технологій в Україні. *Фармацевтичний журнал*. 2019. №. 4. С. 32–40.

5. Ferrario A., Kanavos P. Managed entry agreements for pharmaceuticals: the European experience. Brussels, 2013.

6. Klemp M., Frønsdal K. B., Facey K. What principles should govern the use of managed entry agreements? *International Journal of Technology Assessment in Health Care*. 2011. Vol. 27. No. 1. P. 77–83.

7. The Implementation of Managed Entry Agreements in Central and Eastern Europe: Findings and Implications / Ferrario A., Arāja D., Bochenek T. та ін. *PharmacoEconomics*. 2017. Vol. 35. No. 12. P. 1271–1285.

8. Bouvy J. C., Sapede C., Garner S. Managed entry agreements for pharmaceuticals in the context of adaptive pathways in Europe. *Frontiers in Pharmacology*. 2018. Vol. 9.

9. Reconciling uncertainty of costs and outcomes with the need for access to orphan medicinal products: A comparative study of managed entry agreements across seven European countries / Morel T., Arickx F., Befrits G. та ін. *Orphanet Journal of Rare Diseases*. 2013. Vol. 8. No. 1.

10. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 № 2801-XII (із змінами). *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. С. 19.

11. Порядок використання коштів, передбачених у державному бюджеті для виконання програм та здійснення централізованих заходів з охорони здоров'я : затверджений Постановою Кабінету Міністрів України № 298 від 17 березня 2011 року (у редакції Постанови Кабінету Міністрів № 1172 від 27 листопада 2019 року) (зі змінами). *Офіційний вісник України*. 2011. № 22. С. 56. Ст. 917.

12. Бюджетний кодекс України : Закон України № 2456-VI від 08 липня 2010 року (зі змінами). *Офіційний вісник України*. 2010. № 59. С. 9.

13. Порядок проведення експертизи реєстраційних матеріалів на лікарські засоби, що подаються на державну реєстрацію (перереєстрацію), а також експертизи матеріалів про внесення змін до реєстраційних матеріалів протягом дії реєстраційного посвідчення : затверджено Наказом Міністерства охорони здоров'я України № 426 від 26 липня 2005 року (у редакції наказу Міністерства охорони здоров'я України № 460 від 23 липня 2015 року) (зі змінами). *Офіційний вісник України*. 2005. № 39. С. 107. Ст. 2494.

14. Про лікарські засоби : Закон України № 123/96 від 04 квітня 1996 року (зф змінами). *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 22. С. 86.

15. Вороніна І. С. Правова характеристика інноваційних лікарських засобів. *Право та інновації*. 2015. № 2 (10). С. 49–54.

16. Порядок реімбурсації лікарських засобів : затверджено Постановою Кабінету Міністрів України № 152 від 17 березня 2017 року (у редакції постанови Кабінету Міністрів України № 135 від 27 лютого 2019 року) (зі змінами). *Офіційний вісник України*. 2017. № 26. С. 75. Ст. 749..

17. Кармаза О. Медіація та переговори як альтернативні способи вирішення спорів. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 5. С. 13–18.

18. Managed Entry Agreements for Oncology Drugs: Lessons from the European Experience to Inform the Future / Pauwels K., Huys I., Vogler S. та ін. *Frontiers in Pharmacology*. 2017. Vol. 8.

**Ivan Demchenko. Managed entry agreements: general characteristics**

*This article examines the new provisions of the Fundamentals of the legislation of Ukraine on health care for managed entry agreements. An overview of managed entry agreements in European practice is provided: financial agreements and performance-based agreements. It is noted that managed entry agreements combine from different variations of tools, mechanisms aimed to provide access to medicines. Usually, it's an agreement between the manufacturer (distributor) and the customer (there may be different subjects). The provisions of Article 79-1 of the Fundamentals of the legislation of Ukraine on health care regarding the parties, subject matter, content of managed entry agreements are analyzed. The parties are the Ministry of Health of Ukraine and / or the purchasing organization and the applicant and / or the holder of the registration certificate for the original (innovative) medicinal product. A managed entry agreement cannot be concluded with a company that is not represented on the pharmaceutical market of Ukraine. Attention is drawn to the problems in determining the subject of controlled access agreements - the original (innovative) medicinal product in terms of requirements for its state registration and aspects of intellectual property rights. The position on consolidating the definition of an original (innovative) medicinal product at the legislative level is supported. The subject of managed entry agreement can be both medicines that are included in the medical guarantee program and those that are subject to reimbursement. The content of managed entry agreement are provisions on the number of drugs; conditions regarding medicines prices; sources of financing for purchase of medicines; termination procedure (including special grounds for early termination of managed access agreements, like registration of generic medicine with the same substance); term of the agreement. A characteristic feature is the issue of information transparency of managed entry agreements. Information on the quantity and price of medicines is essential and most valuable. Such information will not be publicly available, as the parties will define such information as confidential. It is concluded that Ukraine has a financial agreement of managed entry on the basis of a discount (the price of the drug), but the provisions of current legislation do not explicitly prohibit the use of other types of agreements.*

**Key words:** availability of medicines, original medicines, managed entry agreements, purchase of medicines, innovation.

УДК 346.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.13

***Вадим Коверзнев,***
*докт. юрид. наук, доцент,*
*старший науковий співробітник*
*Інституту економіко-правових досліджень імені В. К. Мамутова*
*Національної академії наук України*

# ЕФЕКТИВНІСТЬ СУДОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ УЧАСНИКІВ ЕКОНОМІЧНИХ ВІДНОСИН ЯК КРИТЕРІЙ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ

*У статті акцентовано увагу на тому, що забезпечення рівного доступу до правосуддя є однією з основних цілей нової програми розвитку людства до 2030 року, затвердженої Резолюцією Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 25 вересня 2015 року.*

*Доведено, що неодмінною умовою забезпечення особі права доступу до правосуддя є спроможність суду ефективно виконувати свої повноваження, яка напряму залежить від якості національного законодавства, котре повинно забезпечувати суд дієвими інструментами протистояння можливим деструктивним діям з боку учасників судового процесу та інших осіб, які зловживають своїми процесуальними правами, використовуючи їх з метою перешкоджання здійсненню судочинства шляхом зриву судових засідань або затягування судового розгляду справи та відтермінування в такій спосіб ухвалення правосудного рішення. Підкреслено, що якісне процесуальне законодавство забезпечує можливість реального здійснення судом контрольних функцій за примусовим виконанням державною виконавчою службою або приватними виконавцями ухвалених ним судових рішень, що набрали законної сили.*

*У процесі дослідження зроблено висновки, що чинне національне законодавство України містить окремі недоліки, які знижують ефективність судового захисту прав учасників економічних відносин, що зумовлює потребу його удосконалення.*

*Обґрунтовано необхідність запровадження юридичної відповідальності за ігнорування суб'єктами владних повноважень, які у своїй діяльності застосовують норми права, висновків Верховного Суду; розширення процесуальних повноважень господарського суду у сфері здійснення судового контролю за примусовим виконанням ухвалених ним судових рішень шляхом надання суду права скасовувати рішення (постанови) державного або приватного виконавця, які визнано судом неправомірними.*

*Запропоновано активізувати на загальнодержавному рівні інформаційну діяльність, спрямовану на підвищення авторитету судової гілки влади України; проведення Верховним Судом узагальнення судової практики щодо притягнення до кримінальної відповідальності за умисне ухилення від виконання судового рішення або перешкоджання його виконанню з метою правильної кваліфікації цих дій правоохоронними органами та судами нижчого рівня.*

**Ключові слова:** господарське судочинство, учасники економічних відносин, ефективний судовий захист.

**Постановка проблеми.** Резолюцією Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 25 вересня 2015 року затверджено нову програму розвитку людства «Перетворення нашого світу: Порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року» (далі – Програма), яка підлягає реалізації усіма країнами світу, що прагнуть розвиватися на засадах співробітництва і партнерства. Програма складається із 17 цілей, спрямованих на подолання бідності, побудову миролюбного та справедливого суспільства, подальшу реалізацію прав людини, досягнення гендерної рівності.

Серед запланованих цілей Програми є забезпечення рівного доступу до правосуддя, що ґрунтується на повазі прав людини, верховенстві права і належному врядуванні на всіх рівнях, а також на прозорих, ефективних і підзвітних інституціях [1].

Верховенство права як комплексна юридична категорія складається з таких базових елементів, як:

1) дотримання основоположних прав людини, закріплених у Конституції та міжнародних актах, що є частиною національного законодавства України;


© В. Коверзнев, 2020

2) відповідність національних законодавчих актів принципу юридичної визначеності та основоположним правам, закріпленим у Конституції України та міжнародно-правових актах;

3) забезпечення кожному права на незалежний, неупереджений і справедливий суд, реальне виконання ухвалених судових рішень [2, с. 250].

Неодмінною умовою забезпечення особі права доступу до правосуддя є спроможність суду ефективно виконувати свої повноваження, що напряму залежить від якості національного законодавства, яке повинно надавати суду інструменти протистояння деструктивним діям учасників судового процесу, які зловживають своїми процесуальними правами, використовуючи їх з метою затягування розгляду справи, перешкоджають здійсненню судочинства та ухваленню правосудного рішення, а також забезпечувати здійснення судом контрольних функцій за виконанням рішення, що набрало законної сили.

Як випливає з офіційних статистичних даних про роботу органів державної виконавчої служби та приватних виконавців [3], протягом 2018 року на примусовому виконанні в органах державної виконавчої служби та у приватних виконавців усього перебувало 3 409 043 виконавчих документа. З них: фактично виконано 907 120 виконавчих документів (26,6 % від загальної кількості документів, що перебували на виконанні); повернуто через неможливість примусового виконання 1 158 689 виконавчих документів (33,98 % від загальної кількості документів); решта виконавчих документів перебували на примусовому виконанні.

Зазначене свідчить про те, що фактичне виконання судових рішень в Україні перебуває на доволі низькому рівні, що значно знижує ефективність судового захисту прав особи та потребує вжиття дієвих заходів, спрямованих на покращення ситуації в цій сфері.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Наукове дослідження аспектів, що впливають на ефективність судового захисту прав учасників економічних відносин, наразі залишається поза увагою представників школи господарського права, що зумовлює актуальність вибраної теми.

**Метою статті** є аналіз чинного законодавства України з метою виявлення недоліків правового регулювання доступу до правосуддя, а також напрацювання пропозицій, спрямованих на покращення ефективності судового захисту прав учасників економічних відносин.

**Виклад основного матеріалу.** Законом України від 03.10.2017 № 2147-VIII викладено нову редакцію Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК), що діє з 15.12.2017 і визначає юрисдикцію та повноваження господарських судів [4].

Однією з основних засад господарського судочинства, визначених статтею 2 ГПК, є неприпустимість зловживання процесуальними правами та обов'язковість судового рішення.

Слід зазначити, що обов'язковість судового рішення гарантована статтею 129 Конституції України [5] як одна з основних засад судочинства.

Принцип обов'язковості судових рішень, що набрали законної сили, полягає в тому, що всі органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові та службові особи, а також фізичні і юридичні особи та їх об'єднання на всій території України зобов'язані виконувати судові рішення, які стосуються прав і обов'язків зазначених осіб; цей принцип поширюється виключно на тих осіб, яких залучено судом до участі в справі.

У разі, якщо судовим рішенням вирішено питання про права, інтереси та обов'язки осіб, які не були залучені до участі в справі в якості сторони, такі особи мають право апеляційного оскарження судового рішення. Подання такою особою апеляційної скарги є безумовною підставою для скасування апеляційним судом судового рішення місцевого суду (ст. 277 ГПК).

Частиною п'ятою статті 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» запроваджено інститут обов'язковості висновків Верховного Суду для суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права [6].

Вказаний інститут не пов'язаний з обов'язковою участю особи в справі, а поширює свою дію на невизначене коло суб'єктів владних повноважень, які здійснюють нормозастосовну діяльність.

На жаль, закріплений у Конституції та законах України принцип обов'язковості судових рішень на практиці виявив свою недієвість, оскільки, як показує статистика, стан виконання судових рішень в Україні залишається критично низьким.

Вказане пояснюється не лише скрутним фінансовим становищем, в якому нині перебувають більшість учасників економічних відносин, та їхньою нездатністю виконувати зобов'язання, а й банальним небажанням боржників виконувати судове рішення та недостатністю наявних механізмів примусу та контролю за виконанням судових рішень.

Зокрема, частиною другою статті 18 ГПК України передбачено, що невиконання судо-

вого рішення є підставою для відповідальності, встановленої законом. Наведена норма має банкетний характер і відсилає до застосування іншого закону.

Водночас статтею 382 Кримінального кодексу України встановлено, що *умисне невиконання* вироку, рішення, ухвали, постанови суду, що набрали законної сили, *або перешкоджання їх виконанню* – карається штрафом від п'ятисот до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк до трьох років; ті самі дії, вчинені службовою особою, – караються штрафом від семисот п'ятдесяти до однієї тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням волі на строк до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років; дії, передбачені частиною першою або другою цієї статті, вчинені службовою особою, яка займає відповідальне чи особливо відповідальне становище, або особою, раніше судимою за злочин, передбачений цією статтею, або якщо вони заподіяли істотну шкоду охоронюваним законом правам і свободам громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб, – караються позбавленням волі на строк від трьох до восьми років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Хоча в Україні й запроваджено механізм притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які умисно ухиляються від виконання судових рішень або перешкоджають виконанню судових рішень, проте кількість обвинувальних вироків за статтею 382 КК України є незначною.

Вказане пов'язано як із складністю доведення в суді умислу особи на ухилення від виконання судового рішення або умислу на перешкоджання виконанню судового рішення, так і низькою кваліфікацію співробітників правоохоронних органів, які виявляють неспроможність зібрати належні та переконливі докази вини особи у вчиненні вказаного кримінального правопорушення.

Негативний вплив має й безпідставна критика в засобах масової інформації діяльності судів України та необґрунтоване звинувачення їх у винесенні неправосудних рішень, що лунає від найвищих посадових осіб держави, що принижує авторитет судової гілки влади та утверджує переконання в можливості невиконання судових рішень.

Покращення ситуації в цій сфері можливо виключно шляхом незаангажованого висвітлення діяльності судової гілки влади та вжиття заходів щодо підвищення її авторитету серед населення України.

Крім того, існує потреба в проведенні Верховним Судом узагальнення практики притягнення осіб до кримінальної відповідальності за умисне ухилення від виконання судового рішення або перешкоджання виконанню судового рішення для того, щоб правоохоронні органи та суди мали чітке розуміння того, що вважається умисним ухиленням від виконання судового рішення та перешкоджанням виконанню судового рішення, при цьому правильно кваліфікували такі дії.

Проголошуючи обов'язковість висновків Верховного Суду для суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права, законодавець не передбачив правових наслідків порушення вказаного припису статті 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», у зв'язку з цим особи, які наділені владними повноваженнями та застосовують у своїй діяльності норми права, часто ігнорують правові висновки Верховного Суду і тлумачать чинне законодавство на власний розсуд.

З метою спонукання суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, дотримуватися висновків Верховного Суду необхідно запровадити для таких осіб адміністративну відповідальність за недотримання правових висновків і кримінальну відповідальність у тих випадках, коли такими діями заподіяно істотну шкоду правам і свободам громадян, державним чи громадським інтересам або інтересам юридичних осіб.

Статтею 135 ГПК передбачена можливість накладення на учасника справи та/або його представника штрафу за невиконання процесуальних обов'язків, покладених на цих осіб судом, а також за зловживання процесуальними правами та вчинення дій або допущення бездіяльності з метою перешкоджання судочинству. Штраф накладається ухвалою суду (ч.2 ст. 131) і становить від одного до десяти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб (ч. 1 ст. 135); у разі систематичного невиконання процесуальних обов'язків, повторного чи систематичного зловживання процесуальними правами сума штрафу, що має право накласти суд, збільшується і становить від п'яти до п'ятдесяти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб.

Передбачені в чинному ГПК заходи процесуального примусу, що може застосувати суд до осіб, які не виконують процесуальні обов'язки та зловживають процесуальними правами, видаються достатніми і такими, що забезпечують адекватну протидію судом цим порушенням.

Особливе значення в контексті забезпечення ефективності правосуддя має механізм контролю господарського суду за примусовим виконанням ухвалених ним судових рішень, що здійснюється органами державної виконавчої служби та приватними виконавцями.

Так, згідно зі статтею 339 ГПК сторони виконавчого провадження мають право звернутися до господарського суду зі скаргою, якщо вважають, що рішенням, дією або бездіяльністю державного виконавця чи іншої посадової особи органу державної виконавчої служби або приватного виконавця під час виконання судового рішення порушено їхні права.

За приписом частини другої статті 343 ГПК у разі встановлення обґрунтованості скарги суд визнає оскаржувані рішення, дії чи бездіяльність неправомірними і зобов'язує державного виконавця або іншу посадову особу державної виконавчої служби, приватного виконавця усунути порушення (поновити порушене право заявника). Таким чином, наведена норма ГПК надає господарському суду право постановити за результатами розгляду скарги на дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи органу державної виконавчої служби або приватного виконавця судове рішення виключно зобов'язального характеру, яке лише зобов'язує суб'єкта оскарження вчинити певні дії з метою поновлення порушених прав заявника.

На практиці трапляються випадки, коли господарський суд визнає оскаржувану учасником виконавчого провадження постанову державного виконавця або приватного виконавця неправомірною та зобов'язує усунути порушення прав учасника виконавчого провадження, але державний (приватний) виконавець ухиляється від вчинення дій щодо скасування визнаної судом незаконною постанови (наприклад, постанови про закінчення виконавчого провадження через неможливість виконання виконавчого документа без участі боржника), у зв'язку з цим фактичне відновлення прав учасника виконавчого провадження не відбувається, а судове рішення залишається невиконаним.

Тому доцільно змінити норму частини другої статті 343 ГПК, надавши господарському суду право не лише визнавати неправомірним, але й скасовувати рішення (постанови) державного або приватного виконавця, які визнано судом неправомірними.

**Висновки**

Проведене дослідження дозволяє дійти висновку, що чинне законодавство України містить окремі недоліки, які знижують ефективність судового захисту прав учасників економічних відносин, що зумовлює потребу його удосконалення. З цією метою пропонується запровадження юридичної відповідальності за ігнорування суб'єктами владних повноважень, які у своїй діяльності застосовують норми права, висновків Верховного Суду, а також розширення процесуальних повноважень господарського суду у сфері здійснення судового контролю за виконанням ухвалених ним судових рішень.

Крім того, доцільно активізувати на загальнодержавному рівні інформаційну діяльність, спрямовану на підвищення авторитету судової гілки влади України; здійснювати узагальнення Верховним Судом судової практики щодо притягнення до кримінальної відповідальності за умисне ухилення від виконання судового рішення або перешкоджання його виконанню з метою правильної кваліфікації цих дій правоохоронними органами та судами нижчого рівня.

**Список використаних джерел:**

1. Перетворення нашого світу: Порядок денний у сфері сталого розвитку до 2030 року : Резолюція Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 25.09 2015. URL: http://sdg.org.ua/ua/resources-2/344-2030-2015 (дата звернення: 09.03.2020).

2. Господарське законодавство України: перспективи модернізації на засадах сталого розвитку : монографія / під заг. ред. В. А. Устименка. Київ : НАН України, Інститут економіко-правових досліджень, 2019. 320 с.

3. Звіт про роботу органів та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів, про стан виконання судових рішень і рішень інших органів (крім рішень про стягнення періодичних платежів) у 2018 році : форма № 1, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 23.06.2018 № 1979/5. URL: http://www.ae.org.ua/wp-content/uploads/2019/03/ae.org_.ua-%D0%B7%D0%B2%D1%96%D1%82-2018. pdf. (дата звернення: 09.03.2020).

4. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.

5. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. (зі змін. та допов.). *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

6. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 № 1402-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

7. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III (зі змін. та доповн.). *Відомості Верховної Ради України*. № 25-26. Ст. 131.

**Vadym Koverznev. Effectiveness of judicial protection of the rights of participants in economic relations as a criterion for ensuring access to justice**

*The article emphasizes that ensuring equal access to justice is one of the main goals of the new program of human development until 2030, approved by the Resolution of the United Nations General Assembly of September 25, 2015.*

*It is proved that a prerequisite for ensuring a person's right of access to justice is the ability of the court to effectively exercise its powers, which directly depends on the quality of national law, which should provide the court with effective tools to counter possible destructive actions by litigants and others. rights, using them to prevent the administration of justice by disrupting court hearings or delaying the trial and thus postponing the adoption of a judicial decision. It is emphasized that high-quality procedural legislation provides for the possibility of real implementation by the court of control functions over the enforcement of the state executive service or private executors of court decisions adopted by it, which have entered into force.*

*In the course of the study, it was concluded that the current national legislation of Ukraine contains certain shortcomings that reduce the effectiveness of judicial protection of the rights of participants in economic relations, which necessitates its improvement.*

*The necessity of introduction of legal responsibility for ignoring by subjects of the power which in the activity apply norms of the right, conclusions of the Supreme Court is proved; expansion of procedural powers of the commercial court in the field of judicial control over the implementation of court decisions by granting the court the right to cancel decisions (resolutions) of public or private executors, which are recognized by the court as illegal.*

*It is proposed to intensify information activities at the national level aimed at increasing the authority of the judiciary of Ukraine; conducting by the Supreme Court of generalization of judicial practice on bringing to criminal responsibility for intentional evasion of execution of a court decision or obstruction of execution of a court, in order to properly qualify these actions by law enforcement agencies and lower courts.*

**Key words:** commercial litigation, participants of economic relations, effective judicial protection.

УДК 346.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.14

***Родіон Поляков,***
*юрист*

# ПІДСТАВИ ВІДКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВІ ПРО БАНКРУТСТВО (НЕСПРОМОЖНІСТЬ) В УКРАЇНІ ТА В НІМЕЧЧИНІ

*Стаття присвячена порівняльно-правовому аналізу підстав відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність) в Україні та Німеччині. Вказано на наявність спільного історичного розвитку конкурсного процесу на теренах України та Німеччини. Проведений аналіз та порівняння деяких положень чинного в Україні Кодексу України з процедур банкрутства із Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», Кодексом неспроможності у Німеччині, а також із певними положеннями Римського права.*

*Наводяться спільні підстави для відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність) в Україні та Німеччині. Вказано на необґрунтоване пом'якшення бар'єрів для відкриття провадження у справі про банкрутство в Україні. Втім, не дивлячись на певну схожість, наголошується на тому, що в Україні законодавець не передбачає наявності сталої неплатоспроможності у боржника задля ініціювання процедури банкрутства кредитором.*

*Автор звертає увагу на те, що конкурсне законодавство Німеччини передбачає заборону на відкриття провадження у справі про неспроможність щодо майна, яке належить Федерації, Землі або юридичній особі публічного права, яка за Земельним законом не може бути визнана неспроможною.*

*У статті дається аналіз прийнятим Верховною Радою України змінам до Кодексу України з процедур банкрутства. В той самий час зазначається про наявність необхідності їх доопрацювання у подальшому, у зв'язку з тим, що вони не повною мірою вирішили проблеми із умовами відкриття провадження у справі про банкрутство.*

*Унаслідок дослідження автор доходить висновку про те, що, незважаючи на прагнення українського законодавця покращити та прискорити процедуру банкрутства, сам кодифікований нормативно-правовий акт вийшов доволі передчасно, а його положення потребують гармонізації між собою. Відсутність чіткого законодавчого визначення умов відкриття провадження у справі про банкрутство юридичних осіб може призвести до різноманітних зловживань як із боку кредиторів, так і з боку боржників.*

**Ключові слова:** Банкрутство, конкурсний процес, неспроможність, відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність), неплатоспроможність.

**Постановка проблеми.** Конкурсний процес Німеччини та України має багато подібних рис. Дану особливість можна пояснити наявністю певного спільного історичного розвитку. Відтак початок свого розвитку дані процеси фактично беруть із конкурсного процесу Стародавнього Риму.

Варто зазначити, що на цьому шлях їхнього спільного розвитку не завершується. Наприклад, у часи Київської Русі, за переданням Г.Ф. Шершеневича, було укладено багато двосторонніх договорів між Русю та різними німецькими містами. Суть даних договорів полягала у співробітництві в сфері конкурсного процесу та, серед іншого, надання пріоритетів на погашення вимог руських кредиторів німецькими боржниками і навпаки. [7]

Пізніше, у часи Російської Імперії, до складу якої входила більша частина українських земель, спочатку не існувало єдиного кодифікованого акту, а тому нерідко використовувались норми і прецеденти європейських країн.

Що стосується західних областей нашої держави, які входили до складу Австро-Угорщини, то на їх діяло законодавство про конкурсний процес, яке було дуже подібним до німецького.

Маючи такий давній історичний взаємозв'язок між конкурсними процесами України та Німеччини, факт наявності схожих рис на сучасному етапі не викликає жодного дивування.

Відтак, наразі схожі риси ми знаходимо, серед іншого, і в умовах відкриття прова-

© Р. Поляков, 2020

дження у справі про банкрутство (в Україні) та про неспроможність (у Німеччині). Саме про подібність та відмінність даного етапу конкурсного процесу в обох країнах надалі піде мова.

Теоретичну основу статті становлять праці таких вчених, як: Арне Енгельс, Вечірко І.О., Грабован Л.І., Джунь В.В., Малишев К.І., Поляков Б.М., Тітов М.І., Шершеневич Г.Ф. та інші. Разом із тим актуальним залишається порівняльно-правове дослідження умов та підстав відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність) в Україні та Німеччині, характеристика поняття неплатоспроможності, а також категорій суб'єктів банкрутства (неспроможності).

**Метою статті** є порівняльно-правовий аналіз підстав відкриття провадження у справі про банкрутство (неспроможність), дослідження таких категорій, як неплатоспроможність, неоплатність, загроза неплатоспромжності, а також певні правові обмеження щодо ініціювання процедури банкрутства (неспроможності) відносно юридичних осіб публічного права за правом України та Німеччини.

**Виклад основного матеріалу.** Ключовим нормативно-правовим актом, що регулює правовідносини у справах про банкрутство в Україні, є Кодекс України з процедур банкрутства (надалі КзПБ). У Німеччині таким кодифікованим актом є *Insolvenzordnung* (надалі КН).

Першу схожу рису, яку знаходимо в цих правових актах, є форма заяви про відкриття провадження у справі про банкрутства (неспроможність) та, власне, суб'єкт її подання. Так, заява має бути подана у письмовому вигляді боржником або кредитором (ч. 2 ст. 8 КзПБ, ч. 1 § 13 КН).

Якщо із поняттям кредитора все зрозуміло, то про поняття «боржника» такого сказати неможливо.

Відповідно до статті 1 КзПБ боржником є юридична особа або фізична особа, в тому числі і фізична особа-підприємець, яка неспроможна виконати свої грошові зобов'язання, строк виконання яких настав.

На даному етапі одразу постає питання щодо універсальності наведеного визначення. Тобто, за великим рахунком, під поняття «боржник» у процедурі банкрутства підпадає будь-яка юридична особа? Насправді ні. З самого початку свого існування Кодекс мав наступне виключення – казенні підприємства (ч. 4 ст. 2 КзПБ). На цьому виключення з-під дії КзПБ, в самому Кодексі завершувались.

Безумовно, частина 2 згаданої статті передбачає неможливість застосування законодавства про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом до банківських установ. Однак хіба це не назва попереднього нормативно-правового акта, який регулював провадження у справах про банкрутство? Певно саме таким питанням задались банківські юристи, коли читали положення згаданої статті.

У подальшому законодавець виправив дану помилку Законом 590-IX, яким вніс зміни до Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», зазначивши, що дія КзПБ на банки не поширюється [11].

Отже, аналізуючи вищенаведене, можемо зробити висновок, що у КзПБ наведено занадто універсальне визначення поняття «боржник» і, відповідно, під його дію може підпадати будь-яка юридична особа, навіть яка не має на меті отримання прибутку, навіть юридична особа публічного права.

Наразі вважаємо за необхідне зазначити про визначення поняття «боржник», яке існувало в Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (надалі Закон про банкрутство). Відтак боржником могла бути лише юридична особа – суб'єкт підприємницької діяльності.

Таким чином, разом із вступом у силу КзПБ поновилась дискусія – чи доречним є включення в поняття «боржник» майже усіх юридичних осіб? Чому ми вживаємо термін «поновилась»? Тому що дана дискусія почалась ще за довго до появи КзПБ.

Так, М.І. Тітов у своїх працях зазначає про необхідність становлення суб'єктом банкрутства всіх суб'єктів господарської діяльності [6].

Досить цікавою є і постанова Верховного Суду України від 16 жовтня 2007 року у справі № 2-26/10026-2005(2-26/2865-2006) [5], де Суд дійшов висновку, що дитячий садок може бути суб'єктом банкрутства, оскільки тогочасне законодавство не містило норми, яка би забороняла визнавати установи банкрутом.

Із цього приводу Б.М. Поляков висловив думку, що в разі визнання суб'єктом банкрутства некомерційної організації виникає питання щодо застосування передбачених законом процедур. Відтак автор звертає увагу на те, що застосування ліквідації до таких підприємств щонайменше є несправедливим, оскільки в такий спосіб буде обмежено її право на заняття основною некомерційною діяльністю, через те, що дана організація здійснювала частину

своїх функцій як додаткову комерційну діяльність. Із приводу застосування процедури санації Б.М. Поляков взагалі задається питанням у її доречності, оскільки як можна фінансово оздоровлювати організацію, якщо вона є неприбутковою? [1]

Маємо підтримати наведені думки, адже вони є особливо актуальними в наш час, оскільки одним із багатьох нововведень КзПБ є те, що до юридичної особи може застосовуватись лише дві процедури – санація та ліквідація.

Також Б.М. Поляков зазначив, що в разі розширення поняття «боржник» на юридичних осіб, які не займаються комерційною діяльністю як основною «то в найближчий час суб'єктами банкрутства, стануть: школи, дитячі заклади, вищі навчальні заклади, виправно-трудові установи, а може навіть державні органи влади та управління» [1, с. 220].

Насправді, з такою версією можна довго сперечатись та не погоджуватись. Можливо спробувати обґрунтувати свою позицію рівністю контрагентів, а також тим, що можливість відкриття провадження у справі про банкрутство додасть упевненості під час вибору останнього. Проте всі ці доводи втрачають будь-який сенс при аналізі поняття «грошове зобов'язання», під яке підпадають і комунальні послуги, оскільки законодавець не встановив мінімального розміру таких зобов'язань. Отже, в такому випадку вірогідність відкриття провадження у справі про банкрутство, скажімо, якогось державного органу реально існує.

Проте, врешті-решт, законодавець двічі поставив крапку у цій дискусії. Першою крапкою став вже згаданий Закон про банкрутство, разом із нормою Господарського кодексу України про те, що банкрутом може бути лише суб'єкт господарювання (ч. 3 ст. 209 ГК України). Друга крапка була поставлена нещодавно. Верховна Рада України 05.06.2020 ухвалила законопроект про внесення змін до КзПБ (законопроект № 2276), яким, серед іншого, буде виключено бюджетні установи із дії КзПБ.

Таке рішення є доволі контроверсійним, і має певні плюси та мінуси.

Зокрема, вважаємо унеможливлення визнання бюджетної установи банкрутом вкрай позитивним кроком. Насправді, сама думка про те, що Верховна Рада України або Верховний Суд будуть визнані банкрутом є абсолютно неприйнятною. Законодавцю знадобився майже рік часу для того, щоб зрозуміти всю небезпеку потенційних плодів нового КзПБ.

З іншого боку, наголошуємо на тому, що саме поняття «боржник», яке наведене у КзПБ залишилось незмінним. Таким чином, й надалі залишається можливість розпочати процедуру банкрутства із приводу заборгованості юридичних осіб, які не мають на меті отримання прибутку. Це означає, що найближчим часом ми можемо стати свідками банкрутства політичних партій або якогось ВНЗ. Саме тому, на нашу думку, положення частини 3 статті 209 ГК України є більш вдалими, аніж положення КзПБ. Однак, на жаль, при конкуренції загальної та спеціальної норми має застосовуватись саме спеціальна. Тому поки що маємо ситуацію, в якій під загрозою банкрутства можуть опинитись і юридичні особи, які не є суб'єктами підприємницької діяльності.

Наразі пропонуємо розібратись із поняттям «боржник» за німецьким законодавством.

Насправді КН не наводить чіткого визначення даного терміна, однак у § 11 зазначається, що процедура неспроможності може бути відкрита щодо майна, яке є у власності будь-якої фізичної або юридичної особи. Таким чином, можемо стверджувати, що дане твердження є подібним із нормами КзПБ. Однак, на відміну від першої версії Кодексу, в КН, а саме у § 12 міститься заборона на відкриття провадження у справі про неспроможність щодо майна, яке належить Федерації, Землі або юридичній особі публічного права, яка за Земельним законом не може бути визнана неспроможною.

Таким чином, приходимо до висновку, що у Німеччині Законодавець наводить ще більше обмежень щодо суб'єкта процедури неспроможності. Будь-яке майно, яке належить державі, не може бути передано до конкурсної маси. На нашу думку, це є абсолютно вірне рішення і, як ми бачимо, нещодавно український законодавець вирішив перейняти німецький досвід.

Наступним важливим елементом процедури банкрутства є наявність неплатоспроможності боржника. Саме дана ознака є унікальною рисою конкурсного процесу і, врешті-решт, є основною умовою для ініціювання вищезгаданої процедури. Почнемо з аналізу українського законодавства.

Доволі цікавим є те, що стаття 8 КзПБ, яка присвячена підставам для відкриття провадження у справі про банкрутство, не містить згадки про те, що підставою для відкриття провадження у справі про банкрутство є саме наявність неплатоспроможності. Єдине, що відсилає нас до необхідності існування такої умови, – це положення частини 3 статті 39, а також пункт 8 частини 1 статті 90. У частині 3 статті 39

зазначено, що суд перевіряє можливість боржника виконати власні майнові забов'язання, срок виконання яких настав. Пункт 8 частини 1 статті 90 вказує, що провадження у справі про банкрутство має бути закритим в разі незнаходження судом ознак неплатоспроможності.

Характерним є той факт, що положення статей 34, 37, 38 КзПБ не містять вимоги щодо наявності неплатоспроможності. Звертаємо увагу на те, що дані статті якраз регулюють питання подання, прийняття та відмови у прийнятті заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство.

Із цього приводу доволі влучно висловлюється І.О. Вечірко: «Норми Кодексу, що регулюють підстави для відкриття провадження у справі про банкрутство, відмови у прийнятті заяви та відмови у відкритті провадження у справі, є взаємно неузгодженими та у чинній редакції можуть створити істотні проблеми для їх застосування. Для уникнення таких проблем необхідно внести зміни до відповідних статей Кодексу ще до введення його в дію» [18].

Підтвердження нашої позиції віднаходимо в Постанові Північного апеляційного господарського суду у Справі № 910/2522/20. Відтак суд зазначає, що «стаття 8 КзПБ чітко не передбачає підстави для відкриття провадження у справі про банкрутство. ... підставою для відкриття провадження у справі про банкрутство є неплатоспроможність боржника» [15].

Слід зазначити, що умови відкриття провадження у справі про банкрутство не були чітко сформульованими ще в Законі про банкрутство редакції 2011 року, що зумовило формування цих умов судовою практикою.

Відсутність таких чітких умов для відкриття провадження у справі про банкрутство юридичних осіб може призвести до різноманітних зловижвань як із боку кредиторів, так і з боку боржників із метою рейдерського захоплення підприємтсв, несплати подактів, повернення банківських кредитів, невиконання господарських забов'язань тощо.

Варто наголосити, що стаття 34 КзПБ містить вказівку на те, що заява про відкриття провадження у справі про банкрутство із ініціативи боржника має містити докази загрози неплатоспроможності. Однак до поняття «загрози неплатоспроможності» ми повернемось пізніше.

Саме поняття неплатоспроможності міститься у статті 1 КзПБ, яка закріплює, що це – неспроможність боржника виконати після настання встановленого строку грошові зобов'язання перед кредиторами не інакше, як через застосування процедур, передбачених КзПБ.

На нашу думку, дане визначення не відповідає самому сенсу конкурсного процесу, адже, серед іншого, в його основі лежить саме стійка неплатоспроможність боржника.

У свій час Г. Ф. Шершеневич зазначав: «Припинення платежів є лише одним із зовнішніх виразів платіжної неплатоспроможності і до того ж воно зовсім не безумовне. Боржник може припинити виплати у зв'язку з відсутністю готівкових коштів, що може ще і не доказувати його неспроможності платити, і навпаки, боржник може виконати свої зобов'язання не дивлячись на явні знаки неминучого краху» [7, с. 81].

Таким чином, можемо дійти висновку, що саме по собі прострочення виконання зобов'язання ще не означає неможливість боржника його виконати, оскільки таке прострочення може бути спричинене різними факторами, і найголовніше – мати тимчасовий характер.

Враховуючи дану особливість, законодавець зазначає, що при неплатоспроможності боржник може виконати зобов'язання тільки за допомогою застосування процедур, передбачених КзПБ. І це є абсолютно вірним, оскільки у протилежному випадку ми б отримали величезну кількість неплатоспроможних боржників.

З іншого боку, виникає досить цікава ситуація. Оскільки КзПБ дозволяє відкрити провадження у справі про банкрутство в разі прострочення зобов'язання навіть на один день – це призводить до певних негативних наслідків. Як слушно зазначає Л.І. Грабован: «Як ми знаємо, відкриття провадження у справі про банкрутство тягне за собою відповідні правові наслідки, що впливають на роботу боржника, і в разі зловживання правами ініціюючого кредитора такі обставини можуть негативно вплинути і на роботу окремих підприємств, і на економіку країни в цілому» [17].

Такий стан речей нагадує конкурсний процес Стародавнього Риму.

Відтак в античний період кредитор отримував право на захоплення боржника (manus injecto), який прострочив виконання власних грошових зобов'язань протягом 30 днів.

Наразі КзПБ передбачає можливість подання заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство на перший день прострочення виконання зобов'язання, в той самий час стаття 35 впроваджує термін до 5 днів, після чого буде винесена ухвала про прийняття заяви про відкриття провадження у справі про банкрутство, якою суд може застосувати до боржника заходи забезпе-

чення виконання вимог кредиторів. Тобто замість 30 діб український законодавець надає боржнику лише 5.

У результаті захоплення боржника утримували в кайданах протягом 60 діб. У цей час він мав погасити заборгованість, адже в іншому випадку кредитор міг розпочати процедуру продажу його у рабство.

Наразі ч. 2 ст. 35 КзПБ передбачає, що не пізніше 14 днів із дня постановлення ухвали про прийняття заяви про відкриття провадження у справі, буде проведене підготовче засідання і винесена ухвала про відкриття провадження у справі про банкрутство. Після чого боржника очікуватимуть процедури, передбачені даним кодексом. Тобто замість 60 діб український законодавець надає боржнику лише 14.

Спільними рисами є те, що як і в часи античності, так і в часи Незалежної України потенційно платоспроможний боржник фактично позбавлений можливості задовільнити майнові вимоги кредитора. Оскільки при забороні відчуження основних засобів, так само як і при знаходженні в кайданах, погасити прострочені грошові зобов'язання доволі проблематично.

Також спільним є і негативний відбиток на репутації боржника, який мав місце навіть у випадку виконання вимог кредиторів. Причому кредитор не понесе жодного покарання через таке паплюження ділової репутації платоспроможного боржника, який у подальшому виконає грошові зобов'язання. Таким чином можлива недобросовісна конкуренція на абсолютно законних підставах.

На відміну від Стародавнього Риму, де майже понад 2 400 років назад дійшли думки про необхідність існування сталої неплатоспроможності і саме тому впроваджувався термін у 30 днів прострочення, в сучасній Україні законодавець вирішив, що п'ятиденного терміну є більш ніж достатньо.

Наразі хочемо навести положення Закону про банкрутство, які містили вимогу у наявності виконавчого провадження протягом 3 місяців. На думку законодавця, термін 3 місяці є достатнім, задля того щоб стверджувати про наявність стійкої неплатоспроможності у боржника, а не наявність тимчасових фінансових труднощів.

Важливою особливістю є те, що відлік часу починається саме з моменту початку виконавчого провадження. Дану особливість пояснюємо тим, що при конкурсному процесі важливою умовою є безспірність майнових вимог кредитора. Дана парадигма бере свій початок з періоду античності і наразі залишається одним із фундаментальних принципів процедури банкрутства.

Безспірність майнових вимог кредиторів має підтверджуватись об'єктивними факторами. Закон про банкрутство передбачав обов'язкову наявність судового рішення, яке набрало законної сили, із приводу заборгованості боржника, а факт наявності виконавчого провадження протягом трьох місяців якраз і засвідчує сталу неможливість боржника виконати наявні грошові зобов'язання.

Варто зазначити, що в першій редакції КзПБ зазначалось лише про необхідність відсутності спору про право (ч. 6 ст. 39). Відповідно, наявність спору про право слугує підставою для відмови у відкритті провадження у справі про банкрутство. Однак не вимагалось наявності ані судового рішення, ані переходу на стадію виконавчого провадження. Пізніше законодавець вніс зміни і зазначив, що наявність судового рішення, яке набрало законної сили, є обов'язковою умовою для відкриття провадження у справі.

Варто зазначити, що поняття «спір про право» не було жодним чином конкретизованим у КзПБ. Такий стан речей існував трохи більше півроку, проте із цього приводу вже існує певна судова практика. Відтак Північний апеляційний господарський суд в Постанові у Справі № 910/2522/20 зазначив, що вищезгадане поняття у КзПБ відсутнє, та «законодавець не ототожнює його зі спором, який розглядається у позовному провадженні судом або перебуває на розгляді іншого юрисдикційного органу» [15]. Більше того, у згаданій Постанові суд доходить висновку, що підтвердженням відсутності спору щодо вимог кредиторів є або судове рішення, яке набрало законної сили, або визнання боргу боржником [15]. Таким чином, можемо стверджувати, що дана Постанова дещо випередила час, та її положення знайшли своє відображення у законодавчому акті.

Наразі пропонуємо повернутись до аналізу вищезгаданих змін до КзПБ. У цілому оцінюємо їх як позитивний крок. Щонайменше, завдяки цьому процедура банкрутства в Україні стала більше нагадувати конкурсний процес, аніж наказне провадження. Однак питання про відмежування стійкої неплатоспроможності від тимчасових фінансових труднощів боржника все рівно залишається відкритим. Сам по собі факт наявності безспірних вимог, які хоча і підтверджені судовим рішенням, і є простроченими, ще не означає, що боржник є неплатоспроможним. На нашу думку, наразі є необхідним ввести додатковий фільтр із приводу наявності певного періоду невиконання судового рішення на стадії виконавчого провадження.

Окрім наявності неплатоспроможності боржника, процедура банкрутства в Україні може розпочатись через загрозу неплатоспроможності боржника, виключно з ініціативи самого боржника. Поняття «загроза неплатоспроможності» не є новим для України, оскільки вперше воно з'явилося в Законі про банкрутство, а саме у частині 5 статті 11 зазначалось про обов'язок боржника звернутись із заявою про відкриття провадження у справі про банкрутство в разі наявності загрози його неплатоспроможності. Причому під загрозою неплатоспроможності розумілась ситуація, в якій виконання вимог одного чи декількох кредиторів призведе до неможливості погашення вимог іншого кредитора чи кредиторів [9]. Положення згаданної норми перейшли і до спадкоємця даного нормативного акта.

Здебільшого визнання загрози неплатоспроможності підставою для відкриття провадження у справі про банкрутство за заявою боржника перейшло до нас від німецького законодавства. Саме про підстави для відкриття провадження у справі про неспроможність у Німеччині далі піде мова.

Відтак відповідно до положення § 16 КН провадження у справі про неспроможність має бути відкрите лише за існування певних причин. Відповідно, причин у КН наведено три і вони містяться у § 17, 18 та 19. Такими умовами є: неплатоспроможність, загроза неплатоспроможності та перезаборгованість. Розпочнемо із аналізу неплатоспроможності.

Відтак неплатоспроможність, відповідно до положень КН – це неможливість боржника виконати своїх зобов'язань. У разі якщо боржник припинив їх виконання, кредитор може презумувати наявність неплатоспроможності. З аналізу норм німецького нормативного акта стає зрозуміло, що визначення, як і в українській правовій системі, є занадто широким. Однак, на відміну від нашої системи, в Німеччині існує певна практика щодо розуміння даного поняття. Відтак, як зазначав експерт із права неспроможності в організації PRAVO-JUSTICE Арне Енгельс: «В Німеччині відсутність платоспроможності визначається як невиплата щонайменше 90% боргу протягом наступних трьох тижнів» [14]. Таким чином, ми знаходимо підтвердження нашої описаної позиції про те, що для ініціювання конкурсного процесу необхідна наявність стійкої неплатоспроможності. Звичайно, що період для визначення постійності неплатоспроможності може відрізнятись залежно від правової системи та її історичного розвитку, однак, тим не менш, його існування є необхідним.

Також доволі цікавим є положення щодо несплати щонайменше 90% від своїх зобов'язань. Тобто саме момент невиплати цієї частки від всіх своїх грошових зобов'язань засвідчує об'єктивну наявність фінансових труднощів у боржника і, якщо такі труднощі не зникнуть протягом 3 тижнів, – боржник буде вважатися таким, що має неплатоспроможність.

Наступною підставою для відкриття провадження у справі про неспроможність у Німеччині є вже згадана загроза неплатоспроможності. Дане поняття є дуже подібним із поняттям, яке міститься у КзПБ, оскільки, як зазначалось раніше, туди воно потрапило із Закону про банкрутство, а даний нормативний акт певною мірою перейняв його із КН. Відтак загроза неплатоспроможності є підставою для відкриття провадження у справі про неспроможність виключно за ініціативою боржника. Під загрозою неплатоспроможності в КН зазначається стан боржника, в якому він не буде в змозі виконати свої грошові зобов'язання у майбутньому на момент необхідності їх виконання.

Третьою і останньою підставою є перевищена заборгованість (Überschuldung). Дане поняття для нас є забутим, оскільки і в Законі про банкрутство, і в КзПБ воно відсутнє. Однак воно існує у ч. 4 ст. 205 ГК України.

Під перевищеною заборгованістю слід розуміти положення боржника, в якому сума його боргів перевищує вартість всього його майна та інших активів. Тобто це перевага пасиву над активом.

В українському законодавстві зазначено таке: «У разі неспроможності суб'єкта господарювання через недостатність його майна задовольнити вимоги кредиторів він може бути оголошений за рішенням суду банкрутом» [8].

Також необхідно наголосити на тому, що на теоретичному рівні таке явище отримало назву «неоплатність».

Варто зазначити, що, на нашу думку, дану норму в українському законодавстві слід сприймати лише як визначення можливих негативних наслідків для боржника, в разі його неоплатності, а не як одну із підстав відкриття провадження у справі про банкрутство. Як зазначав Поляков Б.М., в Україні вже був недосконалий закон, «який неплатоспроможність ототожнював із неоплатністю, тобто припущення із реальністю». [1, с. 141]. Також науковець наводить думку про те, що майно боржника перебуває не в одному місці, і його буде дуже важко перевірити та оцінити [1, с. 140]. Тому, на нашу думку, визначення неоплатності, яке наводиться в ГК, здебільшого є зазначенням можливих негативних наслідків.

Якщо повернутись до німецького законодавства, то виникає питання – навіщо виокремлювати перевищену заборгованість як окрему підставу для відкриття процедури неспроможності, якщо вже існує така підстава як, власне, неплатоспроможність? Насправді відповідь є доволі простою. Оскільки для настання неплатоспроможності боржник має не виконати щонайменше 90% своїх грошових зобов'язань протягом 3 тижнів, то може виникнути ситуація, за якої у боржника наявна перевага пасиву над активом, однак кредитори будуть змушені чекати настання вищенаведених умов. При такому очікуванні боржник зможе зробити певні дії, які можуть призвести до настання негативних наслідків для кредиторів.

Так само маємо зазначити, що сама по собі перевага пасиву над активом з давніх давен вважалась об'єктивною ознакою неплатоспроможності боржника. Однак все рівно може виникнути ситуація, за якої боржник хоч і буде мати перевищення пасиву над активом, проте його підприємницька діяльність приноситиме дохід, а отже, неплатоспроможним його назвати точно не видається можливим. З огляду на це, Арне Енгельс зазначив: «Якщо особа чи установа має позитивну ліквідність (Fortbestehensprognose) протягом поточного та наступного ділових років, то вона не вважається перевищено заборгованою» [14].

Таким чином, доходимо висновку, що при перевищенні заборгованості боржник має бути, окрім іншого, збитковим, а отже, знову матиме місце питання наявності стійкої неплатоспроможності.

**Висновки**

Ураховуючи все вищенаведене, а особливо порівняльно-правовий аналіз законодавства України та Німеччини у сфері регулювання банкрутства (неспроможності), можемо стверджувати таке.

Сама по собі поява КзПБ є дещо передчасною, хоча і має на меті позитивні наслідки.

Під позитивними наслідками ми маємо на увазі гармонізацію законодавства України із європейським, оскільки наразі це питання є дуже актуальним. Україна прагне набути членства в Європейському Союзі, а однією з багатьох умов набуття є саме узгодження законодавства.

Також простежуємо прагнення законодавця пришвидшити процедуру банкрутства, тим самим забезпечити більш сприятливі умови для іноземних інвесторів.

З іншого боку, можемо стверджувати, що КзПБ є занадто «сирим» та «зеленим» задля того, щоб бути повноцінним продуктом споживання. Його положення потребують певної гармонізації між собою, не кажучи вже про здійснення їх удосконалення. Безумовно, законодавець вже встиг виправити певні явні недоліки даного акту, однак їх ще залишається чимало.

З метою покращання ефективності застосування КзПБ та унеможливлення зловживань процедурою банкрутства з боку як кредиторів, так і боржників пропонуємо встановити в КзПБ чіткі умови для відкритття провадження у справі про банкрутство для юридичних осіб. При цьому також вбачається необхідність звуження переліку юридичних осіб, які можуть бути суб'єктами банкрутства, введення більшої кількості умов для відкриття провадження у справі про банкрутство, зокрема введення такої передумови як дотримання виконавчого провадження.

**Список використаних джерел:**

1. Поляков Б.М. Право неспроможності (банкрутства) в Україні : підруч. для студ. вищ. навч. закл. Київ : Ін Юре, 2011. 560 с.

2. Поляков Б.М. Казус потенційної ліквідації. URL : https://zib.com.ua/ua/print/138072–za_kzpb_mozhna_zrobiti_bankrutom_bud–yakiy_derzhavniy_organ_.html (дата звернення: 08.06.2020).

3. Поляков Б.М. Принцип доміно. URL : https://zib.com.ua/ua/print/138714-yak_kzpb_mozhe_sprovokuvati_lancyugove_padinnya_pidpriemstv_.html (дата звернення: 08.06.2020).

4. Джунь В.В. Інститут неспроможності: світовий досвід розвитку і особливості становлення в Україні : монографія. Львів : Інститут технологій бізнесу і права, 2000. 177 с.

5. Постанова Верховного Суду України від 16 жовтня 2007 року у справі No 2-26/10026-2005 (2-26/2865-2006) URL : https://ips.ligazakon.net/document/view/VS07901?an=41&ed=2007_10_16 (дата звернення: 08.06.2020).

6. Тітов М.І. Банкрутство: матеріально-правові та процесуальні аспекти. Харків : Консум, 1997. 192 с.

7. Шершеневич Г.Ф. Конкурсное право. Второе издание. Казань: Типография Императорского Университета, 1898. VI. 498 с.

8. Господарський Кодекс України. URL : https://zakon.rada.gov.ua/ laws/show/ 436-15 (дата звернення: 08.06.2020).

9. Закон України Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ 2343-12#n138 (дата звернення 08.06.2020).

10. Кодекс України з процедур банкрутства URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19 (дата звернення: 08.06.2020).

11. Закон України про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення механізмів регулювання банківської

діяльності URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/590-20 (дата звернення: 08.06.2020).

12. Insolvenzordnung. URL : https://www.gesetze-im-internet.de/inso/index.html#BJNR286600994BJNE002000000 (дата звернення: 08.06.2020).

13. Проект Закону про внесення змін до Кодексу України з процедур банкрутства. URL:http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=67107 (дата звернення: 08.06.2020).

14. Interview with Arne Engels, international expert of the EU Project Pravo-Justice, attorney-at-law (Germany), bar certified specialist on banking law and capital markets. URL : https://www.pravojustice.eu/post/intervyu-z-arne-entelsom- mizhnarodnim-ekspertom-proektu-pravo-justice-yuristom-specialistom-z-bankivskogo-prava-ta-rinku-kapitaliv (дата звернення: 08.06.2020).

15. Постанова Північного апеляційного господарського суду у Справі № 910/2522/20 від 28 травня 2020 р. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/ 89593588 (дата звернення: 16.06.2020).

16. Малышев К.И. Избранные труды по конкурсному процессу и иным институтам торгового права. Москва: Статут, 2007. 795 с.

17. Грабован Л. Правовий статус кредиторів у Кодексі України з процедур банкрутства. URL : https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Jukov_Zbirka_Bankrut_v2_191007_out.pdf (дата звернення 03.08.2020).

18. Вечірко І. Умови відкриття провадження у справі про банкрутство згідно з нормами Кодексу України з процедур банкрутства. URL : https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Jukov_Zbirka_Bankrut_v2_191007_out.pdf (03.08.2020).

**Rodion Poliakov. Grounds for initiating proceeding on the case of bankruptcy (insolvency) in Ukraine and Germany**

*The article is devoted to the comparative legal analysis of the grounds for initiating bankruptcy (insolvency) proceedings in Ukraine and Germany. It is pointed out that there is a common historical development of the competition process in Ukraine and Germany. There is an analysis and comparison of some provisions of the Bankruptcy Procedure Code of Ukraine, which now in force, with the Law of Ukraine "On restoring the debtor's solvency or declaring him bankrupt", the Insolvency Code in Germany, as well as with certain provisions of Roman law.*

*There are common grounds for initiating bankruptcy (insolvency) proceedings in Ukraine and Germany. It is pointed out that the barriers to initiating bankruptcy proceedings in Ukraine have been unjustifiably eased. However, despite some similarities, it is emphasized that in Ukraine the legislator does not provide the permanent insolvency of the debtor to initiate bankruptcy proceedings by the creditor.*

*The author draws attention to the fact that the German competition law prohibits the opening of insolvency proceedings in respect of property belonging to the Federation, the Land or a legal entity under public law, which under the Land Law can not be declared insolvent.*

*The article provides an analysis of the amendments to the Bankruptcy Procedure Code of Ukraine adopted by the Verkhovna Rada of Ukraine. At the same time, it is noted that there is a need to refine them in the future, due to the fact that they have not fully resolved the problems with the conditions of the opening of bankruptcy proceedings.*

*As a result of the study, the author concludes that despite the desire of the Ukrainian legislator to improve and speed up the bankruptcy procedure, the codified legal act itself came out quite prematurely, and its provisions need to be harmonized. The lack of a clear legal definition of the conditions for initiating bankruptcy proceedings against legal entities can lead to various abuses by both creditors and debtors.*

**Key words:** Bankruptcy, bankruptcy process, insolvency, opening of bankruptcy (insolvency) proceedings, disability.

УДК 346.9(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.15

***Владислав Сулім,***
*канд. юрид. наук,*
*суддя*
*Північного господарського апеляційного суду*

# ДІЯЛЬНІСТЬ ГОСПОДАРСЬКИХ СУДІВ У СИСТЕМІ СУДОУСТРОЮ УКРАЇНИ

*У статті аналізується діяльність господарських судів. Підкреслюється, що питання організації судоустрою протягом усієї незалежності України постійно привертає увагу науковців і фахівців. Звертається увага, що квінтесенцією судової реформи в Україні стало прийняття Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», який, незважаючи на певні недоліки та правові колізії, покликаний захисти права й законні інтереси громадян і юридичних осіб. Прийняття вказаних спеціальних законів ще більше загострило дискусії щодо ліквідації господарських судів, що, у свою чергу, зумовлює потребу звернути свою увагу на роль і місце господарських судів у сучасній системі судоустрою України. У спеціальній літературі існує два підходи до розуміння діяльності господарських судів. Прихильники першого підходу говорять про необхідність ліквідації господарських судів, інші зазначають, що їх ліквідація не найкращим чином позначиться на довірі інвесторів до нашої держави, захисті прав і законних інтересів суб'єктів підприємництва, забезпеченні належного рівня захисту інвестицій.*

*На підставі аналізу різноманітних думок, аналізу стану здійснення правосуддя під час розгляду господарських справ автор доходить висновку, що судді, які розглядають господарські спори, що мають переважно економічне підґрунтя, є не тільки висококваліфікованими юристами, розуміються не лише на праві, а й на економіці, фінансах тощо, копіткою працею яких повною мірою захищаються права, свободи й законні інтереси всіх учасників господарських правовідносин, що піднімає авторитет України як правової держави.*

*Наявна поглиблена спеціалізація господарських судів щодо розгляду спорів, пов'язаних із відносинами у сфері корпоративних прав, інтелектуальної власності, банкрутства, страхування, банківської діяльності тощо, свідчить про необхідність діяльності господарських судів, а не їх ліквідацію.*

**Ключові слова:** конституція, закони, судочинство, спори, судді, ліквідація, інтереси.

**Постановка проблеми.** За часи незалежності України в державі існує суспільний запит на справедливе судочинство. У структурі державної влади України судова влада посідає особливе місце, що зумовлене її соціальною роллю та специфічними функціями й реалізується шляхом правосуддя в формі цивільного, господарського, адміністративного, кримінального та конституційного судочинства. Про важливість усієї системи судових органів у діяльності держави свідчать норми Конституції України, відповідно до якої правосуддя в Україні здійснюють виключно суди. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються, судові органи виконують свою функцію незалежно від законодавчої й виконавчої влади, в установлених Конституцією межах і згідно із законами України. Проте в засобах масової інформації та спеціальній літературі існують непоодинокі думки щодо ліквідації господарських судів, а глава виконавчого комітету Національної ради реформ при Президенті України М. Саакашвілі взагалі пропонує повністю змінити систему судів і в рази зменшити їх кількість, із нинішніх 764 судів пропонує залишити 200. Однак прийняття останніми роками спеціальних законів щодо діяльності судів, а також унесений до Верховної Ради України Проект Закону України «Про внесення змін і доповнень до деяких законів України з метою вдосконалення цивільного законодавства України» № 2635 зумовлюють потребу звернути свою увагу на роль і місце господарських судів у сучасній системі судоустрою України, актуальність і необхідність проведення дослідження в зазначеній сфері суспільних відносин.

Проблематика діяльності господарських судів у системі судоустрою України постійно перебуває в центрі наукової уваги. У юридичній літературі питання діяльності господарських судів, зокрема, вивчали М. Баженов, С. Бутирський, Г. Буяджи, О. Вінник,

© В. Сулім, 2020

О. Зельдіна, М. Козюбра, О. Коротун, В. Кравчук, В. Рунова, О. Подцерковний, Д. Притика, О. Світличний, В. Сіренко, С. Степанов та інші. Разом із тим предмет наукового інтересу зумовлює формування більш чіткого уявлення про місце й роль господарських судів в умовах сьогодення.

**Метою статті** є вивчення на основі узагальнення зарубіжного досвіду й аналізу стану практики діяльності господарських судів наявних проблем їхньої діяльності.

**Виклад основного матеріалу.** За досить тривалу історію діяльності господарських судів і неодноразові судові реформи система господарських судів України довела ефективність свого функціонування, є зрозумілою та доступною для всіх учасників судового процесу. Мабуть, саме це й привертало увагу дослідників різних галузевих наук до питання становлення, організації та діяльності господарських судів. Про це свідчать праці С. Короєда, А. Кота, Д. Притики, П. Панталієнка, І. Шицького, М. Шатернікова й інших науковців.

Відповідно до норм Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 № 1402-VIII, правосуддя в Україні здійснюється виключно судами та відповідно до визначених законом процедур судочинства. Здійснюючи правосуддя, суди є незалежними від будь-якого незаконного впливу. Суди здійснюють правосуддя на основі Конституції й законів України та на засадах верховенства права.

Вирішення господарських спорів судом є одним із різновидів способів вирішення господарських спорів загалом. Такий порядок вирішення господарських спорів є найбільш привабливим для учасників господарських відносин, оскільки суд, на відміну від інших органів, видає виконавчий документ, який є обов'язковим для виконання, що значно підвищує вірогідність вирішення спору. Безумовно, судовий порядок вирішення спору не є оптимальним, альтернативні способи вирішення спорів мають багато переваг, проте в силу об'єктивних причин (насамперед правових традицій) учасники господарських відносин надають перевагу саме судовому порядку вирішення господарських спорів.

Звертаючись до суду за захистом своїх порушених прав, сторони сподіваються на оперативне та якісне вирішення господарського спору. Саме оперативність і якість є критеріями ефективності діяльності суду. Реформування процесуальних кодексів в Україні зумовлено, серед іншого, невиправданими формальними й неформальними обмеженнями у використанні деяких засобів доказування, нерозвиненістю інструментів підтримки системи альтернативних способів вирішення спорів, надмірними витратами організаційних, людських і фінансових ресурсів для розгляду судом справ незначної складності й таких, спір у яких фактично відсутній, тощо. Якщо ж розглядати проблему неефективного захисту прав суб'єктів господарювання більш глобально, то в процесуальному законодавстві суттєво змінилася роль суду в господарському судочинстві [1, с. 90].

На підставі вищезазначеного можемо зробити опис діяльності господарського суду, до якого входять: 1) діяльність, під якою розуміється система процесуальних дій, що здійснюються на підставі наданих законодавством повноважень, пов'язаних із розглядом господарських спорів, шляхом застосування певних процесуальних засобів, результат яких утілено у відповідному судовому акті, з метою захисту й відновлення прав та інтересів; 2) функція правосуддя, яка є основною та відрізняє діяльність судів, зокрема господарських, від діяльності інших органів влади й полягає в розгляді та вирішенні судом справ, зарахованих до його компетенції; 3) функція відтворення, що розкривається через постійну здатність суду виконувати покладений обсяг повноважень у результаті цілеспрямованої взаємодії всіх ланок інстанційної системи, яка проявляється в прийнятті якісних судових актів; 4) організаційна функція, що характеризується процесуальною формою практичної реалізації діяльності господарського суду [2, с. 165].

Сьогодні господарське судочинство, незважаючи на постійний тиск, є найбільш ефективною гілкою судової системи з вирішення комерційних спорів. Господарський процес відрізняється від інших процесів своєчасністю строків розгляду справи; якістю винесеного рішення; спокійністю судового процесу, оскільки навіть відкриті засідання проводяться в окремому залі, без присутності учасників наступного процесу, що підвищує увагу суду та сторін до суті спору; умінням суддів не лише вирішити справу за законом, а й застосувати всі демократичні процедури з мирного вирішення конфлікту [3, с. 114].

Унаслідок прийняття Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 03.10.2017 № 2147-VIII і, відповідно, унесених змін до Господарського процесуального кодексу України й інших нормативно-правових актів, діяльність господарських судів зазнала суттєвих змін, які стосуються функцій і компетенції, форм і методів їхньої діяльності, що ще раз підкреслює важливість діяльності господарських судів у сучасних умовах. Нова редакція Господарського процесуального

кодексу України є, по суті, новим кодексом, у якому значно розширено законодавче регулювання господарського процесу, зокрема запроваджено нові форми судочинства, нові процесуальні інститути, нові види доказів і включено нових учасників судового процесу. Новим видом для господарського судочинства є створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності як спеціалізованого суду, апеляційний і касаційний розгляд справ також зазнав суттєвих змін [4, с. 7].

Проте, прикриваючись благими намірами (забезпечення єдності судової практики, поліпшення доступу до правосуддя, приведення правосуддя у відповідність до європейських стандартів), у науковій літературі висловлюють пропозицію щодо ліквідації добре налагодженої системи господарських судів. Імовірно, за задумом авторів таких висловлювань, судовий захист прав і законних інтересів суб'єктів підприємництва – це не складна категорія судових спорів, для розгляду яких не потрібні спеціальні знання у сфері господарювання. Такий підхід призведе до хаосу в усій системі господарських правовідносин, що, у свою чергу, негативно позначиться на економіці України загалом.

Спори про захист прав і законних інтересів суб'єктів підприємництва мають свою специфіку, а тому для їх своєчасного й законного вирішення необхідні високопрофесійні фахівці, які володіють спеціальними знаннями в галузі захисту прав і законних інтересів суб'єктів підприємництва. Одним із аргументів прихильників ліквідації системи судового захисту прав і законних інтересів суб'єктів підприємництва є корумпованість цієї системи. Корупція існує в усій судовій системі України без винятку, і це загальновизнаний факт. Але ні в кого не виникає думка про ліквідацію системи правосуддя в Україні загалом. Тому держава повинна забезпечити такі умови здійснення правосуддя, які дадуть змогу позбавитися корупційного складника в цій сфері [5].

Досить проблемним є питання, що стосується забезпечення повноцінної незалежності судової влади у форматі, який існує в більшості держав Європи. Сьогодні в Україні ця проблема має два складники. Першим із них є факти неправомірного втручання сторонніх осіб у професійну діяльність суддів з метою схилити їх у той чи інший спосіб до прийняття бажаного для цих осіб рішення, а другим – прийняття суддями завідомо неправомірних рішень, вироків, ухвал, тобто фактично продовження протизаконної діяльності, розпочатої сторонніми зацікавленими особами. Очевидно, що в разі відсутності державного регулювання цієї проблеми повноцінна інтеграція України до національних європейських структур, насамперед вступ до ЄС, є неможливою [6, с. 8].

Варто зазначити, що в жодній розвинутій країні світу протягом останніх десятиліть не відбулося спрощення у формі ліквідації спеціалізації судів, аналогічне запропонованому вітчизняними реформаторами. У розвинутих країнах повсюдно зберігається та поглиблюється спеціалізація комерційних судів. Це стосується Франції, Бельгії, Португалії, Іспанії, Ісландії, Ірландії, Австрії (у Відні), Данії (у Копенгагені), окремих кантонів Швейцарії, Хорватії. Досвід утворення комерційних судів швидко поширюється у США. Сьогодні дванадцять штатів – Флорида, Джорджія, Іллінойс, Меріленд, Массачусетс, Невада, Нью-Джерсі, Нью-Йорк, Північна Кароліна, Оклахома, Пенсільванія й Род-Айленд – мають комерційні суди в містах або на рівні штату. Хоча в окремих країнах комерційні суди утворені лише у великих містах чи провідних регіонах, але загальна тенденція до поглиблення спеціалізації зберігається. Зокрема, в Англії Комерційний суд має свої відділення в Лондоні, Ліверпулі й Манчестері, спеціальний Суд Адміралтейства та комерційні суди міст діють як місцеві суди відповідної спеціалізації. Ці суди розглядають справи на підставі Цивільно-процесуального акта, але з урахуванням досить розгалужених особливостей, установлених Практичними директивами (Practice Directions), Реєстраційними циркулярами (Registrar's Circulars), виданими цими судами на доповнення до Регламентів судів (Rules of Court), не кажучи вже про Керівництво для комерційного судочинства (The Admiralty and Commercial Courts Guide), яке розробляються суддями Адміралтейства та комерційних судів [7, с. 48].

Про важливість діяльності господарських судів України яскраво свідчать статистичні дані. Аналіз стану здійснення правосуддя під час розгляду господарських справ у 2019 році свідчать, що у 2019 році на розгляд місцевих господарських судів надійшло 161,5 тис. процесуальних звернень, що на 15,5% більше, ніж у 2018 році. Загалом на розгляді перебувало близько 194 тис. процесуальних звернень (на 13,1% більше порівняно з попереднім роком), із яких розглянуто 159,2 тис. (на 16,3% більше, ніж у 2018 році) або 98,6% від тих, що надійшли. Відповідно до рекомендацій Європейської комісії з питань ефективності правосуддя, стандартом, який свідчить про ефективність здійснення судочинства, є показник 95–105%. Він рекомендований як один із інтегральних показників ефективності діяльності суду й розраховується за формулою: кількість розглянутих

справ і матеріалів за звітний період поділити на кількість нових справ і матеріалів, що надійшли за звітний період, і помножити на 100 відсотків.

Наведені показники свідчать про ефективність здійснення судочинства в господарських судах, усі спори вирішуються в розумні строки для вчинення процесуальних дій (середній термін перебування процесуальних звернень на розгляді в місцевих господарських судах становив 82 дні).

Структурний аналіз результатів розгляду основних категорій господарських справ протягом 2019 року показує: традиційно найбільше (49,5%) розглянуто справ з майнових спорів, що виникають під час виконання господарських договорів та з інших підстав, – 37,2 тис.; із розглянутих загалом господарських справ 8,2%, або 6,1 тис. справ пов'язані зі спорами, що виникають під час укладення, зміни, розірвання господарських договорів, визнання їх недійсними; значну частину справ, розглянутих господарськими судами, – 19,1%, або 14,4 тис. – становлять справи про банкрутство; понад 1 тис., або 1,3%, серед розглянутих господарськими судами становлять справи зі спорів між господарським товариством і його учасником, що виникають із корпоративних відносин; у сегменті розглянутих справ – 5%, або 3,8 тис. – це справи зі спорів, що виникають із земельних відносин; незначну кількість становлять спори щодо захисту права власності – 1,9% (1,4 тис.), справи зі спорів, пов'язаних із захистом прав на об'єкти інтелектуальної власності, – 0,5% (392); антимонопольного законодавства – 0,8% (564), інші спори – 13,7% (10,3 тис.).

У 2019 році на розгляд апеляційних господарських судів надійшло 41,3 тис. процесуальних звернень, із яких 25,7 тис. апеляційних скарг. На розгляді апеляційних господарських судів перебувало 46,5 тис. процесуальних звернень, розглянуто – 41,2 тис., або 99,8% від тих, що надійшли на розгляд. Середній термін перебування процесуальних звернень на розгляді становив 52 дні. Апеляційні господарські суди за результатами розгляду процесуальних звернень у 2019 році ухвалили 29,1 тис. судових рішень, які можуть бути оскаржені в установленому порядку, з них майже 20,7 тис. апеляційних скарг розглянуто по суті. Апеляційна інстанція змінила або скасувала 5,3 тис. судових рішень місцевих господарських судів.

Упродовж 2019 року в апеляційному порядку розглянуто 9,6%, або 1,9 тис. справ у спорах, що виникають під час укладення, зміни та розірвання договорів, визнання їх недійсними; 48,3%, або 9,8 тис. справ із майнових спорів; 3,3%, або 670 справ зі спорів між господарським товариством і його учасником, що виникають із корпоративних відносин; 1%, або 207 справ у спорах, пов'язаних із захистом прав на об'єкти інтелектуальної власності; 3,2%, або 656 справ у спорах щодо захисту права власності; 9,1%, або 1,8 тис. справ зі спорів, що виникають із земельних відносин; 12,8%, або 2,6 тис. справ з інших недоговірних відносин; 10,1%, або 2 тис. справ про банкрутство.

Загалом у 2019 році в Касаційному господарському суді перебувало на розгляді 14 603 процесуальні звернення в господарських справах [8].

Фактором, який впливає на діяльність будь-якого суду (судді), є їх завантаженість судовими справами, за зменшення кількості суддів кількість справ у господарських судах, навпаки, зростає. Зокрема, протягом 2019 року на 5% зменшилася спискова чисельність суддів місцевих господарських судів до 495 штатних одиниць із 521 у 2018 році. Фактично розглядали справи 469 суддів, що на 24,2% менше, ніж визначено штатною чисельністю. При цьому середнє навантаження на фактично працюючих суддів господарських судів – 414 процесуальних звернень, що у 1,3 рази більше, ніж мало б бути з урахуванням штатної чисельності суддів. Протягом 2019 року зменшилася спискова чисельність суддів апеляційних господарських судів до 150 штатних одиниць із 178 у 2018 році. Фактично розглядали справи 147 суддів, що на 16% менше, ніж визначено штатною чисельністю. При цьому середнє навантаження фактично працюючих суддів апеляційних судів становило 316 звернень, які перебували на розгляді у 2019 році, що у 1,2 рази більше, ніж мало б бути з урахуванням штатної чисельності суддів [8].

Указані показники діяльності господарських судів є досить високими і свідчать про раціональне планування та розподіл ресурсів для своєчасного розгляду судових справ.

**Висновки**

Підводячи підсумок викладеного, необхідно підкреслити, що господарські суди як органи державної влади посідають особливе місце в сучасній системі судоустрою України, їхня діяльність є важливим кроком на шляху до розбудови правової, демократичної держави. За час існування господарських судів суддівському корпусу вдалося напрацювати нічим непорівняльну практику фахово вирішувати різноманітні категорії господарських спорів, що мають переважно економічне підґрунтя, тому судді повинні розумітися не лише на праві, а й на економіці

й фінансах тощо. Копіткою працею високопрофесійного суддівського корпусу повною мірою захищаються права, свободи й законні інтереси всіх учасників господарських правовідносин, що піднімає авторитет України як правової держави.

Досвід функціонування комерційних (господарських) судів у Європі та США засвідчує, що їх існування є необхідною умовою успішного розвитку підприємництва, зовнішньоекономічної діяльності, залучення інвестицій.

Водночас ніхто із прихильників ліквідації господарських судів переконливо й науково обґрунтовано не довів необхідності їх ліквідації. У свою чергу, антикорупційна стратегія щодо діяльності суддів господарських судів має бути спрямована не на руйнування господарського судочинства як такого, а на його зміцнення, чому має передувати високопрофесійний аналіз наявних проблем, які потребують свого вирішення.

**Список використаних джерел:**

1. Бутирський А. Роль суду в господарському судочинстві. *Судова апеляція*. 2019. № 1 (54). С. 89–96.

2. Іванюта Н.В. Методологічний аналіз діяльності господарського суду. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 1. С. 162–166.

3. Степанов С.В. Господарські суди України в системі органів судової влади. *LEX PORTUS*. 2018. № 2 (10). С. 110–117.

4. Світличний О.П. Господарський процес : підручник. 2 вид., перероб. і доп. Київ : НУБіП України, 2018. 342 с.

5. Зельдіна О.Р., Хрімлі О.Г. Судовий захист прав суб'єктів підприємництва: теоретичні і практичні аспекти. URL: https://6aas.gov.ua/ua/proekty/articles/h/1139-sudovij-zakhist-prav-subektiv-pidpriemnitstva-teoretichni-i-praktichni-aspekti.html.

6. Гринюк В.О. Принцип незалежності суддів і підкорення їх тільки закону в кримінальному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2004. 18 с.

7. Подцерковний О.П. Про суперечливість європейським стандартам пропозицій щодо ліквідації господарських судів. ГО «Правова та справедлива країна». Київ : Видавничий дім «Гельветика», 2015. С. 46–57.

8. Аналіз стану здійснення правосуддя при розгляді господарських справ у 2019 році. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Analiz_ Gosp_ sudu_2019.pdf.

**Vladislav Sulim. Activities of commercial courts in the judicial system of Ukraine**

*The article analyzes the activities of commercial courts. It is emphasized that the issue of the organization of the judiciary throughout the independence of Ukraine is constantly attracting the attention of scientists and experts. It is noted that the quintessence of judicial reform in Ukraine was the adoption of the Law "On Amendments to the Commercial Procedural Code of Ukraine, the Civil Procedure Code of Ukraine, the Code of Administrative Procedure of Ukraine and other legislation", which despite certain shortcomings and legal conflicts legitimate interests of citizens and legal entities. The adoption of these special laws has further intensified discussions on the liquidation of commercial courts, which requires the need to pay attention to the role and place of commercial courts in the modern judicial system of Ukraine. In the special literature there are two approaches to understanding the activities of commercial courts. One points to the need to liquidate commercial courts, others say that their liquidation will not have the best effect on investor confidence in our state, protection of the rights and legitimate interests of business entities, ensuring an adequate level of investment protection.*

*Based on the analysis of various opinions, analysis of the state of justice in commercial cases, the author concludes that judges who consider commercial disputes, which have a predominantly economic basis, are not only highly qualified lawyers, understand not only law but also economics, finance, etc., whose painstaking work fully protects the rights, freedoms and legitimate interests of all participants in economic relations, which raises the prestige of Ukraine as a state governed by the rule of law.*

*The existing in-depth specialization of commercial courts in dealing with disputes related to corporate rights, intellectual property, bankruptcy, insurance, banking, etc., indicates the need for commercial courts, rather than liquidation.*

**Key words:** constitution, laws, proceedings, disputes, judges, liquidation, interests.

УДК 349.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.16

***Ніна Гетьманцева,***
*докт. юрид. наук., доцент,*
*професор кафедри приватного права*
*Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

***Наталія Процьків,***
*канд. юрид. наук, доцент,*
*доцент кафедри приватного права*
*Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

# ПРАВОВА ПРИРОДА ТРУДОВОГО ТА ЦИВІЛЬНОГО ДОГОВОРІВ

*Стаття присвячена дослідженню правової природи трудового і цивільного договорів. Констатується: щоб правильно визначити правову природу трудового та цивільного договорів, необхідно звернути увагу на їхні суттєві моменти та характеристики. Звертається увага на мету укладення відповідного договору та засоби, які будуть регламентувати їх укладення. Зауважується, що предмет договору визначає надалі процес організації роботи (діяльності), що визначається у межах відповідних строків, та є також визначальною ознакою у розмежуванні природи трудового і цивільного договорів. Саме роботодавець в рамках господарської сфери здійснює управління виробництвом через систему взаємопов'язаних методів залучення до праці, використовуючи для цього господарсько-дисциплінарну владу. Дана ознака є ключовою для визначення природи трудового договору та його відмежування від цивільного договору. Господарсько-дисциплінарна влада роботодавця проявляється, передусім, у визначенні робочого місця працівника, режиму роботи та відпочинку; організації процесу трудової діяльності та здійсненні її контролю; організації оплати праці; встановленні організаційних і економічних умов, які необхідні для забезпечення дисципліни праці та її продуктивності. Робиться висновок, що правильно визначена природа трудового договору дозволяє забезпечити працівника тими гарантіями, що передбачені трудовим законодавством, та сприяти творчому і професійному розвитку працівника як особистості. Правильно визначена природа цивільного договору дозволяє ефективно виконувати своє призначення як правового засобу упорядкування суспільних відносин. Як елемент механізму правового регулювання цивільний договір дозволяє контрагентам модифікувати особливості змісту договірних зобов'язань з урахуванням ситуації, яка склалася. Визначення природи трудового та цивільного договорів має важливе правове значення, оскільки від цього залежить правовий статус особи, який буде визначати не лише права та обов'язки сторін, а й відповідні способи захисту у разі порушення відповідного договору.*

**Ключові слова:** трудовий договір, цивільний договір, працівник, підрядник, замовник, надання послуг.

**Постановка проблеми.** Важко назвати яке-небудь питання в трудовому чи цивільному праві, яке б настільки приваблювало юристів й так часто висвітлювалося в науково-практичній літературі, як трудовий договір [1, с. 81] та цивільний. Пояснюється це тим принципово важливим місцем, котре займає і продовжує займати даний інститут у регулюванні трудових [1, с. 81] та цивільних відносин. Історично склалося так, що теорія договору стала пріоритетною проблемою цивільного права, а тому і будь-які спроби удосконалити, адаптувати договір до ринкових умов уже як би передбачають цивільно-правовий підхід до реформування будь-якої галузевої науки. Розширення договірної свободи в трудовому праві не повинно сприйматися як розширення сфери дії цивільного права [2, с. 66-67]. Договори й надалі продовжують бути суттєвим складником сучасного суспільства, піддаючись модифікації в результаті запровадження цифрових технологій. Правильно визначена природа договору не тільки слугує ефективним елементом механізму регулювання суспільних відносин між людьми, але й пов'язана зі сферою ствердження і самовираження особи.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Трудовий та цивільний договори є предметом дослідження багатьох вчених. Тому проблемі договору в праві приділена достатня увага представників теорії права, а також окремих галузей права.


© Н. Гетьманцева, Н. Процьків, 2020

Що стосується трудового та цивільного права, необхідно відзначити праці дослідників теоретичних і науково-практичних проблем трудового та цивільного договору та їх історії: К. Н. Анненкова, І. С. Войтинського, В. М. Гордона, Ю. С. Гамбарова, Д. І. Мейєра, С. Л. Рабіновича-Захарина, Л. С. Таля, Є. Н. Трубецького, Г. Ф. Шершеневича. Характеризуючи рівень наукового дослідження проблем, пов'язаних з визначенням правової природи трудового і цивільного договорів, потрібно зауважити, що дана проблематика розглядалася в численних працях учених сфери трудового та цивільного права – це, зокрема: В. В. Лазор («Теоретические и социальные аспекты сущности трудового договора и порядок разрешения споров при невыполнении его условий», 2002), О. І. Процевського («Методологічні засади трудового права», 2014), П. Д. Пилипенко («Проблеми теорії трудового права», 1999), А. Б. Грішяк («Договірні зобов'язання із виконання робіт у цивільному праві України», 2013). О. В. Дзери («Договірне право України». Загальна частина, 2008, 2010), Н. С. Кузнецової («Договірне право України». Загальна частина, 2008, 2010), Р. А. Майданика («Проблеми довірчих відносин у цивільному праві» 2002, «Договірне право України». Загальна частина, 2008, 2010), Т. В. Боднар («Договірні зобов'язання в цивільному праві: загальні положення», 2007), І. В. Спасибо-Фатєєвої («Договірне право», 2008), С. О. Погрібного («Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України», 2009), С. О. Харитонова («Цивільні правовідносини», 2009) та інших вчених.

**Метою статті** є розкриття правової природи трудового та цивільного договорів як одного з ефективних елементів механізму у регулюванні суспільних відносин між людьми.

**Виклад основного матеріалу.** Оскільки римські юристи тільки підійшли до правового розмежування майнового і особистого найму, речі і праці, але так і не довели це розмежування до кінця [3, с. 221], саме поняття «трудовий договір» на ту пору було відсутнє в позитивному праві. Вважалося, що юридичним фундаментом усіх договорів про працю є три основних типи договору, які прийшли з римського права дещо у зміненому вигляді: особистий найм, підряд і доручення. Внаслідок цього в науці цивільного права до початку XX ст. сформувалося умовно три позиції щодо правової природи договору найму праці, який регулювався нормами цивільного права [3, с. 334]. Виникнення трудового права з його центральним інститутом «трудовий договір» пов'язано з обґрунтуванням праці як особливого об'єкта правового регулювання, який не вкладається в рамки цивільно-правової конструкції найму праці, оскільки відрізняється від будь-якого об'єкта цивільних прав. Саме дослідження німецьких вчених мав на увазі Л. С. Таль, коли говорив, що людська особистість «з погляду сучасних культурних народів, не може бути предметом майнових угод» [4, с. 42-67]. Поняття «трудовий договір» увів у науковий обіг В. Б. Ельяшевич (1907 р.) [5, с. 172-179]. Саму природу трудового договору, як стверджується в юридичній літературі, дослідив Л. С. Таль, який виділяв договори про самостійну (підприємницьку) працю і договори про несамостійну (службову) працю. Саме договір про несамостійну (службову) працю означав трудовий договір як регулятор трудових відносин, що «випливає із підпорядкування робочої сили однієї людини меті і владі іншої людини». Елементом такого договору ставала «обіцянка роботи (обіцянка праці)» [4, с. 25-31]. До характерних ознак трудового договору Л. С. Таль відносив таке: найманий за трудовим договором обіцяє надання своєї робочої сили на користь чужого господарства; від найманого потрібне особисте виконання роботи; із трудового договору випливає обов'язок найманого узгоджувати свою поведінку з порядком, встановленим господарем, наймач повинен огороджувати особистість працівника від небезпек, які пов'язані з фактичним перебуванням його в чужій господарській сфері; найманий має право на винагороду за свою працю [4, с. 16]. Пізніше в теорії радянського трудового права названі характеристики були узагальнені й отримали найменування «особистісної, організаційної і майнової» ознак трудового відношення, які розглядалися в нерозривному зв'язку. Дана конструкція, як зауважується в юридичній літературі [4, с. 16], довела свою спроможність як у теоретичному, так і в практичному значенні.

Слід відзначити, що впродовж багатьох років не бралися до уваги інші цивільно-правові конструкції, зокрема: договори про надання послуг, авторські договори, реалізація яких пов'язана з використанням праці фізичних осіб. У теорії права склалася певна теоретична ікона стилю, що трудовий договір своїм корінням зародився і, відповідно, виділився із системи цивільно-правових договорів, а якщо конкретніше, із договору підряду. Тому у кожному із підручників трудового права у порівняльно-правовому аспекті висвітлюються певні відмінні ознаки, що відрізняють трудовий договір від договору під-

ряду [6, с. 16]. Сьогодні багата такими порівняльними ознаками судова практика.

«Кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку він вільно погоджується». Так зазвичай чи не завжди розпочинається викладення мотивувальної частини рішення судів із цивільних справ. Звісно, угоди з громадянами щодо використання їхньої праці можуть укладатися за трудовим або цивільно-правовим договорами, адже ця аксіома випливає з положень Закону України «Про зайнятість населення» (ст. 6). Проте часто практика діяльності територіальних органів Державної служби України з питань праці показує тенденцію до підміни трудового договору цивільно-правовим договором. Тому суди зазвичай, відмовляючи у задоволенні позовних вимог, доходять висновку, що у межах спірних правовідносин позивачем не дотримано вимоги норм ст. 24 КЗпП України в частині обов'язкового укладання трудових договорів у письмовій формі та повідомлення центрального органу виконавчої влади з питань забезпечення формування та реалізації державної політики з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування (ст. 24 КЗпП України).

Щоб у таких ситуаціях правильно визначити правову природу трудового та цивільного договорів, необхідно звернути увагу на їхні суттєві моменти та характеристики. Першорядне значення має мета укладення договору та, відповідно, вибір засобів, які будуть регламентувати укладення відповідного договору: трудового – норми трудового законодавства, цивільно-правового – норми цивільного законодавства. Звісно, конкретний вибір відповідного засобу чітко проявляється на стадії визначення мети (завдань). Від даної обставини залежить, який характер норми буде закладено [6, с. 234]. Адже регулювання взаємовідносин у сфері праці, на відміну від цивільних, уже передбачає забезпечення правовими гарантіями щодо умов праці, робочого часу та часу відпочинку, оплати праці, безпеки праці її охорони.

Отже, метою укладення трудового договору є отримання винагороди у вигляді заробітної плати, «розмір якої залежить від складності та умов виконуваної роботи, професійно-ділових якостей працівника, результатів його праці». У процесі роботи працівник досягає належного професійного рівня. Беручи до уваги ту обставину, що гроші є особливим різновидом рухомого майна, метою укладення цивільного договору є «отримання певного майнового результату роботи». Мета будь-якого договору визначає його предмет як одну з істотних умов договору. Судова практика також йде таким шляхом. Предметом трудового договору є праця, тоді як предметом цивільно-правового договору – виконання стороною визначеного обсягу робіт. Такий висновок зробив Верховний Суд (далі – ВС) у постанові № 127/21595/16-ц. У постанові ВС від 04.07.2018 у справі № 820/1432/17 суд акцентував увагу на тому, що трудовий договір – це угода зі здійснення і забезпечення трудової функції. За трудовим договором працівник зобов'язаний виконувати не якусь індивідуально визначену роботу, а роботу за однією (або декількома) професією, спеціальністю, посадою відповідної кваліфікації, виконувати певну трудову функцію в діяльності підприємства. Проте необхідно акцентувати увагу на тій обставині, що трудова функція, яку буде виконувати працівник за певною професією, спеціальністю, кваліфікацією чи посадою, повинна бути передбачена у штатному розписі підприємства, установи, організації. Штатний розпис – це документ, що встановлює для даного підприємства, установи, організації структуру, штати та посадові оклади працівників [7]. Незважаючи на те, що у трудовому законодавстві не передбачено норми щодо обов'язкової наявності штатного розпису в кожного суб'єкта господарювання, на практиці фахівці Мінпраці розглядають відсутність штатного розпису як порушення вимог законодавства про працю [7], за яке для посадових осіб роботодавців може бути передбачено фінансові санкції у вигляді штрафу (ч. 1 ст. 41 КУпАП). Якщо виходити з логіки змісту вищевказаного листа Мінпраці, то і до самого роботодавця може бути застосована санкція, передбачена абз. 8 ч. 2 ст. 265 КЗпП України. Саме цей документ підлягає вивченню фахівцями Держпраці під час проведення інспекційного відвідування з питань, що стосуються оформлення трудових відносин з найманими працівниками.

Предметом цивільно-правового договору може бути виконання робіт чи надання послуг. Якщо це робота, то повинен бути матеріалізований предмет, а якщо послуга, то вона повинна бути спожита під час надання послуги. А. Б. Гриняк зазначає, що «предметом підрядних договорів є індивідуалізований результат роботи підрядника, який набуває тієї чи іншої матеріалізованої форми, оскільки робота виконується з матеріалів сторін і здається у вигляді, придатному для оцінки. Предметом договорів з надання послуг є сам процес надання послуги, а не досягнення матеріалізованого результату. Крім того, основний результат

при наданні послуг виражається у нематеріальній формі, однак має економічну цінність та корисний ефект для замовника, тоді як результат роботи підрядника завжди виявляється у тій чи іншій матеріальній формі, тобто є уречевленим (матеріалізованим)» [8, с. 21-22]. При цьому необхідно звертати увагу на те, чи визначено у договорі «обсяг виконуваної роботи у вигляді конкретних фізичних величин, які підлягають вимірюванню, що повинні були бути відображені в акті їх приймання; відомості про те, який конкретний результат роботи повинні передати виконавці замовникові; перелік завдань роботи, її видів, кількісних і якісних характеристик (постанова ВС від 08.05.2018 у справі № 127/21595/16-ц). Необхідно зауважити, що предмет договору визначає надалі процес організації роботи (діяльності), що визначається у межах відповідних строків та є також визначальною ознакою у розмежуванні природи трудового і цивільного договорів. Згідно зі ст. 846 ЦКУ строки виконання роботи або її окремих етапів встановлюються у договорі підряду. Якщо у договорі підряду не встановлені строки виконання роботи, підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання у розумні строки, відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи та звичаїв ділового обороту. Таке ж правило передбачено і в ст. 905 ЦКУ: строк договору про надання послуг встановлюється за домовленістю сторін, якщо інше не встановлено законом або іншими нормативно-правовими актами. Строк трудового договору чітко регламентований: ст. 23 КЗпП України передбачає, що договір може бути як безстроковим, що укладається на невизначений строк, так і строковим, що укладається на визначений строк, встановлений за погодженням сторін, та таким, що укладається на час виконання певної роботи. Строк у трудовому праві доцільно розглядати як підставу виникнення, зміни та припинення трудових правовідносин і як спеціальну форму існування у часі конкретного трудового правовідношення [9, с. 115], протягом якого працівник виконує свою трудову функцію за певною професією, спеціальністю, кваліфікацією з підпорядкуванням господарсько-дисциплінарній владі роботодавця. Саме роботодавець у рамках господарської сфери здійснює управління виробництвом через систему взаємопов'язаних методів залучення до праці, використовуючи для цього господарсько-дисциплінарну владу. Дана ознака є ключовою для визначення природи трудового договору і, відповідно, трудових відносин та розмежування цивільного договору і, відповідно, цивільних відносин. Господарсько-дисциплінарна влада роботодавця проявляється, передусім, у такому:

– визначення робочого місця працівника, під яким розуміють певну ділянку виробничої площі, обладнаної механізмами, інструментами, агрегатами пристосованими для роботи, місце безпосереднього виконання трудової функції [10, с. 484]. Воно характеризується чітко визначеними параметрами: цех, дільниця, відділ, відповідний агрегат [10, с. 484]. Слід звернути увагу, що саме роботодавець повинен проінформувати майбутнього працівника про умови праці на робочому місці, в тому числі про небезпечні і шкідливі виробничі фактори і можливі наслідки їхнього впливу на здоров'я працівника. Нерідко на практиці виникають помилки в оформленні відносин за цивільно-правовими договорами. Так постановою від 26 вересня 2018 у справі № 822/723/17 ВС визнав наявність трудових відносин через вищезгадані помилки під час оформлення цивільного договору;

– визначення роботодавцем режиму роботи: початку і закінчення роботи, перерв у роботі, тривалості щоденної роботи, протягом тижня, встановлення режиму відпочинку. Фактично роботодавець веде облік відпрацьованого кожним працівником робочого часу, для чого, як правило, застосовує табель обліку використання робочого часу, який є основним джерелом інформації з даного питання. Адже табель – одна з головних підстав для нарахування заробітної плати, складання статистичної та податкової звітності [11, с. 226-227];

– організація процесу трудової діяльності та здійснення контролю за діяльністю працівника, а саме особистим виконанням роботи, передбаченої умовами трудового договору, посадовими інструкціями, правилами внутрішнього трудового розпорядку; перевірка кількості та якості виконаної роботи; нормування та планування роботи, визначення змісту та виду робіт у межах трудової функції. У разі виконання договору підряду чи будь-якого договору на виконання робіт замовника цікавить лише результат. Замовник має право перевіряти хід виконання та якість робіт, але не має права втручатися в діяльність підрядника. Так, у справі № 350/403/16-ц ВС дійшов висновку про наявність трудових відносин між позивачем, який виконував будівельні роботи, та підприємством, оскільки, відповідно до пояснень директора підприємства, останній організовував процес трудової діяльності позивача та інших членів бригади: на власному автомобілі неодноразово

привозив працівників до місця проведення ремонтних робіт, забезпечував їх будівельними матеріалами та обладнанням для робіт. Суд зазначив, що директор організував трудову діяльність особи, що свідчить про наявність між сторонами трудового договору, а не договору підряду, за яким саме підрядник організовує трудову діяльність і виконує її на власний ризик;

– організація оплати праці. Виплачуючи заробітну плату, роботодавець зобов'язаний повідомляти кожного працівника у письмовій формі про складові частини заробітної плати, які належать працівнику до виплати за відповідний період, а також про розміри, підстави утримань та про загальну суму, що підлягає виплаті. При цьому заробітна плата повинна виплачуватися працівникові в робочі дні у строки, встановлені колективним договором, але не рідше двох разів на місяць. Проміжок часу між виплатами повинен становити не більше 16 календарних днів (ст. 115 КЗпП України). Що стосується цивільних договорів, то плата за договором підряду та договорами про надання послуг визначається за домовленістю сторін. У договорі може визначатися або ціна роботи, або спосіб її визначення. Якщо в договорі підряду не встановлено ціну роботи, то вона встановлюється за рішенням суду на основі цін, що звичайно застосовуються за аналогічні роботи. Найчастіше ціна визначається в грошовому еквіваленті, але може бути й у вигляді зустрічного надання певних послуг чи майна;

– встановлення організаційних і економічних умов, які необхідні для забезпечення дисципліни праці та її продуктивності: визначення та розподіл прав і обов'язків працівників, встановлення відповідного порядку на підприємстві згідно з правилами внутрішнього трудового розпорядку, застосування заходів впливу за порушення трудової дисципліни та притягнення до матеріальної відповідальності за заподіяну шкоду роботодавцю.

У договорі підряду особливе значення має розподіл ризику випадкової загибелі (пошкодження) майна (матеріалів, обладнання, переданої для переробки або обробки речі, іншого використовуваного для виконання договору майна) і самого результату виконаної роботи. Ризик випадкової загибелі (пошкодження) результату виконаної роботи до його прийняття замовником несе підрядник. Даний ризик, покладений за загальним правилом на підрядника, означає втрату підрядником права на оплату виконаної роботи, а також виникнення у нього обов'язку повернути замовнику суму отриманої передоплати. Тому всі витрати підрядника, зроблені в ході виконання роботи, перетворюються для нього в ніким не компенсовані збитки.

У трудовому договорі особа має статус працівника, який породжує забезпечення певних правових гарантій щодо встановлення умов праці, режиму робочого часу, часу відпочинку, оплати праці, охорони праці тощо. Згідно зі ст. 865 ЦКУ підрядник повинен бути суб'єктом підприємницької діяльності. Якщо особа надає послуги, то вона може мати статус підприємця (ст. 906 ЦКУ) або статус самозайнятої особи, яка провадить незалежну професійну діяльність. Відповідно до підпункту 14.1.226 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України незалежна професійна діяльність – це участь фізичної особи у науковій, літературній, артистичній, художній, освітній або викладацькій діяльності, діяльність лікарів, приватних нотаріусів, адвокатів, аудиторів, бухгалтерів, оцінщиків, інженерів чи архітекторів, особи, зайнятої релігійною (місіонерською) діяльністю, іншою подібною діяльністю за умови, що така особа не є працівником або фізичною особою-підприємцем та використовує найману працю не більш як чотирьох фізичних осіб. Отже, за цивільним договором підрядник (виконавець) не є працівником і, як правило, не має жодних правових гарантій, передбачених законодавством. Тому визначення природи трудового та цивільного договорів має важливе правове значення, оскільки від цього залежить правовий статус особи, який буде визначати не лише права та обов'язки сторін, а й відповідні способи захисту у разі порушення відповідного договору.

Говорячи про природу договорів у трудовому і цивільному праві, необхідно зауважити на припиненні їхньої дії. Припинення трудового договору чітко регламентується законодавством з дотриманням процедури і порядку звільнення (ст. ст. 22, 36, 40.41, 43, 43-1, 47, 116 КЗпП України).

Цивільно-правові договори припиняються, за загальним правилом, шляхом виконання належним чином. Основним способом розірвання договору є домовленість сторін, тому що вона найбільше відповідає природі договору в силу того, що всі взаємовідносини сторін базуються на основі взаємної згоди. У разі розірвання договору за згодою сторін існує вираження волі всіх сторін, які бажають саме так припинити відносини, що між ними існували. Коли ж договір розривається за ініціативою однієї зі сторін, то на закінчення договірних відносин спрямована воля тільки цієї сторони при запереченні чи пасивності іншої. Розірвання цивільно-

правового договору – це акт, спрямований на припинення дії частково або повністю не виконаного договору, і тим самим зобов'язання, які випливають з нього, припиняються на майбутнє [12, с. 149]. Закон надає замовнику право розірвати договір підряду в будь-який час, відмовившись від його виконання, згідно зі ст. 849 ЦКУ. При цьому він зобов'язаний сплатити підряднику винагороду за виконану частину роботи і відшкодувати йому збитки, завдані розірванням договору, оскільки розірвання договору замовником не пов'язано з будь-якими порушенням з боку підрядника, а зумовлено виключно його бажанням. ВС зазначив, що замовнику законом надано право відмовитися в односторонньому порядку від договору у будь-який час до закінчення роботи, і визначене цією нормою право не може бути обмежено (постанова від 21.08.2019 у справі № 917/1489/18). Проте така відмова замовника від договору підряду, яка за своєю суттю є одностороннім правочином, може бути вчинена до моменту завершення виконання підрядником робіт та із зазначенням відповідних правових підстав. Аналогічне правило передбачено і ст. 907 ЦКУ стосовно договорів про надання послуг.

**Висновки**

Трудовий і цивільний договори слугують правовою формою зв'язку учасників правовідносин. Правильно визначена природа трудового договору дозволяє забезпечити працівника тими гарантіями, що передбачені трудовим законодавством, та сприяти творчому і професійному розвитку працівника як особистості.

Правильно визначена природа цивільного договору дозволяє ефективно виконувати своє призначення як правового засобу упорядкування суспільних відносин. Як елемент механізму правового регулювання цивільний договір дозволяє контрагентам модифікувати особливості змісту договірних зобов'язань з урахуванням ситуації, яка склалася.

Визначення природи трудового та цивільного договорів має важливе правове значення, оскільки від цього залежить правовий статус особи, який буде визначати не лише права та обов'язки сторін, а й відповідні способи захисту у разі порушення відповідного договору.

**Список використаних джерел:**

1. Басалаева С.П. К вопросу о правовой природе трудового договора. *Правоведение*. 2003. № 4. С. 81-93.

2. Гетьманцева Н.Д. Договір як підстава застосування закону до конкретних відносин праці. *Науковий вісник Чернівецького університету:* збірник наук. праць. Вип 187. Чернівці, 2003. С. 66-69.

3. Лушников А.М. Курс трудового права : учебник: в 2-х т. Т.2. Коллективное трудовое право. Индивидуальное трудовое право. Процессуальное трудовое право / Лушников А.М., Лушникова М.В. Москва: Статут, 2009. С. 1151.

4. Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Москва: Статут, 2006. 539с.

5. Ельяшевич В.Б. Новое движение в области договора о труде. *Право*. 1907. № 3. С. 172-179.

6. Гетьманцева Н.Д. Особливості правового регулювання трудових відносин : монографія. Чернівці: Технодрук, 2015. 592 с.

7. Щодо штатного розпису : Лист міністерства праці і соціальної політики України від 27.06.2007 № 162/06/187-07. URL: https://docs.dtkt.ua/doc/1152.291.0?_ga=2.265546376.668562884.1596390999-1149529834.1584718436 (дата звернення: 08.07.2020).

8. Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики : монографія / за заг. ред. А. Б. Гриняка. Київ: НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. 402 с.

9. Чанишева Г.І. Особливості обчислення окремих видів строків у трудовому праві. *Актуальні проблеми держави і права*. 2011. С. 115-121. URL: http://www.apdp.in.ua/v57/15 pdf (дата звернення: 08.07.2020).

10. Мельницька Н.В. Місце роботи і робоче місце: основні правові ознаки. *Університетські наукові записки*. 2012. № 1. (41). С. 482-488. URL: irbis-nbuv.gov.ua. pdf (дата звернення: 08.07.2020).

11. Гетьманцева Н.Д., Козуб І.Г. Трудове право України (особлива частина) : навчальний посібник. Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2014. 504 с.

12. Процьків Н.М. Особливості розірвання договору будівельного підряду. *Будівельне право: проблеми теорії і практики* : матеріали першої наук. – практ. конф. 2017. С. 147-149.

**Nina Hetmantseva, Natalia Protskiv. The legal nature of labor and civil contracts**

*The article is devoted to the study of the legal nature of labor and civil contracts. It is stated that in order to correctly determine the legal nature of labor and civil contracts, it is necessary to pay attention to their essential points and characteristics. Attention is drawn to the purpose of concluding the relevant agreement and the means that will regulate their conclusion. It is noted that the subject of the contract determines, in the future, the process of organizing work (activity), which is determined within the appropriate terms and, also, is a defining feature when differentiating the nature of labor and civil contracts. It is the employer, within the framework of the economic sphere, that manages production through a system of interrelated methods of attracting to work, using the economic and disciplinary authority for this. This feature is key for*

*determining the nature of labor relations and differentiation from a civil contract. The employer's economic and disciplinary power is manifested primarily in the determination of the employee's workplace; work and rest mode; organization of the process of labor activity and implementation of control functions over the activities of the employee; organization of remuneration; establishing the organizational and economic conditions that are necessary to ensure labor discipline and productivity. It is concluded that the correctly defined nature of the employment contract allows the employee to be provided with those guarantees that are provided for by labor legislation and contribute to the creative and professional development of the employee as a person. A correctly defined nature of a civil contract allows you to effectively fulfill its purpose as a legal means of streamlining public relations. As an element of the legal regulation mechanism, a civil contract allows contractors to modify the features of the content of contractual obligations, taking into account the current situation. Determining the nature of labor and civil contracts is of great legal importance, since the legal status of a person depends on this, which will determine not only the rights and obligations of the parties, but also the appropriate methods of protection in case of violation of the relevant contract.*

**Key words:** employment contract, civil contract, employee, contractor, customer, service provision.

УДК 349.42:636
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.17

***Тетяна Оверковська,***
*канд. юрид. наук, доцент,*
*доцент кафедри права*
*Вінницького національного аграрного університету*

# ПРАВОВІ ЗАСАДИ ВИКОРИСТАННЯ ТА ОХОРОНИ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ ТВАРИН

*У статті розглянуто основні правові засади використання та охорони сільськогосподарських тварин як специфічного засобу виробництва в галузі аграрного господарювання. Визначено, що сфера поводження із сільськогосподарськими тваринами потребує належного правового регулювання та дослідження. Встановлено основні правові межі, в яких мають реалізовуватися вимоги, визначенні чинним законодавством України, щодо використання та охорони сільськогосподарських тварин. Установлені принципи використання сільськогосподарських тварин, які виключають жорстоке поводження із тваринами, що є несумісним із вимогами моральності та гуманності. Проаналізовані умови використання тварин в аграрній сфері економіки та правову регламентацію зазначених умов. Установлено необхідність ветеринарно-санітарного забезпечення як важливої складової частини правової охорони сільськогосподарських тварин. Звернута увага на правові вимоги транспортування тварин, встановлення заборон під час транспортування сільськогосподарських тварин, особливості тривалого перевезення тварин.*

*Встановлено обов'язковість проведення ідентифікації та реєстрації сільськогосподарських тварин, що надасть можливість отримання повної та достовірної інформації про тварину та дотримання вимог щодо порядку її використання. Обґрунтовано необхідність оновлення законодавства у сфері ветеринарної медицини з метою гармонізації ветеринарно-санітарних заходів. Доведено, що правові засади охорони і використання сільськогосподарських тварин визначені чинним законодавством, є обов'язковими для виконання та мають на меті додержання правопорядку у сфері поводження із сільськогосподарськими тваринами.*

*Визначено, що умови утримання тварин у сільському господарстві повинні відповідати їх біологічним, видовим та індивідуальним особливостям, задовольняти їх природні потреби, а також вимоги щодо якості, безпечності та гігієни кормів.*

*У статті за результатами проведеного дослідження сформульовані висновки, які засновані на положеннях правової доктрини та чинного законодавства України у сфері правового регулювання використання та охорони сільськогосподарських тварин.*

**Ключові слова:** сільськогосподарські тварини, тваринництво, ветеринарна медицина, ідентифікація та реєстрація тварин, гуманне ставлення до тварин, транспортування тварин.

**Постановка проблеми.** Стратегічною метою розвитку аграрного сектора економіки України слід вважати створення організаційно-економічних умов його подальшого становлення шляхом забезпечення єдності економічних, соціальних та екологічних інтересів суспільства для стабільного забезпечення населення якісною, безпечною, доступною вітчизняною сільськогосподарською продукцією та промисловою сільськогосподарською сировиною [1].

Крім цього, для забезпечення розвитку галузей аграрного сектору, а також забезпечення продовольчої безпеки держави було передбачено надання пріоритетної підтримки тваринництву, зокрема м'ясному скотарству, свинарству, козівництву, вівчарству, кроликівництву, бджільництву, індиківництву.

Для забезпечення виконання поставлених стратегічних цілей розпорядженням Кабінету Міністрів України від 30 грудня 2015 року № 1437-р була схвалена Концепція Державної цільової програми розвитку аграрного сектору економіки на період до 2022 року (далі – Концепція). Необхідність прийняття даної Концепції була зумовлена рядом причин, які зумовили ускладнення ситуації в аграрному секторі економіки. Серед таких причин зазначається відсутність мотивації у сільськогосподарських товаровиробників до розвитку трудомістких галузей та високою вартістю капіталу, що стримує розвиток, зокрема тваринництва, органічного виробництва; недостатнім рівнем розвитку агротехнологій, що не забезпечує отримання економічно ефективних результатів сільськогосподарської діяльності, у тому

© Т. Оверковська, 2020

числі й у сфері використання сільськогосподарських тварин тощо [2].

У зв'язку із цим Концепцією визначаються шляхи і способи розв'язання зумовлених проблем. З огляду на забезпечення підтримки рівноваги у сфері поводження із сільськогосподарськими тваринами серед таких шляхів необхідно виділити такі як: 1) забезпечення вітчизняних сільськогосподарських виробників сучасними селекційними, племінними (генетичними) ресурсами та зростання потенціалу їх експорту, удосконалення та забезпечення ефективного ведення державного реєстру сільськогосподарських тварин, запровадження системи оцінки та визначення племінної цінності тварин, ведення племінного обліку через створення інформаційних автоматизованих баз даних про племінні (генетичні) ресурси; 2) проведення моніторингу залишкових кількостей ветеринарних препаратів та інших забруднюючих речовин у тваринах, продуктах тваринного походження і кормах [2].

Проте реалізація поставлених завдань та подальший розвиток аграрного сектору економіки не може здійснюватися без належного правового регулювання, удосконалення законодавчих і підзаконних нормативно-правових актів, а також дотримання правопорядку у зазначеній сфері суспільних відносин. Саме тому актуального значення для подальшого збалансованого розвитку сільськогосподарського виробництва та наповнення ринку конкурентоспроможною сільськогосподарською продукцією, зокрема тваринного походження, набуває виокремлення правових засад використання та охорони сільськогосподарських тварин.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Проблеми правового регулювання використання сільськогосподарських тварин у сфері аграрного виробництва досліджувались такими вченими аграрно-правової науки, як В.М. Єрмоленко, О.В. Гафурова, А.Л. Правдюк, Т.О. Коваленко, С.І. Марченко, К.А. Козмуляк, та багатьма іншими.

Разом із тим окремі правові аспекти щодо використання та охорони сільськогосподарських тварин, застосування диференційованих підходів до сфери поводження із тваринами залишаються ще недостатньо дослідженими, потребують подальшого наукового опрацювання та не втрачають своєї актуальності в сучасних умовах господарювання.

**Метою статті** є дослідження та акцентування уваги на необхідності визначення правових засад використання та охорони сільськогосподарських тварин у сфері аграрного виробництва.

**Виклад основного матеріалу.** У відповідності до Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження» [3] тваринами визнаються біологічні об'єкти, що відносяться до фауни: сільськогосподарські, домашні, дикі, у тому числі домашня і дика птиця, хутрові, лабораторні, зоопаркові, циркові. У сучасному розумінні фауною є сформований історично тваринний світ, сукупність усіх видів тварин певної місцевості, країни або певного геологічного періоду розвитку нашої планети [4, с. 343].

На законодавчому рівні сільськогосподарськими тваринами вважаються тварини, що утримуються та розводяться людиною для отримання продуктів і сировини тваринного походження (ст. 1 Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження»).

Правові засади ощадливого використання та охорони сільськогосподарських тварин зумовлюють наявність системи законодавства, що регулює відносини у сфері поводження із сільськогосподарськими тваринами. Правове регулювання використання та охорони сільськогосподарських тварин здійснюється на підставі правових норм, вміщених в законодавчих та підзаконних нормативно-правових актах. Серед законів слід зазначити такі: Закон України «Про ветеринарну медицину» [5], Закон України «Про племінну справу у тваринництві» [6], Закон України «Про захист населення від інфекційних хвороб» [7], Закон України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» [8] та інші.

Особливості та вимоги до порядку використання тварин у сфері сільськогосподарського виробництва, тобто сільськогосподарських тварин, визначаються Порядком використання тварин у сільському господарстві, затвердженим наказом Міністерства аграрної політики та продовольства України від 25 жовтня 2012 року № 652 [9]. При цьому використання тварин у сільському господарстві повинно базуватися на певних принципах та умовах, які відповідають їхнім фізіологічним, видовим та індивідуальним особливостям, а також задовольняють їхні природні потреби.

Так, відповідно до п. 1.3. використання тварин у сільському господарстві ґрунтується на таких принципах, як: жорстоке поводження з тваринами є несумісним з вимогами моральності та гуманності, спричиняє моральну шкоду людині; забезпечення умов життя тварин, які відповідають їх біологічним, видовим та індивідуальним особливостям; право власності та інші речові права на тварин у разі жорстокого поводження з ними можуть бути припинені за рішенням суду

шляхом їх оплатного вилучення або конфіскації; заборона жорстоких методів умертвіння тварин, у тому числі отруєння тварин; відповідальність за жорстоке поводження із тваринами; забезпечення безпеки життя та здоров'я людей під час використання тварин у сільському господарстві.

Варто зауважити, що в основу формування даних принципів покладенні положення ст. 4 Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження».

Ураховуючи положення Порядку використання тварин у сільському господарстві [9], умови використання тварин в аграрній сфері можна класифікувати на такі:

1) умови щодо приміщень для утримання тварин або на вигульних майданчиках, які охоплюють температуру, вологість, вентиляцію, циркуляцію повітря тощо;

2) умови щодо використання тварин для роботи, які не можуть утворювати загрози для їх життя і здоров'я або спричиняти їм страждання (наприклад, надмірні навантаження тварин, що перевищують їх фізіологічні можливості; використання для роботи хворих або негодованих тварин тощо);

3) умови щодо транспортування тварин;

4) умови щодо технології отримання продукції тваринного походження, які виключають застосування технічних пристроїв і засобів, що травмують, спричиняють страждання або загибель тварин.

Варто зауважити, що важливим чинником належного утримання та охорони сільськогосподарських тварин є дотримання умов щодо їх транспортування. Транспортування сільськогосподарських тварин повинно відбуватися у відповідності до вимог, визначених Правилами транспортування тварин, які затверджені постановою Кабінету міністрів України від 16 листопада 2011 року № 1402 [10].

Так, під час транспортування тварин повинні бути дотримані вимоги щодо норм мінімальної площі поверхні спеціальних транспортних засобів (п. 7); забезпечення належного провітрювання з урахуванням погодних умов на момент здійснення перевезення, видів тварин та їх кількості (п. 8) тощо.

У відповідності до п. 15 Правил транспортування тварин під час завантаження, перевезення і вивантаження тварин забороняється: 1) завдавати ударів тваринам; 2) натискати на особливо чутливі місця на тілі тварин, що може завдати їм болю або страждань; 3) підвішувати тварин за допомогою механічних засобів; 4) піднімати або тягнути тварин за голову, вуха, роги, лапи, хвіст або шкіру; 5) використовувати голки, шипи або інші колючі засоби; 6) перешкоджати пересуванню тварин, яких ведуть до місця завантаження, здійснення ветеринарного оброблення тощо.

Зазначимо, що Правила транспортування тварин регламентують особливості транспортування й сільськогосподарських тварин. Зокрема, перевезення тварин партіями чисельністю 200 та більше голів у разі тривалості перевезення понад п'ять діб здійснюється обов'язково у супроводі спеціаліста у галузі ветеринарної медицини.

Також із метою належного поводження із сільськогосподарськими тваринами та їх охороною під час тривалого перевезення встановлюються вимоги до транспортних засобів, що використовуються у разі тривалого перевезення тварин. Наприклад, транспортний засіб повинен містити достатню кількість корму для годування тварин протягом перевезення, що зберігається у спосіб, який забезпечує його захист від впливу несприятливих погодних умов, потрапляння пилу, палива, вихлопних газів, а також екскрементів тварин; бути обладнаними пристроями для напування тварин відповідної конструкції, що з'єднуються з ємностями для води, перебувають у робочому стані і розміщуються у спосіб, що забезпечує доступ до них усіх тварин, тощо (п. 54 Правил транспортування тварин).

Таким чином, недотримання встановлених вимог слід розглядати як порушення або невиконання обов'язків супроводжуючої особи та інших відповідальних осіб, за що винні можуть бути притягнуті до юридичної відповідальності.

Складовим елементом поводження із сільськогосподарськими тваринами та їх охороною виступає державна реєстрація та ідентифікація тварин. У спеціальній юридичній літературі зазначається, що впровадження реєстрації сільськогосподарських тварин в Україні є юридичним актом, який породжує врегульовані нормами права вольові суспільні відносини, що виражаються в конкретному зв'язку між правомочними і зобов'язаними суб'єктами – носіями суб'єктивних прав, обов'язків, повноважень і відповідальності – і забезпечуються державою [11, с. 32].

Правові засади ідентифікації та реєстрації тварин визначені Законом України «Про ідентифікація та реєстрацію тварин» [12]. Прийняття зазначеного законодавчого акта зумовлюється метою визначення організаційних і правових засад ідентифікації і реєстрації тварин, прогнозування ринку продукції тваринництва, а також для поліпшення здійснення управління і контролю у зазначеній сфері суспільних відносин та епізоотичною ситуацією у країні.

Ідентифікація тварин являє собою процес ототожнення тварин шляхом присвоєння їй ідентифікаційного номера з використанням візуальних, електронних та змішаних засобів залежно від виду тварин із подальшим внесенням ідентифікаційного номера до Єдиного державного реєстру тварин (п. 5 ст. 1 Закону України «Про ідентифікація та реєстрацію тварин»). Реєстрація тварин – це внесення до Єдиного державного реєстру тварин даних про ідентифіковану тварину, її власника/утримувача, господарство, переміщення, забій, утилізацію, загибель, падіж (п. 7 ст. 7 Закону України «Про ідентифікація та реєстрацію тварин»). При цьому об'єктом ідентифікації та реєстрації є велика рогата худоба, коні, свині, вівці, кози.

Отже, ідентифікація та реєстрація сільськогосподарських тварин зумовлює певну процедуру її проведення, порядок якої визначається на правовому рівні.

На погляд фахівців, порядок державної реєстрації і ідентифікації сільськогосподарських тварин являє собою встановлену законодавством як зовнішню правозастосовну, так і внутрішньо організаційну діяльність, яка знаходить свій прояв в упорядкованих у нормативному порядку діях органів виконавчої влади (органів місцевого самоврядування), або утворюваних цими органами організацій, установ чи закладів (посадових осіб цих органів), які спрямовані на реалізацію своїх повноважень, передбачених законами або підзаконними нормативно правовими актами, у взаємовідносинах з не непідлеглими їм фізичними і юридичними особами в галузі тваринництва [11, с. 105].

Процедура ідентифікації і державної реєстрації має свої особливості залежно від виду сільськогосподарських тварин. Ці особливості виокремлено у низці відповідних положень, які у своїй сукупності охоплюють правову регламентацію цілісного процесу ідентифікації і державної реєстрації тварин [13, с. 146]. Наприклад, Положення про ідентифікацію та реєстрацію коней [14]; Положення про ідентифікацію і реєстрацію великої рогатої худоби [15] та інші.

Таким чином, необхідність проведення ідентифікації та реєстрації сільськогосподарських тварин надає можливість своєчасно отримувати повну та достовірну інформацію про тварину, її стан, про її переміщення, що забезпечує на правовому рівне належне поводження із сільськогосподарськими тваринами, їх охорону та дотримання вимог до порядку використання тварин, що виключають жорстокість.

Складовою частиною правової охорони сільськогосподарських тварин слід вважати ветеринарно-санітарне забезпечення тварин.

Представниками аграрно-правової науки звертається увага, що в основі правового регулювання ветеринарної справи лежать публічно-правові відносини щодо забезпечення здоров'я свійських тварин та уникнення небезпек для людини, пов'язаних із хворобами тварин, а також приватноправові відносини щодо підвищення економічної ефективності сільськогосподарського тваринництва шляхом надання якісних послуг щодо лікування тварин [4, с. 370]. Звідси основним законодавчим актом, що регулює відносини ветеринарного забезпечення сільськогосподарських тварин, виступає Закон України «Про ветеринарну медицину».

У відповідності до ст. 1 Закону України «Про ветеринарну медицину» [5] ветеринарно-санітарні заходи застосовуються для захисту життя і здоров'я тварин від ризиків, що виникають у результаті занесення, укорінення чи поширення хвороб тварин, організмів, які переносять хвороби, а також хвороботворних організмів. При цьому усі ветеринарно-санітарні заходи підлягають перегляду та оновленню в міру надходження нової науково-обгрунтованої інформації або важливих (суттєвих) коментарів від заінтересованих партнерів або інших осіб з метою забезпечення того, щоб такі заходи сприяли досягненню, але не перевищували належного рівня захисту здоров'я тварин (ч. 5 ст. 22 Закону України «Про ветеринарну медицину»).

Загальновідомо, що перевищення граничнодопустимих концентрацій хімічних речовин, антибіотиків та гормональних препаратів у кормах для сільськогосподарських тварин негативно впливають на здоров'я самих тварин, на якість та безпечність продукції тваринництва, а відтак – на життя і здоров'я споживача. Саме тому на законодавчому рівні встановлюються правові вимоги щодо кормів для сільськогосподарських тварин. Зокрема, корми, що вміщують забруднюючі речовини (зокрема мікроорганізми та їх частини, або хімічні речовини (пестициди, токсини), залишки ветеринарних препаратів, у тому числі гормонів, антибіотиків або інші речовини, що можуть бути небезпечними для здоров'я тварин та людей) у кількостях, які перевищують максимально допустимі рівні або вміщують заборонені до використання ветеринарні препарати та субстанції, вважаються непридатними, а їх обіг забороняється (ст. 77 Закону України «Про ветеринарну медицину»). При цьому Перелік максимально допустимих рівнів небажа-

них речовин у кормах та кормовій сировині для тварин затверджений наказом Міністерства аграрної політики та продовольства України від 19 березня 2012 року № 131 [16].

Варто зауважити, що сьогодні постає питання щодо оновлення Закону України «Про ветеринарну медицину». На думку експертів «Європейської Бізнес Асоціації», це зумовлюється таким: 1) є актуальним створення системи, яка містить інформацію щодо ветеринарних препаратів, а саме: компанії виробника та її представника на території України, можливі побічні реакції, показники ефективності тощо; 2) удосконалення рецептурності для всіх препаратів ветеринарної медицини, щоб мінімізувати ризики для тварин; 3) створити мінімізацію використання антибіотиків у тваринництві, у тому числі обмеження їх використання в профілактичних цілях [17].

Необхідність оновлення законодавства у сфері ветеринарної медицини, на нашу думку, зумовлюється також й тим фактом, що виборовши Україною шлях євроінтеграції, зазначений процес зумовлює поступове наближення національного законодавства до законодавства Європейського співтовариства та гармонізацію ветеринарно-санітарних заходів.

Так, у законодавстві ЄС склад кормів регламентується Директивою 2002/32/ЄС, Регламентом № 1831/2003, Директивою Ради ЄЕС 96/22, Регламентом Європейського парламенту та Ради № 767/2009. Відповідно до цих нормативних актів використання найбільш поширених гормональних препаратів (стильбенів, тиреостатиків, природних і синтетичних стероїдних гормонів) для вирощування тварин заборонено, вони дозволені лише в лікувальних цілях. Антибіотики з 1 січня 2006 року виключені з Реєстру кормових добавок Співтовариства [18, с. 107].

Отже, удосконалення чинного законодавства України у сфері ветеринарної медицини надасть можливість посилити контроль та мінімізувати фальсифікацію препаратів у лікуванні тварин, забезпечити ветеринарне благополуччя тварин, чим посилити в подальшому захист населення від інфекційних хвороб, а також забезпечення екологічної безпеки у тваринництві.

**Висновки**

Проведений аналіз та положення чинного законодавства України дозволяють виокремити основні засади, що мають бути покладені в основу правового забезпечення належного використання та охорони сільськогосподарських тварин, а саме:

1) заборона жорстокого поводження із сільськогосподарськими тваринами, що є несумісним з вимогами моральності та гуманного ставлення до тварин;

2) умови утримання тварин у сільському господарстві повинні відповідати їх біологічним, видовим та індивідуальним особливостям, а також задовольняти їх природні потреби;

3) у технології використання тварин для отримання сільськогосподарської продукції не допускається застосування больових і травмуючи прийомів, що спричиняє їм страждання або становить загрозу для життя тварин;

4) дотримання належних умов у процесі транспортування тварин, які задовольняють їх фізіологічні потреби та забезпечують захист від шкідливого зовнішнього впливу;

5) своєчасне та повне проведення ідентифікації та реєстрації сільськогосподарських тварин;

6) забезпечення належного ветеринарного захисту тварин від хвороб та їх профілактика шляхом здійснення профілактичних, діагностичних та лікувальних заходів;

7) забезпечення правового регулювання сфери поводження з кормами для сільськогосподарських тварин, тобто обіг та використання кормових добавок, преміксів та готових кормів дозволяється тільки після їх державної реєстрації;

8) проведення контролю за дотриманням законодавства у сфері поводження із сільськогосподарськими тваринами, а також встановлення юридичної відповідальності за порушення законодавства про охорону та використання сільськогосподарських тварин.

Ґрунтуючись на тому, що сільськогосподарські тварини та їхні біологічні властивості вважаються специфічним засобом виробництва у сільському господарстві, під правовими засадами використання та охорони сільськогосподарських тварин слід розглядати основні законодавчо-нормативні вимоги, положення чи принципи, що покладені в основу правового регулювання, та які: а) закріплені в правовій нормі; б) мають обов'язковий характер, що забезпечується санкціями за їх невиконання; в) процедура реалізації регламентується законодавством; г) можуть бути представлені у вигляді приписів, повноважень, заходів, діяльності тощо; д) мають на меті захист благополуччя тварин шляхом гуманного ставлення до них протягом усього їхнього життя та дотримання правопорядку щодо використання та охорони сільськогосподарських тварин.

**Список використаних джерел:**

1. Про схвалення Стратегії розвитку аграрного сектору економіки на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2013 р. № 806-р. *Офіційний вісник України*. 2013. № 83. Ст. 3088.
2. Про схвалення Концепції Державної цільової програми розвитку аграрного сектору економіки на період до 2022 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 30 грудня 2015 р. № 1437-р. *Офіційний вісник України*. 2016. № 24. Ст. 960.
3. Про захист тварин від жорстокого поводження : Закон України від 21 лютого 2006 р. № 3447-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 27. Ст. 230.
4. Аграрне право України : підручник / В.М. Єрмоленко, О.В. Гафурова та ін. ; за ред. В.М. Єрмоленка. Київ : Юрінком Інтер, 2010. 608 с.
5. Про ветеринарну медицину : Закон України від 25 червня 1992 р. № 2498-XII (в редакції від 16 листопада 2006 р. № 361-V). *Відомості Верховної Ради України*. 2007. № 5-6. Ст. 53.
6. Про племінну справу у тваринництві : Закон України від 15 грудня 1993 р. № 3691-XII (в редакції від 21 грудня 1999 р. № 1328-XIV). *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 6-7. Ст. 37.
7. Про захист населення від інфекційних хвороб : Закон України від 6 квітня 2000 р. № 1645-III. *Офіційний вісник України*. 2000. № 17. Ст. 690.
8. Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення : Закон України від 24 лютого 1994 р. № 4004-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 27. Ст. 218.
9. Про затвердження Порядку використання тварин у сільському господарстві : наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України від 25 жовтня 2012 р. № 652. *Офіційний вісник України*. 2012. № 91. Ст. 3703.
10. Про затвердження Правил транспортування тварин : постанова Кабінету Міністрів України від 16 листопада 2011 р. № 1402. *Офіційний вісник України*. 2012. № 8. Ст. 294.
11. Правдюк А.Л. Державна реєстрація та ідентифікація сільськогосподарських тварин: стан та перспективи удосконалення правового регулювання : монографія. Вінниця : ПП Балюк, 2010. 536 с.
12. Про ідентифікацію та реєстрацію тварин : Закон України від 4 червня 2009 р. № 1445-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2009. № 42. Ст. 635.
13. Коваленко Т.О., Марченко С.І. Правове регулювання господарської діяльності в агропромисловому комплексі України : навч. посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2015. 296 с.
14. Про запровадження ідентифікації і реєстрації коней : наказ Міністерства аграрної політики України від 31 грудня 2004 р. № 496. *Офіційний вісник України*. 2005. № 14. Ст. 746.
15. Про запровадження ідентифікації і реєстрації великої рогатої худоби : наказ Міністерства аграрної політики України від 17 вересня 2003 р. № 342. *Офіційний вісник України*. 2003. № 42. Ст. 2236.
16. Про затвердження Переліку максимально допустимих рівнів небажаних речовин у кормах та кормовій сировині для тварин : наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України від 19 березня 2012 р. № 131. *Офіційний вісник України*. 2012. № 29. Ст. 1081.
17. Оновлений законопроект про ветеринарну медицину сприятиме розвитку тваринництва. URL : https://agropolit.com/news/11001--onovleniy-zakonoproekt-pro-veterinarnu-meditsinu-spriyatime-rozvitku-tvarinnitstva--yeba (дата звернення: 31.07.2020).
18. Козмуляк К.А. Правове регулювання екологічної безпеки кормів у тваринництві за законодавством України. *Актуальні проблеми становлення і розвитку права екологічної безпеки в Україні* : матеріали наук.-практ. Круглого столу (м. Київ, 28 берез. 2014 р., КНУ імені Тараса Шевченка). Чернівці : Кондратьєв, 2014. С. 105-108.

**Tetiana Overkovska. Legal basis of use and protection of agricultural animals**

*The basic legal framework for the use and protection of farm animals as a special means of production in the field of agricultural management are considered. It is determined that the scope of treatment of farm animals requires proper legal regulation and research. The main legal boundaries have been established, in which the requirements determined by the current legislation of Ukraine regarding the use and protection of farm animals should be implemented. Established principles for the use of farm animals, which exclude cruel treatment of animals, which is incompatible with the requirements of morality and humanity. The conditions for the use of animals in the agrarian sector of the economy and the legal regulation of these conditions are analyzed. The necessity of veterinary-sanitary maintenance is established as an important part of the legal protection of farm animals. Attention is drawn to the legal requirements for the transportation of animals, the establishment of prohibitions during the transportation of farm animals, especially the lengthy transportation of animals.*

*Mandatory identification and registration of farm animals is established, which will provide the possibility of obtaining complete and reliable information about animals and compliance with the requirements regarding the procedure for their use. The necessity of improving legislation in the field of veterinary medicine in order to harmonize veterinary and sanitary measures is substantiated. It was determined that the legal framework for the protection and use of farm animals, established by current legislation, is mandatory for use, and their purpose is to observe the rule of law in the treatment of farm animals.*

*It is determined that the conditions for keeping animals in agriculture must meet their biological, species and individual characteristics, meet their natural needs, as well as requirements for quality, safety and hygiene of feed.*

*The article formulates conclusions based on the results of the study, which are based on the provisions of legal doctrine and current legislation of Ukraine in the field of legal regulation of the use and protection of farm animals.*

**Key words:** farm animals, animal husbandry, veterinary medicine, identification and registration of animals, humane animal handling, animal transport.

УДК 349.412
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.18

***Олена Заєць,***
*канд. юрид. наук,*
*доцент кафедри земельного та аграрного права*
*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

# ЕВОЛЮЦІЯ ЮРИСДИКЦІЇ ЗЕМЕЛЬНИХ СПОРІВ В УКРАЇНІ

*З 2005 року, коли до української судової системи приєдналася гілка адміністративних судів, питання підсудності окремих видів земельних спорів постійно перебувало в полі дискусій юристів, як теоретиків, так і практиків. Тому появу проєкту Закону України № 3296 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України щодо підвідомчості спорів, що виникають у сфері земельних відносин та спорів щодо нерухомого майна» треба схвалити хоча б як першу спробу законодавця навести порядок у цій сфері. Водночас до самого законопроєкту є чимало запитань, які варто поставити і вирішити, перш ніж цей документ стане законом.*

*Метою цієї статті є викладення авторського бачення оптимальних шляхів вирішення проблем юрисдикції земельних спорів. Адже неправильно вибрана форма захисту земельного права (вирішення земельного спору) призводить до затягування процесу захисту і зрештою до неможливості реалізації суб'єктом свого порушеного земельного права.*

*Земельні спори надзвичайно різноманітні. Але проблеми підсудності стосуються в основному тих земельних спорів, однією зі сторін яких є суб'єкт владних повноважень. Причому діяльність таких суб'єктів пов'язана зі здійсненням ними функцій власника публічних земель, хоча й не тільки.*

*У результаті проведеного дослідження зроблено висновок, що віднесення земельних спорів до юрисдикції господарських судів можливе як соціальний експеримент, результати якого можуть бути різними. Правила про підсудність земельних спорів у Законопроєкті № 3296 містять внутрішні суперечності і чимало винятків. Тому прийняття цього документа в такій редакції не уніфікує, а створить нові юрисдикційні проблеми. Систематизовані узагальнення судової практики Великої Палати Верховного Суду у сфері визначення юрисдикції земельних справ дали б можливість більш ефективно захищати порушені земельні права та відтермінувати експеримент щодо зміни юрисдикції земельних справ. Підтримується ідея створення у майбутньому окремої ланки спеціалізованих земельних судів в Україні з огляду на світову практику їх успішного функціонування.*

**Ключові слова:** юрисдикція, судова практика, земельні спори, законопроект, господарський суд.

**Постановка проблеми.** Питання підсудності земельних спорів довгі роки залишається притчею во язицех для нашої судової системи. З 2005 року, коли до української судової системи приєдналася гілка адміністративних судів, питання підсудності окремих видів земельних спорів постійно перебувало в полі дискусій юристів, як теоретиків, так і практиків. Тому появу проєкту Закону України № 3296 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України щодо підвідомчості спорів, що виникають у сфері земельних відносин та спорів щодо нерухомого майна» (далі – Законопроект № 3296) треба схвалити хоча б як першу спробу законодавця навести лад у цій сфері. Але до самого законопроекту є чимало запитань, які варто поставити і вирішити, перш ніж цей документ стане законом.

**Аналіз останніх досліджень.** Різні аспекти вирішення земельних спорів, у тому числі їх підвідомчості і підсудності, буди предметом досліджень А. М. Мірошниченка, Д. М. Коломійцевої, Л. В. Лейби, Н. О. Кузьменко, К. В. Шаповал, Ю. В. Мягкохода, М. В. Шульги, О. С. Снідевича та інших. Водночас нові законодавчі ініціативи у цій сфері вимагають ще раз переосмислити зазначену проблематику.

**Метою цієї статті** є викладення авторського бачення оптимальних шляхів вирішення проблем юрисдикції земельних спорів.

**Виклад основного матеріалу.** Подолання проблем вибору належної юрисдикції для вирішення земельних спорів не є самоціллю. Швидке та ефективне вирішення земельного спору залежить від ряду чинників, одним із яких є правильно вибрана форма захисту земельного права. На думку Ю. В. Мягкохода, з якою ми цілком погоджуємося, формою захисту земельного права є різновид (самостійний порядок) юрисдик-


© О. Заєць, 2020

ційної діяльності або ж діяльності суб'єкта порушеного права, спрямованої на захист земельного права у цілому. Фактично критерієм розподілу усієї діяльності із захисту порушених прав на форми є той суб'єкт, що здійснює діяльність щодо захисту [1, с. 44]. Судовий захист є основною формою захисту прав, інтересів та свобод фізичних та юридичних осіб, державних і суспільних інтересів [2]. У нашому випадку це всі ланки судової системи України за принципами територіальності, спеціалізації та інстанційності: загальні, господарські, адміністративні суди, адже всі вони уповноважені розглядати земельні спори.

Водночас між цими ланками судової системи існують встановлені законом та розтлумачені судовою практикою [2] правила підсудності. Судова юрисдикція – це інститут права, який покликаний розмежувати між собою компетенцію як різних ланок судової системи, так і різних видів судочинства – цивільного, кримінального, господарського та адміністративного [2].

Неправильно вибрана форма захисту земельного права (вирішення земельного спору) веде до затягування процесу захисту і зрештою до неможливості реалізації суб'єктом свого порушеного земельного права. Особливо очевидною ця ситуація стає тоді, коли земельна справа проходить усі судові інстанції і на стадії розгляду Верховним Судом (далі – ВС) приймається рішення про закриття провадження у справі, оскільки вона має вирішуватися за правилами іншого судочинства, як, наприклад, у справі № 823/2042/16 (Постанова ВС від 4 вересня 2018 року) та багатьох інших.

Земельні спори надзвичайно різноманітні. Але проблеми підсудності стосуються в основному тих земельних спорів, однією зі сторін яких є суб'єкт владних повноважень. Причому діяльність таких суб'єктів пов'язана зі здійсненням ними функцій власника публічних земель (ст. 122 Земельного кодексу України (далі-ЗКУ)), хоча й не тільки (державні реєстратори прав на нерухоме майно тощо).

Так, з одного боку, «визнання незаконним рішення <...> органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування» згадане серед способів захисту цивільних прав (п. 10 ч. 2 ст. 16 Цивільного кодексу України), що вказує начебто на те, що відповідні спори повинні розглядатися в порядку цивільного або господарського судочинства. З іншого боку, п. 1 ч. 1 ст. 19 Кодексу адміністративного судочинства України передбачає, що юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи, зокрема, у «спорах фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень <...>, крім випадків, коли для розгляду таких спорів законом встановлених інший порядок судового провадження». Це положення, у свою чергу, можна витлумачити таким чином, що відповідні спори є публічно-правовими і підлягають розгляду адміністративним судом [3].

З 2005 року судова система працювала з такими справами в режимі перетягування каната. Куди б не подали позовну заяву, предметом якої є подібний земельний спір, всюди її приймуть і розглянуть. Пізніше вищі судові інстанції всіх судових гілок дали свої рекомендації (вони частково описані в Пояснювальній записці до Законопроєкту № 3296), чим зміцнили цю дивну практику. Д. М. Коломійцева детально дослідила генезис формування судової практики щодо оскарження рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин і дійшла висновку, що узагальнення судової практики вищих касаційних інстанцій того часу не містили однозначної позиції щодо підвідомчості справ про оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів місцевого самоврядування та державної влади в земельних відносинах, що, незважаючи на позицію Конституційного Суду України (далі – КСУ), тільки поглиблювало різноманітність практики щодо цього предмета спору [4].

На думку А. М. Мірошниченка, у розвитку судової практики можна простежити різні підходи до тлумачення описаних вище норм процесуального закону (або їхніх більш ранніх аналогів): (1) спір щодо акта може розглядатися адміністративним судом за будь-яких обставин (такі рішення здебільшого приймалися адміністративними судами, які наслідували позицію Вищого адміністративного суду України (Постанова Пленуму ВАСУ № 8 від 20 травня 2013 року «Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів» (п. 12)); (2) у разі, якщо на підставі індивідуально-правового (ненормативного) акта виникло цивільне право, подальше «оспорювання правомірності набуття земельної ділянки» має вирішуватися у порядку цивільного або господарського судочинства (цю позицію свого часу займав ВС України (Постанова Судової палати в адміністративних справах ВС України у справі № 21-308а14), а також Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних та кримінальних справ (Постанова Пленуму ВССУ № 3 від 01 березня 2013 року «Про деякі питання юрисдикції

загальних судів та визначення підсудності цивільних справ» (п. 6, 7)) та Вищий господарський суд України (Постанова Пленуму ВГСУ № 6 від 17 травня 2011 року «Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин» (див., зокр., пп. 1.2.2 пп. 1.2 п. 1)), таку ж позицію займає сьогодні Велика палата ВС (далі – ВП ВС) (наприклад, постанови ВП ВС від 14 березня 2018 року у справі № 363/2449/14-а, від 03 квітня 2018 року у справі № 761/33504/14-а, від 18 квітня 2018 року у справі № 802/950/17-а та ін.), чия позиція стає дороговказом для судів. Тобто другий з описаних підходів натепер став панівним [3].

Не допомогло поліпшити ситуацію і Рішення КСУ від 01 квітня 2010 року № 10-рп/2010 у справі за конституційним поданням Вищого адміністративного суду України щодо офіційного тлумачення положень ч. 1 ст. 143 Конституції України, п. «а», «б», «в», «г» ст. 12 ЗКУ, п. 1 ч. 1 ст. 17 КАСУ. Вердикт цього Рішення однозначний: органи місцевого самоврядування є суб'єктами владних повноважень в частині розпорядження земельними ділянками комунальної власності у взаємовідносинах з фізичними та юридичними особами, спори між цими суб'єктами є публічно-правовими, і на них поширюється юрисдикція адміністративних судів. Але зауважимо, що Рішення стосувалося виключно органів місцевого самоврядування, а коло суб'єктів земельних спорів значно ширше, про що йшлося вище. До того ж тлумаченню піддано тільки норми Конституції, ЗКУ та КАСУ, поза увагою залишилися Цивільний кодекс України, Цивільно-процесуальний кодекс України, Господарський процесуальний кодекс України тощо. Як зазначає А. М. Мірошниченко, суди не сприйняли це рішення як безумовну вказівку розглядати відповідні спори в порядку адміністративного судочинства [3].

Отже, починаючи з 2018 року ВС ухвалив значну кількість рішень, які формують судову практику щодо підсудності земельних спорів. Причому ВС визначає правила підсудності по конкретних видах земельних спорів [5]. Не з усіма позиціями ВС можна погодитися: зокрема, наприклад, із віднесенням до адміністративної юрисдикції спорів щодо визнання незаконним і скасування рішень (розпоряджень) органів державної влади або місцевого самоврядування про надання дозволу на розробку технічної документації із землеустрою, оскільки такі дозволи надаються в єдиному процесуальному порядку набуття права на земельну ділянку, який є реалізацію права розпорядження земельними ділянками публічної власності [6], [7]. А. М. Мірошниченко вважає, що у разі передачі земельної ділянки державної або комунальної власності у власність або її надання в користування має місце правочин. Такий висновок справедливий і для ситуацій, коли договір як окремий документ не складається. Спори, що виникають у правовідносинах з передачі земельних ділянок державної та комунальної власності у власність або користування, за своєю природою є переддоговірними цивільними (а не публічно-правовими) спорами [3].

Іноді ВС відступає від вироблених ним же позицій, як, наприклад, у справах щодо оскарження дій державних реєстраторів прав на нерухомість [8]. І постійно збільшується кількість таких справ, що ускладнює практику їх застосування, а значить, не сприяє ефективному захисту земельних прав. Тому законодавча ініціатива Законопроєкту № 3296 загалом є своєчасною.

Але розробники дещо своєрідно підійшли до вирішення проблеми юрисдикції, запропонувавши передати більшу частину земельних спорів на вирішення господарським судам. Хочеться вірити, що один із ключових аргументів народних депутатів на користь такого вибору – завантаженість загальних і адміністративних судів та пов'язані з цим затягування термінів розгляду судових справ – відповідає істині. Для більшої переконливості в Пояснювальній записці до законопроєкту хотілося би бачити статистику з цього питання. Також числового підтвердження (що буде доказом ретельного вивчення проблеми) потребує твердження, що доцільність віднесення земельних спорів до компетенції господарських судів зумовлена тим, що спори, пов'язані із земельними відносинами, в яких хоча б однією зі сторін є приватні особи, незважаючи на участь у них суб`єкта владних повноважень, в *абсолютній більшості* є приватноправовими [9].

Можна повірити, що господарські суди найшвидше з-поміж інших юрисдикцій розглядають справи та показники завантаженості господарських судів дозволяють передати їм на розгляд дані категорії спорів [9]. Але юридично це має бути доведено. Нічого не сказано також про розташування господарських судів тільки в обласних центрах України, що ускладнить доступ до них пересічних громадян.

Але особливі сумніви стосуються змісту правил підсудності, які пропонують розробники, що є, власне, основною метою Законопроекту № 3296. Так, п. 18) ч. 1 ст. 20 ГПКУ доповнює їх справами по спорах, що виникають у сфері земельних відносин (в тому

числі спорах щодо прав на земельну ділянку із суб'єктом владних повноважень). Виникає питання: а якщо спір із суб'єктом владних повноважень не стосується прав на земельну ділянку, чия це буде підсудність? Думаємо, зразу виникне конфлікт юрисдикцій, адже представники адміністративного судочинства вже не підтримують цю ідею, апелюючи до того, що ВС прийнято ряд рішень, згідно з якими спори у сфері земельних відносин підлягають розгляду в порядку адміністративного судочинства, наприклад, за позовами до органу місцевого самоврядування: про усунення перешкод в користуванні земельною ділянкою, (Постанова ВП ВС від 15 травня 2019 року у справі № 14-145цс19); про відміну його рішення щодо нормативно-грошової оцінки землі (Постанова ВП ВС від 08 травня 2019 року у справі № 11-241апп18); щодо відміни його рішення про надання дозволу на розробку проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки (Постанова ВП ВС від 09 жовтня 2019 року у справі № 605/567/17) [10], про оскарження рішення про затвердження детального плану населеного пункту (Постанова ВП ВС від 15 травня 2019 року у справі № 363/3786/17) і т. п. Тому така неоднозначність цієї базової норми не тільки не врегулює проблему, але й породить нову.

Як правильно зазначають фахівці, в запропонованій редакції п. 18) ч. 1 ст. 20 ГПКУ застосовується термін «земельні відносини», який визначений у ст. 2 ЗКУ. У разі буквального тлумачення зацікавлених осіб п. 18 буде мало чим відрізнятися від запропонованої редакції п.п. 6.1 п. 6) ч. 1 ст. 20 ГПКУ і не буде охоплювати питання охорони та управління у сфері земельних відносин, що, мабуть, планував забезпечити законодавець [11].

У цьому ж пункті міститься виняток, що стосується спорів щодо земельних ділянок для ведення садівництва, будівництва і обслуговування житлового будинку, господарських будівель і споруд (присадибної ділянки), індивідуального дачного будівництва, будівництва індивідуальних гаражів, стороною яких є фізична особа, яка не є підприємцем. У чому причина цього винятку, адже кількість таких спорів теж велика? До того ж серед них можуть бути спори із суб'єктом владних повноважень. І тоді сьогоднішня проблема множинності судової практики і нечіткості у розмежуванні юрисдикцій для таких ділянок цілком залишиться. Це ж запитання можна поставити і до інших винятків даної норми. Адже спори земельні, а юрисдикції різні.

Зупинимося і на пп. 6.1 п. 6) ч. 1 ст. 20 ГПКУ, який розробники пропонують викласти як сп.рави у спорах щодо права власності чи іншого речового права на нерухоме майно (в тому числі землю), реєстрації або обліку прав на майно, яке (права на яке) є предметом спору, визнання недійсними актів, що порушують такі права. Дана норма стосовно землі становить правило, яке охоплюється нормою п. 18), яку вже було розглянуто. Тому в ній немає потреби. Крім цього, вона містить внутрішню суперечність стосовно спорів щодо реєстрації прав на нерухоме майно. Адже, як зазначалося вище, такі справи залежно від предмета спору можуть розглядатися судами різних юрисдикцій. Дана редакція цю проблему вибору не усуває. Так само її недолік – винятки із загального правила, які до того ж дублюють п. 18).

Отже, вважаємо, що Законопроєкт № 3296 у чинній редакції не досяг своєї основної мети – вирішення правової проблеми неоднозначного розмежування підсудності земельних спорів, забезпечення принципу правової певності щодо підвідомчості земельних спорів та сталості земельних правовідносин, які є необхідними під час становлення в Україні ринку землі [9].

Здається, для виділення групи земельних спорів у підсудність господарських (або інших) судів досить одного лаконічного правила, і над ним варто добре подумати. Найкраще, на нашу думку, всі земельні спори віднести до юрисдикції одного судового органу, інакше невизначеність із підсудністю завжди певною мірою залишатиметься. З іншого боку, є надія, що це буде перший крок до створення окремої ланки судової влади – земельних (екологічних) судів, практика діяльності яких у багатьох країнах світу себе виправдала [12]. Зовнішня і внутрішня спеціалізація судової системи, передбачена ст. 17, 18 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», дають можливість вже зараз практично підійти до вирішення цього питання. Адже є подібні спроби і в інших сферах [13].

Принагідно треба згадати про законопроєкт № 3411, за яким серед іншого третейські суди зможуть розглядати спори щодо нерухомості, включаючи земельні ділянки. Без детального аналізу норм цього документа (це тема окремого дослідження) всіляко підтримуємо цю ініціативу, яка дасть можливість дійсно розвантажити судову систему.

**Висновки**

Віднесення земельних спорів до юрисдикції господарських судів можливе як соціальний експеримент, результати якого можуть бути різними. Але його запрова-

дження потребує фактичного (в тому числі статистичного) доведення його доцільності. Необхідно також детально продумати і прорахувати його позитивні і негативні наслідки.

Правила про підсудність земельних спорів у Законопроєкті № 3296 містять внутрішні суперечності і чимало винятків. Тому прийняття цього документа в такій редакції не дасть можливості уніфікувати юрисдикцію земельних спорів, а, навпаки, створить нові юрисдикційні проблеми. Потрібне одне лаконічне правило, яке б охопило всі спори стосовно земельних ділянок, які будуть розглядатися одним судовим органом.

Систематизовані узагальнення судової практики Великої Палати Верховного Суду у сфері визначення юрисдикції земельних справ дали б можливість більш ефективно захищати порушені земельні права. Так, можна відтермінувати експеримент щодо зміни юрисдикції земельних справ.

Створення окремої ланки спеціалізованих земельних судів можливо зараз і не на часі (бо є фінансово затратним), але не може і заперечуватися з огляду на світову практику їх успішного функціонування та приклади існуючих і запроєктованих спеціалізованих судів в Україні.

**Список використаних джерел:**

1. Мягкоход Ю.В. Способи захисту земельних прав : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06. Київ, 2014. 195 с.

2. Постанова ВП ВС від 15 травня 2019 року № 522/7636/14-ц. URL: https://zib.com.ua/ua/ (дата звернення: 07.07.2020).

3. Мірошниченко А. Правова природа актів органів державної влади та місцевого самоврядування щодо розпорядження земельними ділянками. URL: http://amm.org.ua (дата звернення: 07.07.2020).

4. Коломійцева Д.М. Спори щодо визначення судової юрисдикції при оскарженні рішень органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері земельних відносин: генезис формування, ознаки та поняття. *Часопис Київського університету права*. 2019. № 4. С. 272-278.

5. Огляд судової практики розгляду Касаційним господарським судом у складі Верховного Суду справ у спорах, що виникають із земельних відносин. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_KGS_VS_zeml.pdf (дата звернення: 07.07.2020).

6. Постанова ВП ВС від 19 червня 2018 року у справі № 922/864/17. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/75004258 (дата звернення: 07.07.2020).

7. Постанова ВП ВС від 17 жовтня 2018 р. у справі № 380/624/16-ц URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77361939 (дата звернення: 07.07.2020).

8. Дайджест правових позицій Великої Палати Верховного Суду у справах, у яких ВП ВС відступила від висновків щодо застосування норм права у подібних правовідносинах, викладених в раніше ухвалених рішеннях ВСУ або ВП ВС, чи підтвердила їх. 2018–2020 роки. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Daidjest_vidstupiv.pdf (дата звернення: 07.07.2020).

9. Пояснювальна записка до Законопроекту № 3296. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68510 (дата звернення: 07.07.2020).

10. Не станет ли вопрос юрисдикций в земельных спорах началом конца хозяйственной специализации в свете законопроекта № 3296 от 31.03.2020? URL: https://sud.ua/ru/news/blog/166272-ne-stanet-li-vopros-yurisdiktsii-v-zemelnykh-sporakh-nachalom-kontsa-khozyaystvennoy-spetsializatsii-sudov-v-svete-zakonoproekta-no-3296-ot-31032020 (дата звернення: 17.07.2020).

11. Сорока М. Конкуренция предложенных редакций. *Юридическая практика*. 2020. № 16-17 (1165-1166). URL: https://pravo.ua/articles/dela-hozjajskie/ (дата звернення: 17.07.2020).

12. Заец Е. Отдельная ветвь судебной власти. Юридическая практика. 2020. № 16-17 (1165-1166). URL: https://pravo.ua/articles/dela-hozjajskie/ (дата звернення: 17.07.2020).

13. Деревянко Б. Щодо формування і діяльності спеціалізованого інвестиційного суду України. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 3. С. 323-327.

**Olena Zaiets. Evolution of jurisdiction of land disputes in Ukraine**

*Since 2005, when the branch of administrative courts joined the Ukrainian judicial system, the issue of jurisdiction of certain types of land disputes has been constantly in the field of discussion of lawyers. Therefore, the appearance of the draft Law of Ukraine № 3296 "On Amendments to the Commercial Procedural Code of Ukraine on Jurisdiction of Disputes Arising in the Sphere of Land Relations and Real Estate Disputes" should be approved at least as the first attempt of the legislator to bring order in this area. At the same time, there are many questions to the draft Law itself that should be resolved before this document becomes law. The purpose of this article is to present the author's vision of the best ways to solve the problems of jurisdiction of land disputes. After all, the incorrectly chosen form of protection of land rights (resolution of land disputes) leads to a delay in the process of protection and, ultimately, to the impossibility of the person to realize his\her violated land rights. Land disputes are extremely diverse. But the problems of jurisdiction concern mainly those land disputes, one of the parties to which is the subject of powers. Moreover, the activities of such entities are associated with the implementation of their functions of the owner of public land, although not only. As a result of the study, it was concluded that the assignment of the land disputes to the jurisdiction*

*of commercial courts is possible as a social experiment, the results of which may be different. The rules on the jurisdiction of the land disputes in draft Law № 3296 contain internal contradictions and many exceptions. Therefore, the adoption of this document in this version does not unify, but will create new jurisdictional problems. Systematized generalizations of the cases of the Grand Chamber of the Supreme Court in the field of determining the jurisdiction of land cases would make it possible to more effectively protect violated land rights and postpone the experiment to change the jurisdiction of land cases. The idea of creating a separate unit of specialized land courts in Ukraine in the future is supported.*

**Key words:** jurisdiction, judicial practice, land disputes, bill, Commercial Court.

УДК 349.6
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.19

***Марія Ващишин,***
*канд. юрид. наук, доцент,*
*доцент кафедри соціального права*
*Львівського національного університету імені Івана Франка*

# ВІДНОВЛЮВАНІ ТЕРИТОРІЇ У СКЛАДІ НАЦІОНАЛЬНОЇ ЕКОМЕРЕЖІ

*У статті досліджуються концептуальні засади та сутнісні характеристики відновлюваних територій як структурних елементів у складі національної екологічної мережі. З'ясовано основну функціональну характеристику відновлюваних територій – формування просторової цілісності екомережі. Основне завдання організаційно-правового механізму національної екомережі щодо відновлюваних територій полягає у виконанні першочергових заходів щодо відтворення їх первинного природного стану.*

*Зроблено висновок, що основні відмінності у критеріях віднесення до відновлювальних територій у складі Загальноєвропейської та національної екомереж полягають в об'єктах та меті, позаяк завданнями формування Загальноєвропейської екомережі є відновлення до природного стану пошкоджених, але цінних екосистем, середовищ існування та ландшафтів європейського значення, а цілі національної екомережі – це відтворення земель, котрі не є екосистемами й не становлять жодної екологічної цінності, а у складі екомережі виконуватимуть просторовоформуючу роль.*

*Обґрунтовано, що у межах національної екомережі повинні вживатися заходи щодо забезпечення відновлення пошкоджених компонентів ключових систем і захисту екосистем від потенційної небезпеки. Відновлювані території створюються у складі національної екомережі з метою подальшого її розвитку та удосконалення її функціонування. Це потенційний резерв, за рахунок якого можливо збільшити у майбутньому площу ключових та сполучних територій.*

*За допомогою телеологічного способу тлумачення норм екологічного права щодо цілей формування національної екологічної мережі України доведено доцільність включення до складу екомережі тільки таких ділянок земель, що зазнали впливу негативних процесів та стихійних явищ, порушених земель, деградованих і малопродуктивних земель, котрі безпосередньо межують з іншими структурними елементами екомережі, що дозволяє забезпечити формування просторової цілісності екомережі.*

*З метою вдосконалення правового режиму відновлюваних територій наголошено на необхідності під час розроблення та затвердженні місцевих схем формування національної екомережі вказувати конкретні заходи з ренатуралізації, що повинні здійснюватися відповідно до регіональних програм з охорони земель, а також перспективи трансформації окремих ділянок відновлюваних територій у структурні елементи іншого типу (ключові чи сполучні території екомережі).*

**Ключові слова:** екологічна мережа, Всеєвропейська екомережа, біологічне різноманіття, відновлення екосистем, ренатуралізація.

**Постановка проблеми.** В Україні, за офіційними даними, стан земельних ресурсів близький до критичного. Водною та вітровою ерозією уражені близько 57 відсотків території України. За різними критеріями забрудненими є близько 20 відсотків земель України. Щороку фіксується майже 23 тисячі випадків зсувів. Більш як 150 тисяч гектарів земель порушені внаслідок гірничодобувної та інших видів діяльності [1]. Лише за даними щодо охорони земель і ґрунтів в Україні, сучасне використання земельних ресурсів України не відповідає вимогам раціонального природокористування.

Негативні прогресуючі тенденції погіршення стану земельних ресурсів України підтверджують необхідність посилення природоохоронних заходів у сфері охорони земель, а також включення земель, які зазнали впливу негативних антропогенних процесів та стихійних явищ, до складу відновлюваних територій національної екомережі, що дозволить забезпечити відтворення їхніх природних властивостей.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Відновлювані території є важливим структурним елементом у складі національної екомережі, позаяк виконують просторовоформуючу функцію. Однак неоднозначність законодавчих приписів до їх виділення зумовили існування різних доктринальних підходів до розуміння ролі та місця відновлюваних територій у територіальній системі екомережі. Вагомим є внесок Т. М. Кондратюк, яка


© М. Ващишин, 2020

проаналізувала особливості правового режиму земель відновлювальних територій та розглянула наукові позиції щодо доцільності виділення відновлювальних територій у структурі екологічної мережі [2]. У своїх дослідженнях проблем правового режиму відновлюваних територій національної екомережі торкалися також О. Б. Кишко-Єрлі, Т. Лісова, О. О. Статівка, Т. П. Шоха та інші вчені, однак поза їхньою увагою залишалися критерії відбору та умови включення відновлюваних територій до складу національної та Всеєвропейської екомереж та перспективи їх трансформації в інші структурні елементи.

**Цілями цієї статті** є уточнення критеріїв виділення відновлюваних територій у складі національної екомережі та обґрунтування потреби формулювання перспектив їхньої трансформації у ключові та сполучні території екомережі з визначенням конкретних способів їх ренатуралізації.

**Виклад основного матеріалу.** Проблема охорони та відновлення земель є однією з головних у комплексі проблем збереження біорізноманіття. Охорона природного різноманіття може бути вирішена шляхом застосування національних організаційно-правових інструментів на основі узгоджених державами міжнародно-правових природоохоронних механізмів, спрямованих на забезпечення реалізації права кожного на безпечне для життя й здоров'я довкілля в інтересах теперішнього та прийдешніх поколінь на засадах сталого розвитку.

Одним із перших таких міжнародно-правових документів була Конвенція про біологічне різноманіття 1992 р., яка констатувала тенденцію до суттєвого зменшення біологічного різноманіття внаслідок антропогенної діяльності і наголосила на потребі збереження екосистем і природних місць мешкання, підтримки і відновлення життєздатних популяцій видів у їх природних умовах [3]. Отже, основними напрямами зупинення втрат природних ресурсів і подальшого покращення природно-ресурсного потенціалу у міжнародній екологічній політиці є збереження та відновлення екосистем.

Фізична вичерпність природних ресурсів зумовила нагальну потребу ощадливого їх використання та забезпечення умов для динамічної рівноваги у біосфері, а також її природного самовідновлення. Через об'єктивну обмеженість природно-ресурсного потенціалу біосфери будь-яке господарське рішення повинно нормувати втручання в природні процеси та враховувати навіть віддалені соціально-екологічні наслідки. Для цього розроблення стратегій екологічного управління повинно базуватися на достовірному прогнозуванні регіональних та державних процесів соціально-економічного розвитку, що актуалізує важливість прогностичного аспекту як умови ефективності управлінських рішень. Важливим і дієвим інструментом гнучкого екологічного управління в сучасних умовах є еколого-правовий інститут оцінки впливу на довкілля. Програми соціально-економічного розвитку, у тому числі й щодо охорони земель, повинні піддаватися стратегічній екологічній оцінці, а заходам штучної ренатуралізації відновлюваних територій національної екомережі повинна передувати процедура ОВД.

На врахуванні природоохоронних аспектів у соціально-економічній політиці як необхідної передумови відновлення і підтримки біологічного та ландшафтного різноманіття наголошено також і у Всеєвропейській стратегії збереження біологічного та ландшафтного різноманіття 1995 р. (далі – Стратегія). Перспективна мета Стратегії спрямована на збереження та збалансоване використання біологічного і ландшафтного різноманіття шляхом підвищення його здатності до відновлення. У цьому контексті збереження, покращання стану та відновлення ключових екосистем, середовищ існування, видів, елементів ландшафту досягається, зокрема, завдяки створенню Загальноєвропейської екологічної мережі та ефективному управлінню нею [4].

Серед стратегічних принципів, передбачених цим важливим міжнародно-правовим документом, названо принцип відновлення та відтворення природних ресурсів, зміст якого полягає в тому, що біологічне та ландшафтне різноманіття повинне, по можливості, відновлюватися і відтворюватися, якщо з допомогою контрольних досліджень можна довести, що початковий стан є практично відновлюваним, і відповідно до цього необхідно вжити заходів, які спрямовуватимуться на відновлення і реабілітацію видів, що перебувають під загрозою зникнення, та їх повернення до середовищ існування із дотриманням відповідних умов [4].

Функціонування Загальноєвропейської екомережі сприяє досягненню головних цілей Стратегії через забезпечення відновлення пошкоджених компонентів ключових систем і захисту екосистем від потенційної небезпеки [4]. З метою збереження біологічного різноманіття, а головне, цінних природних об'єктів і оселищ, а також відновлення до первинного природного стану ушкоджених природних ділянок продовжує формуватися національна екомережа як невід'ємна складова частина Всеєвропейської екологічної мережі.

Так, основною метою Загальнодержавної програми формування національної екологічної мережі України на 2000-2015 роки (далі – Програма) було визнано збільшення площі земель країни з природними ландшафтами до рівня, достатнього для збереження їх різноманіття, близького до притаманного їм природного стану, та формування їх територіально єдиної системи, побудованої відповідно до забезпечення можливості природних шляхів міграції та поширення видів рослин і тварин, яка б забезпечувала збереження природних екосистем, видів рослинного і тваринного світу та їх популяцій [5].

Формування національної екологічної мережі передбачає зміни в структурі земельного фонду країни шляхом віднесення (на підставі обґрунтування екологічної безпеки та економічної доцільності) частини земель господарського використання до категорій, що підлягають особливій охороні з відтворенням притаманного їм різноманіття природних ландшафтів [5]. Однак запропонований Програмою перелік земельних ділянок, що забезпечуватимуть виконання просторовоформуючої функції у складі національної екомережі, засвідчує відсутність у них екологічної цінності та властивостей екосистем.

Так, зокрема, Програмою передбачено, що сприятливі передумови для збільшення площі земель з природними ландшафтами, що склалися у процесі реформування економічних відносин у землекористуванні, забезпечуються: вилученням земель сільськогосподарського призначення (насамперед деградованих орних земель) внаслідок економічної збитковості їх використання за призначенням; вилученням із промислового використання (у видобувній, будівельній та інших галузях виробництва) земельних ділянок, які втратили природний стан і становлять підвищену небезпеку для збереження навколишнього середовища; наданням переваги відновленню природних ландшафтів як найбільш доцільному виду використання земель, що вибувають із сільськогосподарського використання; встановленням водоохоронних зон і прибережних захисних смуг навколо водних об'єктів; збільшенням території лісів, лісосмуг навколо сільськогосподарських угідь, промислових та житлових зон [5]. У цьому переліку є земельні ділянки, що втратили природний стан і становлять підвищену небезпеку для збереження навколишнього середовища, що, загалом, не відповідає цілям формування національної екомережі.

Відомо, що стратегічні цілі збереження та відновлення ландшафтного та біологічного різноманіття на європейському континенті досягаються шляхом формування різних за функціональним призначенням, але взаємопов'язаних між собою структурних елементів Всеєвропейської екологічної мережі: природних ядер або осередків (ключових районів) для збереження екосистем, середовищ існування, видів та ландшафтів європейського значення; екологічних коридорів або перехідних зон з метою покращання взаємодії природних систем; відновлювальних районів, де пошкоджені елементи екосистем, середовища існування та ландшафти європейського значення мають відновлюватися, а окремі території повністю відтворюватися; буферних зон, які підтримують і захищають мережу від шкідливого зовнішнього впливу Така структура екомережі забезпечуватиме збереження, а в окремих випадках і покращання або відновлення відповідних екосистем, середовищ існування, видів, їх генетичного різноманіття та ландшафтів європейського значення [4].

Закон України «Про екологічну мережу України» до структурних елементів національної екомережі відносить ключові, сполучні, буферні та відновлювані території, що, здавалося б, загалом відповідає функціональним підходам у побудові Всеєвропейської екомережі. У складі національної екомережі відновлювані території забезпечують формування її просторової цілісності, крім того, для них мають бути виконані першочергові заходи щодо відтворення їхнього первинного природного стану [6].

Порівняльний аналіз мети проведення та змісту відновлюваних заходів у функціонуванні Всеєвропейської та національної екомереж засвідчує, що у складі Всеєвропейської екологічної мережі мають відновлюватися пошкоджені елементи екосистем, середовища існування та ландшафти європейського значення, а окремі території повністю відтворюватися. А у національній екомережі до відновлюваних територій насамперед включаються порушені землі, деградовані і малопродуктивні землі та землі, що зазнали впливу негативних процесів та стихійних явищ, інші території, важливі з точки зору формування просторової цілісності екомережі [6]. Тобто національний законодавець вибрав не екосистемний, а просторовоформуючий критерій відбору відновлюваних територій екомережі.

Позитивним прикладом комплексного екосистемного підходу є Місцева схема формування екологічної мережі Чернігівського району Запорізької області, яка розроблена за концепцією побудови природного каркасу екомережі. Вона передбачає максимальне поєднання природних геосистем та напів-

трансформованих малопродуктивних сільськогосподарських угідь, не угідь, лісів, перспективних для повернення їх до природного стану. Охорона збережених природних геосистем – лісових, лучних, водно-болотних – і відновлення трансформованих ділянок сприятиме формуванню природного каркасу екологічної безпеки території області, який внаслідок взаємозв'язку між його складниками створює передумови для досягнення екологічної рівноваги. Оптимізаційні заходи передбачають подальшу інвентаризацію земель та виявлення таких угідь, що підлягають консервації, виведенню з господарського та іншого використання, рекультивації із подальшим їх включенням у структурно-функціональні елементи регіональної екомережі [7]. Отже, у цьому документі значну увагу приділено не лише охоронним, але й відновлювальним аспектам формування екомережі із застосуванням прогностичної функції.

Місцева схема формування екологічної мережі Чернігівського району Запорізької області відповідає Методичним рекомендаціям щодо розроблення регіональних та місцевих схем екомережі, затвердженим Наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища України № 604 від 13.11. 2009 р. [8] Цей документ є досить конкретизованим і слугує детальною інструкцією розробникам регіональних та місцевих схем екомережі. Привертає увагу його положення про «необхідність узгоджувати заходи щодо відтворення природного стану відновлюваних територій із прив'язкою до заходів, передбачених відповідно до регіональних програм» [8]. Очевидно, йдеться про регіональні екологічні програми, чи програми соціально-економічного розвитку, що є обґрунтованим через потребу залучення значних коштів на такі заходи.

Цим документом також передбачено, що відновлення екологічних зв'язків між природними територіями може здійснюватися як природними, так і штучними шляхами – посадкою лісу, залуженням прибережних смуг вздовж річок тощо. Повноцінна екологічна реставрація включає не лише відновлення екологічних зв'язків між природними територіями, що збереглися, а й суттєве збільшення площ під екосистемами, які здатні до саморегуляції [8].

Тому, розробляючи схеми екомережі, варто конкретно визначати необхідні першочергові заходи щодо відтворення природного стану відновлюваної території екомережі (необхідність і можливість відновлення природного стану, заходи з рекультивації, консервації, відновлення рослинного покриву, здійснення репатріації видів рослин і тварин тощо) [8]. Також наголошено на потребі визначення перспектив відновлюваної території з огляду на функції, які вона буде виконувати після ренатуралізації, адже вона призначена для відновлення цілісності функційних зв'язків у ключовій або сполучній території екомережі [8].

Т. М. Кондратюк також вважає, що відновлювані території в силу свого розташування і потенційних функцій відіграють значну роль у просторі екомережі, особливо там, де втручання людини необхідне для відновлення природних характеристик. Характерною особливістю правового режиму цих земель названа їхня землеохоронна і відновлювальна спрямованість, що полягає у припиненні їх господарського використання (сільськогосподарського або промислового) на визначений термін чи назавжди і застосуванні до них засобів відновлення (консервація-трансформація) [2, с. 5]. Попри те, що вчена вказала тільки один із можливих способів ренатуралізації відновлюваних територій (консервація), однак вбачається її розуміння позитивної динаміки щодо перспективної ролі відновлюваних територій у складі екомережі шляхом їхньої трансформації.

Позаяк в еколого-правовій літературі трапляються діаметральні точки зору щодо умов та доцільності включення відновлюваних територій до складу національної екомережі, пропонуємо застосувати телеологічний спосіб тлумачення відповідних екомережевих приписів, який передбачає з'ясування смислу норми права за допомогою її мети. Б. В. Малишев зазначає, що мету норми права можна визначити двома шляхами: 1) шляхом аналізу змісту та текстуального вираження норми права; 2) шляхом аналізу норм-цілей нормативно-правового акта, в якому вона міститься [9, с. 9]. Інформація про мету норми права, яка отримується завдяки використанню телеологічного тлумачення, допомагає у вирішенні складних ситуацій, що трапляються під час реалізації права: подолання колізій між нормами права, усунення прогалин у законодавстві, тлумачення оцінних норм тощо [10, с. 15].

Отже, телеологічний спосіб тлумачення шляхом зіставлення норм права про склад та функції відновлюваних територій із нормами-цілями законодавства про національну екомережу дозволяє зробити висновок про доцільність включення до складу екомережі лише тих ділянок порушених земель, деградованих і малопродуктивних земель та земель, що зазнали впливу негативних процесів та стихійних явищ, котрі безпосередньо межують з іншими структурними

елементами екомережі, що дозволяє забезпечити формування просторової цілісності екомережі на основі екосистемного підходу.

**Висновки**

Відновлювані території забезпечують подальший розвиток та удосконалення функціонування національної екомережі, адже після екологічної реставрації є потенційним резервом для трансформації в ключові та сполучні території. Основні відмінності у критеріях віднесення до відновлювальних територій у складі Загальноєвропейської та національної екомереж полягають в об'єктах та меті, позаяк Всеєвропейська мережа дбає про відновлення до природного стану пошкоджених, але цінних екосистем, середовищ існування та ландшафтів європейського значення, а національна екомережа фокусується на відтворенні земель, котрі не є екосистемами й не становлять жодної екологічної цінності, а у складі екомережі виконуватимуть просторовоформуючу роль.

З метою вдосконалення правового режиму відновлюваних територій під час розроблення та затвердження місцевих схем формування національної екомережі необхідно передбачати конкретні заходи з їх ренатуралізації, що повинні здійснюватися відповідно до регіональних програм з охорони земель, а також вказувати перспективи трансформації окремих ділянок відновлюваних територій у структурні елементи іншого типу (ключові чи сполучні території екомережі).

**Список використаних джерел:**

1. Основні засади (стратегія) державної екологічної політики України на період до 2030 року : Закон України від 28.02.2019 р. № 2697 – VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 16. С. 8. Ст. 70.

2. Кондратюк Т.М. Правовий режим земель національної екологічної мережі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06. Київ, 2019 р., 22 с..

3. Конвенція про охорону біологічного різноманіття : Міжнародний документ від 05 червня 1992 року / Організація Об'єднаних Націй. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_030#Text (дата звернення: 11.07.2020).

4. Всеєвропейська стратегія збереження біологічного та ландшафтного різноманіття : Міжнародний документ від 25 жовтня 1995 року / Рада Європи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_711#Text (дата звернення: 11.07.2020).

5. Про Загальнодержавну програму формування національної екологічної мережі України на 2000-2015 роки : Закон України від 21.09.2000 № 1989-III (із зм. і доп.). *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 47. Ст. 405.

6. Про екологічну мережу України : Закон України від 24.06.2004 № 1864-IV / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1864-15#Text (дата звернення: 11.07.2020).

7. Місцева схема формування екологічної мережі Чернігівського району Запорізької області від 22.11.2018 р. URL: http://chrda.gov.ua/index.php/2554-mistseva-skhema-formuvannya-ekologichnoji-merezhi-chernigivskogo-rajonu-zaporizkoji-oblasti (дата звернення: 11.07.2020).

8. Про затвердження Методичних рекомендацій щодо розроблення регіональних та місцевих схем екомережі : наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища України від 13.11. 2009 № 604. URL: http://newtest.menr.gov.ua/media/files/Nakaz6042009.doc (дата звернення: 11.07.2020).

9. Малишев Б. В. Телеологічний спосіб тлумачення норм права: загальнотеоретичні аспекти. *Адвокат*. 2011. № 10. С. 7-14. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/adv_2011_10_1 (дата звернення: 11.07.2020).

10. Москалюк О. В. Механізм подолання змістовних і темпоральних колізій норм права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2011. 20 с.

**Mariya Vashchyshyn. Renewable territories of the national ecological network**

*The principles and essential characteristics of renewable territories as structural elements of the national ecological network are described in the article. The main functional characteristics of the renewable territories are creating the spatial continuity of the ecological network. The core task of the organizational and legal mechanism of the national ecological network for the renewable territories is to implement priority measures to restore their original natural state.*

*It is concluded that the main differences in the criteria for assignment to renewable territories in the European and national ecological networks are the objects and purpose. The objectives of the formation of the Pan-European Ecological Network are the restoration to the natural state of damaged but valuable ecosystems, habitats, and landscapes of European importance. The national ecological network's goals are aimed at the reproduction of lands that are not ecosystems and are not ecologically valuable. Such territories are to play a spatial-forming role in the ecological network.*

*The author argued that measures should be taken within the national ecological network to ensure the restoration of key systems' damaged components and protect ecosystems from potential danger. Renewable areas are created as part of the national eco-network to develop and improve its functioning. These territories are the potential reserve, due to which it is possible to increase the area of core and connecting territories in the future.*

*The ecological network should include only those areas of land affected by negative processes and natural phenomena, disturbed lands, degraded and unproductive lands, which directly adjoin on other structural elements of the eco-network, which allows to form the spatial integrity of the eco-network. This conclusion is made using a teleological method of interpreting the rules of environmental law concerning the objectives of the formation of Ukraine's national ecological network.*

*In order to improve the legal regime of renewable territories, the need to specify specific measures for renaturalization to be carried out following regional land protection programs, as well as prospects for transformation of some regions of renewable territories into other types of structural areas ( core or connecting areas of the ecological network).*

**Key words:** ecological network, Pan-European ecological network, biodiversity, renewable territories, reproduction of ecosystems, renaturalization.

УДК 349.6
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.20

***Володимир Шеховцов,***
*канд. юрид. наук, доцент,*
*доцент кафедри екологічного права*
*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

# ПЕРСПЕКТИВИ КОДИФІКАЦІЇ ФАУНІСТИЧНОГО ЗАКОНОДАВСТВА Й ФОРМУВАННЯ ЙОГО СТРУКТУРИ

*Статтю присвячено дослідженню наявних концепцій розвитку екологічного законодавства й перспектив подальшого вдосконалення його структури на основі запропонованої моделі побудови законодавства про тваринний світ.*

*У роботі встановлено, що в науці екологічного права висувається декілька основних варіантів концепцій подальшої систематизації екологічного законодавства: перша стосується бачень перспектив у розробленні й прийнятті Екологічного кодексу; другий підхід пов'язаний із доцільністю прийняття Кодексу законів України про довкілля; третій – стосується запровадження такої правової форми систематизації екологічного законодавства, як його модернізація, тобто осучаснення екологічного законодавства, приведення його у відповідність до сучасних вимог законотворчості й практики застосування.*

*Обґрунтовується теза про необхідність вироблення факультативних шляхів систематизації, у зв'язку з чим запропоновано здійснювати поетапну кодифікацію пересурсового законодавства з подальшою перспективою апроксимації до положень Кодексу законів України про довкілля.*

*Запропоновано двоступеневий рівень систематизації екологічного законодавства стосовно законодавства про тваринний світ: Фауністичний кодекс (на рівні вже прийнятих і розроблених кодифікованих законодавчих актів у формі кодексів і законів у сфері екологічних суспільних відносин) і Кодекс законів про довкілля – як друга ланка систематизації.*

*Також установлено, на що потрібно звертати увагу під час формування нової моделі фауністичного законодавства: принципи раціонального, ефективного природокористування, сталого розвитку, які мають справляти переважаючий вплив на формування природоохоронних норм, разом з урахуванням законів самої природи, потенційних можливостей довкілля повинні пронизувати цю систему, беззаперечно простежуватися в її структурі. Також акцентовано увагу на окремих аспектах, що мають бути враховані під час формування структури Фауністичного кодексу.*

*Зроблено висновок, що розроблення й прийняття Фауністичного кодексу, положення якого після перевірки практикою та часом зможуть увійти в структуру Кодексу законів України про довкілля, є вираженням перспектив сталого розвитку екологічного законодавства, система й інститути якого потребують надання імпульсу для подальшого вдосконалення.*

**Ключові слова:** система екологічного законодавства, кодифікація, сталий розвиток, законодавство про тваринний світ, Фауністичний кодекс.

**Постановка проблеми.** Акумулювання норм відповідного порядку, зокрема про тваринний світ, поступово призвело до формування окремої підгалузі – фауністичної, що виражається в наявності цілісної структури нормативно-правового забезпечення й існуванні нормативно-правового акта стрижневого характеру – Закону України «Про тваринний світ» [1], а також у власному специфічному предметі правового регулювання – відносинах з охорони та використання тваринного світу. Необхідність окремого врегулювання цих відносин зумовлена значенням тваринного світу та його місцем в екосистемі, адже від його стану залежить і придатність екологічних систем для існування людини.

Однак варто відмітити, що законодавство України про тваринний світ сьогодні являє собою розбалансовану систему нормативно-правових актів різного рівня, велику частину якого становлять саме підзаконні акти відомчої нормотворчості, запровадженням яких уряд постійно намагається цю систему врівноважити, прибрати прогалини й колізії.

Крім цього, у літературі звертають увагу на «занадто велику кількість декларативних положень; слабке регулювання процедур (екологічного нормування, ліцензування,


© В. Шеховцов, 2020

організації та проведення екологічної експертизи тощо); відсутність ефективних механізмів реалізації нормативних вимог» [2, с. 86]. Рівною мірою ці явища є притаманними й для фауністичного законодавства.

За часів державної незалежності систематизаційні процеси екологічного законодавства в різному ступені досліджували такі вчені, як В.І. Андрейцев, Г.І. Балюк, П.О. Гвоздик, А.П. Гетьман, Т.В. Григор'єва, І.І. Каракаш, А.Є. Кобрін, В.В. Костицький, О.В. Панченко, В.К. Попов, Т.Б. Проскура, С.В. Размєтаєв, А.К. Соколова М.В. Шульга, Ю.С. Шемшученко й інші. Тією чи іншою мірою науковий світ обговорював кодифікаційні процеси як передумову вдосконалення екологічного законодавства з обранням конкретних шляхів досягнення цієї мети, що й вирізняло позиції окремо взятих дослідників.

Зокрема, А.П. Гетьман зазначав: «Нині екологічне законодавство України – багатогалузева система нормативних актів різної юридичної сили, що ускладнює їх використання та призводить до численних суперечностей між ними або неузгодженості окремих актів, дублювання. Наявність нормативних приписів у великій кількості правових актів створює значні труднощі в їх практичному використанні, навіть для фахівців у галузі екологічного права» [3, с. 20]. Продовжити думку професора можна й так, що нагальність потреби кодифікації відчувається як на галузевому рівні екологічного права, так і на пересурсовому – фауністичному, флористичному тощо.

**Мета статті** – на основі аналізу наявних концепцій розвитку екологічного законодавства запропонувати модель побудови законодавства про тваринний світ із подальшою інтеграцією його положень до екологічного.

**Виклад основного матеріалу.** Дедалі частіше в наукових дослідженнях виносяться на обговорення теми систематизації екологічного законодавства, його докорінного реформування. Результати такої переформації упредметнюються в декількох основних варіантах висунутих концепцій:

1. Перша стосується бачень перспектив у розробленні й прийнятті Екологічного кодексу, запровадження якого за переважаючою думкою матиме наслідки «суттєвого поліпшення загальнонаціональної правової системи охорони довкілля» [4, с. 172], «має сприяти кращому структуруванню чинного екологічного законодавства, наданню йому більш логічно завершеної форми, ліквідації повторів, протиріч і неузгодженостей» [5, с. 81], а також бути продовженням сучасних європейських тенденцій [6, с. 5].

2. Другий підхід, розроблений А.П. Гетьманом, пов'язаний із доцільністю прийняття Кодексу законів України про довкілля [7, с. 223–225]. Як зазначає автор, сьогодні у сфері екологічного законодавства, як у жодній з інших галузей права, діє розгалужена система кодифікованих законодавчих актів у формі кодексів і законів, предметом правового регулювання яких є більшою мірою однорідні групи екологічних суспільних відносин, об'єднаних сферою відповідних природних ресурсів або їх комплексів. Об'єднання ж таких законодавчих актів, на переконання А.П. Гетьмана, можливе лише у формі Кодексу законів про довкілля, тому що прийняття за такої палітри законодавчих актів Екологічного кодексу як форми кодифікованого акта є недоцільним, оскільки він не зможе об'єднати вже чинні кодекси й закони через свою спорідненість за формою з останніми [7, с. 223].

3. Іще один підхід, запропонований В.І. Андрейцевим, стосується запровадження такої правової форми систематизації екологічного законодавства, як його модернізація, тобто осучаснення екологічного законодавства, приведення його у відповідність до сучасних вимог законотворчості та практики застосування (очищення від архаїзмів доби минулої радянської держави, приведення його на рівень вимог і стандартів міжнародного права та права Європейського Союзу, сучасних вимог забезпечення екологічної безпеки, екологічних прав громадян і сформованої офіційної державної екологічної політики України) [8, с. 14].

Кожний із висловлених підходів отримує в доктрині екологічного права системну аргументацію та має своїх послідовників. Проте об'єднуючою ознакою, що виділяється авторами представлених позицій як недолік, є диференціація законодавства. Як видається, вона є архаїзмом, спадком радянської зарегульованості й несистемності, подолати яку й досі не вдається. Як указують О.В. Панченко та Т.Б. Проскура, «не можна до нескінченності диференціювати екологічне законодавство, так як це веде до дублювання деяких правових норм, існування розбіжностей окремих положень в різних нормативних актах, а це, в свою чергу, шкодить діяльності правозастосовних органів» [9, с. 549–550]. Н.Р. Малишева додає: «Систематизація екологічного законодавства у формі його кодифікації стане в найближчому майбутньому велінням національних законодавчих систем світу; саме вона визначатиме формально-юридичний вектор у розвитку екологічного

законодавства в найближчі десятиріччя» [10, с. 122]. Для цього вже сформувалися всі юридичні й соціальні передумови в нашій державі, хоча й залишаються, як показує практика, на рівні спроб.

Отже, вести мову про наявність передумов і важливість подальшого розвитку процесів систематизації у формуванні оновленої структури екологічного законодавства, безумовно, на часі, однак обумовлені процеси показують необхідність вироблення факультативних шляхів систематизації. Цей шлях є довшим, однак необхідним для позитивного структурування екологічного законодавства загалом.

У зв'язку з цим можна запропонувати поетапну кодифікацію пересурсового законодавства з подальшою перспективою апроксимації до положень Кодексу законів України про довкілля. Варто вважати, що такий підхід може цілком обґрунтовано бути інтегрованими до цілісної Концепції розвитку екологічного законодавства, запропонованої А.П. Гетьманом, яка «є важливим складником в алгоритмі формування єдиної, логічно послідовної, всебічно виваженої й обґрунтованої доктрини національної екологічної політики України та пошуку найбільш ефективних, оптимальних форм і методів її реалізації» [11, с. 172]. Реформаційні процеси, що сьогодні активовані в нашій державі за усіма напрямами, виносять питання трансформативних змін екологічного законодавства на порядок денний багатьох нормотворчих процедур. Прийняття Урядом України Національної стратегії наближення (апроксимації) законодавства України до права ЄС у сфері охорони довкілля [12] є послідовним кроком у стратегічному плануванні й організації роботи з виконання Угоди про асоціацію в напрямі «Навколишнє середовище» [13] і яскравим свідченням такої політики.

Можна висловити часткову прихильність до думки проф. І.І. Каракаша, який уважає, що на сучасному етапі розвитку українського суспільства й відповідних суспільних відносин систематизація екологічного законодавства мусить здійснюватися поетапно й мати двоступеневий рівень [14, с. 69]. Запозичуючи основу цієї ідеї (адже професор пропонує на першому етапі здійснити прийняття Основ екологічного законодавства України, а на другому – розроблення й прийняття Екологічного кодексу України [14, с. 69]) й розвиваючи її, можемо запропонувати таку модель дворівневої побудови: Фауністичний кодекс (на рівні вже прийнятих і розроблених кодифікованих законодавчих актів у формі кодексів і законів у сфері екологічних суспільних відносин) і Кодекс законів про довкілля – як друга ланка систематизації.

Отже, формується консолідаційне коло трансформації екологічного законодавства, що включає більшість запитів наукової спільноти: з проф. І.І. Каракашем – щодо дворівневої структури систематизації; з проф. А.П. Гетьманом – щодо другої ланки систематизації на рівні Кодексу законів про довкілля; з проф. В.І. Андрейцевим – щодо модернізації (осучаснення) екологічного законодавства; з проф. А.К. Соколовою, яка до першого рівня систематизації вкладає необхідність первинної кодифікації флористичного законодавства [15, с. 321–333]. А отже, логічним і необхідним продовженням шляху, якого дотримується остання, є курс на кодифікацію законодавства про тваринний світ, який у кінцевому підсумку стане засобом збалансованого й планового досягнення кінцевої цілі для законодавства екологічного.

Далі з'ясуємо, на які чинники варто особливо звертати увагу під час формування нової моделі фауністичного законодавства. Сьогодні система законодавства про тваринний світ, на жаль, є відображенням сучасних тенденцій розвитку економіки, політики, соціально-культурних процесів. Разом із тим варто наголосити на тому, що принципи раціонального, ефективного природокористування, сталого розвитку, які мають справляти переважаючий вплив на формування природоохоронних норм, разом із «урахуванням законів самої природи, потенційних можливостей довкілля» [16, с. 35] повинні пронизувати цю систему, беззаперечно простежуватися в її структурі.

Отже, працюючи над удосконаленням чинного законодавства про тваринний світ, необхідно зважати на ці фактори, особливо в умовах створення його оновленої структури. Крім цього, доречним уважаємо акцентувати увагу на деяких аспектах, що мають обов'язково бути враховані в цих процесах:

1. Передусім увага законодавця має бути звернена на термінологічну визначеність деяких категорій, які повсякчас слугували предметом наукових дискусій: «тваринний світ», «тварина», «дика фауна». Це, безумовно, сприятиме правильному трактуванню правовідносин, що складаються з приводу цих об'єктів.

Зважаючи на це, необхідно загострити увагу на важливості комплексного підходу, спрямованого на уніфікацію юридичних понять, категорій і термінів з європейською та світовою практикою, що, безспірно слугуватиме сталості системи понятійно-категоріального апарату фауністичного зако-

нодавства й допоможе реалізації принципу правової визначеності в зазначеній сфері відносин.

2. Наступним важливим аспектом має стати ґрунтовний підхід до розмежування ознак, притаманних праву володіння, користування й розпорядження об'єктами тваринного світу, визначення суб'єктного складу таких відносин, відведення окремої ролі праву власності Українського народу як інтегруючої правової категорії, адже множинність суб'єктів та особлива роль тваринного світу в житті сучасного суспільства постійно створюють передумови для дискусійності цієї проблематики, яка може бути значно зменшена в разі комплексного впровадження цих категорій до нового закону.

3. Категорії «охорони», «використання» та «відтворення» тваринного світу також потребують додаткового переосмислення. Зокрема, у силу наявності окремих обставин сучасної дійсності як українського суспільства, так і стану охорони дикої фауни на певних територіях держави. Розроблення й упровадження комплексних заходів з охорони дикої фауни та місць її перебування на територіях, що зазнають негативного впливу військових дій, сьогодні є завданням, що потребує вирішення на найвищому рівні. На жаль, ця проблема набуває характеристик константності, а це ж, у свою чергу, є маркером до пильності законодавця в цих процесах і важливості інтегрування й цих аспектів до інституційного законодавства.

4. Забезпечення балансу публічної та приватної власності на тваринний світ – проблема, яка має дуже міцні коріння, що пронизують не одне десятиліття. Належним чином збалансоване співвідношення публічних і приватних інтересів слугуватиме передумовою для забезпечення консенсусу між економічною та екологічною політикою держави, що справляє вплив на фауністичні правовідносини. Радикальне оновлення законодавства про тваринний світ, уніфікація його положень може створити принципове підґрунтя для зміни правової парадигми й усталити конкуренцію та вплив публічно- й приватноправових засад у праві власності на об'єкти тваринного світу.

5. Сутнісність певних аспектів і законодавчих положень фауністичного законодавства виражається й у тому, що для їх найкращої реалізації окремі принципи мають пронизувати також і відносини, які хоча безпосередньо й не стосуються фауністичних, однак є дотичними до них. Наприклад, такими можуть бути норми економічної направленості, будівельні норми, реалізація яких у кінцевому підсумку справляє ефект на стан дикої фауни. Обов'язковою передумовою ефективності фауністичного законодавства є створення міцного ланцюжку взаємодії норм природоохоронного характеру з нормами інших галузей, які часто є обмеженими й досить формальними для того, щоб можна було повноцінно забезпечити імперативність екологізації цих відносин.

6. Злагодженість у врегулюванні права загального та спеціального користування. Доречно зазначити, що чинний Закон України «Про тваринний світ» має загалом міцну позицію під час регулювання цих аспектів, однак водночас варто усвідомлювати й те, що значна їх частина передана під регулювання інших спеціалізованих законів. Подальша структуризація фауністичного законодавства вимагатиме відповідального опрацювання й систематизації різноспрямованих, однак за своїм предметом споріднених норм, утвердження науково обґрунтованих нормативів і лімітів використання об'єктів тваринного світу, забезпечення невиснажливого їх використання, а також відтворення.

7. Передбачення зрозумілої й визначеної ролі органів державного управління у сфері охорони, використання та відтворення тваринного світу має справити беззаперечний вплив на можливість забезпечення раціонального використання й ефективність його охорони. Комплексність цієї проблематики охоплює не лише сферу охорони й використання тваринного світу, а й інших об'єктів екологічних правовідносин. Розроблена та схвалена Кабінетом Міністрів України Концепція реформування системи державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища у 2017 р. [17] за головну мету мала створення ефективної державної системи запобігання екологічним правопорушенням і моніторингу стану навколишнього природного середовища, зниження тиску на бізнес-середовище, широке залучення громадськості до здійснення нагляду (контролю), утворення єдиного інтегрованого державного органу природоохоронного моніторингу та нагляду (контролю) – Державної природоохоронної служби. Упровадження в життя положень, передбачених цією Концепцією, має справити перспективний вплив на галузь екологічного управління й управління у сфері охорони, використання та відтворення тваринного світу зокрема.

**Висновки**

Обґрунтована концепція розвитку фауністичного законодавства дає можливість утвердитися в позиції, що доцільність

обрання шляху поступової кодифікації може мати прогресивні результати в підсумку. Розроблення й прийняття Фауністичного кодексу, положення якого після перевірки практикою і часом зможуть увійти в структуру Кодексу законів України про довкілля, є, на нашу думку, вираженням перспектив сталого розвитку екологічного законодавства, система й інститути якого потребують надання імпульсу для подальшого вдосконалення.

**Список використаних джерел:**

1. Про тваринний світ : Закон України від 13.12.2001 № 2894-III. *Голос України*. 2002. № 9.

2. Григор'єва Т.В. Проблеми систематизації екологічного законодавства. *Актуальні питання кодифікації екологічного законодавства України* : збірник тез наук. доп. учасн. «круглого столу» (9 лист. 2012 р.) / Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого», 2012. С. 85–87.

3. Гетьман А.П., Разметаєв С.В. До питання розробки проекту Екологічного кодексу України. *Екологічний вісник*. 2003. № 4. С. 20.

4. Гетьман А.П. Проблеми реформування екологічного законодавства: до питання про створення Екологічного кодексу України. *Вісн. Акад. прав. наук України*. Харків, 2006. № 3 (46). С. 172–181.

5. Костицький В.В. Методологічні проблеми кодифікації екологічного законодавства. *Філософські, методологічні та психологічні проблеми права* : матеріали II Всеукр. наук.-теор. конф. (Київ, 31 січ. 2009 р.). Київ : Київський національний університет внутрішніх справ, 2009. С. 78–81.

6. Шемшученко Ю.С. Актуальні проблеми кодифікації національного та міжнародного екологічного права. *Право України*. 2011. № 2. С. 4–5.

7. Гетьман А.П. Доктрина екологічного права та законодавства України : монографія. Харків : Оберіг, 2019. 336 с.

8. Андрейцев В.І. Удосконалення екологічного законодавства: концептуальні засади. *Досвід і проблеми вдосконалення екологічного законодавства* : міжнародний круглий стіл, присвячений 15-річчю початку підготовки фахівців у галузі правознавства в НГУ, 14 грудня 2012 р. Дніпропетровськ, 2012. С. 5–27.

9. Панченко О.В., Проскура Т.Б. Кодифікація екологічного законодавства: світовий досвід та українські перспективи. *Молодий вчений*. 2017. № 3. С. 549–554.

10. Малишева Н.Р. Екологічне право: вектори розвитку в XXI сторіччі. *Право України*. 2011. № 2. С. 114–123.

11. Гетьман А.П. Концепція розвитку екологічного права та законодавства як передумова забезпечення національної екологічної політики. *Вісн. Нац. акад. прав. наук України*. Харків, 2013. № 2 (73). С. 165–173.

12. Національна стратегія наближення (апроксимації) законодавства України до права ЄС у сфері охорони довкілля. Київ, 2015. URL: https://menr.gov.ua/files/docs/draft_NAS_FEB2015.pdf (дата звернення: 15.05.2020).

13. Мінприроди представило Національну стратегію наближення законодавства України до права ЄС в галузі охорони довкілля (21 серпня 2014 р.). URL: https://www.kmu.gov.ua/news/247539701 (дата звернення: 15.05.2020).

14. Каракаш І.І. Актуальні проблеми систематизації сучасного екологічного законодавства України. *Актуальні проблеми держави і права*. 2018. № 80. С. 63–71.

15. Соколова А.К. Теоретичні засади становлення та розвитку флористичного права України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.06. Харків, 2012. 382 с.

16. Боголюбов С.А. Реализация экологической политики посредством права : монография. Москва : Ин-т зак-ва и сравнит. правоведения при Правительстве РФ ; ИНФРА-М, 2016. 320 с.

17. Про схвалення Концепції реформування системи державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 31 травня 2017 р. № 616-р. URL: https://www.kmu.gov.ua/npas/250269536 (дата звернення: 17.03.2020).

**Volodymyr Shehovtsov. Prospects of codification of faunist legislation and formation of its structure**

*The article is devoted to the study of the existing concepts of development of the ecological legislation and prospects of further improvement of its structure on the basis of the offered model of construction of the legislation on the animal world.*

*The paper establishes that in the science of environmental law there are several main variants of concepts of further systematization of environmental legislation: the first concerns the vision of prospects in the development and adoption of the Environmental Code; the second approach is related to the expediency of adopting the Code of Laws of Ukraine on the Environment; the third – concerns the introduction of such a legal form of systematization of environmental legislation as its modernization, that is modernization of environmental legislation, bringing it into line with modern requirements of lawmaking and practice.*

*The thesis about the need to develop optional ways of systematization is substantiated, in connection with which it is proposed to carry out a gradual codification of post-resource legislation with further prospects of approximation to the provisions of the Code of Environmental Laws of Ukraine.*

*A two-stage level of systematization of environmental legislation in relation to wildlife legislation is proposed: the Faunistic Code (at the level of already adopted and developed codified legislation in the form*

*of codes and laws in the field of environmental relations) and the Code of Environmental Laws as the second link of systematization. It is also established what factors need to be considered when forming a new model of faunal legislation: the principles of rational, efficient nature management, sustainable development, which should have a predominant influence on the formation of environmental norms, together with the laws of nature, potential environmental opportunities should permeate this system, that are traceable in its structure. Emphasis is also placed on certain aspects that should be taken into account when forming the structure of the Faunal Code.*

*It is concluded that the development and adoption of the Faunal Code, the provisions of which after verification in practice and sometimes can be included in the structure of the Code of Environmental Laws of Ukraine is an expression of prospects for sustainable development of environmental legislation, whose system and institutions need impetus for further improvement.*

**Key words:** system of ecological legislation, codification, sustainable development, legislation on fauna, Faunal Code.

УДК 342.9:351.74(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.21

***Іван Бойко,***
*старший науковий співробітник*
*Державного науково-дослідного інституту*
*Міністерства внутрішніх справ України*

# ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВНУТРІШНЬОЇ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ ОРГАНАМИ СИСТЕМИ МВС УКРАЇНИ: АКТУАЛЬНІ ЗАГРОЗИ

*У статті досліджено деякі аспекти забезпечення внутрішньої безпеки держави органами системи МВС як одного з базових державних інститутів, яке здійснюється за допомогою створеного державного механізму. Проаналізовано основні наукові доробки й положення чинного законодавства та нормативно-правових актів адміністративного та інших галузей права у сфері забезпечення внутрішньої безпеки від загроз, а також категорій загроз: суб'єкт, об'єкт, джерела їх виникнення та способи функціонування. Встановлено, що загрози внутрішньої безпеки держави визначають як сукупність чинників та умов, що створюють небезпеку певному об'єкту, життєво важливим інтересам людини та громадянина, суспільства, держави та її інститутів від реальних і потенційних внутрішніх загроз невоєнного характеру. Визначено, що головними внутрішніми загрозами для України є «олігархічні» групи впливу, які «лобіюють» свої інтереси в провідних галузях економіки, кредитно-фінансової та банківській сферах, тим самим підміняючи органи влади в управлінні державою. Тому органам державної влади, до яких входять правоохоронні органи держави, у т.ч. і органам системи МВС, необхідно мінімізувати зазначені впливи.*

*Викладено авторське поняття «загрози внутрішньої безпеки держави», а також сформульовано обґрунтовані пропозиції з удосконалення законодавства у сфері внутрішньої безпеки держави.*

**Ключові слова:** органи, система, МВС, забезпечення, громадська, внутрішня, безпека, людина, держава, загрози.

**Вступ.** Проблема безпеки існує стільки ж, скільки існує сама держава чи суспільство. Тому вона здавна знаходила певне відображення в тих чи інших політичних, правових, релігійних та інших ідеях. У різні періоди розвитку людської цивілізації визначалася пріоритетність об'єктів забезпечення безпеки. Так, в авторитарних країнах безпека розглядається як благо влади, яку сектор безпеки охороняє від решти суспільства. Натомість у демократичних країнах безпека є благом суспільним і забезпечує права та свободи людини. Тому утвердження і розвиток демократії можливі лише за умови зміни світосприйняття безпеки, завдань, функцій та процедур діяльності правоохоронних органів держави, у тому числі й органів системи Міністерства внутрішніх справ України (далі – МВС) що входять до сектору безпеки країни.

Сьогодні забезпечення внутрішньої безпеки України як своєрідної характеристики й необхідної умови життєдіяльності людини, суспільства, держави та її інститутів є невіддільною (частиною/ознакою) складовою державної політики, тобто однією з найбільш важливих функцій держави. Разом з тим несприятливі зміни в якісних характеристиках у сфері внутрішньої безпеки держави характерні не лише для України та країн Європейського Союзу, але й практично для усіх країн світових спільнот. У тих соціально-економічних і політичних умовах, які склалися, ще більше зростає значення ефективного забезпечення у сфері внутрішньої безпеки держави органам системи МВС. Вирішуючи завдання у зазначеній сфері органами системи МВС, використовують при цьому специфічні засоби, форми і методи охорони і захисту громадської безпеки й порядку щодо захищеності життєво важливих для суспільства та особи інтересів, прав і свобод людини та громадянина, суспільства, держави та її інститутів від внутрішніх загроз невоєнного характеру.

У сучасних умовах особливого значення набуває забезпечення внутрішньої безпеки держави органами системи МВС від загроз невоєнного характеру як одного з базових державних інститутів правоохоронних органів України, у т.ч. і органів системи МВС. Натепер складні процеси геополітичних змін у сучасному світі, а також зростання кількості правопорушень, поява нових видів злочи-


© І. Бойко, 2020

нів у державі зумовлюють виконання нових, складних, багатопланових завдань, які покладені державою на органи системи МВС.

Варто зазначити, що наявні теоретичні розробки проблем забезпечення захисту внутрішньої безпеки держави були предметом досліджень провідних вітчизняних вчених в галузях адміністративного права, таких як: В.Б. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, І.П. Голосніченко, В.П. Горбулін, С.М. Гусаров, Є.В. Додін, Р.А. Калюжний, Л.В. Коваль, В.А. Колпаков, А.Т. Комзюк, В.А. Ліпкан, В.Ф. Опришко, О.І. Остапенко, І.М. Пахомов, Г.О. Пономаренко, В.П. Пєтков, В.І. Шакун, В.К. Шкарупи, Х.П. Ярмакі та інші. Однак, попри інтенсивність досліджень, присвяченим різним аспектам проблем забезпечення внутрішньої безпеки держави органами системи МВС, а також актуальних загроз у зазначеній сфері, багато важливих питань залишилося поза увагою вчених та практиків у галузі адміністративного та інших галузей права, що і зумовлює актуальність та важливість дослідження цієї проблеми.

**Метою статті** є науково дослідження сутності забезпечення внутрішньої безпеки держави органами системи МВС від реальних і потенційних внутрішніх загроз невоєнного характеру, а також формулювання обґрунтованих пропозицій з удосконалення законодавства в зазначеній сфері.

**Результати дослідження.** Сьогодні в Основному Законі України [1] визначено основи та принципи національної безпеки, організацію та діяльність правоохоронних органів держави із забезпечення громадського порядку та внутрішньої безпеки держави, цілі та основні засади державної політики, що гарантують суспільству і кожному громадянину захист від внутрішніх загроз. Так, закріплене у статті 3 Конституції України положення про те, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визначаються в Україні найвищою соціальною цінністю [1], вимагає від держави створення відповідної системи державних органів, діяльність яких забезпечувала захист внутрішньої безпеки держави від загроз невоєнного характеру.

Водночас правові норми ч. 1 ст. 17 Конституції України зазначено, що «Захист суверенної і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу». Крім того, у ч. 3 цієї ж статті Конституції України вказано, що «Забезпечення державної безпеки і захисту державного кордону України покладаються на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави, організація і порядок діяльності яких визначаються законами» [1].

Очевидно, у цій чинній правовій нормі Основного Закону України [1] визначено лише деякі з об'єкти державної безпеки, а саме суверенітет, територіальна цілісність, економічна та інформаційна безпека. На нашу думку, це положення конституційної норми значно звужує перелік та сутність об'єктів державної безпеки як зовнішньої, так і внутрішньої. До якої необхідно відносити й захист демократичного конституційного ладу, громадську безпеку та порядок, а також напрямки діяльності військових формувань й державних правоохоронних органів від реальних і потенційних внутрішніх загроз невоєнного характеру.

У тлумачному словнику українській мові слово *«загроза»* означає «можливість або неминучість виникнення чогось небезпечного, прикрого» [2, с. 204]. Вчені в галузі адміністративного права дають різні визначення цього поняття. Наприклад, І.Ф. Зінько та В.О. Косевцов тлумачать національні загрози як дії політичних, військових або природних сил, вплив перебігу соціальних, економічних та інших подій, а також ситуацій, що складаються в результаті цих подій, на процес життєдіяльності людини, суспільства, держави та її інститутів, які змушують країну йти на додаткові зусилля, вимагають надмірно великих витрат, мобілізації ресурсів з метою збереження своєї державності, національної та культурної ідентичності, надійного захисту власного народу [3, с. 24]. Вчені С. І. Пирожков і В. М. Селиванов визначають загрози як «фактор кількісної і якісної зміни надійного стану суспільних відносин, при яких порушується їх нормальне існування, функціонування і розвиток» [4, с. 3]. Своєю чергою, А.Б. Антонов і В.Г. Балашов визначають загрози як процес настання таких змін у стані особи, суспільства й держави, що оцінюються ними як здатні створити перешкоди або унеможливити реалізацію їхніх інтересів [5, с. 48]. А.В. Ліпкан уважає, що поділу на внутрішні й зовнішні загрози підлягають передусім джерела загроз [6, с. 54].

Слід зазначити, що відповідно до п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII вказано, що «*загрози національній безпеці України* – явища, тенденції і чинники, що унеможливлюють чи ускладнюють або можуть унеможливити чи ускладнити реалізацію національних інтересів та збереження національних цінностей України» [7].

Засадами правового аналізу категорії «загроза внутрішньої безпеки держави» є послідовний ряд *категорій загроз: суб'єкт, об'єкт, джерела їх виникнення та способи функціонування*.

Під ***суб'єктами загрози*** слід розуміти всіх учасників суспільних відносин загроз внутрішньої безпеки, котрим державою гарантується забезпечення захисту життєво важливим інтересам людини та громадянина, суспільства, держави та її інститутів, що охороняються правовими нормами законодавства та іншими нормативно-правовими актами, основними серед яких є норми адміністративного права. Крім того, до суб'єктів відносимо й усі органи державної влади, у т.ч. правоохоронні органи, до яких входять і органи системи МВС та органи місцевого самоврядування, що мають компетенцію контролю за виконанням норм і правил внутрішньої безпеки держави всіма учасниками суспільних відносин від реальних і потенційних загроз невоєнного характеру. Юридичними обов'язками зазначених суб'єктів – органів державної влади є прогнозування виникнення внутрішніх загроз та небезпек, а також виділення матеріальних ресурсів держави для їх подолання. Під ***об'єктами загрози*** слід розуміти всіх учасників суспільних відносин загроз внутрішньої безпеки держави, яким може бути завдана шкода (матеріальна, фізична, моральна) або конкретний об'єкт господарської діяльності, право на безпеку яких охороняється нормами адміністративного та інших галузей права. Під ***джерелами виникнення загроз***, слід розуміти всі процеси, що відбуваються в часі й просторі, різного походження (природні, техногенні), а також створенні людиною, які можуть потенційно призвести до виникнення загроз невійськового характеру, що можуть завдати матеріальної, моральної та фізичної шкоди суб'єкту та об'єкту загроз. Під ***способами функціонування загроз*** слід розуміти механізми приведення в дію джерел небезпек (джерел загроз внутрішній безпеці держави) та їх можливих наслідків. До основних способів функціонування внутрішніх загроз необхідно віднести: техногенні та технологічні процеси, природні катаклізми й катастрофи, явища неприродного походження тощо.

Отже, на нашу думку, **загрози внутрішньої безпеки держави** – це система організаційно-управлінських, правових, політичних, соціальних, економічних, екологічних заходів, яка визначає сукупність чинників та умов, що створюють небезпеку певному об'єкту і суб'єкту загроз та охороняється нормами адміністративного права та інших галузей права, що виникають через цілеспрямовану діяльність окремих суб'єктів права (держави, фізичних та юридичних осіб) і спрямовані на завдання шкоди суспільству. Основним елементом внутрішньої безпеки якого є об'єктивний і всебічний моніторинг ефективності державної (законодавчої, виконавчої) та судової гілок влади, який застосовується з метою виявлення та прогнозування загроз, що забезпечує захист життєво важливим інтересам людини та громадянина, суспільства, держави та її інститутів від реальних і потенційних внутрішніх загроз невоєнного характеру.

Наразі загрози національній безпеці класифікуються за: місцем знаходження джерела – *зовнішні та внутрішні;* масштабами можливих наслідків – *загальнонаціональні, регіональні, локальні, поодинокі;* ступенем сформованості – *потенційні, реальні;* ступенем суб'єктивного сприйняття – *завищені, занижені, мінімальні, умовні, адекватні;* характером виникнення – *загрози природного, техногенного й соціального характеру;* сферами життєдіяльності – *загрози в економічній, політичній, оборонній, міжнародній, соціальній, інформаційній, науково-технічній, екологічній, культурній і духовній сферах* [8, с. 203–205] тощо.

Разом із тим однією з основних функцій держави вважається правоохоронна внутрішня функція, яка пов'язана із забезпеченням внутрішньої безпеки та суверенітету держави, демократичного конституційного ладу від реальних і потенційних загроз. До яких віднесено *загрози громадської безпеки й порядку* як захищеність життєво важливих для суспільства та особи інтересів, прав і свобод людини та громадянина, держави та її інститутів. Забезпечення яких є пріоритетними напрямами державної політики та завданнями діяльності сил безпеки, інших державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб та громадськості у сфері внутрішньої безпеки, які здійснюють узгоджені заходи щодо реалізації й захисту національних інтересів від впливу загроз невоєнного характеру.

Відповідно до п. 17 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. **сили безпеки** – правоохоронні та розвідувальні органи, державні органи спеціального призначення з правоохоронними функціями, сили цивільного захисту та інші органи, на які Конституцією та законами України покладено функції із забезпечення національної безпеки України. Наразі згідно зі ст. 12 зазначеного Закону сектор безпеки й оборони України складається з чотирьох взаємопов'язаних складових: сили

безпеки; сили оборони; оборонно-промисловий комплекс; громадяни та громадські об'єднання, які добровільно беруть участь у забезпеченні національної безпеки [7].

***Суб'єктами сектору безпеки*** поряд з іншими органами держави є **сили безпеки,** зокрема: ***1. МВС та Національна Гвардія України*** (далі – НГ), *яка* входить до структури МВС***; 2. Національна поліція України*** (далі – НП)***; 3. Державна прикордонна служба України*** (далі – ДПС), а також ***розвідувальний орган України*** у складі ДПС. ***4. Державна міграційна служба України*** (далі – ДМС)***; 5. Державна служба України з надзвичайних ситуацій*** (далі – ДСНС)**.**

Сьогодні Міністерство внутрішніх справ України є центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сферах: 1) забезпечення охорони прав і свобод людини, інтересів суспільства і держави, протидії злочинності, підтримання громадської безпеки і правопорядку, а також надання поліцейських послуг; 2) захисту державного кордону України та охорони суверенних прав України в її виключній (морській) економічній зоні; 3) цивільного захисту, захисту населення і територій від надзвичайних ситуацій та запобігання їх виникненню, ліквідації надзвичайних ситуацій, рятувальної справи, гасіння пожеж, пожежної та техногенної безпеки, діяльності аварійно-рятувальних служб, а також гідрометеорологічної діяльності; 4) міграції (імміграції та еміграції), зокрема протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, зокрема біженців та інших визначених законодавством категорій мігрантів [7].

Водночас розвідувальний орган України ДПС у справах охорони державного кордону, входить до органів системи МВС, який здійснює розвідувальну діяльність у сферах прикордонної та імміграційної політики, а також в інших сферах, що стосуються питань захисту державного кордону України та її суверенних прав у виключній (морській) економічній зоні.

Отже, на вказані суб'єкти сектору безпеки, Конституцією та законами України покладено функції забезпечення державної безпеки, до якої входить і внутрішня безпека України.

Сьогодні міжнародні організації, такі як Організація Північноатлантичного договору (далі – НАТО) та Європейський Союз (далі – ЄС), у практичній діяльності вже не розрізняють безпеку і оборону, називаючи їх ***сектором безпеки,*** під якими *розуміють сукупність усіх органів і сил обов'язок яких полягає у захисті людини, суспільства і держави та її інститутів*. До його складу входять основні органи та структури, такі як: збройні сили, правоохоронні органи, воєнізовані формування, органи розвідки та безпеки, митна служба, берегова охорона й прикордонна служба, а також ті інститути, що формують, здійснюють і контролюють політику внутрішньої та зовнішньої безпеки. ЄС та Європейська Парламентська Асамблея поділяють *сектор безпеки* на чотири головні складові: *оборона, поліція, розвідувальні органи та керівництво кордонами [9].*

Актуальним завданням найближчого часу для державних органів України є підготовка документів стратегічного планування, а саме: нової «Стратегії національної безпеки України до 2025 року». Згідно зі ст. 26 Закону України «Про національну безпеку України» Стратегія національної безпеки України є основним документом довгострокового планування, яким визначаються основні напрями державної політики у сфері національної безпеки [5] як зовнішньої, так і внутрішньої. Стратегія розробляється за дорученням Президента України *протягом шести місяців після його вступу* на пост, яка схвалюється рішенням Ради національної безпеки і оборони України і затверджується указом Президента України. Проект Стратегії розробляється працівниками: Апарату Ради національної безпеки і оборони України, Національного інституту стратегічних досліджень, державними органами, інституцій громадянського суспільства. У «Стратегії національної безпеки України до 2025 року» необхідно передбачити окремий розділ «Безпекове середовище та актуальні загрози національним інтересам і національній безпеці України», до якого повинні увійти такі підрозділи:

1. Актуальні джерела загроз у зовнішній безпеці України.

2. Актуальні джерела загроз у внутрішній безпеці держави.

На нашу думку, натепер **актуальними джерелами загроз внутрішньої безпеки держави є:**

***1. Недостатня ефективність державної та судової гілок влади:***

1) високий рівень і системний характер корупції в інститутах державної та судової гілки влади, депрофесіоналізація державних органів влади, у т.ч. правоохоронних та судових органів. Формування незалежного та неупередженого конституційного правосуддя, забезпечення прозорості судових процесів та прийнятих судових рішень;

2) конфліктність та неузгодженість у діях органів державної влади в процесі стратегіч-

ного планування забезпечення національної безпеки й, як наслідок, неадекватні загрозам внутрішній безпеці державно-управлінські впливи з боку органів державної влади. Відсутність продуманої та прозорої кадрової політики, внаслідок чого в доборі кадрів керуються не професіоналізмом фахівців, а їх партійною належністю;

3) неефективне функціонування судової гілки влади, що підривають її незалежність та неупередженість у прийнятті судових рішень, довіру населення до самої держави, інститутів державної влади та права, які обмежують захист основоположних свобод людини та громадянина, загрожують законним інтересам господарюючих суб'єктів та протидії рейдерству;

4) недосконалість правового регулювання суспільних відносин у сфері внутрішньої безпеки України, неналежний рівень захисту права власності та непрозорість відносин у цій сфері, неефективність контролю державних органів, у т.ч. і правоохоронних органів держави за додержанням законодавства;

5) неадекватність реагування державних органів у т.ч. і правоохоронних (розвідувальних і контррозвідувальних) органів завданням дієвого захисту суспільства та особи інтересів, прав і основоположних свобод людини та громадянина, держави та її інститутів від внутрішніх реальних і потенційних загроз невоєнного характеру, а також на конфліктні загострення у сфері політичних, економічних, соціальних, міжетнічних, міжконфесійних відносин, радикалізація суспільних настроїв і поширення проявів екстремізму зокрема, інспірованих із зовні й не тільки Російською Федерацією;

6) втручання у внутрішні справи України з боку інших держав. Незавершеність договірно-правового оформлення державного кордону України;

7) недостатність ресурсного забезпечення та неефективне використання ресурсів у секторі безпеки держави.

***2. Загрози економічній безпеці:***

1) економічна криза в державі, монопольно-олігархічна, низькотехнологічна, ресурсовитратна економічна модель;

2) надмірна залежність внутрішнього ринку від зовнішньоекономічної кон'юнктури (зовнішніх ринків), недостатня ефективність роботи щодо його захисту від незаконної монопольної конкуренції з боку українських олігархів та імпортерів, а також щодо жорсткої протидії з контрабандою;

3) неконтрольований продаж без перероблення на готові вироби закордон за демпінговими цінами промислової сировинної продукції – *алюмінію* і сплавів, берилію, бронзи, ванадію, вольфраму, вісмуту, галію, гафнію, германію, заліза, (у т.ч. порошкове, рідке), *золота,* індію, кадмію, кобальту, кремнію, мідію, магнію, молібдену, нікелю, олова, *платини,* свинцю, селену, *срібла,* сурми, *титану, феротитану* (які використовується у сфері *літако-* та ракетобудування) хрому, церію, цинку, цирконію, *залізної та уранової руди* тощо; сільськогосподарської продукції (пшениця, у т.ч. твердих сортів, ячмінь, просо, гречка, соя, олійне насіння та олійні культури) тощо. Втрачаючи при цьому додану вартість (понад 250 млрд дол. США в рік);

4) контроль органами держави над імпортом і експортом промислової та сільськогосподарської продукції, що є важливим регулятором балансу продукції на ринку нашої країни;

5) відсутність прогресивної цифрової фіскальної системи, деформоване державне регулювання і корупційний тиск на бізнес, недостатня ефективність використання матеріальних ресурсів, переважання у структурі промисловості галузей з невеликою часткою доданої вартості, низький технологічний рівень вітчизняної економіки;

6) неконтрольоване державними органами, у т.ч. Рахунковою палатою України виснаження фінансових ресурсів, наявних валютних ризиків, неефективного управління державним боргом, *залежності*:

*від продажу цінних паперів – державних облігацій валютного займу під високі (11% річних) вітчизняними олігархами, сумісно із закордонними бізнесменами;*

*запозичень Міжнародного валютного фонду, який нав'язує нашій державі виконання невигідних «кабальних» умов управління державою в економічній, фінансовій сферах та соціальній політиці в правових галузях та судовій системі.* Тому Україна як держава втрачає свою суб'єктність, суверенність та незалежність, наша держава повинна бути суб'єктом, який сам визначає напрями і способи розвитку держави без зовнішнього втручання будь-яких держав чи міжнародних організацій країн Західної Європи чи фондів, (грантів) Джорджа Сороса тощо;

7) фінансовий моніторинг та контроль Державною службою фінансового моніторингу України (далі – ДСФМ) та Міністерства фінансів України фінансових операцій компаній з бенефіціарами, зареєстрованими в «офшорних» країнах «чорного списку» Міжнародної групи з протидії відмиванню брудних грошей (FATF). Обов'язковий фінансовий моніторинг та контроль ДСФМ та Мінфіном України країн, фінансових операцій щодо запобігання та протидії лега-

лізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом. Серед них: ***Британські залежні території*** – острови: Гернсі, Джерсі, Мен, Олдерні; ***Центральна Америка*** – Беліз, Панама; ***Європа*** – Андорра, Гібралтар, Монако; ***Карибський регіон*** – Ангілья, Антигуа і Барбуда, Аруба, Багамські Острови, Барбадос Бермудські Острови, Британські Віргінські Острови, Віргінські Острови (США), Гренада, Кайманові Острови, Монтсеррат, Нідерландські Антильські Острови, Пуерто-Ріко, Сент-Вінсент і Гренадіни, Сент-Кітс і Невіс, Сент-Люсія, Співдружність Домініки, Теркс і Кайкос, Тринідад і Тобаго; ***Африка*** – Ліберія, Намібія, Сейшельські Острови; ***Тихоокеанський регіон*** – Вануату, Гуам, Маршальські Острови, Науру, Ніуе, Палау, Острови Кука, Американське Самоа, Самоа, Фіджі; ***Південна Азія*** – Мальдівська Республіка;

8) неправомірне надання Національним банком України як державним регулятором дозволів на проведення трансакцій з переводу валюти, доларів США **«$»**, євро **«Є»** компаніям з бенефіціарами, зареєстрованими в «офшорних» країнах «чорного списку» Міжнародної групи з протидії відмиванню брудних грошей (FATF): *Кіпр, Беліз, Багамські острови, Сейшельські острови, Вануату, Гонконг, Іран, Киргизька Республіка, Туркменістан, Лаоська НДР, Куба, Ліхтенштейн, Марокко, Самоа, Вануату, Об'єднані Арабські Емірати*; американські офшорні зони, серед яких є деякі штати США – *Панама, Американські Віргінські острови, Маршалові острови;* Кайманові острови, Британські Віргінські острови, Бермуди; Швейцарії, Люксембургу, тощо;

9) неефективне здійснення державними органами контролю за надходженням коштів до Державного бюджету України та місцевих бюджетів, а саме: *Рахунковою палатою України* – шляхом здійснення фінансового (аудиту); *державним казначейством* – шляхом ведення контролю бухгалтерського обліку, а також витрат державного та місцевих бюджетів, які складаються та подаються розпорядниками та одержувачами бюджетних коштів фінансової й бюджетної звітності;

10) недосконалість законодавства для прискорення розвитку національної економіки на інноваційних засадах, відносно високий рівень «тінізації» та криміналізації національної економіки, кримінально-кланова система розподілу суспільних ресурсів, відсутність достатніх стимулів для легалізації доходів населення та зменшення тіньової зайнятості, *шляхом введення обов'язкових безготівкових розрахунків для всього бізнесу, а також зменшення тіньової зайнятості населення шляхом збільшення штрафних санкцій для бізнесу*;

11) надмірний вплив іноземного капіталу на розвиток окремих стратегічно важливих галузей національної економіки (оборонно-промислового комплексу, тяжкого машинобудування, літакобудування, розвиток та будівництво ракето-космічної галузі), а також повернення в державну власність заводу «МОТОР СІЧ» з виробництва двигунів для літаків, вертольотів та промислових газотурбінних установок, турбореактивних, турбогвинтових, турбовальних, турбовентіляційних двигунів, небезпечне для економічної незалежності України зростання частки іноземного капіталу в таких галузях. *Відмова від іноземців (агентів) в наглядових радах національних галузей економіки.*

***3. Загрози енергетичній безпеці:***

1) надмірна залежність від імпорту енергоносіїв, невирішені проблеми диверсифікації джерел і маршрутів їх постачання, *недостатнє використання власного енергетичного потенціалу в атомній енергетиці, газовидобувній та нафтопереробній сфері.* Небезпека підміни національних інтересів корпоративно-приватними інтересами бізнесових або політичних угруповань у процесі розв'язання проблеми подолання політичної та енергетичної залежності країни.

2) низька ефективність використання паливно-енергетичних ресурсів, відносно повільні темпи впровадження новітніх технологій у газовидобувній нафтопереробній сфері;

3) недостатня реалізація енерготранзитного потенціалу та *інтеграція України в європейський енергетичний ринок*;

4) *відсутність зведеного енергетичного балансу держави* (особливо в постачанні природного газу – збільшення видобування газу (нафти), а також електроенергії – атомної (яка є найдешевша, на яку припадає понад 50% всієї генерації), теплової, гідро-, сонце-, вітроенергетики «зеленої» (тариф якої нині є одним з найвищих у Європі) для споживання промисловим підприємствам та населенню). Підміна національних інтересів корпоративно-приватними інтересами бізнесових та політичних партій у процесі розв'язання проблеми подолання енергетичної кризи в державі.

***4. Недостатній рівень науково-технологічного розвитку:***

1) недостатній розвиток національної інноваційної системи, айті-технологій, віар-технологій;

2) недостатньо ефективне використання науково-технологічного потенціалу, використання іноземних науково-технологічних розробок замість вітчизняних.

***5. Загрози інформаційній і кібербезпеці:***

1) ведення інформаційної війни проти України, і не тільки Російською Федерацією;

2) загрози новітнім викликам внутрішній безпеці (явищам і тенденціям, що можуть за певних умов перетворитися на загрози національним інтересам), пов'язаним із застосуванням інформаційних технологій в умовах глобалізації, насамперед кіберзагрозам;

4) уразливість об'єктів критичної інфраструктури, державних інформаційних ресурсів до кібератак;

5) фізична і моральна застарілість системи охорони державної таємниці та інших видів інформації з обмеженим доступом.

6) відсутність цілісної комунікативної політики держави, недостатній рівень медіакультури суспільства.

***5. Соціально-демографічна криза:***

1) скорочення чисельності населення через погіршення його здоров'я, низьку якість життя, недостатній рівень народжуваності, високу смертність, а також відтік громадян України за кордон;

2) поширення соціальних хвороб, зокрема наркоманії, туберкульозу, алкоголізму, ВІЛ-СНІДу, епідемій, небезпечних інфекційних захворювань пандемії COVID-19;

3) зростаючий дефіцит трудових ресурсів, старіння населення, низька економічна активність і недооцінка реальної вартості робочої сили.

***6. Наявність небезпечних екологічних і техногенних викликів і загроз:***

1) зношеність основних фондів, зокрема об'єктів підвищеної небезпеки, комунальної інфраструктури населених пунктів, очисних споруд підприємств;

2) недостатній державний моніторинг навколишнього природного середовища Єдиної державної системи цивільного захисту населення і територій;

3) надмірний антропогенний вплив на територію України та техногенна перевантаженість;

4) недостатньо раціональне використання природних ресурсів, радіоактивне, хімічне та біологічне забруднення довкілля, наявність проблеми транскордонних забруднень;

5) утворення значних обсягів відходів виробництва та споживання, недостатньо ефективний рівень їх вторинного використання, перероблення та утилізації;

6) недостатній контроль за ввезенням в Україну екологічно небезпечних технологій та матеріалів, збудників хвороб, використанням генетично модифікованих організмів у харчовій промисловості.

Таким чином, натепер якщо політичні, економічні, фінансові, соціальні, екологічні та культурні системи не будуть кардинально гармонізовані, то соціальна нерівність стане головною причиною напруженості і безладдя, які можуть охопити майже всі регіони України. Водночас проблеми, породженого непрофесіоналізму працівників органів державного управління та бідністю населення стануть живильним ґрунтом для пікового зростання вчинення кримінальних правопорушень таких як: тероризм, організована злочинність, вимушених і важкоконтрольованих масових міграцій населення та пандемій. А це висуває підвищені вимоги до спроможності системи забезпечення внутрішньої безпеки держави органами системи МВС щодо виявлення, нейтралізації внутрішніх загроз невоєнного характеру та запобігання їм у політичній, економічній, фінансовій, соціальній, міжетнічній, міжконфесійній та інших сферах життєдіяльності суспільства, держави та її інститутів, а також у радикалізації суспільних настроїв і поширення проявів екстремізму зокрема, інспірованих із зовні.

Наразі економічна глобалізація та поширення інформаційних технологій вже сьогодні призводять до створення віртуальних груп суспільства та його елітарних верств, які зосереджують увагу на задоволенні власних корпоративних інтересів, а не на розв'язання загальнонаціональних проблем забезпечення внутрішньої безпеки України. Це не тільки роз'єднує суспільство, а й знижує здатність держав до ефективного управління у сфері внутрішньої безпеки держави від загроз невоєнного характеру.

Особливе занепокоєння має викликати незбалансованість у соціальній практиці інтересів різних людей, соціальних груп, суспільства, держави та її інститутів, що є досить складною проблемою України й має знайти всебічне відбиття під час розробки «Стратегії національної безпеки до 2025 року», яка є основою для підготовки всіх інших документів щодо планування у сферах національної безпеки й оборони. Зокрема, «Стратегія громадської безпеки та цивільного захисту України», яка розробляється МВС за рішенням Міністра внутрішніх справ України після затвердження Стратегії національної безпеки України та вноситься на розгляд Кабінету Міністрів України.

**Висновки**

По-перше, сьогодні наша держава втрачає керованість в організації державного управління щодо виконання законів і нормативно-правових актів, розпорядженні ресурсами загальнодержавної власності, комплексного соціально-економічного розвитку, забезпечення реалізації державної політики у від-

повідних сферах життя, що може призвести до непоправних наслідків як для нашого суспільства, так і самої держави.

Відомо, що головну роль у відповідних сферах життя нашого суспільства відіграє *державне управління*, яке є видом діяльності держави та державних органів виконавчої влади, яка полягає в організації виконання законів і нормативно-правових актів, здійсненні розпорядження ресурсами загальнодержавної власності, з метою комплексного соціально-економічного розвитку, а також забезпечення реалізації державної політики у сфері захисту внутрішньої безпеки України. *Державне управління* – це форма практичної реалізації виконавчої влади, вона є категорією організаційно-правовою, а виконавча влада – політико-правовою. Тому виділяють два види державного управління: 1) як усієї діяльності держави; 2) як діяльності виконавчої влади.

Наразі, на нашу думку, для ефективної та якісної керованості державних органів влади та порятунку держави, Кабінету Міністрів України необхідно терміново внести на розгляд до Верховної Ради України проєкт Закону України про створення ***«Міністерства управління України»*** *як центрального органу виконавчої влади України у сфері державного управління.* Крім того, Уряду України необхідно звернутися з поданням до парламенту про призначення Першого віце-прем'єр-міністра України, який очолить і Міністерство управління України. Штатну чисельність новоствореного міністерства управління необхідно формувати шляхом скорочення на 30 % державних службовців Національного агентства України з питань державної служби та залучити до роботи на керівні посади цього міністерстві високопрофесійних спеціалістів з досвідом роботи *(від десяти й більше років)* – державних управлінців, економістів, фінансистів, правознавців, соціологів тощо.

По-друге, важливим і новим для органів системи МВС є також проведення комплексного огляду сектору безпеки. Варто оцінити внутрішню безпекову ситуацію в Україні, ідентифікувати виклики стабільності суспільного розвитку та актуальні загрози у сфері національної безпеки держави та зрозуміти, яким чином реформа сектору безпеки правоохоронних органів системи МВС дозволить реагувати на актуальні внутрішні загрози держави невоєнного характеру.

По-третє, натепер терміни розробки проєкту Стратегії національної безпеки України визначені у ч. 1 ст. 26 зазначеного Закону *(до 29 січня 2020 року)* уже давно стекли. Тому необхідно терміново розробити «Стратегію національної безпеки України до 2025 року» та подати її на схвалення до Ради національної безпеки й оборони України та затвердження указом Президента України. Оскільки за відсутності зазначеної Стратегії в нашій державі до цього часу не визначено, зокрема: *пріоритети національних інтересів України та забезпечення національної безпеки, цілі, основні напрями державної політики у сфері національної безпеки; актуальні джерела загроз у зовнішній та внутрішній безпеці держави.*

**Список використаних джерел:**

1. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України* від 23.07.1996. № 30. Ст. 141.

2. Тлумачний словник української мови / Укладачі Ковальова Т.В., Коврига Л.П. Харків : Синтекс, 2005. 672 с.

3. Косевцов В.О., Бінько І.Ф. Національна безпека України: проблеми та шляхи реалізації пріоритетних національних інтересів : монографія. Серія «Національна безпека». Випуск 1. Київ : Нац. ін-т стратег. досліджень, 1996. 53 с.

4. Пирожков С.І., Селіванов В.М. Національна безпека України: сучасне розуміння. *Вісник Академії Наук України*. 1992. № 9. С. 3–10.

5. Антонов А.Б. Балашов В.Г. Основы обеспечения безопасности личности, общества и государства : [учебное пособие]. Москва : Институт защиты предпринимателя, 1996. С. 36–55.

6. Ліпкан В.А. Національна безпека України : [навчальний посібник]. Київ : КНТ, 2009. 576 с.

7. Про національну безпеку України : Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. *Відомості Верховної Ради* від 03.08.2018. № 31. Ст. 241.

8. Горбулін В.П. Качинський А.Б. Засади національної безпеки України. Київ : Інтер- технологія, 2009. 272 с.

9. Розбудова безпеки і оборони. Збірка матеріалів щодо Плану партнерських дій із створення інститутів оборони і безпеки (PAP-DIB) / за ред. Філіпа Х. Флурі, Вітлема Ф. ван Іікелена, Женева – Київ, 2006. 383 с.

**Ivan Boiko. Support of internal security of the state by the bodies of the MIA of Ukraine**

*The article examines some aspects of ensuring the internal security of the state by the bodies of the Ministry of Internal Affairs as one of the basic state institutions, which are carried out through the established state mechanism. The main scientific developments and regulations, current legislation and regulations of administrative and other branches of law in the field of internal security against threats, as well as categories of threats: subject, object, sources and methods of operation are analyzed. It is established that threats to the internal security of the state are defined as a set of factors and conditions that pose a danger to a particular object, vital interests of man and citizen, society, state and its institutions from real and potential internal threats of non-military nature. It is determined that the main internal threats to Ukraine are "oligarchic" groups of influence, which "lobby" their interests in the leading sectors of the economy, credit, finance and banking, thus replacing the authorities in governing the state. Therefore, public authorities, which include law enforcement agencies of the state, including and the bodies of the Ministry of Internal Affairs need to minimize these impacts.*

*The author's concept of "threat to the internal security of the state" is stated, as well as substantiated proposals for improving the legislation in the field of internal security of the state are formulated.*

**Key words:** bodies, system, Ministry of Internal Affairs, provision, public, internal, security, person, state, threats.

УДК 351.84
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.22

***Оксана Брусакова,***
*канд. філософ. наук,*
*декан факультету № 6*
*Харківського національного університету внутрішніх справ*

# АДМІНІСТРАТИВНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПРАВОПОРУШЕННЯ НА АВІАЦІЙНОМУ ТРАНСПОРТІ

*Наголошено, що нині збільшується кількість вчинення адміністративних правопорушень на авіаційному транспорті як фізичними, так і юридичними особами. Про це свідчить достатня кількість інформації, яка висвітлюється у засобах масової інформації, так і судова практика щодо окремих громадян, які вчиняють правопорушення під час польотів, наприклад: вживання спритних напоїв, користування засобами радіозв'язку з борту повітряного судна, порушення норм чинного законодавства щодо перевезення небезпечних речовин або предметів. Саме це зумовлює необхідність розглядати питання адміністративної відповідальності за правопорушення на авіаційному транспорті. У статті проаналізовано наукові позиції вчених щодо розуміння адміністративної відповідальності на авіаційному транспорті та запропоновано власне його розуміння. Запропоновано адміністративну відповідальність за правопорушення на авіаційному транспорті розуміти як відповідну правову форму реакції держави щодо захисту національних інтересів та захисту населення у сфері забезпечення авіаційної безпеки, що передбачає застосування уповноваженим органами (посадовими особами) до порушника (фізичних та юридичних осіб) адміністративних стягнень за вчинення порушень загальнообов'язкових авіаційних правил України в порядку і на умовах, передбачених нормами адміністративного законодавства. Виокремлено та розкрито зміст складу адміністративних правопорушень на авіаційному транспорті. Вказано особливості притягнення до адміністративної відповідальності фізичних та юридичних осіб за правопорушення на авіаційному транспорті. Звернуто увагу на необхідність внесення змін до чинного законодавства щодо виокремлення окремої глави в КУпАП, яка б вміщувала в себе адміністративні правопорушення на авіаційному транспорті, а також запровадження додаткових стягнень за правопорушення на авіаційному транспорті.*

**Ключові слова:** юридична відповідальність, адміністративна відповідальність, авіаційний транспорт, авіаційна безпека, безпека авіації, безпека польотів.

**Постановка проблеми.** Нині збільшується кількість адміністративних правопорушень на авіаційному транспорті, вчинених як фізичними, так і юридичними особами. Про це свідчить достатня кількість інформації, яка висвітлюється у засобах масової інформації, а також судова практика щодо окремих громадян, які вчиняють правопорушення під час польотів, як-то: вживання спритних напоїв, користування засобами радіозв'язку з борту повітряного судна, порушення норм чинного законодавства щодо перевезення небезпечних речовин або предметів. Водночас юридичні особи вчиняють правопорушення, пов'язані із порушенням порядку використання повітряного простору України, експлуатації повітряного судна без документів, що дають право виконувати польоти тощо. У зв'язку з цим постає необхідність розглянути питання адміністративної відповідальності за правопорушення на авіаційному транспорті.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Говорячи про адміністративну відповідальність, варто вказати, що цій проблематиці присвячено достатньо уваги вченими-адміністративістами, які висвітлювали свою правову позицію в монографіях, наукових статтях, підручниках, науково-практичних коментарях до законодавства, серед яких варто назвати, В. Б. Авер'янова, О. М. Бандурку, О.І. Безпалову, О. К. Безсмертного, Ю. П. Битяка, А. С. Васильєва, І. П. Голосніченко, О. В. Джафарову, Є. В. Додіна, В. В. Зуй, Р. А. Калюжного, С. В. Ківалова, В. К. Колпакова, А. Т. Комзюка, Д. М. Лук`янця, О. І. Остапенко, В. П. Пєткова, В. К. Шкарупу, Х. П. Ярмакі, С. О. Шатраву та інших. Якщо говорити про адміністративну відповідальність за правопорушення на авіаційному транспорті, то маємо епізодичні праці, в яких звертається увага на деякі аспекти запровадження та реалізації санкцій за порушення встановлених загальнообов'язкових правил

© О. Брусакова, 2020

у галузі авіації; їх авторами є: Я. Й. Баган [1], А. С. Бичков [2], Н. В. Дараганова [3], Є. К. Єряшов [5], І. Я. Козачок [5], А. О. Собакарь [6], А. В. Філіппов [7; 8] та ін.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідальність як суспільний інститут є предметом дослідження різних гуманітарних наук. У наукових працях вчених сьогодні є достатня кількість їх визначень, і це зрозуміло, оскільки кожна наука має свій предмет, методи і мету дослідження. Але саме в теорії права відповідальність набуває реального, практичного, до певної міри прагматичного значення. Це пов'язано, по-перше, з тим, що норми права загалом і норми юридичної відповідальності зокрема мають формально визначений характер, і, по-друге, з тим, що юридична відповідальність здійснює охорону і захист суттєвих суспільних благ. Крім того, дієвість правових норм багато в чому залежить від можливості застосування санкцій за їх невиконання [9, с. 11].

Вченими звертається увага на певні особливості адміністративної відповідальності за правопорушення на повітряному транспорті. Так, Н. В. Дараганова вважає, що адміністративну відповідальність за правопорушення на повітряному транспорті слід розглядати як різновид юридичної відповідальності, яка є сукупністю адміністративних правовідносин, що виникають у зв'язку з адміністративними правопорушеннями на повітряному транспорті, та яка передбачає застосування уповноваженими органами, посадовими особами органів повітряного транспорту передбачених законом адміністративних стягнень до осіб, які вчинили ці правопорушення [3, с. 84]. Водночас щодо деяких правопорушень, які вчиняються на авіаційному транспорті, застосовуються норми інших законодавчих актів, хоча за змістом бажано би було передбачити відповідальність відповідно до Кодексу України про адміністративні правопорушення.

І. Я. Козачок наголошує, що особливістю адміністративної відповідальності в галузі повітряного транспорту є те, що багато норм, якими встановлюються певні правила поведінки в цій галузі та регулюються інші правовідносини, за порушення яких настає адміністративна відповідальність, є бланкетними, мають відсильний характер [5, с. 109]. З цим варто погодитись, оскільки в КУпАП передбачено адміністративну відповідальність за порушення правил безпеки польотів та правил поведінки на повітряному судні; інші види правопорушень, які вчиняються юридичними та фізичними особами, відображено в Повітряному кодексі України, Законі України «Про відповідальність перевізників під час здійснення міжнародних пасажирських перевезень» [10], які за змістом можна віднести до адміністративних правопорушень.

Насправді адміністративна відповідальність як у будь-якій галузі суспільних відносин, так і в галузі цивільної авіації застосовується з метою спонукання фізичних і юридичних осіб до дотримання встановлених у цій галузі різноманітних правил поведінки, забезпечення публічного порядку та безпеки на об'єктах цивільної авіації [5, с. 109].

Доречно назвати наукову працю Є. К. Єряшова, який доводить, що адміністративно-правова відповідальність суб'єктів авіаційної діяльності – юридичних осіб – це різновид підінституту адміністративної відповідальності юридичних осіб, нормами якого встановлюється примусове, з додержанням встановленої процедури, застосування уповноваженим органом з питань цивільної авіації передбачених законодавством за вчинення порушень авіаційних правил України заходів впливу [4, с. 37]. У цьому визначені, скоріше, надається розуміння адміністративно-юрисдикційної діяльності уповноваженого суб'єкта, що полягає у розгляді справи про порушення законодавства в галузі цивільної авіації та застосуванні відповідних заходів впливу.

А. В. Філіппов наголошує на необхідності посилення відповідальності за вчинення адміністративних правопорушень у галузі цивільної авіації шляхом підвищення розмірів штрафів та запровадження додаткових стягнень для цієї категорії правопорушень у вигляді анулювання ліцензії у суб'єктів господарювання у сфері авіаційної діяльності, сертифіката (свідоцтва) експлуатанта повітряного судна тощо [7, с. 66-67]. Позиція вченого є слушною в частині як збільшення розміру штрафів, так і застосування додаткових видів стягнень. Беззаперечно, маємо можливість спостерігати проникнення галузі адміністративного права в інші галузі, і в цьому контексті доречно вести мову про адміністративно-господарську відповідальність.

А. С. Бичков звертає увагу, що сьогодні в адміністративній відповідальності за порушення правил безпеки польотів нагромаджено чимало проблем, зумовлених як недосконалістю нормативно-правового регулювання, так і недоліками тлумачення й застосування правових норм, труднощами функціонування самої системи державного управління безпекою польотів, проблемами кадрового, матеріально-фінансового, організаційного та іншого забезпечення її управлінської діяльності [2].

Я. Й. Баган виокремлює особливу роль адміністративної відповідальності, яка слугує дієвим правовим засобом правоохоронного призначення в галузі повітряного транспорту, що застосовується з метою організації нормального функціонування його суб'єктів, забезпечення публічного порядку та безпеки на його об'єктах, профілактики та боротьби з різними правопорушеннями [1, с. 103].

В умовах сьогодення нормативно-правове забезпечення адміністративної відповідальності за правопорушення на авіаційному транспорті здійснюється Кодексом України про адміністративні правопорушення (КУпАП), Повітряним кодексом України та низкою законів, що містять норми, які передбачають адміністративну відповідальність на авіаційному транспорті.

Зазначимо, що адміністративна відповідальність у Кодексі України про адміністративні правопорушення встановлена трьома способами: 1) бланкетним способом (шляхом відсилання до нормативно встановлених правил, порушення яких утворює об'єктивну сторону адміністративного правопорушення); 2) шляхом зазначення у відповідній статті кодифікованого акта конкретних правил, порушення яких тягне за собою настання адміністративної відповідальності. При цьому охоронювані адміністративно-правовою санкцією правила повинні виступати елементом окремих нормативних актів законодавчих і виконавчих органів; 3) встановленням заборони, порушення якої утворює об'єктивну сторону адміністративного правопорушення безпосередньо в нормі Особливої частини законодавчого акта про адміністративні правопорушення [11, с. 91-92]. Зазначене стосується й адміністративної відповідальності за правопорушення на авіаційному транспорті.

У контексті зазначеного варто вести мову про класифікацію правопорушень на авіаційному транспорті залежно від суб'єкта вчинення правопорушення – це фізичні та юридичні особи. Підтвердженням зазначеного є відповідальність за правопорушення, передбачена КУпАП та Повітряним кодексом України.

Аналіз положень Кодексу України про адміністративні правопорушення дає можливість виокремити такі склади адміністративних правопорушень на авіаційному транспорті: порушення правил безпеки польотів (ст. 111 КУпАП); порушення правил поведінки на повітряному судні (ст. 112 КУпАП); порушення правил міжнародних польотів (ст. 113 КУпАП); порушення правил пожежної безпеки на залізничному, морському, річковому і повітряному транспорті (ст. 120 КУпАП); порушення правил перевезення небезпечних речовин і предметів на транспорті (ст. 133 КУпАП); підроблення проїзних квитків і знаків поштової оплати (ст. 135-1 КУпАП); порушення правил, спрямованих на забезпечення схоронності вантажів на повітряному транспорті (ст. 137 КУпАП).

Слід зазначити, що Кодекс України про адміністративні правопорушення вищезазначені склади адміністративних правопорушень відображає в главі 10 «Адміністративні правопорушення на транспорті, в галузі шляхового господарства і зв'язку», тобто не відведено окремої глави, яка передбачала б відповідальність за правопорушення на авіаційному транспорті або в цілому авіаційної діяльності. Про виокремлення окремої глави в КУпАП, яка б вміщувала в себе адміністративні правопорушення на авіаційному транспорті, йдеться в працях таких вчених-адміністративістів, як Я. Й. Баган, Н. В. Дараганова, С.Т. Гончарук, І. Я. Козачок, А. В. Філіппов та ін.

Подальший хід дослідження спрямуємо на аналіз складу зазначених адміністративних правопорушеннях на авіаційному транспорті. Зважаючи на те, що до складу адміністративного правопорушення входять його об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт і суб'єктивна сторона [12, с. 195; 13, с. 163], таку схему аналізу цих елементів доцільно використовувати надалі.

Об'єкт правопорушення визначається характером суспільної шкідливості цього правопорушення, а також тими соціальними цінностями, які захищаються конкретною адміністративно-правовою нормою. Правильне та чітке встановлення об'єкта у разі порушення норм чинного законодавства на авіаційному транспорті має важливе теоретичне та практичне значення, оскільки саме об'єкт дозволяє визначити соціально-політичну сутність цього проступку, встановити його суспільно небезпечні наслідки, сприяє правильній кваліфікації діяння, а також відмежуванню його від суміжних посягань. Об'єкт адміністративного правопорушення можна визначити як ті суспільні відносини, яким правопорушення заподіює шкоду або створює загрозу її заподіяння [14, с. 176].

С. Т. Гончарук вважає, що об'єктом посягання адміністративних правопорушень в галузі повітряного транспорту виступають суспільні відносини, що складаються в процесі функціонування авіаційних підприємств, установ та інших об'єктів цивільної авіації, встановленого порядку управління в галузі повітряного транспорту, дотримання

в цій галузі різноманітних правил, забезпечення громадського порядку та громадської безпеки [15].

У зв'язку з цим об'єктом адміністративних правопорушень на авіаційному транспорті є суспільні відносини у сфері безпеки на авіаційному транспорті. Повітряний кодекс України оперує термінами «авіаційна безпека», «безпека авіації» та «безпека польотів». Але безпосереднє звернення до ст. 10 Повітряного кодексу України надає можливість зазначити, що безпека авіації є найбільш широким за змістом поняттям і складається з безпеки польотів, авіаційної безпеки, екологічної безпеки, економічної та інформаційної безпеки [16].

В адміністративно-правовій літературі об'єктивна сторона визначається як такий елемент складу правопорушення, що охоплює собою ознаки, які визначають акт зовнішньої поведінки правопорушника [17, с. 109; 18, с. 268]. Дослідження ознак об'єктивної сторони поряд з аналізом інших елементів певного складу адміністративного проступку дає змогу надати достовірну правову оцінку суспільно шкідливим діянням, зокрема діянням, що порушують норми чинного законодавства в галузі цивільної авіації.

Загалом, чітке визначення ознак об'єктивної сторони складу адміністративного правопорушення на авіаційному транспорті необхідне для правильної юридичної оцінки цього суспільно шкідливого діяння.

Вченими-адміністративістами підкреслюється, що зміст об'єктивної сторони адміністративного проступку становлять такі ознаки, як діяння (дія чи бездіяльність), його шкідливі наслідки, причинний зв'язок між діянням та наслідками, місце, час, обстановка, спосіб, знаряддя та засоби вчинення проступку [17, с. 109; 18, с. 268].

Виходячи зі змісту ст. 9 КУпАП, обов'язковим складником об'єктивної сторони адміністративного проступку є дія чи бездіяльність, яка посягає на громадський порядок, власність, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність [19]. Отже, у разі відсутності діяння адміністративна відповідальність виключається.

З огляду на виокремлені вищезазначені склади адміністративних правопорушень на авіаційному транспорті, можна зазначити, що об'єктивна сторона правопорушень виражається у таких формах:

– розміщення в районі аеродрому будь-яких знаків і пристроїв, схожих на маркірувальні знаки і пристрої, прийняті для розпізнання аеродромів, або спалювання піротехнічних виробів без дозволу адміністрації аеропорту, аеродрому, або влаштування об'єктів, які сприяють масовому скупченню птахів, небезпечних для польотів повітряних суден (формальний склад);

– невиконання правил про розміщення нічних і денних маркірувальних знаків або пристроїв на будівлях і спорудах (формальний склад);

– пошкодження аеродромного устаткування, аеродромних знаків, повітряних суден та їх устаткування (матеріальний склад);

– прохід або проїзд без належного дозволу по території аеропортів (крім аеровокзалів), аеродромів, об'єктів радіо- і світлозабезпечення польотів (формальний склад);

– виконання польотів з порушенням нормативно-правових актів, які регулюють діяльність авіації (формальний склад);

– невиконання особами, які перебувають на повітряному судні, розпоряджень командира судна (формальний склад);

– порушення правил фотографування, кінозйомки і користування засобами радіозв'язку з борту повітряного судна (формальний склад);

– порушення правил міжнародних польотів (формальний склад);

– порушення встановлених на повітряному транспорті правил пожежної безпеки (формальний склад);

– порушення правил перевезення небезпечних речовин або предметів на повітряному транспорті (формальний склад);

– виготовлення з метою збуту, збут або використання завідомо підроблених квитків повітряного транспорту та інших проїзних документів і документів на перевезення вантажу;

– пошкодження пломб і запірних пристроїв контейнерів, зривання з них пломб, пошкодження окремих вантажних місць та їх упаковки, пакетів, а також огорож складів, які використовуються для виконання операцій, пов'язаних з перевезенням вантажів на повітряному транспорті;

– пошкодження контейнерів і транспортних засобів, призначених для перевезення вантажів на повітряному транспорті.

Виходячи з норм КУпАП, суб'єктом вчинення адміністративних правопорушень на авіаційному транспорті є фізична осудна особа, яка на момент вчинення адміністративного правопорушення досягла шістнадцятирічного віку [19]. У контексті зазначеного досягнення суб'єктом адміністративного проступку віку, з якого може наставати адміністративна відповідальність, та його осудність є однією з обов'язкових умов визнання особи винною та відповідальною за вчинене.

Таким чином, суб'єктом вчинення адміністративного правопорушення на авіаційному транспорті є фізичні особи, зокрема:

1) фізичні особи (пошкодження аеродромного устаткування, аеродромних знаків, повітряних суден та їх устаткування, прохід або проїзд без належного дозволу по території аеропортів (ст. 111 КУпАП); невиконання розпоряджень командира судна, порушення правил фотографування, кінозйомки і користування засобами радіозв'язку з борту повітряного судна (ст. 112 КУпАП) тощо;

2) особи льотного складу (порушення правил міжнародних польотів (ст. 113 КУпАП); виконання польотів з порушенням нормативно-правових актів (ст. 111 КУпАП) тощо);

3) посадові особи (невиконання правил про розміщення нічних і денних маркірувальних знаків або пристроїв на будівлях і спорудах (ч. 2 ст. 111 КУпАП); порушення встановлених на повітряному транспорті правил пожежної безпеки (ч. 2 ст. 120 КУпАП) тощо.

Аналіз складів адміністративних правопорушень на авіаційному транспорті дає можливість констатувати, що дані статті мають спеціальні ознаки, які вказують на особливості правового становища суб'єктів і дозволяють диференціювати відповідальність різних категорій осіб, забезпечуючи тим самим справедливу правову оцінку скоєного діяння [21, с. 64].

Спеціальні ознаки виконують одну з двох функцій: по-перше, вони можуть бути конструктивними ознаками простих складів, а це означає, що до адміністративної відповідальності за відповідні правопорушення притягаються лише спеціальні суб'єкти; по-друге, вони можуть бути кваліфікуючими ознаками кваліфікованих складів [21, с. 65-66].

Відповідно до ч. 2 ст. 111 КУпАП за невиконання правил про розміщення нічних і денних маркірувальних знаків або пристроїв на будівлях і спорудах накладається штраф на громадян від п'ятдесяти до чотирьохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Водночас за ці дії притягаються до відповідальності посадові особи, на яких накладається штраф від шістдесяти до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян [19]. У таких випадках за конкретні дії до адміністративної відповідальності може бути притягнутий будь-який громадянин, що досяг 16-річного віку, а вчинення подібних дій спеціальним суб'єктом оцінюється як вчинення правопорушення з кваліфікованим складом [21, с. 66].

Щодо суб'єктивної сторони порушення на авіаційному транспорті варто говорити про відображення відповідних психічних процесів, що проходили у свідомості порушника в момент вчинення адміністративного проступку, усвідомлення його вчинення та оцінку результату. Отже, суб'єктивна сторона правопорушення характеризує волю порушника і детермінує його поведінку як у момент вчинення правопорушення, так і після його вчинення. У зв'язку з цим суб'єктивну сторони ми розглядаємо як внутрішню сторону (характеристику) об'єктивної сторони.

Таким чином, аналіз адміністративних правопорушень на авіаційному транспорті дає можливість визначити, що суб'єктивна сторона характеризується наявністю вини у формі як умислу, так і необережності.

Водночас ст. 126 Повітряного кодексу України регламентується, що за протиправні дії юридичні і фізичні особи, діяльність яких пов'язана з використанням повітряного простору України, розробленням, виготовленням, ремонтом та експлуатацією авіаційної техніки, здійсненням господарської діяльності в галузі цивільної авіації, обслуговуванням повітряного руху, забезпеченням безпеки авіації, несуть відповідальність згідно із законом [16].

Виходячи зі змісту даної статті, суб'єктом відповідальності за порушення законодавства в галузі цивільної авіації є фізичні та юридичні особи. Але подальший аналіз Повітряного кодексу України дає змогу стверджувати, що за правопорушення в галузі цивільної авіації застосується відповідальність тільки до юридичних осіб як суб'єктів авіаційної діяльності у вигляді накладення штрафу.

Більшість вчених, які досліджували питання реалізації держаної політики у галузі цивільної авіації, наголошували на необхідності запровадження більш дієвих видів санкцій, ніж штраф.

Водночас звернення до ч. 2 т. 10 Повітряного кодексу України дає можливість зазначити, що з метою забезпечення безпеки цивільної авіації уповноважений орган з питань цивільної авіації здійснює комплекс заходів, спрямованих на запобігання виникненню авіаційних подій, серед яких:

а) заборони, скасування, тимчасового припинення або зміни виконання будь-яких видів польотів і авіаційної діяльності у разі виявлення загрози безпеці авіації або їх невідповідності встановленим стандартам і авіаційним правилам України;

б) анулювання, тимчасове припинення дії сертифікатів, свідоцтв, ліцензій, дозволів, обмеження прав, наданих цими документами, скасування погодження кандидатур згідно з частиною десятою цієї статті;

в) накладення штрафів та вжиття інших заходів щодо забезпечення безпеки авіації.

В аспекті зазначеного доречно було б у 18 розділі даного кодексу і передбачити, що за порушення законодавства в галузі цивільної авіації можуть застосуватися санкції, як-то: анулювання, тимчасового припинення дії сертифікатів, свідоцтв, ліцензій, дозволів, обмеження прав, наданих цими документами тощо.

Як зазначає А. В. Стрельников, юридичні особи здатні акумулювати значно більші фінансові, матеріальні, інтелектуальні ресурси для досягнення своєї мети, ніж окрема фізична особа, що має як позитивну, так і негативну сторону, оскільки порушення встановленого порядку управління та державної дисципліни, скоєне юридичною особою, може завдати значно більшої шкоди державі і суспільству, ніж проступок окремої фізичної особи [20].

З цього приводу Т. О. Зима наголошує, що адміністративна відповідальність юридичних осіб регламентується значною кількістю правових норм, які входять до правового інституту адміністративної відповідальності і утворюють окремий підінститут «Адміністративна відповідальність юридичних осіб» [23, с. 10].

У цьому аспекті слушним є аналіз нормативно-правових актів пострадянських країн – Азербайджанської Республіки, Киргизької Республіки та Республіки Казахстан – щодо встановлення адміністративної відповідальності з досліджуваного питання. Законодавчими актами, які регламентують адміністративну відповідальність за порушення правил на авіаційному транспорті, передбачено адміністративну відповідальність як фізичних, так і юридичних осіб, що відображено у відповідних кодексах.

Як зазначав Т. О. Зима, для підвищення ефективності адміністративної відповідальності юридичних осіб необхідно провести принаймні часткову кодифікацію нормативних актів, що її встановлюють. Така кодифікація може бути проведена як на базі КУпАП, так і шляхом прийняття нового закону, який би регламентував виключно адміністративну відповідальність юридичних осіб. [23, с. 10].

Зазначимо, що відповідно до ст. 129 Повітряного кодексу України протоколи про правопорушення в галузі цивільної авіації мають право складати керівник уповноваженого органу з питань цивільної авіації та його заступники, державні інспектори та уповноважені на проведення перевірок посадові особи уповноваженого органу з питань цивільної авіації, керівники аеропортів, начальники служб авіаційної безпеки аеропортів або їхні заступники [16].

Крім того, складати протокол про адміністративні правопорушення за порушення правил безпеки польотів (стаття 111 КУпАП); порушення правил поведінки на повітряному транспорті (стаття 112 КУпАП); порушення правил міжнародних польотів (стаття 113 КУпАП); порушення правил пожежної безпеки на повітряному транспорті (частина друга статті 120 КУпАП), а також порушення правил перевезення небезпечних речовин або предметів на повітряному транспорті (частина третя статті 133 КУпАП) мають право Голова Державіаслужби України та його заступники, державні інспектори, уповноважені на проведення перевірок посадові особи Державіаслужби України, керівники аеропортів, начальники служб авіаційної безпеки аеропортів та їхні заступники [24].

Водночас від імені Державіаслужби України розглядати справи про правопорушення і накладати стягнення мають право Голова Державіаслужби України, його заступники, державні інспектори та уповноважені на проведення перевірок посадові особи Державіаслужби України [24].

**Висновок**

Отже, адміністративна відповідальність за правопорушення на авіаційному транспорті – це відповідна правова форма реакції держави щодо захисту національних інтересів та захисту населення у сфері забезпечення авіаційної безпеки, що передбачає застосування уповноваженим органами (посадовими особами) за вчинення порушень загальнообов'язкових авіаційних правил України до порушника (фізичних та юридичних осіб) адміністративних стягнень в порядку і на умовах, передбачених нормами адміністративного законодавства.

**Список використаних джерел:**

1. Баган Я. Й. Адміністративно-правове забезпечення функціонування авіаційного транспорту в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Дніпро, 2018. 224 с.

2. Бичков А.С. Адміністративна відповідальність за порушення правил безпеки польотів : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2010. 19 с.

3. Дараганова Н.В. Юридична відповідальність за адміністративні правопорушення на повітряному транспорті: дискусійні питання. *Юридична наука*. 2011. № 4/5. С. 83-90.

4. Єряшов Є. К. Адміністративно-правова відповідальність суб'єктів авіаційної діяльності – юридичних осіб. *Часопис Академії адвокатури України*. 2014. № 22. С. 33–39.

5. Козачок І. Я. Адміністративно-правові засади забезпечення безпеки польотів на авіаційному транспорті : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2015. 217 с.

6. Собакарь А. О. Адміністративно-правові засади державного контролю за безпекою польотів на авіаційному транспорті : монографія. Донецьк: Донбас, 2011. 203 с.

7. Філіппов А. В. Адміністративна відповідальність за правопорушення, що посягають на безпеку цивільної авіації: дискусійні питання. *Юридична Україна*. 2006. № 6. С. 26–30.

8. Філіппов А. В. Необхідність посилення адміністративної відповідальності за правопорушення в сфері безпеки цивільної авіації. *Юридична Україна*. 2007. № 1. С. 30–34.

9. Мота А.Ф. Адміністративна відповідальність військовослужбовців за законодавством України : дис. ... канд.юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2003. 205 с.

10. Про відповідальність перевізників під час здійснення міжнародних пасажирських перевезень : Закон України від 10.01.2002 № 2920-III URL : https://zakon.rada.gov.ua/go/2920-14 (дата звернення: 15.07.2020).

11. Крижановська В.А. Адміністративна відповідальність в адміністративному праві України : сучасне розуміння, нові підходи : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Львів, 2016. 258 с.

12. Скакун О.Ф., Подберезский Н.К. Теория права и государства : учебник. Харків, 1997. 496 с.

13. Административное право Украины (Общая часть) : учебное пособие. Харків, 1999. 224 с.

14. Адміністративне право України : підручник / Ю.П. Битяк, В.М. Гаращук, О.В. Дьяченко та ін. ; за ред. Ю.П. Битяка. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 544 с.

15. Гончарук С. Т. Гончаренко А. П. Посилення адміністративної відповідальності за порушення правил безпеки польотів. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2013. № 1. С. 5-9.

16. Повітряний кодекс України від 19.05.2011 № 3393-VI URL : https://zakon.rada.gov.ua/go/3393-17 (дата звернення: 15.07.2020).

17. Коваль Л. Адміністративне право України: Курс лекцій (Загальна частина). Київ: Основи, 1994. 154 с.

18. Колпаков В.К. Адміністративне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2001. 752 с.

19. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-X URL : https://zakon.rada.gov.ua/go/80731-10 (дата звернення: 15.07.2020).

20. Науково-практичний коментар Кодексу України про адміністративні правопорушення / за заг. ред. С.В. Пєткова. Київ : Юрінком Інтер, 2020. 792 с.

21. Благодарний А.М. Адміністративна відповідальність за порушення законодавства про державну таємницю : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2006. 200 с.

22. Стрельников А.В. Адміністративна відповідальність за порушення законодавства про рекламу : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Одеса, 2004. 198 с.

23. Зима О.Т. Адміністративна відповідальність юридичних осіб : дис. канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2001. 164 с.

24. Про затвердження Порядку накладення і стягнення штрафів за порушення вимог законодавства на повітряному транспорті : наказ Мінінфраструктури від 26.12.2011 № 637 URL : https://zakon.rada.gov.ua/go/z0073-12 (дата звернення: 15.07.2020).

**Oksana Brusakova. Administrative liability for violations in air transport**

*It is emphasized that today the number of committing administrative offenses on air transport by both individuals and legal entities is increasing. Evidence of this is the sufficient amount of information covered in the media, both from the content of case law on individual citizens who commit offenses during flights, such as drinking soft drinks, using radio equipment on board the aircraft, violation of applicable law regarding the transportation of dangerous substances or objects. This presupposes the need to pay attention to the issues of administrative liability for air traffic offenses. The article analyzes the scientific positions of scientists on the understanding of administrative responsibility in air transport and offers its own understanding. It is proposed to understand administrative liability for air traffic offenses as an appropriate legal form of state response to the protection of national interests and protection of the population in the field of aviation security, and provides for the application of authorized bodies (officials) to the violator (individuals and legal entities) administrative penalties compulsory aviation rules of Ukraine, in the manner and under the conditions provided by the norms of administrative legislation. The content of administrative offenses on air transport is singled out and disclosed. The peculiarities of bringing to administrative responsibility of individuals and legal entities for offenses on air transport are indicated. Attention was drawn to the need to amend the current legislation to separate a separate chapter in the Code of Administrative Offenses, which would include administrative offenses in air transport, as well as the introduction of additional penalties for offenses in air transport. It is determined that administrative liability for an offense on air transport is an appropriate legal form of state response to the protection of national interests and protection of the population in the field of aviation security, and provides for the application of authorized bodies (officials) to the violator (individuals and legal entities) committing violations of the mandatory aviation rules of Ukraine, in the manner and under the conditions provided by the norms of administrative legislation.*

**Key words:** legal responsibility, administrative responsibility, air transport, aviation safety, aviation safety, flight safety.

УДК 342.57
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.23

***Юрій Буглак,***
*канд. юрид. наук,*
*член Центральної виборчої комісії України*

# АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ СТАТУС ЧЛЕНА ЦЕНТРАЛЬНОЇ ВИБОРЧОЇ КОМІСІЇ УКРАЇНИ

*Мета статті полягає в тому, щоб на основі теорії адміністративного права, чинного законодавства розкрити адміністративно-правовий статус члена Центральної виборчої комісії України. Визначено, що одним із публічних суб'єктів, який реалізує первинне активне і пасивне виборче право громадян – право обирати і бути обраним до представницьких органів державної влади і органів місцевого самоврядування – є член Центральної виборчої комісії України. Адже, згідно зі статтею 38 Основного Закону України, громадяни мають право брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Наголошено, що на рівні конституційних норм юридична категорія «повноваження» є виправданою, однак у нормах адміністративного права з метою недопущення змішування обов'язків і прав суб'єкта публічної адміністрації виникає нагальна необхідність її деталізації на категорії «адміністративні обов'язки» та «адміністративні права». З'ясовано, що головними адміністративними обов'язками члена Центральної виборчої комісії України є такі: забезпечувати реалізацію і захист виборчих прав громадян України та права на участь у референдумах, дотримання передбачених Конституцією та законами України принципів і засад виборчого процесу та процесу референдуму; здійснювати контроль за додержанням вимог законодавства України про вибори і референдуми; забезпечувати однакове застосування законодавства України про вибори і референдуми на всій території України; готувати пропозиції щодо вдосконалення законів з питань проведення виборів та референдумів. Зроблено висновок, що адміністративно-правовий статус члена Центральної виборчої комісії України – це сукупність його адміністративних обов'язків та наданих у зв'язку з їх виконанням адміністративних прав з метою прозорого, вчасного та такого, що відповідає принципу верховенства права, формування представницьких органів публічної влади та офіційного оприлюднення думок громадян, висловлених на референдумах.*

**Ключові слова:** адміністративні обов'язки, адміністративні права, адміністративно-правовий статус, вибори, виборче право, представницькі органи публічної влади, принцип верховенства права, член Центральної виборчої комісії.

**Постановка проблеми.** Україна як демократична правова держава існує в парадигмі постійного виборчого процесу. Саме тому в нашій державі на безперервній основі функціонує Центральна виборча комісія, яка є постійно діючим колегіальним державним органом, що діє на підставі Конституції України, цього та інших законів України і наділений повноваженнями щодо організації підготовки і проведення виборів Президента України, народних депутатів України, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів, всеукраїнського і місцевих референдумів в порядку та в межах, встановлених цим та іншими законами України. Однак, як у будь-якому іншому публічному органі, рішення в ЦВК приймаються не в якісь безособовій формі, а її посадовими особами – членами ЦВК.

Член ЦВК має унікальний публічно-правовий статус, який описується нормами конституційного і адміністративного права. Причому як перші, так і другі є недосконалими, що в нашій молодій демократії інколи призводить до не визнання суспільством офіційно оприлюднених ЦВК результатів виборів. Такі явища не є допустимими. Адже вони призводять до втрати державною владою легітимності, завдають значної шкоди народу та міжнародному іміджу України. Щоб не допустити такого у майбутньому, правовий статус члена ЦВК має: по-перше, забезпечувати членам ЦВК повну недоторканість і незалежність від будь-якого неправового впливу; по-друге, чітко визначати їхні адміністративні обов'язки і права. Другий складник зазначеної проблематики ми розглядаємо у цій статті.

**Огляд останніх досліджень.** До питань адміністративно-правового статусу члена


© Ю. Буглак, 2020

Центральної виборчої комісії України звертались вчені В. Галунько, І. Драмаренко, А. Зубко, С. Короєд, В. Курило, О. Правоторова, Я. Савицький. Є. Сердюк, О. Сорока, В. Шевченко та ін. Однак безпосередньо аналізованої нами проблематики вони не торкалися.

**Мета статті** полягає в тому, щоб на основі теорії адміністративного права, чинного законодавства розкрити адміністративно-правовий статус члена Центральної виборчої комісії України.

**Виклад основного матеріалу.** У сучасній юридичній літературі зміст адміністративно-правового статусу публічної особи є визначеним. На думку вітчизняних вчених-адміністративістів, він складається із сукупності певних юридичних елементів, до яких належать: 1) підстави і порядок виникнення спеціальної публічної правосуб'єктності публічної особи; 2) визначені законодавством її адміністративні обов'язки; 3) надані вітчизняним законодавством адміністративні права, що надаються виключно для виконання покладених адміністративних обов'язків; 4) адміністративна відповідальність за невиконання (перевищення) покладених на неї адміністративних обов'язків або створення адміністративними засобами умов для притягнення такої особи до іншого виду адміністративної відповідальності [1; 2; 3].

Іншими словами, адміністративно-правовий статус публічних осіб є зобов'язальним. Вони без всякого пафосу і порівнянь мають служити народу України: надавати конституційні й адміністративні послуги, захищати від різних видів небезпеки, підтримувати соціально не захищених громадян у разі відсутності можливості це здійснити за рахунок приватної ініціативи.

Одним із таких публічних суб'єктів, який реалізує первинне активне і пасивне виборче право громадян – обирати і бути обраним до представницьких органів державної влади і органів місцевого самоврядування – є член Центральної виборчої комісії України. Адже, згідно зі статтею 38 Основного Закону України, громадяни мають право брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах, вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування [4].

Конституційно-правовий статус члена ЦВК прописаний фрагментарно. У пункті 21 статті 86 Конституції України, яка розкриває повноваження Верховної Ради України, прописано, що призначення на посади та звільнення з посад членів Центральної виборчої комісії здійснюється за поданням Президента України. Також не багатослівним щодо члена ЦВК є профільний закон – Виборчий кодекс України. Словосполучення «член Центральної виборчої комісії» в ньому трапляється аж шість разів у різних контекстах. Зокрема, йдеться про те, що він має право повернути скаргу без розгляду у визначених законом випадках (ст. 68), підписати протокол «з окремою думкою» (ст. 126, 127, 158), зобов'язаний вирішити питання щодо балотування кандидата виключно від однієї партії (ст. 158) [5].

Найбільша увага члену ЦВК, що є природним, приділено в спеціальному Законі України «Про Центральну виборчу комісію». Відповідно до цього закону Центральна виборча комісія очолює систему виборчих комісій та комісій з референдуму, які утворюються для організації підготовки та проведення виборів Президента України, народних депутатів України, всеукраїнського референдуму. Комісія здійснює контроль за діяльністю та консультативно-методичне забезпечення виборчих комісій, які утворюються для організації підготовки та проведення виборів депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів, та комісій з місцевих референдумів [6].

Загалом аналізований Закон побудований за допомогою дедуктивного способу – від загального до одиничного, коли основна правова компетенція юридично покладена на Комісією в цілому, а повноваження члена ЦВК є якби-то вторинними. Отже, й відповідальність у комісії за свої рішення здебільшого є колективною як органу державної влади в цілому, а не окремих її членів.

Проте у статті 26 Закону України «Про Центральну виборчу комісію» визначені повноваження членів комісії. Перше, на що хотілося би звернути увагу, це те, що в аналізованому законі для визначення владних повноважень члена ЦВК використаний сталий у вітчизняній правотворчості, однак хибний з погляду принципу підпорядкування публічної адміністрації закону підхід. А саме, владна юридична природа члена ЦВК розкривається через аморфну категорію «повноваження», замість того, щоб чітко прописати по категоріях «адміністративні обов'язки», «адміністративні права». Адже, згідно із теорією адміністративного права, адміністративні повноваження – це взаємопов'язані (об'єднані) адміністративні обов'язки та права суб'єкта публічного адміністрування, надані йому законним чином і необхідні для досягнення

поставлених перед ним завдань [6]. Повноваження суб'єктів публічної адміністрації прямо згадуються в Конституції України. Частина 2 статті 19 Основного Закону зазначає, що органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що передбачений Конституцією та законами України.

Треба підкреслити, що на рівні конституційних норм юридична категорія «повноваження» є виправданою, однак у нормах адміністративного права з метою недопущення змішування обов'язків і прав суб'єкта публічної адміністрації виникає нагальна необхідність її деталізації на категорії «адміністративні обов'язки» та «адміністративні права».

Згідно з останнім підходом здійснено критичний аналіз адміністративних обов'язків та адміністративних прав члена ЦВК. До адміністративних обов'язків, на наш погляд, належить таке:

1) додержуватися Конституції України та законів України, позапартійної позиції, бути чесним, об'єктивним та неупередженим у вирішенні питань, що належать до повноважень Комісії, забезпечувати реалізацію і захист виборчих прав громадян України та права на участь у референдумі;

2) забезпечувати реалізацію і захист виборчих прав громадян України та права на участь у референдумах, дотримання передбачених Конституцією та законами України принципів і засад виборчого процесу та процесу референдуму; здійснювати контроль за додержанням вимог законодавства України про вибори і референдуми; забезпечувати однакове застосування законодавства України про вибори і референдуми на всій території України; готувати пропозиції щодо вдосконалення законів з питань проведення виборів та референдумів;

3) готувати питання на розгляд Комісії, брати участь у розгляді та обговоренні питань порядку денного засідання Комісії;

4) розглядати заяви суб'єктів виборчого процесу та процесу референдуму;

5) проводить особистий прийом громадян, суб'єктів виборчого процесу та процесу референдуму.

На виконання цих обов'язків члену ЦВК мають надаватися такі адміністративні права:

1) бути присутнім на всіх заходах, що проводяться, та ознайомлюватися з будь-якими документами і матеріалами Комісії;

2) виключно самостійно, на основі закону і принципу верховенства права приймати рішення – підтримувати, утримуватися чи голосувати проти рішень, запропонованих на обговорення Комісією, а також висловлювати окрему думку з цього приводу;

3) бути суб'єктом законодавчої ініціативи з питань виборчого права;

4) вимагати й отримувати від політичних партій, суб'єктів публічної адміністрації та адміністрації юридичних осіб, політичних партій необхідну документацію, статистичні дані, бухгалтерсько-фінансові звіти та інші матеріали, а також усні та письмові пояснення з питань, віднесених до повноважень Комісії;

5) залучати до участі у підготовці окремих питань науковців, фахівців та експертів, а також працівників установ і організацій, органів державного фінансового контролю;

6) вносити індивідуальні пропозиції (вимоги) стосовно виборчого процесу чи процесу референдуму, що є обов'язковими до розгляду;

7) користуватися в установленому порядку банками даних органів державної влади та органів місцевого самоврядування;

8) входити безперешкодно до приміщень об'єднань громадян, а також бути присутніми на засіданнях виборчих комісій і комісій з референдумів;

9) вносити пропозиції про залучення науковців і фахівців до експертної, аналітичної та іншої роботи, пов'язаної з виконанням повноважень Комісії.

Що стосується порядку і підстав виникнення правосуб'єктності у члена ЦВК, то, на наш погляд, встановлений чинним законодавством порядок загалом відповідає вимогам сьогодення. Також, на нашу думку, буде не виваженим встановлювати будь-яку спеціальну адміністративну відповідальність щодо члена ЦВК. Більш того, ми вважаємо, що порядок виникнення публічної правосуб'єктності члена ЦВК належить до предмета конституційного, а не адміністративного права.

Окремим рядком необхідно зазначити адміністративні права члена ЦВК, що прямо прописані в регламенті ЦВК, а саме активне і пасивне право брати участь у виборах голови та заступника голови ЦВК, одноосібне його право ініціювати призначення на посади працівників своєї патронатної служби, які будуть забезпечувати його професійну діяльність, а також у визначених аналізованим регламентом випадках та відповідно до відповідної процедури брати участь у засіданнях ЦВК дистанційно, за допомогою технічних засобів. Хоча в умовах сьогодення остання компетенція не допускається у разі розгляду питань, які потребують таємного голосування або містять інформацію з обмеженим доступом [11].

**Висновки**

Отже, адміністративно-правовий статус члена ЦВК – це сукупність його адміністративних обов'язків та наданих у зв'язку з їх виконанням адміністративних прав з метою прозорого, вчасного та такого, що відповідає принципу верховенства права, формування представницьких органів публічної влади та офіційного оприлюднення думки громадян, висловленої на референдумах.

**Список використаних джерел:**

1. Галунько В., Курило В., Короєд С. та ін. Адміністративне право України. Т.1. *Загальне адміністративне право : навчальний посібник*. Херсон: Грінь Д.С., 2015. 272 с.

2. Зубко А. Адміністративно-правовий статус департаменту міжнародних спорів міністерства юстиції України : автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2019. 18 с.

3. Савицького Я. Адміністративно-правовий статус апеляційних господарських судів в Україні : автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2019. 18 с.

4. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. ст. 141.

5. Виборчий кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 7, № 8, 39. Ст. 48.

6. Про Центральну виборчу комісію : Закон України від 30 червня 2004 р. № 1932-IV. *Верховна Рада України*. 2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-15#n391 (дата звернення: 11.07.2020).

7. Адміністративне право України. Повний курс : підручник / за ред. В. Галунька, О. Правоторової. 3-тє вид. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2020. 584 с.

8. Сердюк Є. Адміністративно-правове забезпечення виборчих прав громадян України : автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2013. 18 с.

9. Сорока О. Адміністративно-правовий статус приватного вищого навчального закладу : автореф. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2012. 18 с.

10. Шевченко І. Виборчі права громадян України: проблеми реалізації. *Вісник Східноукраїнського національного університету імені Володимира Даля*. № 16 (205) 2013. 75-81.

11. Регламент Центральної виборчої комісії. Затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2005 р. № 72 / *Верховна Рада України*. 2019. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0072359-05/card6#Public (дата звернення: 11.07.2020).

**Yurii Buhlak. Administrative and legal status of a member of the Central Election Commission of Ukraine**

*The purpose of the article is to reveal the administrative and legal status of a member of the Central Election Commission of Ukraine based on the new theories of administrative law and the current legislation. It is determined that one of the public entities that implements the primary active and passive election of citizens to elect and be elected to representative bodies of state power and local self-government is a member of the Central Election Commission of Ukraine. After all, according to Article 38 of the Basic Law of Ukraine, citizens have the right to participate in the management of state affairs, in all-Ukrainian and local referendums, to freely elect and be elected to public authorities and local governments. It is emphasized that at the level of constitutional norms the legal category of "powers" is justified, but at the level of their detail in the rules of administrative law, in order to prevent confusion of duties and rights of the public administration there is an urgent need to detail them in the category of "administrative obligations" languages and "administrative rights". It was found that one of the main administrative responsibilities of a member of the Central Election Commission of Ukraine is: to ensure the implementation and protection of voting rights of Ukrainian citizens and the right to participate in referendums, compliance with the Constitution and laws of Ukraine; to exercise control over the observance of the requirements of the legislation of Ukraine on elections and referendums; ensures equal application of the legislation of Ukraine on elections and referendums on the entire territory of Ukraine; prepare proposals for improving the laws on elections and referendums. It is concluded that the administrative and legal status of a Central Election Commission of Ukraine member is a set of his administrative responsibilities and administrative rights granted for the purpose of their implementation, in order to transparently, timely and in accordance with the rule of law form the formation of representative bodies of public authorities in referendums.*

**Key words:** administrative and legal status, administrative responsibilities, administrative rights, election, representative bodies of public authority, right to vote, rule of law, member of the Central Election Commission.

УДК 342.9:351.74
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.24

***Віталій Вдовічен,***
*докт. юрид. наук, доцент,*
*доцент кафедри публічного права*
*Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

# СУБСТАНЦІОНАЛЬНІ ЯКОСТІ ПРАВОВОЇ КАТЕГОРІЇ «ПОЛІЦЕЙСЬКІ ПОСЛУГИ»

*Дослідження правової категорії «поліцейські послуги» проведено з метою встановлення її субстанціональних якостей, що сприятиме більш чіткому розумінню головних завдань Національної поліції, які визначенні на нормативному рівні. Основна увага зосереджена на неоднозначному трактуванні як на доктринальному, так і на нормативному рівні категорії «поліцейські послуги» та її прив'язаності до так званої публічної сервісної служби чи правоохоронної служби органів Національної поліції. Поняття поліцейських послуг розкривається як діяльність органів і посадових осіб Національної поліції України, змістом якої є здійснення на користь фізичних осіб та юридичних осіб, а також суспільства і держави в цілому відповідних заходів з метою забезпечення необхідних суспільно-правових та організаційно-управлінських умов для нормальної реалізації ними своїх прав, свобод і законних інтересів, задоволення їхніх нагальних потреб у тих сферах суспільного життя, що належать до компетенції Національної поліції.*

*Використання на нормативному рівні категорії «поліцейські послуги» як нововведення створило чимало «незручностей» правозастосовного характеру, оскільки невизначеними залишаються їх перелік та види, порядок надання та сфери реалізації, а також форми оцінювання ефективності надання поліцейських послуг.*

*Категорія «поліцейські послуги» має поліструктурний характер: у широкому розумінні – будь-яка діяльність Національної поліції є поліцейською послугою, тобто поняття «поліцейські послуги» формується через визначення суб'єкта надання – Національну поліцію; у вузькому розуміння розглядаються поліцейські послуги з точки зору змісту діяльності, і тут не охоплюються адміністративні й інформаційні послуги, що надаються поліцією. Основною метою поліцейських послуг, яка розкриває їх субстанціональні якості, варто визначати результати, яких прагне досягти суспільство і публічна влада, наділяючи органи Національної поліції відповідними функціями як сервісного, так і правоохоронного характеру через відповідні обов'язки і права щодо надання ними зазначених послуг. До таких послуг відносимо забезпечення публічної безпеки і порядку; охорону прав і свобод людини, інтересів суспільства і держави; протидію злочинності, а також допомогу особам, які з особистих, економічних, соціальних причин або внаслідок надзвичайних ситуацій потребують такої допомоги.*

**Ключові слова:** публічні послуги, поліцейські послуги, сервісна функція поліції, публічно-сервісна діяльність.

**Постановка проблеми.** Адекватними інструментами для аналізу суспільного відношення в цілому та правового відношення зокрема є філософські категорії «змісту» та «форми». Методологічні можливості цих категорій дозволяють з'ясувати субстанціональні якості правовідношення в цілому, найважливіші якості його компонентів та зв'язку між ними, але не більше. Адже виділення у правовідношенні ще якихось речей, крім змісту, форми та зв'язку між ними, наприклад елементів, складу, структури, на доповнення до його змісту і форми стає некоректним у загальнофілософському плані, оскільки зміст та форма вичерпують явище повністю й, окрім них та зв'язку між ними, у жодному суспільному відношенні нічого немає. Ось у такому ракурсі постає і дилема визначення категорії «поліцейські послуги». Річ у тому, що одним із фундаментальних нововведень, які встановлює Закон України «Про Національну поліцію», є переорієнтація характеру роботи даного органу державної влади – із каральнo-репресивного на сервісний публічний суб'єкт. Вказаний закон особливо підкреслює, що поліція повинна саме надавати послуги, тобто здійснювати сервісну публічну діяльність. Зважаючи на те, що поліцейські послуги є «новинкою» і для українського суспільства, і для українського законодавства, доречним є питання визначення особливостей даної категорії, але ще важливішим виступає з'ясування її субстанціональних якостей, які покликані розкрити початкове значення, мету та доцільність запровадження категорії


© В. Вдовічен, 2020

«поліцейські послуги» у вітчизняне законодавство.

**Аналіз останніх досліджень.** Поліцейські послуги є частиною більш широкої правової категорії «публічні послуги», які на теоретичному рівні можна вважати вже досить опрацьованими. Основними ознаками публічних послуг є те, що вони: по-перше, забезпечують загальнозначущу діяльність; по-друге, мають необмежене коло суб'єктів надання (як правило, органи публічного управління); по-третє, поєднують як публічний, так і приватний інтерес [1, с. 176]. Проте невизначеність поняття «поліцейська послуга» в українському законодавстві та відсутність чіткого розуміння цієї категорії серед науковців створюють перешкоди в процесі правозастосування й унеможливлюють ефективне виконання працівниками поліції своїх обов'язків. Адже особливо складно визначити, де межі функціонального обов'язку поліції, а де починається її сервісна діяльність [2, с. 187].

Разом із тим науковці не набули єдності в розумінні вказаної категорії. І тут ідеться не лише про сам зміст «поліцейської послуги», а є проблема визначення специфіки публічно-сервісної діяльності Національної поліції. Так, для прикладу, варто відзначити в такому ракурсі напрацювання О. М. Калюк, яка визначає: «публічно-сервісна діяльність поліції – це діяльність з обслуговування потреб та інтересів приватних осіб у їхніх стосунках з органами публічної адміністрації – органами внутрішніх справ» [3, с. 3]. У такому ж ракурсі розмірковує і В. А. Троян: «Публічно-сервісна діяльність – це діяльність державних інституцій щодо надання публічних послуг», а публічно-сервісна діяльність Національної поліції «пов'язана з видачею документів дозвільного характеру щодо вогнепальної зброї, боєприпасів, інших предметів;.у сфері дорожнього руху; у сфері охоронної діяльності (охорона майна громадян, організацій, а також об'єктів, що підлягають обов'язковій охороні, тощо)» [4, с. 91, 93].

Також варта уваги позиція О. Банчук: «Сервісна функція поліції – це не просто боротьба зі злочинністю, забезпечення правопорядку, а саме надання послуг суспільству щодо підтримки належного рівня безпеки» [5].

Досліджуючи поліцейські послуги, Д. Ластович акцентує увагу на необхідності визначення мети запровадження «поліцейських послуг» у діяльність поліції [6, с. 141].

А от в аспекті реалізації завдань Національної поліції А. Овчаров наголошує, що «не варто поліцію перетворювати в суцільне бюро з надання певних послуг» [7].

Коректним, на наш погляд, є твердження Д. Йосифович, за яким «послуги, що надає Національна поліція, виконуючи свої основні завдання, визначені Законом України «Про Національну поліцію», слід вважати поліцейськими, а послуги, що надаються Національною поліцією та МВС у сфері внутрішніх справ, з метою створення умов для реалізації фізичними та юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх заявою, доцільно вважати сервісними» [8, с. 134].

Досить радикальну позицію зайняв І. Зозуля, стверджуючи, що одним із можливих, але дискусійних шляхів вирішення проблеми було би вилучення із Закону України «Про Національну поліцію» та суміжного законодавства терміна «поліцейські послуги», обмежившись загальною вказівкою, що Національна поліція у своїй діяльності надає в межах законодавства в тому числі і сервісні послуги, зміст, перелік та порядок надання яких визначено законом. Варіант збереження в інституційному законодавстві терміна «поліцейські послуги» натепер пов'язаний з поки ще складною перспективою перегляду законодавчого, наукового та практичного, в тому числі й міжнародного, досвіду щодо сервісної діяльності Національної поліції України [9].

**Постановка завдання.** Враховуючи сучасний стан «реформування» сфери забезпечення громадського порядку, де активними учасниками виступають органи Національної поліції, особливо актуальним постає визначення основних субстанціональних властивостей категорії «поліцейські послуги», яка заявлена як основне завдання Національної поліції, тобто це те, заради чого створюється і функціонує даний орган державної влади.

**Виклад основного матеріалу.** Введення нового терміна «надання послуг» дало змогу зробити значний крок до переосмислення ролі, завдань і призначення Національної поліції, наближення її діяльності до європейських стандартів. Це має сприяти покращанню реагування на всі звернення громадян, поліпшенню виконання публічно-сервісної функції поліції шляхом надання якісних послуг населенню. Фактично саме на це вказує стаття 2 Закону України «Про Національну поліцію», зокрема, сферами «надання поліцейських послуг» проголошено усю галузь діяльності поліції: забезпечення публічної безпеки і порядку; охорону прав і свобод людини, а також інтересів суспільства і держави; протидію злочинності; надання в межах, визначених законом,

послуг з допомоги особам, які з особистих, економічних, соціальних причин або внаслідок надзвичайних ситуацій потребують такої допомоги [10]. Однак, як відзначає І. Зозуля, фактично перша з них – сфера «забезпечення публічної безпеки і порядку» – кваліфікується як простір для надання суспільству Національною поліцією поліцейських послуг. Але, як будь-які послуги, вони можуть надаватись тільки тоді, коли на них є попит: у нашому випадку є замовник – суспільство – та є виконавець – Національна поліція [9, с. 22].

Звичайно, буквальне тлумачення статті 2 вказаного Закону ставить під сумнів такі субстанціональні ознаки публічних послуг, як: індивідуалізація, тобто пов'язаність з особою виконавця та процесом вчинення ним певних дій (здійснення певної діяльності); ініціювання надання послуги виключно споживачем. Забезпечення публічної безпеки і порядку, протидія злочинності та охорона прав і свобод людини не є діяльністю «на замовлення» конкретної особи, хоча в окремих ситуаціях така модель є допустимою. Якщо таку діяльність вважати послугою, то «вигодоотримувачем» є не окрема людина, а суспільство в цілому [11, с. 72].

Категорія «поліцейська послуга» реалізує себе як передбачена законом публічно-владна діяльність органу поліції, безпосередньо пов'язана із забезпеченням прав і свобод людини, інтересів суспільства і держави, протидією злочинності, підтриманням публічної безпеки і порядку, та виражається в здійсненні дій та прийнятті рішень відповідною уповноваженою особою.

Поліцейські послуги можна розглядати у широкому розумінні: будь-яка діяльність Національної поліції є поліцейською послугою. З точки зору цього підходу поняття «поліцейські послуги» формується через визначення суб'єкта надання – Національну поліцію. Якщо ж розглядати поліцейські послуги з точки зору змісту діяльності, отримуємо значно вужчу категорію, яка не охоплює адміністративні й інформаційні послуги, що надаються поліцією. У вузькому розумінні поліцейські послуги – це надання в межах, визначених законом, послуг з допомоги особам, які з особистих, економічних, соціальних причин або внаслідок надзвичайних ситуацій потребують такої допомоги [11, с. 73].

Однак все ж таки варто точно визначити, чи можлива діяльність Національної поліції, наприклад, з охорони інтересів суспільства і держави розглядатись як поліцейська послуга. І тут вдало відзначив І. Зозуля, що, скоріше, це категорія обов'язків Національної поліції, яких остання фактично уникає, прикриваючись «послугами» [9]. Тому, розкриваючи субстанціональні якості категорії «поліцейські послуги», не можна оминути увагою мету такої категорії, основні завдання таких послуг, тобто для чого і чи можливо без них. Напевно це питання було б риторичне, однак не завжди законодавчі нововведення наповнюються правовим змістом, де чітко простежується їх мета. У загальному розумінні мета – це уявна модель бажаного результату, те, до чого прагнуть суб'єкти процесу. Як зазначає Д. Ластович, дослідження варто розпочати з визначення мети запровадження «поліцейських послуг» у діяльність поліції: під метою запровадження поліцейських послуг слід розуміти той результат (результати), якого (яких) прагне досягти влада, наділяючи органи внутрішніх справ відповідними функціями та повноваженнями щодо надання ними зазначених послуг [6, с. 141].

Водночас поліцейські послуги не є кінцевим результатом діяльності поліції, вони можуть визнаватися послугами лише з точки зору розуміння їх як процесу, або нерозривної єдності діяльності і результату, що споживається в процесі його створення. Підтверджує такий підхід до визначення поліцейської послуги необхідність систематичності та безперервності протидії злочинності та забезпечення публічної безпеки. Тому це свідчить про необхідність перегляду вибраного в законодавстві підходу з метою усунення суперечливого сприйняття елементів єдиної системи публічних послуг.

Фундаментальними цілями запровадження поліцейських послуг, які розкривають їх субстанціональну природу, можна назвати такі. Перш за все це функціонування поліції як захисника прав і свобод людини, а також прав і законних інтересів суспільства, як це, власне кажучи, і повинно бути у сучасній демократичній державі. За умов переважання радянського (етатистського) підходу до розуміння суспільного призначення міліції та організації її роботи реальне втілення даної мети було неможливим. Однак сьогодні, коли владою змінено парадигму розвитку органів внутрішніх справ та звернено увагу на потужний світовий досвід у цій сфері, є усі підстави вважати, що означена мета все ж таки буде реалізована, хоча б частково. Наступне – це повернення довіри населення насамперед шляхом наближення правоохоронців до громадян через їх максимальне залучення до роботи на вулицях, а не в кабінетах і водночас забезпечення високого рівня мобільності та оснащеності поліцейських. Крім того, варто оптимізувати

організаційно-функціональну та штатну структури поліцейських сил, а також витрати на їх утримання.

Таким чином, створення поліції саме як сервісної служби відображає прагнення влади змусити правоохоронну систему служити інтересам окремих громадян і суспільства в цілому, захищати та сприяти їх нормальній реалізації. Однак єдине завдання, що повною мірою вписується у вже існуючу концепцію публічних послуг, – це надання допомоги особам, що її потребують. Проте, на жаль, вичерпного переліку форм та умов надання такої допомоги поки що не вироблено і нормативно не закріплено. До поліцейських заходів, передбачених Законом, спрямованих на реалізацію цього завдання, можна віднести поліцейське піклування [11, с. 74].

Завдання Національної поліції – це визначені на законодавчому рівні конкретні проблеми, що мають бути вирішені шляхом надання поліцейських послуг. Згідно зі статтею 2 Закону України «Про Національну поліцію», основним завданням поліції є надання поліцейських послуг, тому національна поліція виконує такі функції. По-перше, забезпечує публічну безпеку і порядок, тобто поліцейські послуги спрямовані на захист життєво важливих інтересів суспільства, сконцентрованих у його матеріальних і духовних цінностях, від джерел небезпеки природного та (або) штучного характеру.

По-друге, забезпечує охорону прав і свобод людини, а також інтересів суспільства і держави. Дане завдання передбачає реалізацію органами і посадовими особами комплексу організаційно-правових заходів, спрямованих на захист прав, свобод і законних інтересів фізичних осіб, а також прав і законних інтересів суспільства та держави від протиправних посягань; забезпечення безпечних умов для їх (прав, свобод і законних інтересів) нормальної та безперешкодної реалізації.

По-третє, забезпечення протидії злочинності. У рамках зазначеного завдання поліція здійснює комплекс організаційно-правових, управлінських та виховних заходів, спрямованих на виявлення й ліквідацію наявної у суспільстві злочинної активності, усунення її шкідливих наслідків, виявлення та усунення умов і факторів, що сприяють виникненню та процвітанню злочинності.

По-четверте, забезпечення надання допомоги особам, які з особистих, економічних, соціальних причин або внаслідок надзвичайних ситуацій потребують такої допомоги. Виконання національною поліцією цього завдання передбачає надання побутової, правової, домедичної та (або) психологічної допомоги фізичним особам, які потрапили у екстрену ситуацію чи з інших причин потребують такої допомоги і не мають змоги отримати її з інших джерел. Зазначений напрям поліцейських послуг досить яскраво підкреслює переорієнтацію національної поліції саме на її ефективну взаємодію із суспільством шляхом надання населенню відповідної допомоги.

**Висновки**

Надання поліцейських послуг у сфері охорони прав і свобод людини, а також інтересів суспільства і держави є об'єктивно необхідним та дуже важливим напрямом діяльності Національної поліції. Значення даних послуг полягає у тому, що вони дозволяють індивідуальним та колективним суб'єктам, у тому числі державі і суспільству в цілому, в разі виникнення у них потреби посилити рівень безпеки певних своїх прав, свобод та законних інтересів, уклавши угоду про надання відповідних охоронних послуг з поліцією охорони.

Натепер немає чіткої універсальної формули оцінювання ефективності та якості надання поліцейських послуг, оскільки кожна із них має як свої переваги, так і прогалини. І така ситуація не дає можливості зробити об'єктивні висновки з даного приводу. Тому для формування достовірного уявлення про рівень ефективності надання поліцейських послуг необхідно враховувати ступінь чіткості та формальної визначеності субстанціональних якостей таких послуг – насаперед це чітке їхнє визначення на нормативному рівні.

**Список використаних джерел:**

1. Амосов О. Ю. «Послуга» при розгляді звернень громадян : економічна та правова категорія. *Теорія та практика державного управління* : зб. наук, праць. Харків: Вид-во ХарРІ НАДУ «Магістр». 2010. Вип. 1 (28). С. 175-180.

2. Циганов О. Г. Підходи до з'ясування сутності поліцейських послуг: вітчизняні реалії та зарубіжна практика. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2019. № 1. С. 186-193.

3. Нова поліція: сервісна служба чи інститут боротьби із злочинністю? URL: http://uire.org.ua/publikatsiyi/nova-politsiya-servisna-sluzhba-chi-institut-borotbi-iz-zlochinnistyu. 02.07.2016. (дата звернення: 28.07.2020).

4. Троян В. А. Поняття та види публічно-сервісної діяльності Національної поліції України. *Право і безпека*. 2016. № 4. С. 90-94.

5. Банчук А. Новый закон о полиции. Как ограничивают права украинцев. URL: https://

nv.ua/opinion/novyj-zakon-o-politsii-kak-ogranichivajut-prava-ukraintsev-66668.html. 02.09.2015. (дата звернення: 24.07.2020).

6. Ластович Д. М. Місце та значення поліцейських послуг в діяльності національної поліції. *Форум права*. 2016. № 1. С. 141-146.

7. Овчаров А. Чому не всі завдання поліції мають реалізовуватися шляхом надання поліцейських послуг. URL: https://vilneslovo.com/chomu-ne-vsi-zavdannya-policziї-povinni-realizovuvatisya-shlyaxom-nadannyapoliczejskix-poslug. (дата звернення: 12.07.2020).

8. Йосифович Д. Надання адміністративних послуг Міністерством внутрішніх справ України та Національною поліцією. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Серія «Юридичні науки»*. Львів: Видавництво Львівської політехніки, 2017. № 876. С. 131–137.

9. Зозуля І. В. Поліцейські послуги в законодавстві України та на практиці. *Форум Права*. 2019. № 56 (3). С. 21-38. DOI: http://doi.org/10.5281/zenodo.3362208.

10. Про Національну поліцію України : *Закон України в редакції від 22.04.2020. Офіційний вісник України*. 2015. № 63. С. 33. Ст. 2075, код акта 78051.

11. Біла-Тюріна Ю. З. Ознаки поліцейських послуг та їх характеристики. *Традиції та новації юридичної науки: минуле, сучасність, майбутнє :* матер. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 19 травня 2017 р.) : у 2-х т. 2017. Т. 2. С. 72-74.

**Vitalii Vdovichen. Substancial qualities of the legal category "police services"**

*The research of the legal category «police services» was carried out in order to establish its substantial qualities. This will contribute to a clearer understanding of the main tasks of the National Police, which are defined at the regulatory level. The main points of attention are focused on the existence of an ambiguous interpretation of the category «police services» both at the doctrinal and normative levels. In addition, it is often emphasized that this category is attached to the so-called public service or law enforcement service of the National Police. The concept of police services is defined as the activities of bodies and officials of the National Police of Ukraine. The content of such activities is the implementation of appropriate measures for the benefit of individuals and legal entities, society and the state. The main purpose of such activities is to provide the necessary social-legal and organizational-managerial conditions for the normal realization of their rights, freedoms and legitimate interests. At the same time, satisfaction their urgent needs in those areas of public life that fall within the competence of the National Police.*

*At the regulatory level, the use of the category «police services» as an innovation has created many «inconveniences» of law enforcement nature, as their list and types, the procedure and scope of implementation, as well as forms of assessing the effectiveness of police services remain unclear.*

*The category «police services» has a polystructural character. In a broad sense, any activity of the National Police is a police service, the concept of «police services» is formed through the definition of the subject of provision – the National Police. In a narrow sense, police services are considered in the perspective of the content of activities and do not cover administrative and information services provided by the police. We mean the provision of assistance services to persons in need of such assistance for personal, economic, social reasons or as a result of emergencies within the limits set by law – this is a narrow understanding of the category of «police services».*

*The main purpose of police services, which reveals their substantial qualities, is to determine the results that society and public authorities seek to achieve. Therefore, the National Police receive appropriate service and law enforcement functions through their respective responsibilities and rights to provide those services. Such services include ensuring public safety and order; protection of human rights and freedoms, the interests of society and the state; crime prevention, assistance to persons who need such assistance for personal, economic, social reasons or as a result of emergencies.*

**Key words:** public services, police services, police service function, public service activity.

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.25

***Ірина Городецька,***
*докт. юрид. наук, доцент,*
*професор кафедри політології, права та філософії*
*Ніжинського державного університету імені Миколи Гоголя*

# КОРУПЦІОГЕННІ ФАКТОРИ В СИСТЕМІ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ В ГАЛУЗІ ОХОРОНИ НАВКОЛИШНЬОГО ПРИРОДНОГО СЕРЕДОВИЩА

*У статті на основі аналізу концептуальних правових актів з питань реформування системи нагляду (контролю) в галузі охорони навколишнього природного середовища, антикорупційних програм органів державного нагляду (контролю) в зазначеній галузі та аналітичних джерел визначено основні фактори, що сприяють корупції в системі державного контролю в галузі охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення й охорони природних ресурсів, а саме: 1) недосконалість та суперечливість вимог природоохоронного законодавства, зокрема наявність значного масиву корупційних або дискреційних норм; 2) незадовільний рівень доступу до інформації про стан навколишнього природного середовища та його об'єкти, відсутність автоматизованих процесів моніторингу довкілля, закритість інформації про результати контролю, що створює можливості для маніпулювання даними; 3) нечіткість або відсутність адміністративних процедур, спрямованих на здійснення певних прав або виконання обов'язків фізичними та юридичними особами, що створює можливості для державного органу (посадової особи) невмотивовано змінювати хід адміністративної процедури, діяти на власний розсуд, приймаючи рішення; 4) дублювання функцій контролюючих органів в частині контролю і нагляду, що призводить до збільшення тиску на суб'єктів господарювання та створення умов, сприятливих для вимагання хабара; 5) широкі дискреційні повноваження посадових осіб, уповноважених на здійснення контрольно-наглядових функцій, та низький рівень оплати їхньої праці, що створює умови, сприятливі для можливості зловживання ними своїми повноваженнями під час здійснення заходів державного нагляду (контролю); 6) неефективність інституту громадських інспекторів з охорони довкілля; 7) недостатній рівень обізнаності серед керівників та співробітників контролюючих органів з питань практичного застосування антикорупційного законодавства; 8) низький рівень профілактичної роботи із запобігання проявам корупційних правопорушень та правопорушень, пов'язаних з корупцією, відсутність контролю з боку керівництва за діями підлеглих осіб.*

*Зроблено висновок, що в умовах поглиблення екологічної кризи підвищення рівня ефективності функціонування системи державного контролю в галузі охорони навколишнього природного середовища має бути одним із першочергових завдань держави. Реалізація останнього в умовах нестабільної економічної та політичної ситуації в країні, надмірного динамізму права й низького рівня еколого-правової культури неможлива без визначення, дослідження і, головне, урахування факторів, які сприяють корупції у здійсненні органами влади державного контролю в зазначеній галузі, що, у свою чергу, дозволить мінімізувати корупційні ризики.*

**Ключові слова:** корупціогенні фактори, корупційні ризики, державний орган, державний контроль, галузь охорони навколишнього природного середовища.

**Постановка проблеми.** В умовах поглиблення екологічної кризи дедалі гостріше постає питання щодо створення дієвого механізму забезпечення захисту довкілля. Разом із тим відсутність результатів у виконанні заходів, передбачених Концепцією реформування системи державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища, схваленою розпорядженням Кабінету Міністрів України 31 травня 2017 р. № 616-р, а також низка непослідовних дій щодо структурних і функціональних змін системи державного нагляду (контролю) в зазначеній сфері свідчить про стагнацію реформи та необхідність детального планування її реалізації. Крім того, корупційні прояви у сфері дозвільної та контролюючої діяльності органів державної влади в галузі охорони навколишнього природного середовища набули загрозливих

© І. Городецька, 2020

масштабів, що, у свою чергу, потребує ухвалення нових засад державної антикорупційної політики, які визначатимуть першочергові заходи із запобігання та протидії корупції на найближчі роки. Наразі відсутність антикорупційної стратегії, дієвих антикорупційних програм органів виконавчої влади, що здійснюють функції нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення і охорони природних ресурсів, не сприяє створенню ефективної системи запобігання і протидії корупції в зазначеній галузі, а також гальмує впровадження ефективних механізмів зниження корупційних ризиків у здійсненні органами влади державного контролю у природоохоронній сфері.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Вагомий внесок у дослідження теоретико-правових проблем державного контролю зробили такі українські вчені-адміністративісти, як В. Б. Авер'янов, О. Ф. Андрійко, Ю. П. Битяк, В. М. Гаращук, Т. О. Коломоєць, В. К. Колпаков, В. І. Курило, Н. В. Лебідь, С. В. Пєтков, О. Ю. Піддубний, О. П. Світличний, С. Г. Стеценко, М. М. Тищенко та ін. Різні аспекти державного контролю та нагляду у сферах природокористування й охорони навколишнього природного середовища досліджувалися у працях таких науковців, як В. І. Андрейцев, Г. І. Балюк, А. П. Гетьман, І. В. Гиренко, О. В. Головкін, Н. І. Золотарьова, Т. С. Кичилюк, В. І. Книш, В. В. Костицький, М. В. Краснова, Ю. О. Легеза, В. В. Пахомов, О. Ю. Піддубний, К. А. Рябець, О. О. Сурілова, В. М. Тюн, Ю. С. Шемшученко, М. В. Шульга та ін. Разом із тим проблематика мінімізації корупційних ризиків, властивих нинішній системі державного контролю в галузі охорони навколишнього природного середовища, є надзвичайно актуальною.

**Метою статті** є дослідження та визначення основних факторів, які сприяють корупції у здійсненні органами влади державного контролю в галузі охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення і охорони природних ресурсів.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ч. 2 ст. 35 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» державному контролю підлягають використання і охорона земель, надр, поверхневих і підземних вод, атмосферного повітря, лісів та іншої рослинності, тваринного світу, морського середовища та природних ресурсів територіальних вод, континентального шельфу та виключної (морської) економічної зони України, природних територій та об'єктів, що підлягають особливій охороні, стан навколишнього природного середовища, а також дотримання заходів біологічної і генетичної безпеки щодо біологічних об'єктів навколишнього природного середовища при створенні, дослідженні та практичному використанні генетично модифікованих організмів у відкритій системі [1].

Сфера використання природних ресурсів в Україні, на думку Ю. О. Легези, залишається однією з найбільш корумпованих сфер публічного управління. У сучасних умовах в Україні тривалий час функціонує безліч корумпованих схем обігу масштабних обсягів лісових ресурсів, корисних копалин, риби і морських тварин, земельних ділянок, інших природних ресурсів та навіть відходів [2, с. 157-158].

Попри значну кількість контролюючих органів, рівень функціонування системи державного контролю в галузі охорони навколишнього природного середовища є незадовільним, про що свідчить аналіз джерел, присвячених діагностиці ефективності реалізації національної екологічної політики [3], а також концептуальних правових актів з питань реформування системи нагляду (контролю) в зазначеній сфері. Так, розпорядженням Кабінету Міністрів України від 31 травня 2017 р. № 616-р схвалена «Концепція реформування системи державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища», у якій наголошується на: дискредитації та фактичному руйнуванні системи державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища лобістами великого промислового і аграрного бізнесу; низькому кваліфікаційному рівні державних інспекторів з охорони навколишнього природного середовища, що є наслідком низької заробітної плати, застарілої матеріально-технічної та лабораторної бази, недостатнього обсягу фінансування, високого рівня корупції, непрозорої системи прийняття рішень щодо порушників природоохоронного законодавства; низькій ефективності та недієздатності Державної екологічної інспекції України; дублюванні наглядових (контрольних) функцій центральними органами виконавчої влади та відсутності єдиного підходу до виконання функцій; відсутності прозорого механізму проведення моніторингу стану навколишнього природного середовища та доступу до великої кількості екологічних даних, що повинні бути відкритими; епізодичній участі громадських інспекторів у заходах Державної екологічної інспекції України з нагляду (контролю) [4].

На наш погляд, є підстави виокремити такі головні групи причин незадовільного рівня функціонування системи державного контролю в галузі охорони навколишнього природного середовища: *структурно-функціонального характеру* (недосконала організаційна структура суб'єктів контролю, дублювання функцій з нагляду (контролю) центральними органами виконавчої влади, відсутність належної координації їхньої діяльності щодо здійснення моніторингу довкілля та гармонізації законодавства); *інформаційного характеру* (відсутність ефективного державного моніторингу стану довкілля, єдиних електронних реєстрів природних ресурсів, незадовільний рівень інформаційного обміну та доступу до інформації про стан навколишнього природного середовища та його об'єкти); *ресурсно-забезпечувального характеру* (низький рівень фінансового, технічного та кадрового потенціалу) [5, с. 196; 6, с. 79].

Відповідно до ст. 19 Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII та низки підзаконних нормативно-правових актів з питань запобігання корупції, державні органи приймають антикорупційні програми, які затверджуються рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції. Антикорупційні програми повинні передбачати: визначення засад загальної відомчої політики щодо запобігання та протидії корупції у відповідній сфері, заходи з їх реалізації, а також з виконання антикорупційної стратегії та державної антикорупційної програми; оцінку корупційних ризиків у діяльності органу, установи, організації, причини, що їх породжують та умови, що їм сприяють; заходи щодо усунення виявлених корупційних ризиків, осіб, відповідальних за їх виконання, строки та необхідні ресурси; процедури щодо моніторингу, оцінки виконання та періодичного перегляду програм та ін. [7]. Зокрема, аналіз антикорупційних програм органів державного нагляду (контролю) у галузі охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення і охорони природних ресурсів вказує на те, що загальні засади відомчої політики зазначених органів у сфері запобігання та виявлення корупції спрямовані на: широке залучення громадськості до процесів контролю за дотриманням вимог природоохоронного законодавства, аналізу проектів нормативно-правових актів на предмет дискреційних повноважень, прийняття управлінських та організаційно-розпорядчих рішень відповідними органами з метою забезпечення відкритості та прозорості як передумови належного доступу громадськості до інформації та результатів їхньої діяльності; дерегуляцію повноважень контролюючих органів та тісну співпрацю із територіальними громадами у процесі здійсненні повноважень у природоохоронній сфері; безумовну та невідворотну реалізацію антикорупційного законодавства та ін. [8; 9; 10].

Оцінка корупційних ризиків здійснюється з урахуванням особливостей напрямів діяльності органів державного нагляду (контролю) у галузі охорони навколишнього природного середовища, внутрішніх та зовнішніх чинників, які сприяють вчиненню корупційних або пов'язаних із корупцією правопорушень. Аналіз звітів за результатами проведення оцінки корупційних ризиків у діяльності органів державного нагляду (контролю) у галузі охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення і охорони природних ресурсів вказує на те, що найбільш поширеними є корупційні ризики, пов'язані: зі здійсненням контрольно-наглядових функцій; з управлінням персоналом; зі здійсненням організаційної діяльності; зі здійсненням претензійної роботи; з підготовкою нормативно-правових актів; з управлінням фінансами; з публічними закупівлями; із забезпеченням відкритості та прозорості в діяльності контролюючих органів, залучення громадськості до здійснення антикорупційних заходів; з проведенням конкурсів на зайняття вакантних посад державної служби [11; 12].

Враховуючи викладене вище, до основних факторів, що сприяють корупції в системі державного контролю в галузі охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення і охорони природних ресурсів, слід віднести:

1) недосконалість та суперечливість вимог природоохоронного законодавства, зокрема наявність значного масиву корупційних або дискреційних норм. На існуванні недоліків нормативно-правових актів, якими регулюються повноваження, організація і порядок державного контролю та нагляду у сфері природоохоронного законодавства, наголошено в низці наукових та аналітичних джерел. Серед останніх слід виділити ґрунтовне дослідження, проведене експертами Фундації «Відкрите суспільство» у рамках Проекту «Відкритий доступ (Open Access)» (2019 р.), присвячене аналізу нормативно-правового регулювання й адміністративних процедур у сфері охорони навколишнього природного середовища, виявленню зон підвищених корупційних ризиків і негативних впливів на конкуренцію та відповідних факторів і індикаторів їх прояву [13];

2) незадовільний рівень доступу до інформації про стан навколишнього природного середовища та його об'єкти, відсутність автоматизованих процесів моніторингу довкілля, закритість інформації про результати контролю, що створює можливості для маніпулювання даними. Нині представниками експертного середовища розроблені та запропоновані рекомендації, виконання яких забезпечить таке: автоматизовані процеси моніторингу стану довкілля; публічність даних моніторингу стану довкілля (що убезпечить від прямого фактору залучення людини до визначення стану забруднення довкілля та можливості маніпулювання даними); повну та своєчасну інформацію від усіх «суб'єктів впливу» у сфері охорони навколишнього природного середовища; оперативні прогнози змін навколишнього природного середовища в екологічній сфері [14, с. 10];

3) нечіткість або відсутність адміністративних процедур, спрямованих на здійснення певних прав або виконання обов'язків фізичними та юридичними особами, що створює можливості для державного органу (посадової особи) невмотивовано змінювати хід адміністративної процедури, діяти на власний розсуд, приймаючи рішення. Нині корупційні ризики мають місце у таких сферах: набуття права користування надрами; розрахунок, розподіл та використання екологічного податку; набуття права на спеціальне водокористування; набуття права проведення робіт на землях водного фонду; здійснення оцінки впливу на довкілля; здійснення державної реєстрації (перереєстрації) пестицидів і агрохімікатів; встановлення лімітів використання природних ресурсів; набуття права на спеціальне використання природних ресурсів у межах територій та об'єктів природно-заповідного фонду; набуття права здійснення господарської діяльності при поводженні з генетично-модифікованими організмами; набуття права спеціального використання об'єктів тваринного світу, природних рослинних ресурсів; набуття права на спеціальне використання (добування, збирання) об'єктів Червоної книги України; виділення лісових ділянок для довгострокового тимчасового користування лісами; набуття права на спеціальне використання лісових ресурсів шляхом одержання спеціального дозволу; застосування санкцій за порушення лісового законодавства; набуття права здійснення операцій у сфері поводження з відходами [13, с. 48-68];

4) дублювання функцій контролюючих органів у частині контролю і нагляду, що призводить до збільшення тиску на суб'єктів господарювання та створення умов, сприятливих для вимагання хабара. На зазначеній проблемі нами неодноразово наголошувалось у попередніх дослідженнях [5; 6], крім того, рекомендації щодо можливих шляхів її вирішення надані у низці наукових та аналітичних джерел [13; 14, с. 10-15];

5) широкі дискреційні повноваження посадових осіб, уповноважених на здійснення контрольно-наглядових функцій та низький рівень оплати їх праці, що створює умови, сприятливі для можливості зловживання ними своїми повноваженнями під час здійснення заходів державного нагляду (контролю) дотримання вимог природоохоронного законодавства. Варто наголосити, що проблема нечіткого визначення функцій, прав, обов'язків і відповідальності державних органів (посадових осіб) має бути вирішена у першу чергу, зокрема, шляхом детальної регламентації компетенції суб'єктів, що здійснюють державне управління та регулювання в галузі охорони навколишнього природного середовища нормативно-правовими актами, системної погодженості останніх, їх чіткості, конкретності і зрозумілості для виконавців;

6) неефективність інституту громадських інспекторів з охорони довкілля. Аналіз інформації про діяльність громадських інспекторів з охорони довкілля свідчить про відсутність результативності їхньої роботи. При цьому слід констатувати, що мають місце випадки зловживання наданими інспекторам правами, зокрема, щодо складення актів перевірок і протоколів про адміністративні правопорушення, що використовується досить часто для тиску на громадян і підприємців з метою отримання вигоди;

7) недостатній рівень обізнаності серед керівників та співробітників контролюючих органів з питань практичного застосування антикорупційного законодавства;

8) низький рівень профілактичної роботи із запобігання проявам корупційних правопорушень та правопорушень, пов'язаних із корупцією, відсутність контролю з боку керівництва за діями підлеглих осіб [9; 11; 12].

**Висновки**

Підсумовуючи дослідження, необхідно зазначити, що в умовах поглиблення екологічної кризи підвищення рівня ефективності функціонування системи державного контролю в галузі охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення і охорони природних ресурсів має бути одним із першочергових завдань держави. При цьому його реалізація в умовах нестабільної економічної та політичної ситуації в країні, надмірного динамізму права й низького рівня еколого-пра-

вової культури неможлива без визначення, дослідження і, головне, урахування факторів, які сприяють корупції у здійсненні органами влади державного контролю в зазначеній галузі, що, у свою чергу, дозволить мінімізувати корупційні ризики.

**Список використаних джерел:**

1. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25.06.1991 р. № 1264-XII. Дата оновлення: 07.06.2020. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1264-12 (дата звернення: 27.07.2020).

2. Легеза Ю. О. Адміністративно-правові засади публічного управління у сфері використання природних ресурсів: дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.07 / Держ. ВНЗ Запоріз. нац. ун-т М-ва освіти і науки України. Запоріжжя, 2018. 512 с.

3. Оцінка виконання Стратегії державної екологічної політики України на період до 2020 року та Національного плану дій з охорони навколишнього природного середовища на 2011–2015 роки / Офіційний сайт Міністерства екології та природних ресурсів України. URL: https://menr.gov.ua/news/29270.html (дата звернення: 19.12.2019).

4. Про схвалення Концепції реформування системи державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища : розпорядження Кабінету Міністрів України від 31.05.2017 р. № 616-р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/616-2017-%D1%80 (дата звернення: 27.07.2020).

5. Городецька І. А. Адміністративно-правове регулювання охорони, використання і відтворення тваринного світу України : дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.07 / Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України, 2019. 474 с.

6. Городецька І. А. Державний контроль у галузі охорони, використання й відтворення тваринного світу в Україні: сучасний стан і напрями реформування. *Право і суспільство*. 2018. № 2. Ч. 3. С. 74–80.

7. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. Дата оновлення: 23.07.2020. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#n246 (дата звернення: 27.07.2020).

8. Антикорупційна програма Державної екологічної інспекції України // Офіційний веб-портал Державної екологічної інспекції України. URL: https://www.dei.gov.ua/posts/132 (дата звернення: 27.07.2020).

9. Антикорупційна програма Державного агентства рибного господарства України на 2019–2020 роки // Офіційний веб-сайт Державного агентства рибного господарства України. URL: https://darg.gov.ua/files/11/03_30_kor19.pdf (дата звернення: 27.07.2020).

10. Антикорупційна програма Державного агентства лісових ресурсів України на 2018–2020 роки // Офіційний веб-сайт Державного агентства лісових ресурсів України. URL: https://drive.google.com/file/d/1Sh-ZJ8NtWz7Ed2GiH0wzlldyLtFg0A8-/view (дата звернення: 27.07.2020).

11. Звіт за результатами проведення оцінки корупційних ризиків у Державній екологічній інспекції України // Офіційний веб-портал Державної екологічної інспекції України. URL: https://www.dei.gov.ua/posts/133 (дата звернення: 27.07.2020).

12. Звіт за результатами оцінки корупційних ризиків у діяльності Державного агентства лісових ресурсів України // Офіційний веб-сайт Державного агентства лісових ресурсів України. URL: https://drive.google.com/file/d/1Sh-ZJ8NtWz7Ed2GiH0wzlldyLtFg0A8-/view (дата звернення: 27.07.2020).

13. Глібіщук Я., Шевченко Л. Зони підвищених корупційних ризиків і негативних впливів на конкуренцію, зумовлені недоліками нормативно-правового регулювання у сфері охорони навколишнього природного середовища та недоступністю екологічної інформації і даних з питань довкілля. Київ, 2019. 73 с.

14. Механізми мінімізації корупції в реалізації державного контролю та нагляду за довкіллям: аналітична записка. 2018. 37 с. // USAID_ВзаємоДія. URL: https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2018/04/Analytical-note_Ecology-Final.pdf (дата звернення: 27.07.2020).

**Iryna Horodetska. Corruption factors in the system of state control in the area of protection of natural environment**

*The article, based on the analysis of conceptual legal acts on reforming the system of supervision (control) in the area of protection of natural environment, anti-corruption programs of state supervision (control) in this area and analytical sources, identifies the main factors contributing to corruption in the system of state control in the area of protection of natural environment, rational use, reproduction and protection of natural resources, namely: 1) imperfection and inconsistency of the requirements of environmental legislation, in particular the presence of a significant array of corruptive or discretionary norms; 2) unsatisfactory level of access to information about the state of the environment and its objects, the lack of automated environmental monitoring processes, the secrecy of information about the results of control, which creates opportunities for data manipulation; 3) vagueness or absence of administrative procedures aimed at exercising certain rights or execution of obligations of individuals and legal entities, which creates opportunities for the state body (official) to unjustifiably change the course of the administrative procedure, to act at its own discretion in making decisions; 4) duplication of functions of controlling bodies in terms of control and supervision, which leads to increased pressure on business entities and the creation of conditions conducive to extortion; 5) wide*

*discretionary powers of officials authorized to perform control and supervisory functions and low level of remuneration of their work, which creates conditions favorable for the possibility of abuse of their powers in the implementation of measures of state supervision (control); 6) inefficiency of the institute of public inspectors for environmental protection; 7) insufficient level of awareness among managers and employees of regulatory bodies on the practical application of anti-corruption legislation; 8) low level of preventive work in the direction of prevention of corruption and corruption-related offenses, lack of control by management over the actions of subordinates. It is concluded that in the conditions of deepening of ecological crisis, increase of the level of efficiency of functioning of system of the state control in the area of protection of natural environment has to be one of priority tasks of the state. Implementation of the latter in conditions of an unstable economic and political situation in the country, excessive dynamism of law and low level of environmental and legal culture is impossible without identifying, researching, and, most importantly, taking into account factors that contribute to corruption in government control in this area, which, in turn, will minimize corruption risks.*

**Key words:** corruption factors, corruption risks, state body, state control, the area of protection of natural environment.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.26

***Тетяна Коломоєць,***
*докт. юрид. наук, професор, заслужений юрист України,*
*член-кореспондент Національної академії правових наук України,*
*декан юридичного факультету*
*Запорізького національного університету*

***Валерій Доненко,***
*докт. юрид. наук, доцент,*
*професор кафедри адміністративного та митного права*
*Університету митної страви та фінансів*

***Шабінем Гаджиєва,***
*кандидат юридичних наук, доцент,*
*доцент кафедри адміністративного та господарського права*
*Запорізького національного університету*

# СУБ'ЄКТ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ ДОРОЖНЬОГО РУХУ В УКРАЇНІ: ПОШУК ОПТИМАЛЬНОЇ НОРМАТИВНОЇ МОДЕЛІ ЙОГО ВИЗНАЧЕННЯ

*В умовах докорінних реформаційних державотворчих та правотворчих процесів в Україні, безпосередньо пов'язаних із впровадженням «партнерської» моделі взаємовідносин приватної особи та суб'єкта публічної адміністрації, що певним чином впливає на модифікацію організаційно-правової структури та функціонального призначення останніх, не втрачають актуальності й питання існування та максимального використання ресурсу інституцій, функціонування яких безпосередньо пов'язане із забезпеченням публічного інтересу, одним із яких є безпека дорожнього руху. Забезпечення останньої вимагає, з урахуванням постійного зростання загрози їй як в Україні, так і у світі, не лише вдосконалення в тому числі й нормативних засад, окремих інструментів публічного адміністрування у сфері забезпечення дорожнього руху, а й новаційного підходу до формування спеціалізованого суб'єкта з особливим нормативно-правовим статусом, функціональне призначення якого було б сконцентроване саме на забезпеченні безпеки дорожнього руху. Від якості унормування засад функціонування такого суб'єкта багато в чому залежатиме й ефективність його існування, а отже, й можливість використання всього арсеналу інструментарію публічного управління задля забезпечення безпеки дорожнього руху. Тим більше, що досвід зарубіжних країн свідчить про можливість і реальну дієвість саме такого підходу до нормативного врегулювання ефективності суб'єктного аспекту публічного управління у сфері безпеки дорожнього руху, а отже, й про можливість та доцільність запозичення такого позитивного досвіду для Україні, безперечно, з акцентом на національну специфіку. Незважаючи на прискіпливу увагу вчених-юристів до дослідження цієї проблематики та непоодинокі спроби законодавця запропонувати проектну модель нормативного врегулювання вирішення цього питання, воно і до цього часу залишається відкритим, а загроза безпеці дорожнього руху продовжує зростати. Все це й зумовлює мету цієї роботи, яка полягає в обґрунтуванні на підставі аналізу різноманітних тематичних джерел доцільності новаційного підходу до виокремлення спеціалізованого органу, безпосередньо функціонально зорієнтованого на забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні, та формулюванні нормативної моделі закріплення його особливого правового статусу. Об'єктом роботи є суспільні відносини, безпосередньо пов'язані з безпекою дорожнього руху. Предметом дослідження є обґрунтування доцільності формування спеціалізованого суб'єкта забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні та нормативного закріплення його особливого правового статусу. Під час написання роботи використовувалися як загальнонаукові, так і спеціальні методи наукового пізнання, серед яких: діалектичний – для аналізу проблемного питання у його розвитку; порівняльно-правовий – для аналізу зарубіжного досвіду нормативного закріплення статусу суб'єкта публічного адміністрування у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху; логіко-юридичний – для формулювання тематичного понятійного ряду; прогнозування та моделювання – для обґрунтування новаційного підходу до вирішення питання суб'єктного аспекту публічного адміністрування у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, формулювання оптимальної нормативної моделі закріплення його правового статусу. У підсумку це й дозволило сформулювати авторські висновки та пропозиції.*

**Ключові слова:** дорожній рух, безпека дорожнього руху, публічне адміністрування, суб'єкт, нормативна модель, правовий статус, законодавство, удосконалення.

© Т. Коломоєць, В. Доненко, Ш. Гаджиєва, 2020

**Постановка проблеми.** В умовах докорінних реформаційних державотворчих та правотворчих процесів в Україні, безпосередньо пов'язаних із впровадженням «партнерської» моделі взаємовідносин приватної особи та суб'єкта публічної адміністрації, що певним чином впливає на модифікацію організаційно-правової структури та функціонального призначення останніх, не втрачають актуальності й питання існування та максимального використання ресурсу інституцій, функціонування яких безпосередньо пов'язане із забезпеченням публічного інтересу, одним із яких є безпека дорожнього руху. Забезпечення останньої вимагає, з урахуванням постійного зростання загрози їй як в Україні, так і у світі, не лише удосконалення в тому числі й нормативних засад, окремих інструментів публічного адміністрування у сфері забезпечення дорожнього руху, а й новаційного підходу до формування спеціалізованого суб'єкта з особливим нормативно-правовим статусом, функціональне призначення якого було б сконцентроване саме на забезпеченні безпеки дорожнього руху. Від якості унормування засад функціонування такого суб'єкта багато в чому залежатиме й ефективність його існування, а отже, й можливість використання всього арсеналу інструментарію публічного управління задля забезпечення безпеки дорожнього руху. Тим більше, що досвід зарубіжних країн свідчить про можливість і реальну дієвість саме такого підходу до нормативного врегулювання ефективності суб'єктного аспекту публічного управління у сфері безпеки дорожнього руху, а отже, й про можливість та доцільність запозичення такого позитивного досвіду для Україні, безперечно, з акцентом на національну специфіку. Незважаючи на прискіпливу увагу вчених-юристів до дослідження цієї проблематики та непоодинокі спроби законодавця запропонувати проектну модель нормативного врегулювання цього питання, воно і до цього часу залишається відкритим, а загроза безпеці дорожнього руху продовжує зростати. За офіційними даними всесвітньої організації здоров'я, у дорожньо-транспортних пригодах на автошляхах світу щорічно гине 1 300 000 людей, близько 50 млн. людей отримують травми, наслідком яких є отримання статусу осіб з інвалідністю. Україна за рівнем смертності від дорожньо-транспортних пригод посідає п'яте місце в Європі. Лише за останні 10 років (2009-2019 рр.) трапилось понад 1,6 млн. дорожньо-транспортних пригод, в яких загинуло 42 тис. осіб і травмовано більш ніж 340 тис. осіб. Тільки за 6 місяців 2020 року в Україні сталося понад 72 тис. дорожньо-транспортних пригод, тобто в середньому 400 пригод за добу, в яких загинуло 1 тис. 482 особи (8 осіб на добу), а травмовано – 13 тис. 909 осіб (77 на добу) [1]. І така тенденція, на жаль, не лише зберігається, а й зростає. Усе це й зумовлює **мету** цієї роботи, яка полягає в обґрунтуванні на підставі аналізу різноманітних тематичних джерел доцільності новаційного підходу до виокремлення спеціалізованого органу, безпосередньо функціонально зорієнтованого на забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні, та формулюванні нормативної моделі закріплення його особливого правового статусу. **Об'єктом роботи** є суспільні відносини, безпосередньо пов'язані із безпекою дорожнього руху. **Предметом дослідження** є обґрунтування доцільності формування спеціалізованого суб'єкта забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні та нормативного закріплення його особливого правового статусу. У процесі написання роботи використовувалися як загальнонаукові, так і спеціальні **методи наукового пізнання**, серед яких: діалектичний – для аналізу проблемного питання у його розвитку; порівняльно-правовий – для аналізу зарубіжного досвіду нормативного закріплення статусу суб'єкта публічного адміністрування у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху; логіко-юридичний – для формулювання тематичного понятійного ряду; прогнозування та моделювання – для обґрунтування новаційного підходу до вирішення питання суб'єктного аспекту публічного адміністрування у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, формулювання оптимальної нормативної моделі закріплення його правового статусу.

**Аналіз останніх публікацій.** Незважаючи на істотну активізацію наукового пошуку варіантів вирішення проблем правового, зокрема адміністративно-правового, забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні, публічного управління у зазначеній сфері відносин, наслідком якого є зростання кількості наукових, у тому числі й спеціалізованих наукових, праць представників різних галузевих напрямів правової науки, все ж таки слід констатувати, що в основному простежується кілька умовно виділених тенденцій у науковому дослідженні цього питання. По-перше, це узагальнений погляд на проблему в аспекті дослідження проблематики правового регулювання публічного адміністрування суспільних відносин у галузі транспорту. І кількість наукових робіт відповідного змісту істотно зростає, особливо в умовах оновленого погляду на систему права, обґрунтування виокремлення нових

її елементів, в тому числі й транспортного права (наприклад, роботи В. Мілашевич, Г. Васильєва, В. Гіжевського, О. Клепікова, І. Булгакової, Е. Демського, М. Шелухіна та ін.). По-друге, спеціалізований науковий погляд на проблему правового забезпечення безпеки дорожнього руху, проте з акцентом на цій проблемі в цілому, або ж лише на окремих її елементах (наприклад, роботи Т. О. Гуржія, О. Ю. Дубинського, Б. Ю. Бурбело, А. П. Головіна, О. Ю. Салманової та ін.). Щоправда, вчені-юристи (переважно вчені-адміністративісти) хоча й аналізують суб'єктний аспект проблематики забезпечення безпеки дорожнього руху, її нормативні засади, проте зупиняються лише на висвітленні провідної ролі МВС України та, зокрема, Державтоінспекції або ж Національної поліції й формулюють окремі авторські пропозиції щодо удосконалення нормативно-правових засад їхньої діяльності, що, на жаль, не дозволяє кардинально вирішити зазначену проблематику, а загрози безпеці дорожнього руху залишаються і надалі. Робіт, в яких би пропонувався новаційний підхід до вирішення відповідного питання, з аналізом відповідного зарубіжного нормотворчого досвіду, на жаль, немає і до цього часу, що цілком можна визнати дефектом наукового базису сучасної вітчизняної тематичної нормотворчості.

**Виклад основного матеріалу.**

**І. Передумови новаційного підходу у нормативному вдосконаленні суб'єктивного елемента забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні.** Проголошення у ст. 3 Конституції України людини як найвищої соціальної цінності у державі зумовило цільову спрямованість реформаційних процесів, безпосередньо пов'язаних з організаційною структурою та функціональним призначенням суб'єктів публічного управління у всіх сферах суспільного життя, а також у сфері безпеки дорожнього руху зокрема. Як результат цього слід вважати пошук законодавцем оптимальної моделі суб'єкта, який би функціонально був зосереджений на забезпеченні безпеки дорожнього руху із пріоритетністю у своїй діяльності публічно-сервісної моделі відносин із приватними суб'єктами. Який це саме орган має бути? Якою має бути його організаційно-правова структура, функціональне призначення? І найголовніше, чи зможе він забезпечити безпеку дорожнього руху? Ось далеко не вичерпний перелік «базових» питань, вирішити які необхідно для усунення вищезазначеної проблеми. І, незважаючи на усвідомлення потреби його вирішення, про що свідчить розробка лише за останні кілька років кількох тематичних законопроектів, їх аналіз свідчить про розпорошеність уваги законодавця до цього питання, про різновекторність її, а отже, й відсутність розуміння кардинально нового підходу до розуміння ролі значення відповідного суб'єкта забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні, дієвої моделі унормування його статусу. До того ж варто згадати, що в Україні у період з 1995 по 1998 роки вже існувала Державна комісія з безпеки дорожнього руху з відповідними підрозділами в адміністративно-територіальних одиницях, яка координувала діяльність центральних і місцевих органів державної виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій. До складу цієї Комісії входили представники Кабінету Міністрів України, кількох центральних органів виконавчої влади (зокрема, внутрішніх справ, економіки, освіти, охорони здоров'я, транспорту, фінансів, зв'язку тощо), Держстандарту, Генеральної прокуратури, Укравтодору, які, відповідно до принципу єдності, повинні були виконувати єдину функцію – забезпечення безпеки дорожнього руху [2].

Так, зокрема, у проекті Закону України «Про безпеку дорожнього руху» передбачалася ст. 7 під назвою «Повноваження спеціально уповноваженої організації (або Ради з безпеки дорожнього руху при Кабінеті Міністрів України) з питань забезпечення безпеки дорожнього руху». Досить дивною виглядає назва відповідного органу («Рада»), що не є типовим для назви суб'єктів публічного управління в цілому та у будь-якій сфері суспільних відносин. Водночас слід зазначити, що вказівка на його відокремленість міністерств (при цьому одразу всіх) як центральних органів виконавчої влади України й безпосередню підпорядкованість Кабінету Міністрів Україні є підтвердженням прагнення законодавця підкреслити особливість такого органу, а отже, й визначити спеціалізацію його функціонування.

У ст. 12 проекту Закону України «Про дорожній рух та його безпеку» пропонувалося створити Національне бюро безпеки дорожнього руху (далі – Національне бюро) як центральний орган виконавчої влади зі спеціальним статусом, що реалізує державну політику у сфері дорожнього руху та його безпеки шляхом координації діяльності міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та громадських організацій у цьому питанні та напрацювання відповідних законодавчих змін, спрямованих на удосконалення дорожнього руху та підвищення його безпеки [3]. Це також слід розглядати як прояв праг-

нення законодавця виокремити відповідного суб'єкта із системи міністерств і надати йому спеціального правового статусу, зорієнтувавши безпосередньо на забезпечення безпеки дорожнього руху. Хоча знову ж таки дещо дивною (як на той час) виглядає пропонована назва відповідного суб'єкта й дещо фрагментарний підхід до унормування його правового статусу, що не дозволяє у повному обсязі досягти максимальної ефективності його функціонування.

В одній з останніх редакцій проекту Закону України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту» знову ж таки передбачається унормувати правовий статус відповідного «Регулятора», яким пропонується вважати Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту, як постійно діючого центрального органу виконавчої влади зі спеціальним статусом, метою діяльності якого є державне регулювання, моніторинг та контроль у сфері транспорту, який утворюється, реорганізується та ліквідується Кабінетом Міністрів України за поданням Прем'єр-міністра України. Отже, знову ж таки спостерігається цільова стійка спрямованість законодавця на унормування виокремлення спеціального суб'єкта, особливого суб'єкта забезпечення безпеки дорожнього руху, щоправда, одночасно підтверджується і його невпевненість у правовому статуті такого суб'єкта (специфічна назва, узагальнений підхід до визначення повноважень, фрагментарність моделі взаємовідносин із центральними органами виконавчої влади, з іншими суб'єктами публічної влади тощо) [4].

Тим не менш, аналіз зазначених результатів вітчизняної нормопроектної тематичної діяльності свідчить про усвідомлення нагальної потреби у виокремленні спеціального суб'єкта, безпосередньо функціонально зорієнтованого на забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні, спеціального суб'єкта публічного управління у зазначеній сфері відносин. Відсутність практичної реалізації зазначених положень зумовлена все ж таки відсутністю ґрунтовного підходу до визначення організаційно-правової структури такого суб'єкта та його місця у моделі взаємовідносин суб'єктів публічної влади у зазначеній сфері відносин в Україні.

**II. Можливі моделі суб'єкта забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні та його правового статусу.** Узагальнений аналіз наявних тематичних джерел дозволяє умовно виділити кілька моделей вирішення питання стосовно суб'єктного аспекту забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні з виокремленням його функціональної спрямованості та орієнтацією на зазначену сферу суспільних відносин. По-перше, надання повноважень відповідного органу державної влади одному з числа вже існуючих; по-друге, створення нового суб'єкта з власною організаційною структурою. При цьому на роль спеціального координатора у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху сьогодні із вже діючих органів державної влади претендують два суб'єкти – Міністерство внутрішніх справ України та Міністерство інфраструктури України, які мають спеціальні підрозділи в галузі автомобільного транспорту. Міністерство внутрішніх справ України, на яке чинним законодавством, поряд із багатьма іншими завданнями, покладено й безпосередній обов'язок щодо забезпечення безпеки дорожнього руху, фактично виконує функції координатора у зазначеній сфері відносин. Стосовно ж другого варіанту, тобто створення нового суб'єкта з відповідними повноваженнями, має місце певна складність стосовно його організаційно-правової статури та функціонального призначення, тим більше що такий суб'єкт повинен мати у своїй організаційній структурі не лише центральний апарат, але й регіональні та місцеві підрозділи. Проте перевагою саме цього варіанту є організаційна самостійність координатора, що являє собою «важливий фактор ефективності його діяльності, оскільки найбільш повно забезпечує розподіл функцій виконання та контролю за виконанням управлінських рішень» [5, с. 53-54].

Попри те, що кожен із запропонованих варіантів має свої переваги та недоліки, зорієнтований на вирішення вищезазначеного проблемного питання публічного управління, жоден із них не містить дієвого підґрунтя для ефективного забезпечення безпеки дорожнього руху саме через наявність вад організаційної структури, функціонального призначення, координації відносин в системі суб'єктів публічного управління загалом, що і не дозволяє остаточно вирішити зазначену проблему. Саме тому спробуємо запропонувати ще один варіант можливого вирішення проблеми визначення нормативної моделі суб'єкта забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні. Варто було б створити Національну комісію з безпеки дорожнього руху (тим більше, що певний історичний досвід формування аналогічних суб'єктів вже є, і для суб'єкта із відповідними повноваженнями така назва видається цілком логічною), якій функціонально підпорядковувалися б усі суб'єкти публічної адміністрації у цій сфері (органи виконавчої влади, місцевого самоврядування, інші суб'єкти, яким ці повноваження делеговані,

та можливі інші суб'єкти із такими делегованими повноваженнями тощо). Зазначена комісія повинна мати статус автономної структури системи суб'єктів публічної адміністрації, яка не підпорядковувалася б ані уряду, ані будь-яким центральним органам виконавчої влади, а лише контролювалася ними за певними стратегічними питаннями адміністрування та була б підзвітною Верховній Раді України (щорічна звітність, затвердження стратегії розвитку, короткострокових та довгострокових програм, заслуховування на заїданнях Верховної Ради України, відповідних комітетах Верховної ради України, громадських обговореннях та слуханнях, періодичність яких має чітко визначений характер та обґрунтованість). Це сприяло би, по-перше, унеможливленню втручання в оперативну, поточну діяльність цієї установи з боку уряду та будь-яких органів виконавчої влади. Засадами її діяльності були б децентралізація, адміністративна та фінансова автономія. По-друге, зумовлювало би посилену спеціалізацію діяльності відповідного суб'єкта. По-третє, орієнтувало її діяльність саме на забезпечення та реалізацію публічного інтересу. Ця структура має бути наділена контрольно-наглядовими та координаційними функціями, правом самостійно ухвалювати не тільки індивідуальні акти, але й регламентні (загальні) акти регулювання. Поєднання саме цих засад діяльності й сприятиме визначенню специфіки правового статусу відповідного суб'єкта, тим більше що дієвість такого поєднання вже підтверджено позитивним досвідом формування та забезпечення функціонування відповідних органів у зарубіжних країнах.

Так, наприклад, у США такими суб'єктами є автономні адміністративні установи, які мають статус незалежних агенцій (independent agencies). Вони є самостійними суб'єктами права, юридично підзвітні не Президенту, а Конгресу та здійснюють виконавчо-розпорядчі та нормотворчі повноваження. До того ж вони наділені і квазісудовими функціями розглядати та приймати рішення з адміністративно-правових спорів, що стосуються прав та обов'язків приватних осіб [6, с. 277-278]. У Франції такими суб'єктами є інституції, які не входять до системи міністерського підпорядкування, а є незалежні адміністративні органи та публічні установи. Вони фактично виведені із централізованої публічної адміністрації, на них не поширюється дія інституту адміністративного піклування. Так, зокрема, незалежні адміністративні органи наділяються рекомендаційними та контрольними повноваженнями, правом проводити розслідування, ухвалювати не тільки індивідуальні, але й регламентарні акти управління в тому числі й у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху. Втім, хоча їх діяльність і підпадає під публічно-правове регулювання і вони не є суб'єктами приватного права, на них все ж таки не поширюється система міністерського адміністративного піклування. Відповідні незалежні адміністративні установи створюються, як правило, вищими органами державної влади: главою держави, парламентом, урядом. Тимчасові органи створюються для вирішення конкретного завдання, після виконання якого вони припиняють своє існування. Проте, якщо була доведена ефективність нової форми адміністрування, можливим стає перетворення тимчасового утворення у постійно функціонуючу децентралізовану структуру. Законодавством зазвичай не стільки надаються автономним відомствам конкретні повноваження, скільки закріплюються можливості для виконання певних функцій. Не випадково незалежні установи вважаються втіленням функціональної децентралізації, вони більше створюються як функціональні органи для здійснення переважно однієї чи декількох управлінських функцій в тому числі й у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху.

Положення про створення відповідного органу, як правило, закріплюється в окремому нормативно-правовому акті про безпеку дорожнього руху або ж окремому розділі нормативно-правового акта про дорожній рух, визначає його статус із притаманною йому цільовою спрямованістю на забезпечення безпеки дорожнього руху та специфікою статусу в системі суб'єктів публічної адміністрації із безпосередньою підпорядкованістю уряду, а не будь-якому органу (в тому числі і центральному) виконавчої влади та підзвітністю вищому органу законодавчої влади, визначають його особливість у системі суб'єктів публічної адміністрації, надаючи як певної автономії, так і певної координуючої ролі в системі суб'єктів публічної адміністрації. Усе це дозволяє відокремити цей орган від надмірного впливу в системі централізованих органів виконавчої влади, посилити засади координації у діяльності, а отже, й визначити його унікальність, яку і варто нормативно закріпити, в тому числі з урахуванням позитивного досвіду зарубіжних країн, щоправда, з акцентом на національну особливість нормотворення та правозастосування.

**Висновки**

Задля забезпечення максимальної концентрації діяльності на забезпеченні безпеки дорожнього руху в Україні, істотного зменшення загроз останній вважається

доцільним створення спеціального суб'єкта публічного адміністрування, безпосередньо зорієнтованого на вирішення відповідного завдання. Таким суб'єктом цілком може бути Національна комісія з безпеки дорожнього руху як орган зі спеціальним статусом, правовий статус якого визначається окремим нормативно-правовим актом, із його безпосередньою підпорядкованістю Кабінету Міністрів України та підзвітністю Верховній Раді України, що істотно знизить «вертикальний» вплив з боку органів виконавчої влади та розширить автономні можливості для безпосередньої реалізації свого функціонального призначення з концентрацією всього наявного інструментарію та моделюванням відносин з усіма елементами системи суб'єктів публічного адміністрування в Україні.

**Список використаних джерел:**

1. Дорожньо-транспортні травми // Офіційний сайт Всесвітньої організації здоров'я. URL: https://www.who.int/ru/news-room/fakt/detail/road (дата звернення: 15.07.2020).

2. Положення про Державну комісію з безпеки дорожнього руху : затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 13 січня 1995 р. *ЗП КМ України*. 1995. № 3. С. 78; Сопільник Л. І., Новиков В. В. Організація дорожнього руху в Україні : монографія. Львів, 2010. С. 53-55; Новіков В. В., Сопільник Л. І. Організація дорожнього руху в Україні : монографія. Львів: Львівськ. ун-т бізнесу та права, 2010. 255 с.

3. Проект Закону України № 5184 від 26.09. 2016 р. «Про дорожній рух та його безпеку». URL: https://rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=60111 (дата звернення: 15.07.2020).

4. Проект Закону України № 3927 від 22.07.2020р «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері транспорту». URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69593 (дата звернення: 15.07.2020).

5. Бурбело Б.Ю., Головін А.П., Саєнко С.І. Безпека дорожнього руху: механізм адміністративно-правового регулювання взаємодії суб'єктів забезпечення : монографія. Луганськ, 2011. 216 с.

6. Административное право зарубежных стран : учебное пособие / Гудошников Л. М., Жданов А. А., Козырин А. Н. и др.; под ред. А. Н. Козырина. Москва: Спарк, 1996. 229 с.

**Tetiana Kolomoets, Valerii Donenko, Shabinem Hadzhyieva. The subject ensuring road traffic safety in Ukraine: search for an optimal normative model of its definition**

*In the context of sweeping reforming state-building and rule-making processes in Ukraine directly associated with the implementation of a "partner" model of interrelations of a private person and a subject of the public administration that definitely influences the modification of organizational-legal structure and the functional purpose of the latter. At the same time, the issues of existence and maximum use of the resource of institutions the functioning of which are directly connected with the guarantee of public interest – road traffic safety is among them – keep topicality. The maintenance of the latter requires, taking into account a constant growth of threat to it both in Ukraine and around the globe, not only the improvement of individual tools of public administration in the area of road traffic safety, incl. legal frameworks, and the innovative approach to the formation of a specialized subject having a special regulatory status the functional purpose of which would focus on the security of road traffic safety. The quality of standardizing of functioning fundamentals of such a subject significantly influences the effectiveness of its existence and thus, the option to use the whole scope of instruments of public administration for ensuring road traffic safety. Moreover, the foreign experience confirms the feasibility and real efficiency of this approach to the statutory regulation of the effectiveness of subjective aspect of public administration in the area of road traffic safety and consequently, the alternative and expediency of borrowing such positive experience for Ukraine with a direct focus on the national specifics. Despite a deliberate attention of legal scholars to the problem concerned and numerous attempts of the legislator to propose the model of the statutory settlement of this issue, it still has been open, and a threat to road traffic safety is growing. All of these things condition the formulation of the purpose of this research, which involves substantiating of various subject-related sources concerning the expediency of innovative approach to separation of a specialized body functionally aimed at ensuring road traffic safety in Ukraine and formulating of a normative model of consolidation of its special legal status based on the analysis. The object of the article is social relations directly associated with road traffic safety. The subject of the research is the justification of the expediency to form of a specialized subject guaranteeing road traffic safety in Ukraine and to fix its special legal status. When writing the paper, the authors use both general scientific and special methods of scientific cognition as follows: dialectical, which permits analysing the issue under consideration in process; comparative and legal – while analysing a foreign experience of normative consolidation of the status of the subject of public administration in the area of road traffic safety; logical and legal – when formulating subject-related concept list; forecasting and modelling – when justifying innovative approach to the solution of the issue of subject's aspect of public administration in road traffic safety, while formulating an optimal normative model of consolidation of its legal status. The above allows formulating the authors' conclusions and proposals.*

**Key words:** road traffic, road traffic safety, public administration, subject, normative model, legal status, legislation, improvement.

УДК 342.924
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.27

***Сергій Короєд,***
*докт. юрид. наук, доцент*

# РІШЕННЯ ВИЩЕСТОЯЩОГО В ПОРЯДКУ ПІДЛЕГЛОСТІ ОРГАНУ, ПРИЙНЯТЕ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ РОЗГЛЯДУ СКАРГИ НА РІШЕННЯ НИЖЧЕСТОЯЩОГО ОРГАНУ, ЯК САМОСТІЙНИЙ ПРЕДМЕТ ОСКАРЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

*Визначається правова природа рішення вищестоящого органу в порядку підлеглості, прийняте за результатами адміністративного оскарження рішення нижчестоящого органу, як самостійного предмета оскарження в адміністративному судочинстві. Дається загальнотеоретична характеристика адміністративної юрисдикції з огляду на статус її суб'єктів та характер змісту юрисдикційної діяльності. Наводиться аналіз законодавства, яке передбачає можливість адміністративного оскарження до вищестоящого органу в порядку підлеглості рішення нижчестоящого органу. Водночас встановлено, що в одних випадках закон надає можливість оскарження до адміністративного суду саме рішення вищестоящого в порядку підлеглості органу, прийнятого за результатами процедури адміністративного оскарження за скаргою особи на рішення нижчестоящого органу, а в інших випадках закон передбачає оскарження до суду саме первісного рішення. З'ясовано, що вищестоящий в порядку підлеглості орган не може погіршувати становище особи та за результатами розгляду скарги або залишає попереднє рішення нижчестоящого органу без змін, або змінює його. Аргументовано, що рішення нижчестоящого органу та прийняте за результатами його адміністративного оскарження рішення вищестоящого органу варто розглядати як єдине рішення державного органу, який діє від імені держави. У зв'язку із цим доведено, що для особи юридичні наслідки породжуватиме передусім первісне рішення нижчестоящого органу, яким було вирішено по суті відповідне правове питання, оскільки таке первісне рішення буде розглядатись як цілісне рішення з урахуванням внесених до нього змін вищестоящим органом. Обґрунтовується думка, що рішення вищестоящого органу про відмову в задоволенні скарги на рішення нижчестоящого органу взагалі жодних нових негативних юридичних наслідків для особи не створює, а рішення вищестоящого органу про часткове задоволення скарги (без повернення справи на новий розгляд) змінює безпосередньо первісне рішення нижчестоящого органу, яке й буде оскаржуватись особою до адміністративного суду у його незміненій (не скасованій) частині.*

**Ключові слова:** адміністративне судочинство, адміністративна юрисдикція, предмет оскарження, рішення, вищестоящий орган, спосіб захисту, ефективність, юридичні наслідки, порушення прав, відновлення прав.

**Постановка проблеми.** Раніше ми вже торкались проблем оскарження (перегляду) рішень юрисдикційних органів, але розглядали ці питання в межах цивільного права і процесу в аспекті процедури та особливостей перегляду судом рішень органів, які здійснюють захист цивільних прав (органів нотаріату під час вчинення виконавчих написів, органів опіки та піклування під час вирішення окремих сімейних спорів, місцевих рад під час розгляду окремих земельних спорів, комісій з трудових спорів) та виступають таким чином юрисдикційними органами. Ми обґрунтовували, що рішення зазначених суб'єктів не є безпосереднім предметом оскарження до суду, оскільки об'єктом судової діяльності буде повторне вирішення спору, який попередньо розглядався одним із вказаних суб'єктів [1].

Із дещо схожою ситуацією ми зіткнулись нещодавно, ознайомившись із постановою Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 27 квітня 2020 року в справі № 360/1050/19 (адміністративне провадження № К/9901/27904/19), в якій Верховний Суд, погодившись із рішеннями судів попередніх інстанцій про визнанням протиправним і скасування рішення обласного управління ДФС (про відмову в реєстрації

© С. Короєд, 2020

податкової накладної), водночас відмовив в задоволенні позову платника податків в частині визнання протиправним і скасування рішення ДФС України (як вищестоящого в порядку підлеглості органу), прийнятого в порядку адміністративного оскарження, про залишення без задоволення скарги позивача на вищевказане рішення обласного управління ДФС, оскільки воно не є юридично значимим для позивача, адже жодних заходів його реалізації щодо позивача не передбачає, а лише залишає чинним (таким, що має обтяжувальну дію щодо позивача) винесене раніше рішення про відмову в реєстрації податкової накладної.

**Виклад основного матеріалу.** Вказане рішення Верховного Суду на конкретному прикладі показує неоднозначне розуміння як учасниками адміністративних правовідносин, так й судами правової природи, рішення вищестоящого органу в порядку підлеглості, прийнятого за результатами адміністративного оскарження рішення нижчестоящого органу (так зване відомче оскарження), як самостійного предмета оскарження в адміністративному судочинстві. Це змушує нас більш детально заглибитись в зазначену проблему та розкрити характеристики рішень органів, які розглядають в порядку підлеглості скарги (тобто реалізують адміністративну юрисдикцію) на рішення нижчестоящих органів, та правовий статус вказаних органів, що й ставить за мету наша стаття.

Так, передусім, визначимось із загальнотеоретичною характеристикою адміністративної юрисдикції. Юрисдикція, як відомо, є врегульованою правовими нормами процесуальною діяльністю відповідних суб'єктів, яка здійснюється в позасудовому або судовому порядку з метою розгляду і вирішення правових спорів чи правових питань, а також застосування примусових заходів [2, с. 38]. Юрисдикція – це самостійний вид державної, підзаконної, правозастосовчої, правоохоронної діяльності. Як обов'язкові ознаки цієї діяльності вказується: змагальна процедура вирішення справи; видання юрисдикційного акта у встановленій законом формі і наявність правового спору (правопорушення). При цьому зауважується, що юрисдикція як державно-владна діяльність полягає в застосуванні закону саме до юридичних конфліктів [3, с. 11, 17, 18]. Узагальнена характеристика юрисдикції зводиться за своєю юридичною природою до розгляду і вирішення конфліктних ситуацій, які виникають у процесі застосування матеріальних правових норм, до правової оцінки поведінки конфліктуючих сторін і застосування до сторони, поведінка якої визнається неправомірною, передбачених чинним законодавством заходів юридичного примусу або юридичних санкцій [4, с. 466]. Адміністративну юрисдикцію науковці визначають як адміністративно-процесуальну діяльність, яка здійснюється у позасудовому або судовому порядку з метою розгляду і вирішення адміністративно-правових спорів і застосування адміністративно-примусових заходів. Як предмет юрисдикційної діяльності вчені називають конкретні адміністративно-правові спори. Такого роду спори виникають не тільки за ініціативою керованої сторони, а також за ініціативою керуючої сторони (наприклад, при порушенні справи про притягнення громадян до адміністративної відповідальності) [5, с. 405, 413–414]. На думку вчених, необхідність визначення сутності поняття «юрисдикція» випливає з поділу всього масиву адміністративних проваджень на адміністративно-юрисдикційні та адміністративно-регулятивні. Щодо адміністративно-юрисдикційних проваджень, то це провадження у справах про адміністративні правопорушення, виконавче провадження, провадження щодо вжиття заходів адміністративного примусу, дисциплінарне провадження, провадження за скаргами та інші. Усі ці провадження є провадженнями з вирішення спору про права, а їх результат – накладення стягнення і відновлення порушених правовідносин [6, с. 282].

З огляду на характер змісту юрисдикційної діяльності (враховуючи широку концепцію розуміння адміністративної юрисдикції) та повноваження суб'єктів юрисдикції в юридичній літературі виділяються такі основні властивості юрисдикції: а) наявність правового спору (правопорушення): юрисдикція виникає лише тоді, коли необхідно вирішити спір про право, поновити порушені права; застосувати відповідальність; б) оскільки юрисдикція є способом вирішення правових конфліктів, вона передбачає необхідність прийняття остаточного рішення. Юрисдикційний акт у конкретній справі означає, по суті, вирішення правового спору. Якщо ж йдеться про правопорушення, в такому акті можуть бути передбачені правові санкції; в) юрисдикційний орган не є учасником спірних матеріальних правовідносин [7, с. 24–25].

Отже, юрисдикція, зокрема адміністративна, за суб'єктом може бути як судовою, так і позасудовою, а за предметом – як розглядом справ про правопорушення і накладення санкцій, так і розглядом скарг на рішення органів про притягнення до відповідальності або вирішення скарг на рішення органів управління, які порушують права громадян.

Аналіз законодавства свідчить, що адміністративне оскарження (оскарження в адміністративному порядку, або так зване «відомче оскарження») до вищестоящого органу в порядку підлеглості рішення нижчестоящого органу передбачено, зокрема:

– положеннями Кодексу України про адміністративне правопорушення (далі – КУпАП), які встановлюють можливість оскарження постанови органу (посадової особи) про накладення адміністративного стягнення, постанови за справою про адміністративне правопорушення у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху, зафіксоване в автоматичному режимі, – у вищестоящий орган (вищестоящій посадовій особі) (п. 2 ч. 1 ст. 288 КУпАП);

– положеннями Митного кодексу України (далі – МК України), які встановлюють можливість оскарження рішення, дії або бездіяльності митних органів, їх посадових осіб та інших працівників, якщо особа вважає, що цими рішеннями, діями або бездіяльністю порушено її права, свободи чи інтереси до посадових осіб та органів вищого рівня (ст. 24, 25 МК України). Положеннями МК України також передбачене адміністративне оскарження в справах про притягнення до адміністративної відповідальності за порушення митних правил – до центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну митну політику (ч. 1 ст. 529 МК України);

– положеннями Податкового кодексу України (далі – ПК України), які встановлюють можливість оскарження в адміністративному порядку рішень контролюючого органу до контролюючого органу вищого рівня (п. 56.1., 56.2., 56.3. ст. 56 ПК України);

– положеннями Закону України «Про звернення громадян», які встановлюють можливість подання скарги на рішення, що оскаржувалось, у порядку підлеглості вищому органу або посадовій особі (ст. 16, 17 вказаного Закону).

Таким чином, положеннями зазначених законів передбачена можливість заінтересованим суб'єктам скористатися альтернативною – позасудовою процедурою оскарження рішення суб'єкта владних повноважень у сфері управлінської діяльності, а після використання такої процедури адміністративного оскарження (до вищого органу в порядку підлеглості) на підставі ст. 55 Конституції України та ст. 5 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) звернутись із адміністративним позовом до адміністративного суду.

До вищестоящого в порядку підлеглості органу заінтересованою особою може бути оскаржене прийняте щодо такої особи рішення нижчестоящого органу у сфері управлінської діяльності, яким: а) порушено або порушуються її права і свободи; б) створено або створюються перепони для реалізації особою своїх конституційних прав чи свобод (або вжиті заходи щодо їх реалізації є недостатніми); в) на особу покладено обов'язки, не передбачені законодавством, або передбачені, але без урахування конкретних обставин, за яких ці обов'язки повинні покладатися, або вони покладені не уповноваженими на це особою чи органом; г) особу притягнуто до відповідальності, не передбаченої законом, або до неї застосовано стягнення за відсутності передбачених законом підстав чи неправомочною службовою особою (органом) (п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 03.12.1997 № 13 «Про практику розгляду судами справ за скаргами на рішення, дії чи бездіяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування, юридичних, посадових і службових осіб у сфері управлінської діяльності, які порушують права та свободи громадян»).

Водночас законодавець залишається дещо непослідовним у питанні щодо юридичної можливості та необхідності оскарження такого рішення вищестоящого в порядку підлеглості органу, прийнятого за результатами розгляду скарги заінтересованої особи на рішення нижчестоящого органу, що, на нашу думку, й створює правову невизначеність в можливості його оскарження до адміністративного суду та визнання в судовому порядку такого рішення вищестоящого органу протиправним і його скасування паралельно із визнанням протиправним і скасуванням первісного рішення органу управління (нижчестоящого органу).

Так, наприклад, ст. 17 Закону України «Про звернення громадян» передбачає, що рішення вищого державного органу, який розглядав скаргу, в разі незгоди з ним громадянина може бути оскаржено до суду в термін, передбачений законодавством України.

Пунктом 56.10. ст. 56 ПК України теж передбачено, що рішення центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну податкову політику, та рішення центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну митну політику, прийняті за розглядом скарги платника податків, є остаточними і не підлягають подальшому адміністративному оскарженню, але можуть бути оскаржені в судовому порядку.

Статтею 529 МК України закріплено, що постанова центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну митну політику, у справі про порушення митних

правил, а також його постанова по скарзі на постанову митниці у такій справі можуть бути оскаржені до місцевого загального суду як адміністративного суду в порядку, передбаченому Кодексом адміністративного судочинства України.

Тобто в наведених випадках мова йде про можливість оскарження до адміністративного суду саме рішення вищестоящого в порядку підлеглості органу, прийнятого за результатами процедури адміністративного оскарження за скаргою особи на рішення нижчестоящого органу.

Водночас ст. 288 КУпАП передбачає, що постанову органу (посадової особи) про накладення адміністративного стягнення може бути оскаржено у вищестоящий орган (вищестоящій посадовій особі) або в районний, районний у місті, міський чи міськрайонний суд, у порядку, визначеному Кодексом адміністративного судочинства України, з особливостями, встановленими цим Кодексом.

Проте норми КУпАП не передбачають безпосередньої можливості самостійного оскарження до адміністративного суду рішення вищестоящого органу, прийнятого за результатами розгляду скарги особи на постанову нижчестоящого органу в справі про адміністративне правопорушення про накладення адміністративного стягнення. Хоча для себе ми розуміємо, що таке право безпосередньо закріплене у ст. 55 Конституції України.

Як випливає зі змісту наведеної на початку нашої статті постанови Верховного Суду від 27 квітня 2020 року в справі № 360/1050/19, з огляду на положення ст. 5 КАС України, обов'язковою умовою надання правового захисту судом є наявність відповідного порушення суб'єктом владних повноважень прав, свобод або інтересів особи на момент її звернення до суду. Порушення має бути реальним, стосуватися (зачіпати), зазвичай, індивідуально виражених прав чи інтересів особи, яка стверджує про їх порушення. При цьому неодмінною ознакою порушення права особи є зміна стану її суб`єктивних прав та обов`язків, тобто припинення чи неможливість реалізації її права та/або виникнення додаткового обов'язку. Так, рішення суб'єкта владних повноважень є такими, що порушує права і свободи особи в тому разі, якщо, по-перше, такі рішення прийняті владним суб'єктом поза межами визначеної законом компетенції, а по-друге, оспорювані рішення є юридично значимими, тобто такими, що мають безпосередній вплив на суб'єктивні права та обов'язки особи шляхом позбавлення можливості реалізувати належне цій особі право або шляхом покладення на цю особу будь-якого обов'язку.

В аспекті зазначеної правової позиції Верховного Суду якраз і постає питання про юридичну необхідність окремого (додаткового) оскарження до адміністративного суду рішення вищестоящого в порядку підлеглості органу за результатами розгляду скарги особи на рішення нижчестоящого органу. Відповідь на це питання залежить передусім від відповіді на те, які ж саме негативні (або більш негативні) правові наслідки для особи (у порівнянні з рішенням нижчестоящого органу) може спричинити рішення вищестоящого органу, прийняте за результатами розгляду скарги особи на рішення нижчестоящого органу.

Так, наприклад, у провадженні у справі про адміністративне правопорушення орган (посадова особа) під час розгляду скарги на постанову по справі про адміністративне правопорушення перевіряє законність і обґрунтованість винесеної постанови і приймає одне з таких рішень: 1) залишає постанову без зміни, а скаргу без задоволення; 2) скасовує постанову і надсилає справу на новий розгляд; 3) скасовує постанову і закриває справу; 4) змінює захід стягнення в межах, передбачених нормативним актом про відповідальність за адміністративне правопорушення, з тим, однак, щоб стягнення не було посилено (ст. 293 КУпАП).

У справі про порушення митних правил законність та обґрунтованість постанови можуть бути перевірені центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну митну політику. За результатами перевірки центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну митну політику, що проводив перевірку, приймає одне з таких рішень: 1) про залишення постанови без змін, а скарги – без задоволення; 2) про скасування постанови і надіслання справи на новий розгляд; 3) про скасування постанови та закриття справи; 4) про зміну виду адміністративного стягнення в межах відповідальності, передбаченої за відповідне порушення митних правил, з тим, однак, щоб це стягнення не було посилено (ст. 530 МК України).

Під час процедури адміністративного оскарження рішення контролюючого (податкового) органу Податковий кодекс України не визначає чіткого переліку рішень, які приймає контролюючий орган вищого рівня за результатами розгляду скарги платника податків на податкове повідомлення-рішення. Проте зі змісту положень ст. 55 і 56 ПК України випливає, що контролюючий орган вищого рівня за результатами процедури адміністративного оскарження за скаргою платника податків на податкове повідомлення-рішення може задовольнити

таку скаргу платника податків повністю або частково чи відмовити в її задоволенні. Разом із тим визначити нове податкове зобов'язання чи збільшити суму оскаржуваного податкового зобов'язання контролюючий орган вищого рівня не може.

Тобто можна зробити висновок, що рішення вищестоящого в порядку підлеглості органу, прийняте в процедурі адміністративного оскарження за результатами розгляду скарги особи на рішення нижчестоящого органу, не може погіршувати становище особи (посилювати відповідальність особи чи спричиняти більш негативні для особи наслідки в порівнянні із рішенням нижчестоящого органу, яке оскаржується).

Як ми бачимо, в усіх вищезазначених випадках вищестоящий в порядку підлеглості орган за результатами розгляду скарги або залишає попереднє рішення нижчестоящого органу без змін, або змінює його. При цьому рішення нижчестоящого органу та прийняте за результатами його адміністративного оскарження рішення вищестоящого органу варто розглядати як єдине рішення державного органу (який є частиною державного механізму), оскільки, як ми вже встановили раніше, у випадку застосування процедури адміністративного оскарження діє принцип «єдиної позиції» державного органу (держави) в цілому (незалежно від позицій нижчестоящих і вищестоящих посадових осіб одного органу) у відносинах із громадянином [8, с. 115].

Тому для особи юридичні наслідки породжуватиме передусім первісне рішення нижчестоящого органу, яким було вирішено по суті відповідне правове питання (розглянуто по суті заяву чи скаргу особи) чи застосовано юридичну відповідальність, оскільки таке первісне рішення буде розглядатись як цілісне рішення з урахуванням внесених до нього змін вищестоящим органом.

Саме із цих міркувань мабуть й виходив законодавець, коли, наприклад, у Митному кодексі України закріпив правило, згідно з яким якщо рішення, дії або бездіяльність митного органу або його посадової особи одночасно оскаржуються до органу (посадової особи) вищого рівня та до суду і суд відкриває провадження у справі, розгляд скарги органом (посадовою особою) вищого рівня припиняється (ст. 29, 529 МК України).

І це зрозуміло, адже до адміністративного суду подається адміністративний позов про оскарження саме первісного рішення, яке безпосередньо й спричиняє негативні юридичні наслідки для особи. Тобто в цьому випадку при одночасному оскарженні рішення як до вищестоящого органу, так і до суду, відбувається заміна позасудової юрисдикції на судову, адже держава надала судам остаточну найвищу юрисдикцію у вирішенні юридичних спорів питань, а їх рішення наділила законною силою [8, с. 114].

**Висновки**

Таким чином, наведені вище аргументи свідчать, що, з одного боку, особа має право в силу ст. 55 Конституції України і ст. 5 КАС України оскаржити до адміністративного суду безпосередньо те рішення вищестоящого в порядку підлеглості органу, яке прийняте за результатами розгляду скарги на рішення нижчестоящого органу, а з іншого боку, законодавець виключає необхідність, а відтак і юридичну можливість визнання судом такого рішення протиправним і його скасування як самостійний спосіб захисту прав позивача, оскільки рішення вищестоящого органу про відмову в задоволенні скарги на рішення нижчестоящого органу взагалі жодних нових негативних юридичних наслідків для особи не створює, а рішення вищестоящого органу про часткове задоволення скарги (якщо рішення нижчестоящого органу змінюється по суті без повернення справи на новий розгляд нижчестоящому органу) змінює безпосередньо первісне рішення нижчестоящого органу (зменшує негативні наслідки), яке й буде оскаржуватись особою до адміністративного суду у його незміненій (чинній, не скасованій) частині (адже немає сенсу оскаржувати до суду рішення вищестоящого органу – в частині часткового задоволення скарги особи, оскільки таке рішення вищестоящого органу є прийнятим на користь особи, а тому у випадку його оскарження буде відсутній предмет спору).

**Список використаних джерел:**

1. Короєд С.О. Концепція судового перегляду рішень юрисдикційних органів в цивільному судочинстві. *Держава і право : Збірник наукових праць. Серія Юридичні науки.* Випуск 72 / Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ : Вид-во «Юридична думка», 2016. С. 255–266.

2. Петухов П.А. Юрисдикционная деятельность в советском государственном управлении. *Правоведение.* 1980. № 5. С. 37–43.

3. Шергин А.П. Административная юрисдикция. Москва, 1979. 144 с.

4. Козлов Ю.М. Административное право : учебник. Москва : Юристъ, 2007. 554 с.

5. Административное право : учебник / Под ред. Ю.М. Козлова и Л.Л. Попова. Москва, 2001. 726 с.

6. Колпаков В.К. Адміністративне право України : підручник / В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко. Київ : Юрінком Інтер, 2003. 544 с.

7. Короєд С.О. Судовий розгляд справ про адміністративні проступки : дис. ... канд. юрид. Наук : 12.00.07 ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. Київ, 2009. 277 арк.

8. Лошицький М.В., Короєд С.О. Позбавлення суб'єктів владних повноважень права на апеляційне оскарження судових рішень в адміністративному судочинстві як напрям забезпечення ефективності адміністративної юстиції. *Держава і право: Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки*. Випуск 85 ; Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Київ : Вид-во «Юридична думка», 2019. С. 108–118.

**Serhii Koroied. The decision of the higher body in the order of subordination, made as a result of consideration of the complaint against the decision of the lower body, as an independent subject of appeal in administrative proceedings**

*The legal nature of the decision of a higher body in the order of subordination, made as a result of an administrative appeal against the decision of a lower body, as an independent subject of appeal in administrative proceedings. The general theoretical characteristics of administrative jurisdiction in view of the status of its subjects and the nature of the content of jurisdictional activity are given. It is provided an analysis of the legislation, which provides for the possibility of an administrative appeal to a higher body, in the order of subordination, of the decision of a lower body. At the same time, it is established that in some cases the law provides for the possibility to appeal to an administrative court against a decision of a higher body adopted as a result of an administrative appeal procedure on a person's complaint against a lower body's decision, and in other cases, the law provides opportunity for appeal to the court against the original decision. It was found that the higher body in the order of subordination cannot worsen the situation of the person and as a result of the reviewing of complaint either leaves the previous decision of the lower body unchanged, or changes it. It is argued that the decision of a lower body and the decision of a higher body adopted as a result of its administrative appeal should be considered as the only decision of a state body acting on behalf of the state. In this regard, it is proved that for a person the legal consequences will be generated primarily by the initial decision of the lower body, which resolved the essentially relevant legal issue, as such an initial decision will be considered as a holistic decision taking into account changes adopted to this decision by the higher body. The opinion is substantiated that the decision of the higher body to refuse to satisfy the complaint against the decision of the lower body does not create any new negative legal consequences for the person, and the decision of the higher body to partially satisfy the complaint (without returning the case for reconsideration) directly changes the original decision, which will be appealed by a person to the administrative court in its unchanged (not canceled) part.*

**Key words:** administrative proceedings, administrative jurisdiction, subject of appeal, decision, higher body, method of protection, efficiency, legal consequences, violation of rights, restoration of rights.

УДК 342.951
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.28

***Аліна Мозгова,***
*здобувач*
*Науково-дослідного інституту публічного права*

# ДЕРЖАВНА ПОЛІТИКА У СФЕРІ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

*Метою статті є формулювання поняття, визначення змісту та основних етапів розвитку державної політики у сфері адміністративно-правової охорони прав і свобод людини і громадянина. У статті окреслені сутність, зміст та особливості реалізації державної політики у сфері адміністративно-правової охорони прав і свобод людини і громадянина. Аргументовано, що державна політика в означеній сфері транслюється через значний масив концептуальних, програмних і стратегічних документів. Запропоновано та розглянуто загальносоціальну та інституційно-функціональну складові частини закріплення на законодавчому рівні головних аспектів формування та реалізації державної політики у сфері адміністративно-правової охорони права і свобод людини і громадянина. Загальносоціальна складова частина охоплює нормативно-правові акти щодо сприяння становлення громадянського суспільства; розвитку механізмів забезпечення реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина. Інституційно-функціональна складова частина включає нормативно-правові акти щодо здійснення адміністративної реформи та реалізації публічного управління у різних сферах суспільного життя; правового статусу та реформування суб'єктів публічної адміністрації; здійснення децентралізації влади. Державна політика розглядається через призму сукупності дій системи органів державної влади згідно із цілями, напрямками, засадами для розв'язування проблем у певній сфері суспільної діяльності, уособлюючи курс здійснення влади з метою задоволення головних потреб, використання можливостей, сформульований із зазначенням очікуваних результатів та їхнього впливу на наявний стан справ і конкретне розв'язання проблем. Інституційно-функціональна складова частина державної політики у сфері адміністративно-правової охорони права і свобод людини і громадянина розвиває національні підходи щодо їхньої пріоритетності та найвищої суспільної цінності. Водночас основний акцент зосереджено на особливостях публічного управління та адміністративно-правового статусу органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Обґрунтовано чотири етапи розвитку державної політики щодо адміністративно-правової охорони прав і свобод людини і громадянина за період державної незалежності України.*

**Ключові слова:** адміністративна реформа, державна політика, охорона прав і свобод людини і громадянина, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, публічне управління.

**Постановка проблеми.** Функціонування системи публічних інституцій передбачає декілька взаємопов'язаних рівнів планування у часі та просторі своєї правотворчої та правозастосовної діяльності, яка ґрунтуються на короткострокових і довгострокових стратегічних началах. Усі без виключення спрямування державної діяльності мають головні й додаткові завдання, сукупність передбачених способів, форм і засобів їхнього досягнення. Означене здійснюється через формування та реалізацію державної політики у різних сферах життя суспільства, де не є виключенням адміністративно-правова охорона права і свобод людини і громадянина.

Натомість минуле століття в нашій країні характеризувалося абсолютно відмінними процесами, коли державна влада визначала для використання відповідний юридичний інструментарій з урахуванням потреб державного управління та комуністичної політичної волі. Права і свободи громадян лише декларативно на конституційному рівні визнавалися найвищої соціальною цінністю. Отже, лише кардинальна зміна сутності державної політики в аналізованій сфері, перегляд ключових аспектів її формування та реалізації дозволить розвинути більш ефективну систему адміністративно-правової охорони права і свобод людини і громадянина.

**Метою статті** є формулювання поняття, визначення змісту та основних етапів розвитку державної політики у сфері адміністративно-правової охорони прав і свобод людини і громадянина.

© А. Мозгова, 2020

**Виклад основного матеріалу.** У цілому під політикою розуміють спільну діяльність групи людей, спрямованої на результативну реалізацію суспільних й індивідуальних інтересів. Вона містить у собі, насамперед, соціальні відносини між суб'єктами взаємодії у формі питань про владу і механізми політичного процесу; позначення раціонального напрямку діяльності політичного суб'єкта для досягнення певної мети; вказує на систему інститутів як організаційних форм вираження інтересів і цінностей [1, с. 567].

Державна політика розглядається через призму сукупності дій системи органів державної влади згідно із цілями, напрямками, засадами для розв'язування проблем у певній сфері суспільної діяльності, уособлюючи курс здійснення влади з метою задоволення головних потреб, використання можливостей, сформульований із зазначенням очікуваних результатів та їхнього впливу на наявний стан справ і конкретне розв'язання проблем. За політичного процесу необхідно чітко сформулювати державне бачення майбутнього, сформувати механізми реалізації, визначити довгострокові або короткострокові цілі, здійснити стратегічне планування, розробити різні варіанти політики, провести кампанію підтримки; реалізувати заходи відповідно до зазначених термінів; оцінити вплив політики [2, с. 143–146].

Поняття «державна політика» – форма мислення, що характеризується відображенням закономірних зв'язків і властивостей державної політики у вигляді характеристики її ознак. За результатами виокремлення та аналізу ознак державної політики Н.В. Коршунова сформульована її визначення як цілеспрямованої, відносно стабільної, свідомо-вольової, правової форми організації та здійснення діяльності держави або інших уповноважених нею суб'єктів, що за допомогою спеціальних засобів, методів і процедур спрямована на вироблення стратегічного курсу розвитку найважливіших сфер життєдіяльності суспільства і тактичного управління ними з метою найбільш оптимального узгодження інтересів соціальних суб'єктів [3, с. 204].

Особливістю політичної діяльності держави є її поетапність. Вона утворює послідовні дії, які взаємопов'язані між собою, здійснюються за певні проміжку часу з метою досягнення встановлених цілей та реалізації ключових завдань. Етапи процесу вироблення державної політики доцільно подати таким чином [4, с. 36–41]:

1) структурування проблеми може допомогти у виявленні неявних припущень, визначенні причин, відображенні можливих цілей синтезу конфліктуючих поглядів і розробці нових варіантів політики;

2) прогнозування може надати політико-релевантні знання стосовно майбутньої кон'юнктури, яка складеться внаслідок прийняття альтернатив політики, у тому числі стратегії повної бездіяльності, які знаходяться на стадії розгляду на етапі формулювання політики. Прогнозування може вивчати вірогідні, потенційні й нормативно значимі перспективи, оцінювати наслідки наявних і запропонованих політичних програм, визначати вірогідні майбутні обмеження у справі досягнення поставлених цілей і оцінювати політичну здійсненність різних варіантів стратегії;

3) моніторинг надає політико-релевантні знання стосовно наслідків уже прийнятої політики, що допомагає виробникам політики на етапі впровадження політики. Численні установи здійснюють постійний нагляд за наслідками й впливами державних програм, застосовуючи різноманітні індикатори політики у сферах охорони здоров'я, освіти, забезпечення житлом, соціального забезпечення, злочинності, науки й технології;

4) оцінювання надає політико-релевантні знання стосовно розходжень між очікуваною й реальною дієвістю політики, що допомагає виробникам політики на етапі оцінювання політики процесу вироблення політики. Моніторинг має результатом не лише висновки про міру, до якої характер проблеми пом'якшується; він також може допомогти прояснити й дати критичну оцінку цінностей, якими керується політика, а також адаптувати або по-новому сформулювати політику.

Наразі державна політика у сфері адміністративно-правової охорони права і свобод людини і громадянина реалізується через значний масив доктринальних правових актів. Тому велике значення має дослідження щодо розвитку і сучасного стану реалізації відповідної діяльності із часів проголошення державної незалежності України. Це дозволить належним чином проаналізувати тенденційні формати функціонування публічної влади, зрозуміти прорахунки та перспективи покращення й оптимізації державно-владного впливу щодо забезпечення суб'єктивних прав громадян, їхньої охорони та захисту.

Пропонуємо розрізняти дві складові частини закріплення на законодавчому доктринальному рівні ключових аспектів формування та реалізації державної політики у сфері адміністративно-правової охорони права і свобод людини і громадянина. Загальносоціальна складова частина – з питань сприяння становлення громадянського

суспільства та розвитку механізмів забезпечення реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина. Інституційно-функціональна складова частина – щодо здійснення адміністративної реформи, реалізації публічного управління, правового статусу й реформування суб'єктів публічної адміністрації, здійснення децентралізації влади. Означені складники є взаємопов'язаними, коли від ступеня та міри розвитку суспільної складової частини напряму залежить публічний вираз. Адже реальне піднесення громадянського суспільства в нашій державі буде стимулювати органи публічної влади запроваджувати нові та більш ефективні форми, методи та способи правової охорони, а широкий громадський контроль за їхньою діяльністю не дозволить поширитися надмірному бюрократизму, корупційним проявам тощо.

Першочергово доречно зауважити, що період 90-х років XX ст. у нашій країні відзначається десятиліттям кропіткої нормотворчої діяльності, поступовим відходом від радянського законодавства. Затверджено надзвичайно велику кількість адміністративно-правових актів, що розвивали та доповнювали означені документи, формували організаційно-правову систему інституцій, які реалізовували правоохоронну функцію держави. Однак саме прийняття Конституції України (1996) стало тією рушійною силою, завдяки якій вітчизняна система адміністративно-правової охорони в аналізованій сфері вийшла на якісно новий рівень.

Реальним проявом спрямування державної політики в напрямку розвитку й сприяння існуванню громадянського суспільства є затвердження постановою Кабінету Міністрів України від 15.10.2004 № 1378 Порядку проведення консультацій із громадськістю з питань формування та реалізації державної політики. Схвалення розпорядженням Кабінету Міністрів України від 21.11.2007 № 1035-р Концепції сприяння органами виконавчої влади розвитку громадянського суспільства передбачало налагодження ефективної взаємодії органів виконавчої влади з інститутами громадянського суспільства. Вона повинна базуватися на партнерстві, взаємозаінтересованості в досягненні цілей, пов'язаних із процесом демократизації усіх сфер державного управління і суспільного життя, соціально-економічним і духовним прогресом, всебічним забезпеченням захисту прав і свобод людини та громадянина [5].

Стратегія державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні, затверджена указом Президента України від 24.03.2012 № 212/2012, визначила, що метою державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні є створення більш сприятливих умов, спрямованих на задоволення інтересів, захист прав і свобод людини і громадянина, становлення громадянського суспільства на засадах безпосередньої, представницької демократії, широкого впровадження форм демократії участі, самореалізації та самоорганізації громадян. [6]. Отже, цим документом значно розширено межі сприйняття державою міри взаємодії громадян із суб'єктами владних повноважень. Основний акцент зосереджено на необхідності підтримки інститутів громадянського суспільства, налагодження високого рівня забезпечення прав і свобод людини і громадянина, й, насамкінець, вибудування відкритої та паритетної взаємодії представників владних структур з різними прошарками населення.

Чинна на сьогодні Національна стратегія сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2016–2020 роки, затверджена указом Президента України від 26.02.2016 № 68/2016, окреслює, що у вказаний період державна політика враховує, зокрема, пріоритет прав і свобод людини і громадянина; верховенство права, прозорості, відкритості й відповідальності органів влади та громадянського суспільства [7].

Наведені документи засвідчують системну підтримку нашою країною розвитку громадянського суспільства через сприяння діяльності інститутів громадянського суспільства, налагодження відкритого та прозорого діалогу владних структур із громадянами, визначення й забезпечення пріоритетності прав і свобод людини та громадянина у сфері публічного управління. Останній із названих аспектів є вкрай важливим, тому щодо нього окремо формується та реалізується державна політика, що наразі підтверджується затвердженням указом Президента України від 25.08.2015 № 501/2015 Національної стратегії у сфері прав людини. Усі стратегічні спрямування державної політики реалізуються компетентними органами виконавчої влади, у цьому випадку – через План дій із реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року, затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23.11.2015 № 1393-р [8].

Інституційно-функціональна складова частина державної політики у сфері адміністративно-правової охорони права і свобод людини і громадянина розвиває наведені вище національні підходи щодо їхньої пріоритетності та найвищої суспільної цінності. Водночас основний акцент зосереджено на особливостях публічного управління та адмі-

ністративно-правового статусу органів державної влади та органів місцевого самоврядування. Насамперед, сьогодні продовжують розвиватися стратегічні напрямки Концепції адміністративної реформи в Україні, затвердженої указом Президента України від 22.07.1998 № 810/98.

Адміністративна реформа передбачала здійснення в кількох напрямках. Перший – створення нової правової бази, що регламентуватиме державне управління в Україні. Другий – формування нових інститутів, організаційних структур й інструментів здійснення державного управління. Третій – кадрове забезпечення нової системи державного управління. Четвертий – формування нових фінансово-економічних та ресурсних основ функціонування державного управління. П'ятий – це наукове та інформаційне забезпечення системи державного управління, формування механізмів наукового й інформаційного моніторингу її функціонування [9]. На виконання наведених завдань прийнято розпорядження Кабінету Міністрів України від 16.09.1998 № 739-р «Про склад робочої групи із проведення реформи центральних органів виконавчої влади», указ Президента України від 09.01.1999 № 5/99 «Питання Державної комісії з проведення в Україні адміністративної реформи», указ Президента України від 21.07.2001 № 538/2001 «Питання організації проведення в Україні адміністративної реформи».

Початок нового століття ознаменувався стійкими процесами європейської інтеграції, що зумовило переорієнтування вітчизняного публічного управління на демократичні рейки, які ґрунтуються на людиноцентричній ідеології. На перше місце вийшла нагальна необхідність імплементації міжнародно-правових актів у зазначеній сфері й адаптації законодавства України до правового поля ЄС. Вказане було започатковане у Програмі інтеграції України до Європейського Союзу (2000) та трансформувалося в Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (2014). Незабаром одним із найважливіших стратегічних документів, який сконцентрував у собі ключові напрями державної політики з питань реформування державних і суспільних сфер у нашій країні, стала Стратегія сталого розвитку «Україна-2020», схвалена указом Президента України від 12.01.2015 № 5/2015. Її метою є впровадження в Україні європейських стандартів життя та вихід України на провідні позиції у світі [10].

Відповідні положення стратегії конкретизувалися в інших документах, серед яких – Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 01.04.2014 № 333-р, Стратегія реформування державного управління України на період до 2021 року, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24.06.2016 № 474-р [11].

Окремі документи доповнюють наведені вище положення, зокрема Стратегія реформування державної служби та служби в органах місцевого самоврядування в Україні на період до 2017 року, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18.03.2015 № 227-р, Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки, схвалена указом Президента України від 20.05.2015 № 276/2015, Концепція оптимізації системи центральних органів виконавчої влади, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27.12.2017 № 1013-р, Концептуальні напрями реформування системи органів, що реалізують державну податкову та митну політику, схвалену розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27.12.2018 № 1101-р.

В окрему групу варто відносити нормативно-правові акти з питань децентралізації влади, оскільки це досить суттєво впливає на процеси організації та здійснення адміністративно-правової охорони прав і свобод людини і громадянина. Ключовими плановими і стратегічними документами у вказаній сфері, насамперед, є Концепція реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 01.04.2014 № 333-р, Державна стратегія регіонального розвитку на період до 2020 року, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 06.08.2014 № 385, План заходів із реалізації нового етапу реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні на 2019–2021 роки, затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23.01.2019 № 77-р.

Державна регіональна політика окреслює, що ефективне державне управління у цій сфері регіонального розвитку передбачає створення механізму та інструменту державно-владного управління регіональним розвитком, що сприятиме розв'язанню проблем регіонів, вимагає насамперед децентралізації державних повноважень шляхом їх передачі на місцевий рівень з одночасною

передачею відповідних ресурсів, удосконалення процесів стратегічного планування та виконання поставлених завдань на всіх рівнях, запровадження дієвого механізму координації дій центральних і місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування під час реалізації галузевих пріоритетів і завдань на територіальних рівнях [12]. Вказані завдання закономірно є важливими й необхідними для подальшого розвитку громадянського суспільства у нашій країні, вибудування основ публічного управління, дійсно спрямованого на кожного громадянина, який спроможний повною мірою реалізувати та захистити свої права й свободи.

**Висновки**

Основними етапами розвитку державної політики з питань адміністративно-правової охорони прав і свобод людини і громадянина за період державної незалежності України є такі:

1) 1991–1996 рр. – започатковано системний відхід від радянської адміністративно-правової доктрини, розроблено основоположні нормативно-правові акти з реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина, здійснення публічного управління, функціонування органів державної влади, зокрема правоохоронного спрямування, що в кінцевому підсумку отримало подальшого розвитку в положеннях Конституції України;

2) 1997–2003 рр. – втілено у практичну площину первинні концептуальні основи адміністративної реформи, яка передбачала, зокрема, формування на всіх рівнях ефективної організації виконавчої влади, розвиток з урахуванням найкращих практик ЄС місцевого самоврядування, сприяння запровадженню людиноцентричної ідеології функціонування публічної влади, реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина;

3) 2004–2013 рр. – основним стратегічним напрямом державної діяльності стає активний розвиток громадянського суспільства в контексті європейської інтеграції України через пріоритетності суб'єктивних прав громадян у публічному управлінні, залучення громадян до формування та реалізації державної політики, налагодження оптимальної та раціональної взаємодії суб'єктів владних повноважень з населенням, а також суттєве розширення переліку й удосконаленням системи адміністративно-правових засобів реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина;

4) 2014-2019 рр. – державна політика спрямовувалася на кардинальне реформування галузі публічного управління, зміни підходів до державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, формування системи правоохоронних органів антикорупційного напрямку, вдосконалення адміністративного законодавства в частині реалізації та захисту прав і свобод людини і громадянина; посилення громадського контролю за діяльністю органів публічної влади; розвиток електронного урядування в Україні.

**Список використаних джерел:**

1. Політична енциклопедія. Редкол.: Ю. Левенець (голова), Ю. Шаповал (заст. голови) та ін. Київ : Парламентське видавництво, 2011. 808 с.

2. Енциклопедичний словник з державного управління / за ред. Ю.В. Ковбасюка, Ю.П. Сурміна. Київ : НАДУ, 2010. 820 с.

3. Коршунова Н.В. Поняття державної політики: теоретико-правове дослідження : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01 ; Нац. акад. вн. спр., 2017. 240 с.

4. Дан В. Державна політика: вступ до аналізу / пер. з англ. Г.Є. Краснокутського. Одеса : АО БАХВА, 2005. 504 с.

5. Про схвалення Концепції сприяння органами виконавчої влади розвитку громадянського суспільства : розпорядження Кабінету Міністрів України від 21.11.2007 № 1035-р. *Офіційний вісник України*. 2007. № 89. Ст. 3284.

6. Про Стратегію державної політики сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні та першочергові заходи щодо її реалізації : указ Президента України від 24.03.2012 № 212/2012. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/212/2012#Text.

7. Про сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні : указ Президента України від 26.02.2016 № 68/2016. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/68/2016#n20.

8. Про затвердження плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року : розпорядження Кабінету Міністрів України від 23.11.2015 № 1393-р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1393-2015-р#Text.

9. Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні : указ Президента України від 22.07.1998 № 810/98. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/810/98#Text.

10. Про Стратегію сталого розвитку «Україна-2020» : указ Президента України від 12.01.2015 № 5/2015. *Офіційний вісник України*. 2015. № 4. Ст. 67.

11. Деякі питання реформування державного управління України : розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24.06.2016 № 474-р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/474-2016-р#Text.

12. Про затвердження Державної стратегії регіонального розвитку на період до 2020 року : постанова Кабінету Міністрів України від 06.08.2014 № 385. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/385-2014-п#Text.

**Alina Mozghova. State policy on administrative protection of human and civil rights and freedoms**

*The purpose of the article is to formulate the concept, define the content and main stages of development of state policy in the field of administrative and legal protection of human and civil rights and freedoms. In the articles outlined essence, maintenance and features of realization of public policy, is in the field of the administrative legal safeguard of rights and freedoms of man and citizen. Argued, that a public policy in the marked sphere is translated through the considerable array of conceptual, position and strategic papers. It is offered and considered general social and institutional functional component fixing at legislative level of main aspects of forming and realization of public policy in the field of the administrative legal safeguard of right and freedoms. A general social constituent embraces normative legal acts in relation to the assistance of becoming of civil society; to development of mechanisms of providing of realization and protection of rights and freedoms of man and citizen. An institutional functional constituent includes normative legal acts in relation to realization of administrative reform and realization of public management in the different spheres of public life; legal status and reformation of subjects of public administration; realization of decentralization of power. Public policy is considered through the prism of a set of actions of the system of public authorities in accordance with the goals, directions, principles for solving problems in a particular sphere of public activity, embodying the course of exercising power to meet basic needs, use opportunities, formulated with the expected results on the current state of affairs and the specific solution of problems. The institutional and functional component of state policy in the field of administrative and legal protection of human and civil rights and freedoms develops national approaches to their priority and the highest social value. At the same time, the main emphasis is focused on the peculiarities of public administration and the administrative and legal status of public authorities and local governments. Four stages of development of public policy are reasonable in relation to the administrative legal safeguard of rights and freedoms of man and citizen for period of state independence.*

**Key words:** administrative reform, public policy, guard of rights and freedoms, public authorities, organs of local self-government, public management.

УДК 342.849.2
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.29

***Ігор Портнов,***
*аспірант кафедри конституційного права*
*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

# МІСЦЕ ПОЛІТИЧНИХ ПАРТІЙ У МОНІТОРИНГУ МІСЦЕВИХ ВИБОРІВ В УКРАЇНІ ТА ДЕРЖАВАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

*Важливою формою участі політичних партій на місцевих виборах є визначення ними офіційних спостерігачів на таких виборах. Здійснення моніторингу виборів – один із важливих складників демократичної форми організації виборів. У загальному вигляді здійснення моніторингу місцевих виборів полягає в тому, щоб установити, чи немає під час їх організації порушень виборчого законодавства, як виборчі органи здійснюють свої повноваження, чи виконують і як саме виконують покладені на них обов'язки; чи відповідає діяльність політичних партій, висунутих ними кандидатів до представницьких органів місцевого самоврядування чинному виборчому законодавству. Світова практика доводить, що здійснення моніторингу виборів є невід'ємною частиною виборчого процесу низки розвинутих демократичних країн, важливою формою реалізації демократії й залучення громадян до управління суспільством і державою. Важливо, щоб представники політичних партій зберігали статус спостерігачів не лише до тих пір, доки закінчиться процес голосування, а й доти, поки не розв'яжуться всі спори стосовно результатів голосування. Чинна практика закріплення правового статусу вітчизняних офіційних спостерігачів від організації партії на місцевих виборах загалом відповідає зарубіжному досвіду функціонування спостерігачів на місцевих виборах у державах ЄС, а саме: Хорватії, Франції. Варто відзначити, що в період виборчої кампанії на місцевих виборах політичні партії максимально залучають виборців як офіційними спостерігачами, так і як представників організації партії у відповідній виборчій комісії та уповноважених осіб організації партії, що сприяє мінімізації порушень виборчого законодавства й робить виборчий процес більш прозорим. Особливо це важливо в період передвиборної агітації та під час голосування й визначення результатів місцевих виборів, оскільки будь-які зловживання під час виборчого процесу призводять до обрання влади, яка не буде реалізовувати належне врядування в інтересах виборців, а отже, і не буде досягнуто цілей представницької демократії. Крім того, практика проведення місцевих виборів в Україні свідчить, що доволі часто партії внаслідок кадрового браку призначають офіційними спостерігачами кандидатів, які не мають відповідної фахової підготовки у сфері виборів.*

**Ключові слова:** місцеві вибори, політична партія, виборчий процес, виборці, держави ЄС, офіційні спостерігачі.

**Постановка проблеми.** Важливою формою участі політичних партій на місцевих виборах є визначення ними офіційних спостерігачів на таких виборах. Здійснення моніторингу виборів – один із пріоритетних складників демократичної форми організації виборів. Це зумовлено тим, що інститут контролю:

– обов'язковий елемент правової держави, важливий гарант верховенства права, умова й показник функціонування суспільства, зокрема політичного режиму, у межах Основного Закону;

– невід'ємний елемент механізмів поділу влади, противаг і стримувань;

– засіб виявлення й подолання в державі міжінституційних суперечностей і неузгодженостей;

– механізм захисту особи від зловживання владними повноваженнями;

– прояв влади народу безпосередньо й засіб забезпечення основних прав і свобод людини та громадянина;

– засіб самообмеження людини, громади й народу в інтересах суспільства.

**Мета статті** – з'ясувати місце політичних партій у виборчому процесі під час здійснення моніторингу місцевих виборів в Україні та державах Європейського Союзу.

**Виклад основного матеріалу.** Контроль у механізмі публічної влади, як прийнято називати в країнах із розвинутою демократією, визначається як організаційно-правова форма діяльності відповідних владних суб'єктів та органів, що має такі ознаки: різновид інституту влади, який здійснюється як постійно діючими, так і тимчасовими інституціями,

© І. Портнов, 2020

зокрема органами держави, безпосередньо пов'язаний із реалізацією їхніх повноважень; поширюється не тільки на сферу управління, а й на сферу нормотворчості, що здійснюється всіма інституціями публічної влади, зокрема органами державної влади та місцевого самоврядування, їх посадовими особами [1, с. 114].

У загальному вигляді здійснення моніторингу місцевих виборів полягає в тому, щоб установити, чи немає під час їх організації порушень виборчого законодавства, як виборчі органи здійснюють свої повноваження, чи виконують і як саме виконують покладені на них обов'язки, чи відповідає діяльність політичних партій, висунутих ними кандидатів до представницьких органів місцевого самоврядування чинному виборчому законодавству тощо. Також такий моніторинг має забезпечувати виявлення прогалин національного виборчого законодавства в регулюванні тих чи інших питань місцевих виборів, його недоліки, недостатню його відповідність виробленим світовою спільнотою міжнародним виборчим стандартам. Він сприяє прозорості проведення місцевих виборів, допомагає кращому втіленню принципу відкритості, прозорості функціонування влади, за яким усі публічні питання, що цікавлять суспільство, а вибори є саме такими, повинні розглядатися відкрито.

Світова практика доводить, що здійснення моніторингу виборів є невід'ємною частиною виборчого процесу низки розвинутих демократичних країн, важливою формою реалізації демократії й залучення громадян до управління суспільством та державою. Він сприяє тому, щоб всі суб'єкти виборчого процесу діяли в рамках закону та не порушували принципу законності проведення місцевих виборів. Здійснюється такий моніторинг спостерігачами, роль яких у різних країнах і за різних обставин не однакова. Також бувають різні спостерігачі на місцевих виборах – від міжнародних організацій, національних громадських організацій, окремих кандидатів, політичних партій – суб'єктів виборчого процесу на місцевих виборах. Щодо останніх, то їхня моніторингова діяльність на місцевих виборах є однією з форм контролю за діяльністю органів державної влади та місцевого самоврядування, яка, у свою чергу, є однією з головних функцій політичних партій.

Як зазначається в Доповіді про участь політичних партій у виборах, ухваленій Радою з демократичних виборів на 16 засіданні (Венеція, 16 березня 2006 року) та Венеціанською Комісією на 67 пленарній сесії (Венеція, 9–10 червня 2006 року): «Особливо важливо гарантувати можливість усіх партій і кандидатів мати спостерігачів. У цьому відношенні очевидно, що партії мають певні елементи – постійну організацію, членство, і т.д., які допомагають їм в цьому завданні, і що це набагато важче реалізувати іншим непартійним кандидатам. Ці спостерігачі повинні мати право наглядати за всіма сферами процесу голосування (виборчі скриньки, виборчі комісії усіх рівнів), втручатися – як мінімум, бути почутими – у вирішення можливих конфліктів та інформувати партії, які вони представляють, про проблеми, що виникають при спостереженні, щоб останні змогли подати скаргу на будь-яке рішення, законодавчо не обґрунтоване... Протягом виборчого процесу партійні спостерігачі та представники повинні насправді мати однакові можливості для захисту своїх інтересів у будь якій сфері політичної активності. Це зовсім не означає, як згадувалося раніше, що всі партії повинні брати участь у роботі кожного органу виборчої адміністрації, але передбачає, що всі конкурентні партії повинні мати право бути почутими у процесі прийняття рішень та оскаржити будь-яке рішення, яке вони вважають протиправним. Також важливо, щоб представники політичних партій зберігали статус спостерігачів не лише доки закінчиться процес голосування, але доти, поки не розв'яжуться всі спори стосовно результатів голосування» [2].

Відповідно до ст. 58 Виборчого кодексу України, у виборчому процесі можуть брати участь офіційні спостерігачі від кандидатів, партій (організацій партій) – суб'єктів виборчого процесу, від громадських організацій, яким у порядку, установленому цим Кодексом, надано дозвіл мати офіційних спостерігачів на відповідних виборах. Таким офіційним спостерігачем може бути особа, яка має статус виборця. Повноваження офіційних спостерігачів починаються з дня їх реєстрації відповідною виборчою комісією та припиняються після офіційного оголошення (офіційного оприлюднення) Центральною виборчою комісією, територіальною виборчою комісією результатів відповідних виборів. Також повноваження офіційного спостерігача на місцевих виборах від організації партії, кандидата, висунутого організацією партії, уважаються припиненими з моменту втрати відповідною організацією партії статусу суб'єкта виборчого процесу.

Офіційний спостерігач від організації партії на місцевих виборах здійснює спостереження за виборами в межах відповідного територіального округу, у якому він зареєстрований як спостерігач. Він повинен діяти чітко в рамках чинного законодавства, оскільки в разі встановлення фактів грубого або систематичного порушення ним Консти-

туції України та законів України виборча комісія, яка зареєструвала офіційного спостерігача, може достроково припинити його повноваження.

Стаття 239 Виборчого кодексу України уточнює, що у виборчому процесі можуть брати участь офіційні спостерігачі від організацій партій, які висунули виборчі списки, кандидатів у депутати в багатомандатних виборчих округах, кандидатів на посаду сільського, селищного, міського голови, старости села, селища.

Офіційний спостерігач на місцевих виборах від кандидатів, організацій партій реєструється виборчою комісією за поданням кандидата, уповноваженої особи організації партії у відповідному багатомандатному виборчому окрузі (уповноваженого на підставі довіреності представника організації партії), яке вноситься до відповідної територіальної виборчої комісії не пізніш як за п'ять днів до дня голосування (на паперовому носії та в електронному вигляді). Остання здійснює реєстрацію офіційних спостерігачів у відповідному виборчому окрузі, забезпечує виготовлення й видачу відповідних посвідчень за формою, установленою Центральною виборчою комісією, не пізніше ніж на третій день після внесення подання.

Зареєстрований офіційний спостерігач від організації партії на місцевих виборах має право:

1) бути присутнім із дотриманням вимог Виборчого кодексу України на засіданнях територіальної та дільничних виборчих комісій відповідного багатомандатного виборчого округу;

2) бути присутнім на зустрічах кандидатів, представників, уповноважених осіб організацій партій із виборцями, на передвиборних зборах, мітингах;

3) перебувати на виборчих дільницях під час голосування, спостерігати з будь-якої відстані за діями членів виборчої комісії, у тому числі під час видачі виборчих бюлетенів виборцям і підрахунку голосів виборців на виборчій дільниці й установлення підсумків голосування, не перешкоджаючи членам виборчої комісії фізично;

4) здійснювати фото-, відеозйомку та аудіозапис, не порушуючи при цьому таємниці голосування виборців;

5) бути присутнім під час голосування виборців за місцем їх перебування;

6) звертатися в порядку, установленому Виборчим кодексом України, із заявою чи скаргою до виборчих комісій у межах відповідного багатомандатного округу щодо усунення порушень виборчого законодавства України в разі їх виявлення;

7) скласти акт про виявлення порушення Виборчого кодексу України, що підписується ним і не менш як двома виборцями, які засвідчують факт такого порушення, із зазначенням їхніх прізвищ, імен по батькові, місця проживання та адреси житла й подати його до відповідної виборчої комісії чи до суду;

8) уживати необхідних заходів у межах законодавства щодо припинення протиправних дій під час голосування та підрахунку голосів виборців на виборчій дільниці;

9) отримувати копії протоколів та інших документів у випадках, передбачених Виборчим кодексом України;

10) реалізовувати інші права, передбачені Виборчим кодексом України для офіційних спостерігачів.

Офіційний спостерігач від організації партії не має права:

1) втручатися в роботу виборчої комісії, учиняти дії, що порушують хід виборчого процесу або перешкоджають членам виборчої комісії здійснювати свої повноваження;

2) заповнювати замість виборця (у тому числі на його прохання) виборчий бюлетень;

3) бути присутнім під час заповнення виборцем виборчого бюлетеня в кабіні для таємного голосування або в інший спосіб порушувати таємницю голосування [3].

Така практика закріплення правового статусу вітчизняних офіційних спостерігачів від організації партії на місцевих виборах загалом відповідає зарубіжному досвіду функціонування спостерігачів на місцевих виборах у державах ЄС. Так, у Хорватії правом здійснювати моніторинг місцевих виборів, який охоплює контроль усього виборчого процесу, особливо процес голосування, діяльність виборчих органів, а також знайомство з усіма виборчими матеріалами, наділені:

– спостерігачі від політичних партій, які зареєстровані в Хорватії й висунули список кандидатів на місцеві вибори та, відповідно, кандидатури;

– спостерігачі від виборців, які висунули список кандидатів на місцеві вибори та, відповідно, кандидатури;

– спостерігачі від неурядових організацій, які зареєстровані в Республіці Хорватія як організації, що здійснюють незалежний моніторинг виборчого процесу або реалізацію прав людини та громадянина;

– спостерігачі від міжнародних організацій, що діють у Республіці Хорватія.

Політичні партії можуть подати заявку на участь у моніторингу виборів з дати опублікування зведеного списку кандидатів. Разом із такою заявкою має бути подано свідоцтво про реєстрацію політичної партії. Ці доку-

менти, а також перелік спостерігачів подаються до компетентної жупанської виборчої комісії, на території якої буде здійснюватися моніторинг виборів, не пізніше ніж за п'ять днів до дня виборів (ст. 120 Закону про місцеві вибори). Під час реєстрації спостерігачів їм видається офіційне посвідчення, яке вони зобов'язані носити із собою протягом усього часу моніторингу виборчого процесу та діяльності виборчого органу.

Спостерігач від політичної партії під час виконання своїх повноважень має право бути присутнім на засіданнях відповідного виборчого органу під час його підготовки до виборів перед його відкриттям, під час голосування, підрахунку бюлетенів і визначення результатів голосування, а також під час заповнення підсумкового протоколу виборів виборчого комітету (при цьому він має право вносити в протокол обґрунтовані зауваження щодо діяльності виборчого комітету або долучити їх у письмовій формі до цього протоколу, виборчий комітет зобов'язаний прийняти ці зауваження та видати відповідний підтверджуючий документ із цього приводу). Також спостерігач має право вільно приходити й залишати виборчу дільницю, не порушуючи при цьому процедури голосування та роботи виборчого комітету. Він може вимагати копію або витяг з протоколу засідання виборчого органу, який він контролює, і має право бути присутнім на прийомі та передачі виборчих матеріалів. Загалом, відповідно до ст. 124 Закону про місцеві вибори, спостерігач має право контролювати весь виборчий процес і знайомитися з усіма виборчими матеріалами аж до оголошення офіційних остаточних результатів виборів.

Водночас спостерігач не має права відповідати на запитання виборців, якщо виборець звертається до нього, а зобов'язаний направити його до голови або члена виборчої комісії. Він не може втручатися в діяльність виборчого органу, не має права на аудіо- або відеозапис діяльності виборчого органу, не може носити значки, фотографії кандидатів або інші агітаційні матеріали партії чи будь-яким іншим способом впливати на волевиявлення виборців. Голова виборчого органу має право усно попередити спостерігача, який перешкоджає діяльності виборчого органу. Якщо спостерігач, незважаючи на попередження, продовжує перешкоджати діяльності виборчого органу, голова має право зобов'язати його залишити приміщення виборчого органу.

Виборчий орган не має права відмовити партії в моніторингу, але має право обмежувати кількість спостерігачів, якщо площа приміщень (або інші подібні причини) не дозволяє одночасного моніторингу всіх спостерігачів. При цьому політичні партії повинні мати можливість мати принаймні одного спостерігача на виборчій дільниці або у виборчому органі, а виборчі органи зобов'язані забезпечити спостерігачам можливість контролювати свою діяльність [4, с. 480–482].

Зарубіжна практика країн ЄС знає й інші моделі моніторингу місцевих виборів. Так, у Франції хоча виборче законодавство й передбачає для кандидатів мати своїх спостерігачів на місцевих виборах, однак при цьому відсутня будь-яка правова регламентація їхнього статусу. У зв'язку з цим на території цієї держави набуває все більшої ваги участь міжнародних спостерігачів. Зокрема, моніторинг виборів у Франції тривалий час здійснюється Організацією з безпеки та співробітництва в Європі (далі – ОБСЄ) на основі Копенгагенського документа, прийнятого 29 червня 1990 року державами-учасницями зустрічі з питань безпеки та співробітництва в Європі (CSCE). Цей Документ містить зобов'язання, зроблені державами-членами ОБСЄ щодо виборів. Зокрема, країни повинні докласти всіх зусиль, щоб вибори були вільними, справедливими, прозорими та демократичними.

Здійснення такого контролю за виборами передбачено й офісом демократичних інститутів і прав людини (далі – БДІПЛ) у Варшаві. Місія БДІПЛ зі спостереження за виборами має два завдання: оцінювати виконання зобов'язань країн-членів ОБСЄ та консультувати уряди з метою підвищення якості виборчих процесів у своїх країнах. Сьогодні методологія БДІПЛ визнана міжнародною спільнотою, вона ґрунтується на попередньому оцінюванні національних потреб щодо визначення формату виборчої місії БДІПЛ з моніторингу та відправки довгострокових спостерігачів, які працюють від 6 до 8 тижнів до виборів, а також короткострокових спостерігачів, які працюють за тиждень до виборів. Формат місій спостереження визначається конкретним видом і предметом (типом виборів). За результатами місії спостерігачів подається детальний звіт із рекомендаціями, який підлягає загальному оприлюдненню.

БДІПЛ тісно співпрацює з Парламентською асамблеєю ОБСЄ (далі – APOSCE), яка також відіграє важливу роль у здійсненні моніторингу місцевих виборів шляхом відправки короткострокових спостерігачів. Угода про співробітництво між БДІПЛ та APOSCE 1997 року передбачає призначення Головою ОБСЄ спеціального координатора (зазвичай парламентарія, інколи президента або віце-президента APOSCE),

який уповноважений від імені моніторингової місії зробити кінцевий звіт після виборів у країні. БДІПЛ також співпрацює з іншими міжнародними організаціями, які здійснюють моніторингові функції виборів, – Парламентською асамблея Ради Європи та Європарламентом. БДІПЛ контролює вибори в усіх регіонах ОБСЄ [5, с. 224–226].

**Висновки**

Варто відзначити, що в період виборчої кампанії на місцевих виборах політичні партії максимально залучають виборців як офіційними спостерігачами, так і як представників організації партії у відповідній виборчій комісії та уповноважених осіб організації партії, що сприяє мінімізації порушень виборчого законодавства й робить виборчий процес більш прозорим. Особливо це важливо в період передвиборної агітації та під час голосування й визначення результатів місцевих виборів, оскільки будь-які зловживання під час виборчого процесу призводять до обрання влади, яка не буде реалізовувати належне врядування в інтересах виборців, а отже, і не буде досягнуто цілей представницької демократії.

Водночас хочемо відзначити, що практика проведення місцевих виборів в Україні свідчить, що доволі часто партії внаслідок кадрового браку призначають офіційними спостерігачами кандидатів, які не мають відповідної фахової підготовки у сфері виборів. Тому вважаємо, що національному законодавцю варто врахувати цей факт і на законодавчому рівні передбачити, що офіційні спостерігачі на виборах (окрім спостерігачів від міжнародних організацій) повинні мати юридичну освіту або спеціальний сертифікат про проходження спеціальних курсів у сфері виборчого права при Центральній виборчій комісії чи навчальних закладах IV рівня акредитації, які готують фахівців у галузі права.

**Список використаних джерел:**

1. Зарубіжний досвід організації роботи місцевої влади : монографія / М.О. Пухтинський, П.В. Ворона, О.В. Власенко та ін. ; за заг. ред. П.В. Ворони. Харків : Вид-во ХарРІ НАДУ «Магістр», 2009. 280 с.

2. Доповідь про участь політичних партій у виборах, ухвалена Радою з демократичних виборів на 16 засіданні (Венеція, 16 березня 2006 року) та Венеціанською Комісією на 67 пленарній сесії (Венеція, 9–10 червня 2006 року). : https://pravo.studio/evropeyskoe-Назва з екрану.

3. Виборчий кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2020. № 7–9. Ст. 48.

4. Современные избирательные системы. Вып. 9 : Индонезия, Словакия, Филиппины, Хорватия / Л.М. Ефимова, И.А. Ракитская, А.Г. Орлов, К.А. Половченко ; науч. ред. А.В. Иванченко, В.И. Лафитский. Москва : РЦОИТ, 2014. 512 с.

5. Современные избирательные системы. Вып. 8 : Бразилия, Франция, Чехия, Южная Корея / А.Г. Орлов, М.А. Мещерякова, С.Я. Павлов, Т.О. Кузнецова ; науч. ред. А.В. Иванченко, В.И. Лафитский. Москва : РЦОИТ, 2012. 464 с.

**Ihor Portnov. Position of political parties in the monitoring of local elections in Ukraine and EU countries**

*Another form of political party participation in local elections is the appointment of official observers in such elections. Election monitoring is one of the important components of a democratic form of election organization. In general, the monitoring of local elections is to establish whether there are any violations of the election law in their organization, how the electoral bodies exercise their powers, whether they perform and how exactly they perform their duties; whether the activities of political parties nominated by them as candidates for representative bodies of local self-government comply with the current election legislation. World practice proves that election monitoring is an integral part of the electoral process of a number of developed democracies, an important form of democracy and citizen involvement in the management of society and the state. It is important that representatives of political parties retain observer status not only until the voting process is over, but until all disputes over the results of the vote have been resolved. The current practice of consolidating the legal status of domestic official observers from the organization of the party in local elections is generally in line with the foreign experience of local election observers in the EU, namely Croatia and France. It should be noted that during the local election campaign, political parties maximally involve voters both as official observers and as representatives of the party organization in the relevant election commission and party officials, which helps to minimize violations of election law and make the election process more transparent. This is especially important during campaigning and when voting and determining the results of local elections, as any abuse during the election process leads to the election of a government that will not exercise proper governance in the interests of the electorate and, consequently, will not achieve the goals of representative representation. democracy. In addition, the practice of holding local elections in Ukraine shows that quite often, due to staff shortages, parties appoint as official observers candidates who do not have the appropriate professional training in the field of elections.*

**Key words:** local elections, political party, electorate, EU countries, official observers.

УДК 342.72:342.565
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.30

***Софія Чорна,***
*суддя*
*Сихівського районного суду міста Львова*

# РОЛЬ СУДОВОЇ ВЛАДИ В КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОМУ МЕХАНІЗМІ ЗАХИСТУ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ

*Стаття присвячена визначенню місця й ролі судової влади в конституційно-правовому механізмі захисту прав і свобод людини. На основі аналізу норм Конституції України доведено, що судовий захист прав і свобод особи є самостійною функцією держави.*

*Право на судовий захист характеризується як обов'язковий елемент кожного суб'єктивного права особи, яке вона може реалізувати безпосередньо або через діяльність державних чи уповноважених державою організацій, що вживають заходи для відновлення порушеного права, припинення правопорушення та притягнення винних до відповідальності.*

*Стверджується, що під механізмом захисту прав і свобод людини варто розуміти цілісну, динамічну, законодавчо закріплену систему, що визначає суб'єктів, об'єкти, засоби та способи захисту прав і свобод, здатна усунути незаконні перешкоди для їх реалізації, запобігти їх подальшому вчиненню та притягнути винних у порушенні прав і свобод до юридичної відповідальності.*

*До структури механізму захисту прав і свобод людини запропоновано зарахувати дві системи: інституційну (організаційну) й функціональну. Інституційна система охоплює органи публічної влади, їх посадових і службових осіб, інститути громадянського суспільства (політичні партії та громадські об'єднання), міжнародні організації. Функціональна система – це діяльність суб'єктів, уповноважених здійснювати функцію захисту прав і свобод, що полягає в ужитті заходів, спрямованих на відновлення порушених прав і свобод, запобігання вчиненню порушень і притягнення порушників до відповідальності.*

*Нормативною базою механізму захисту прав і свобод людини є Конституція України, що закріплює основні права й свободи людини, гарантії їх реалізації та юридичні засоби захисту.*

*Судова влада визнається одним із найефективніших засобів захисту прав людини від порушень. Тому судова форма захисту визнається вищою формою захисту прав і свобод людини, яка забезпечує їй максимум процесуальних гарантій, а право на судовий захист – це засіб забезпечення передбаченої законом можливості людини звертатися до суду за захистом своїх прав і свобод.*

**Ключові слова:** судова влада, захист прав людини, судовий захист, право на захист, механізм захисту прав і свобод.

**Постановка проблеми.** Важливою умовою утвердження й розвитку України як правової держави, що заснована на засадах верховенства права, взаємній відповідальності між людиною та державою, є незалежно функціонуюча судова влада, здатна забезпечити справедливий та ефективний захист прав кожної людини.

Судовий захист прав і свобод людини – це самостійна функція держави, про що яскраво свідчить науковий аналіз норм Конституції України, зокрема в ч. 2 ст. 3 задекларовано, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави, утвердження й забезпечення прав і свобод є головним обов'язком держави; звернення до суду за захистом конституційних прав і свобод людини та громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується (ч. 3 ст. 8 Конституції України [1]).

Пріоритетною юридичною гарантією захисту конституційних прав і свобод людини та громадянина є їх судовий захист, що в Україні закріплений на конституційному рівні – у ч. 1 ст. 55 Основного Закону: «Права та свободи людини і громадянина захищаються судом». Юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір і будь-яке кримінальне обвинувачення (ч. 3 ст. 124 Конституції України) [1].

Наведений перелік конституційних норм доводить, що Українська держава не лише декларує й визнає основні права та свободи людини й громадянина, а й уважає захист прав і свобод людини однією з основних державних функцій, яку вона покладає на судову гілку влади. Із цього логічно випли-


© С. Чорна, 2020

ває, що роль і значення судової влади залежать від того, якою мірою її функціонування може впливати на правове становище (статус) людини в суспільстві, на взаємовідносини індивіда з державою.

Проблема конституційно-правового механізму захисту прав і свобод людини є багатоплановою, а тому її вивчення можна здійснювати за різними напрямами, які стосуються визначення кола прав і свобод, що підлягають захисту, характеристики способів захисту та юридичних гарантій здійснення тощо. Окрім того, проблема функціонування судової системи, здійснення правосуддя й роль суду в процесі захисту прав людини та громадянина сьогодні перебуває в центрі уваги науковців, юристів-практиків і законодавця.

Питання механізму його реалізації, забезпечення та захисту прав і свобод людини стали предметом наукових досліджень І. Бородіна, Н. Гетьманцева, О. Зайчука, М. Козюбри, А. Колодія, В. Копєйчикова, В. Скитовича, М. Орзіха, Н. Оніщенко, А. Олійника, О. Петришина, М. Полянського, П. Рабіновича, О. Скакун, М. Цвік, Т. Ярової та інших.

Право людини на судовий захист вивчали такі вчені: О. Антонюк, Ю. Барабаш, В. Бойко, В. Грибанов, А. Жуковський, А. Колодій, В. Маляренко, О. Марцеляк, В. Погорілко, Г. Тимченко, Ю. Тодика, М. Хавронюк та інші.

Проте, незважаючи на таку значну увагу науковців до цієї проблеми, роль і значення судової влади в конституційно-правовому механізмі захисту прав і свобод людини однозначно так і не визначено.

**Метою статті** є визначення місця та ролі судової влади в конституційно-правовому механізмі захисту прав і свобод людини в комплексному аналізі з конституційним правом людини на судовий захист.

**Виклад основного матеріалу.** Функціонування дієвих механізмів захисту прав людини є однією з ознак правової держави. Як слушно зазначив П. Рабінович, юридична захищеність людини та її прав – це одна з фундаментальних ознак правової держави, що покликана закріплювати, забезпечувати й захищати природні та невідчужувані права людини як вищої цінності [2, с. 781–782].

У зв'язку з цим неабиякого значення набувають різноманітні правові форми захисту прав і свобод, оскільки з їх допомогою створюються важливі передумови реалізації кожною особою своїх суб'єктивних прав і законних інтересів.

Забезпечення й захист прав людини є сферою, де перетинаються інтереси людини та суспільства, де закладаються фундаментальні засади правової держави й демократії. Тільки за умови активної ролі держави в здійсненні прав людини може функціонувати дієвий конституційний механізм захисту прав людини та сформуватися у свідомості людини уявлення про справедливість, ефективність чинної державної влади, що, своєю чергою, надасть їй ознак легітимності. У зв'язку з цим процес захисту прав людини варто визнати одним із найважливіших елементів легітимації державної влади. Отже, цілком закономірним є те, що практично всі без винятку державотворчі процеси, які відбуваються нині в Україні, безпосередньо пов'язані зі здійсненням принципу забезпечення й захисту прав і свобод людини.

Необхідно зауважити, що право на судовий захист є обов'язковим складником кожного суб'єктивного права особи, яке вона може реалізувати як безпосередньо, так і через діяльність державних чи уповноважених державою органів або організацій, які створюють необхідні умови, що сприяють відновленню порушеного права, припиненню правопорушення та притягненню винних до відповідальності.

У Сучасному тлумачному словнику поняття «захист» визначається як власне охорона, а «охороняти» – «оберігати когось, щось від небезпеки, загрози нападу, замаху тощо; стояти на варті біля чогось; вартувати, стерегти; забезпечувати, гарантувати недоторканність когось, чогось» [3, с. 619]. Тобто в загальному розумінні ці поняття тісно переплітаються між собою, проте зовсім не виражають якихось диференційних особливостей.

На противагу загальнонауковому підходу, у юридичному аспекті «охорона» (англійською – protection) є більш широким поняттям, ніж «захист» (англійською – enforcement). Ці терміни використовуються в різних юридичних термінологічних конструкціях для позначення низки нормативних категорій і понять, які потребують наукового тлумачення змісту й відповідного практичного застосування.

Проаналізувавши норми чинної Конституції України, можна зробити висновок, що термін «захист» уживається в юридичних конструкціях, що, зокрема, позначають, по-перше, юридичний обов'язок держави в особі уповноважених нею органів, організацій чи посадових осіб із захисту прав людини; по-друге, можливості особи реалізувати власне суб'єктивне право на захист у разі порушення її права. Тобто поняття «захист» пов'язане не зі звичною (нормальною) реалізацією прав, а лише з конкретним правопорушенням або оспорюванням прав.

Отже, право на захист є складником самого суб'єктивного права разом із правом

на власні дії, а також правом вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб. Право на захист може реалізовуватися як за ініціативою уповноважених державних органів, так і за ініціативою самої особи, яка потребує такого захисту.

За своєю сутністю захисту прав і свобод людини являє собою сукупність заходів організаційно-правового характеру, що спрямовані на правовий захист, усунення перешкод для реалізації суб'єктивних прав, відновлення порушених прав і застосування заходів покарання до суб'єкта правопорушення.

У сучасній науковій літературі активно обговорюється питання захисту конституційних прав і свобод людини та правового механізму його забезпечення в умовах сучасного конституціоналізму. Автори наукового видання «Проблем сучасної конституціоналістики» підкреслюють: «Належне функціонування правової системи сучасної України можливе за тільки за умови сприйняття громадянами її як засобу закріплення і відстоювання їх найважливіших потреб, у першу чергу безпеки. Таким чином, обов'язку держави встановити дієвий механізм захисту прав людини та громадянина, для того, щоб забезпечити правопорядок, кореспондує інтерес фізичної особи у реалізації своїх прав та ефективному захисті від порушення її прав різними суб'єктами» [4, с. 381].

А. Огородник під поняттям механізму захисту прав і свобод людини пропонує розуміти систему засобів і факторів, що створюють необхідні умови поваги до прав і свобод людини, реалізації принципу законності. Автор уважає, що на підставі аналізу чинного законодавства до такого механізму можна зарахувати досить розгалужену систему державних органів, громадських організацій, правові й нормативні акти, які в комплексному поєднанні здатні забезпечити реалізацію та захист прав людини. До зазначеної системи А. Огородник пропонує зарахувати: 1) органи державної влади та місцевого самоврядування, відповідних посадових і службових осіб; 2) спеціалізовані державні та громадські органи й організації, на які покладається захист прав і свобод людини та громадянина (наприклад, Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, суд, адвокатуру, прокуратуру тощо); 3) політичні партії та відповідні громадські організації, їхні органи; 4) засоби масової інформації, державні й недержавні органи та організації у галузі мас-медіа; 5) правові та нормативні акти матеріального і процесуального характеру, у яких закріплено права, порядок їх реалізації та захисту, а також юридична відповідальність за їх порушення; 6) правові акти (документи), що підтверджують наявність, межі й характер прав і свобод; 7) інші акти, що закріплюють інші соціальні норми (наприклад, статути політичних партій і громадських організацій, звичаєві норми тощо) [5, с. 14–15].

Отже, під механізмом захисту прав і свобод людини варто розуміти цілісну, динамічну, законодавчо закріплену систему, що визначає суб'єктів, об'єкти, засоби та способи захисту прав і свобод, здатну усунути незаконні перешкоди для їх реалізації, запобігти їх подальшому вчиненню та притягнути винних у порушенні прав і свобод до юридичної відповідальності.

Нормативною базою механізму захисту прав і свобод людини є Конституція України, яка закріплює основні права та свободи людини й громадянина, гарантії їх реалізації та охорони, а також перелік юридичних засобів захисту прав і свобод людини, використання яких має забезпечити відновлення в разі їх порушення.

Зазначений механізм є доволі складним явищем, що містить у структурі дві системи: інституційну (чи організаційну) та функціональну. До першої системи варто зарахувати органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших уповноважених суб'єктів, інститути громадянського суспільства (політичні партії та громадські об'єднання), міжнародні організації. Функціональна система механізму захисту включає практичну діяльність суб'єктів, уповноважених здійснювати функцію захисту прав і свобод, що складається із засобів і процедур, які спрямовані на відновлення порушених прав і свобод, запобігання вчиненню порушень і притягнення порушників до відповідальності.

Н. Аніщук та М. Афанасьєва вважають, що конституційний механізм захисту прав людини передбачає можливість багатоваріативної поведінки особи і складається з таких рівнів:

1) самозахист (необхідна оборона, відмова від виконання явно злочинного наказу чи розпорядження тощо), що здійснюється безпосередньо особою, права якої порушуються;

2) недержавний захист, що забезпечується інститутами громадянського суспільства (наприклад, діяльність політичних партій і громадських організацій, у які громадяни України об'єднуються для здійснення й захисту своїх прав і свобод і задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів (ст. 36 Конституції України [1]); діяльність адвокатури – спеціалізованого професійного громадського об'єднання, що покликане виконувати важливе соціальне призначення щодо забез-

печення права громадян на захист від обвинувачень і надання професійної правничої допомоги під час вирішення справ у судах та інших державних органах згідно зі ст. 131-2 Конституції України [1]. Адвокатура є правозахисною інституцією, що реалізує свої повноваження в тісній взаємодії із судами, органами нотаріату, юстиції, судово-експертними установами й іншими державними та недержавними організаціями);

3) державний захист прав людини відбувається під час діяльності органів законодавчої, виконавчої та судової влади, а також правоохоронних органів з метою підтвердження або відновлення оскарженого чи порушеного права людини. Особливу роль у захисті прав людини відіграють Президент України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Конституційний Суд України, суди загальної юрисдикції та прокуратура;

4) міжнародні стандарти прав людини, що регламентують не лише зміст самих прав і свобод, а й процедуру звернення зі скаргами та їх розслідування, забезпечуються діяльністю міжнародних правозахисних інституцій (Комітету ООН з прав людини, Комітету проти расової дискримінації, Комітету проти катувань, Комітету проти дискримінації щодо жінок, Європейського суду з прав людини тощо) [4, с. 396].

Діяльність судової гілки влади є одним із найефективніших засобів захисту прав людини та громадянина від порушень. Її завдання – відновлення порушених прав і свобод людини та громадянина. Варто погодитися з думкою учених А. Колодія й А. Олійника: «За років радянської влади судовий механізм захисту прав людини був декларативним і недієвим, а сам суд не був гілкою влади і залежав від партійних структур. Нині держава спрямовує всі зусилля для того, щоб цей вид захисту прав людини став найдієвішою формою захисту, як це реалізується в країнах зі сталю демократією» [6, с. 249]. Зазначене твердження особливо актуальне сьогодні, коли вдосконалюються конституційно-правові засади здійснення неупередженого правосуддя, зазнає реформаційних змін судова система для досягнення матеріальної, фінансової, кадрової незалежності суду, що сприятиме ефективному здійсненню судочинства.

Як зазначає М. Гаврильців, право людини на звернення до суду є «одним із фундаментальних прав людини, гарантованих на конституційному рівні. Закріплене в конституціях більшості розвинутих демократичних держав, воно посідає чільне місце в структурі конституційно-правового статусу людини та є необхідною умовою існування правової держави.

Судова форма захисту є вищою, порівняно з іншими, несудовими засобами, формою захисту суб'єктивних прав, свобод і законних інтересів, яка забезпечує всім зацікавленим особам максимум процесуальних гарантій. Тому право на судовий захист виступає засобом забезпечення передбаченої законом можливості людини звертатися до органів правосуддя за захистом її прав і законних інтересів» [7, с. 162].

На переконання А. Лужанського, специфіка судового захисту полягає в тому, що його ефективність є набагато вищою порівняно з іншими, несудовими засобами, оскільки: 1) захист у позасудовому порядку фактично є проханням або пропозицією добровільно чи в порядку адміністративного контролю усунути порушення й ліквідувати його негативні наслідки та ґрунтується на презумпції належної й добросовісної поведінки правопорушника; 2) судовий розгляд є єдиним остаточним законним засобом вирішення правового конфлікту; 3) під час розгляду конкретної справи суд має право на превентивний вплив у формі обов'язкових до виконання окремих ухвал (постанов) щодо запобігання надалі виникненню причин та умов, що призвели до порушення прав; 4) судові рішення, які набрали законної сили, як правило, мають остаточний характер; виконання судового рішення щодо питань факту чи права забезпечене державним примусом [8, с. 45].

Правосуддя, що здійснюється судами, є найбільш надійним і цивілізованим способом захисту прав і свобод людини та громадянина, а судова форма захисту прав і свобод людини є найбільш демократичною й максимально пристосованою до повного, усебічного й об'єктивного виявлення фактичних обставин і причин виникнення різноманітних спорів, учинених правопорушень і встановлення істини у справах, що знаходяться на розгляді в судах. Суди наділені всіма необхідними повноваженнями для того, щоб реалізувати функцію захисту прав і свобод людини в разі їх порушення чи необґрунтованого обмеження.

**Висновки**

Отже, під механізмом захисту прав і свобод людини варто розуміти цілісну, динамічну, законодавчо закріплену систему, що визначає суб'єктів, об'єкти, засоби та способи захисту прав і свобод, здатна усунути незаконні перешкоди для їх реалізації, запобігти їх подальшому вчиненню та притягнути винних у порушенні прав і свобод до юридичної відповідальності.

Нормативною базою механізму захисту прав і свобод людини є Конституція України, яка закріплює основні права та свободи

людини й громадянина, гарантії їх реалізації та охорони, а також перелік юридичних засобів захисту прав і свобод людини, використання яких має забезпечити відновлення в разі їх порушення.

Зазначений механізм містить у структурі дві системи: інституційну (чи організаційну) та функціональну. До першої системи належать органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові й службові особи, інші уповноважені суб'єкти, інститути громадянського суспільства (політичні партії та громадські об'єднання), міжнародні організації. Функціональна система механізму захисту включає практичну діяльність суб'єктів, уповноважених здійснювати функцію захисту прав і свобод, що складається із засобів і процедур, які спрямовані на відновлення порушених прав і свобод, запобігання вчиненню порушень і притягнення правопорушників до відповідальності.

Судова влада є одним із найефективніших засобів захисту прав людини та громадянина від порушень. Її завдання – відновлення порушених прав і свобод людини та громадянина. Судова форма захисту є вищою формою захисту прав і свобод людини, яка забезпечує їй максимум процесуальних гарантій. Тому право на судовий захист є засобом забезпечення передбаченої законом можливості людини звертатися до органів правосуддя за захистом своїх прав, свобод і законних інтересів.

**Список використаних джерел:**

1. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр.

2. Рабінович П.М. Права людини (юридична захищеність). *Міжнародна поліцейська енциклопедія* : у 10 т. / відп. ред. Ю.І. Римаренко, Я.Ю. Кондратьєв, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко. Київ : Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. Т. II : Права людини у контексті поліцейської діяльності. 1224 с.

3. Сучасний тлумачний словник української мови / за заг. ред. В.В. Дубічинського. Харків : ВД «ШКОЛА», 2011. 1008 с.

4. Проблеми сучасної конституціоналістики : навчальний посібник / Н.В. Аніщук, М.В. Афанасьєва та ін. ; за заг. ред. А.Р. Крусян та А.А. Єзерова. Київ : Юрінком Інтер, 2018. 524 с.

5. Огородник А.П. Механізм забезпечення прав і свобод людини та принципи законності в Україні. *Право України*. 2008. № 6. С. 14–18.

6. Колодій А.М., Олійник А.Ю. Права людини і громадянина в Україні : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2004. 336 с.

7. Гаврильців М.Т. Захист законного інтересу як передумова на звернення до адміністративного суду: поняття, сутність, види. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія «Юридична»*. 2016. Вип. 4. С. 161–171.

8. Лужанський А.В. Конституційна природа права на доступ до правосуддя в Україні. *Вісник Верховного Суду України*. 2010. № 10 (122). С. 45–48.

**Sofia Chorna. The role of the judiciary in the constitutionally-legal mechanism of protection of human rights and freedoms**

*The article is devoted to defining the place and role of the judiciary in the constitutional mechanism of protection of human rights. Based on the analysis of the norms of the Constitution of Ukraine, it is proved that judicial protection of human rights and freedoms is an independent function of the state.*

*The right to judicial protection is characterized as a mandatory element of subjective right of a person, exercised directly or through the activities of state or state-authorized organizations that take measures to restore the violated right, stop the offense and bring the perpetrators to justice.*

*It is argued that the mechanism of protection of human rights should be understood as a holistic, dynamic, legally established system that defines the subjects, objects, means and methods of protection of rights and freedoms, able to eliminate illegal obstacles to their implementation, prevent their further commission and bring those guilty of violating rights and freedoms to justice.*

*The structure of the mechanism of protection of human rights is proposed to include two systems: institutional (organizational) and functional. The institutional system includes: public authorities, their officials and officials, civil society institutions, international organizations. The functional system is the activity of the entities authorized to perform the function of protection of rights and freedoms, take measures aimed at restoring violated rights and freedoms, preventing violations and bringing violators to justice.*

*The normative basis of the mechanism of protection of human rights and freedoms is the Constitution of Ukraine, which enshrines human rights and legal remedies.*

*The judiciary is recognized as one of the most effective means of protecting human rights from violations. Therefore, the judicial form of protection is recognized as the highest form of protection of human rights and freedoms, which provides it with maximum procedural guarantees, and the right to judicial protection is a means of ensuring the legal possibility of a person to go to court to protect their rights and freedoms.*

**Key words:** judiciary, protection of human rights, judicial protection, right to protection, mechanism of protection of rights and freedoms.

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.31

***Павло Коломієць,***
*канд. юрид. наук, доцент,*
*доцент кафедри правознавства*
*Полтавського інституту економіки і права*

# ПРОБЛЕМАТИКА МЕТОДОЛОГІЇ ДОСЛІДЖЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОДАТКОВОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ: КОНЦЕПТУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ

*Метою статті є характеристика концептуальних особливостей проблематики методології дослідження правового регулювання податкової безпеки України. Основне завдання методології дослідження повинно полягати в забезпеченні наукового пізнання системою строго вивірених і таких, що пройшли апробацію, принципів, методів, правил і норм діяльності науковця. Варто наголосити, що концептуальною особливістю проблематики методології дослідження правового регулювання податкової безпеки України є відсутність «системи строго вивірених і таких, що пройшли апробацію, принципів, методів, правил і норм діяльності науковця» з даного напряму наукового пізнання.*

*Отже, для досягнення успіху у своїй дослідницькій діяльності стосовно пізнання проблематики правового регулювання податкової безпеки України, автор повинен був опанувати «евристичну технологію правового мислення».*

*У процесі виконання основного завдання даного дослідження визначено, що наукове пізнання правового регулювання податкової безпеки в Україні забезпечено системою методів, сформованих на основі сучасних реалій суспільних відносин у сфері податкової безпеки.*

*Результати дослідження концептуальних особливостей проблематики методології дослідження правового регулювання податкової безпеки України свідчать про те, що головною віссю національної безпеки є податкова безпека, адже всі галузі національної безпеки спираються на фінансування з державного бюджету, найвагомішим наповнювачем якого є податки.*

*Як відомо, міцність ланцюга вимірюється найслабшою його ланкою. З точки зору національної безпеки як ланцюжка маємо констатувати, що його найслабшою ланкою виступає податкова безпека. Дане явище проявляється у неможливості потужного наповнення державного бюджету, зокрема, через наявні ризики, що загрожують податковій безпеці.*

*Складається враження, що про податкову безпеку України за весь час незалежної України воліли не згадувати. На нашу думку, період незалежності України можна назвати періодом суцільної прокрастинації стосовно правового забезпечення податкової безпеки.*

**Ключові слова:** Податковий кодекс України, податкова безпека, економічна безпека, національна безпека, методологія дослідження.

**Постановка проблеми.** Основне завдання методології дисертаційного дослідження повинно полягати в забезпеченні наукового пізнання системою строго вивірених і таких, що пройшли апробацію, принципів, методів, правил і норм діяльності науковця.

У юридичній науці поняття «методологія» використовується в двох значеннях: по-перше, як система принципів і способів, що використовується дослідником у своїй теоретичній та практичній діяльності для вивчення проблем права; по-друге, як вчення про цю систему, що забезпечує науковий пошук відповідей на виникаючі перед дослідником питання [1].

Варто наголосити, що концептуальною особливістю проблематики методології дослідження правового регулювання податкової безпеки України є відсутність «системи строго вивірених і таких, що пройшли апробацію, принципів, методів, правил і норм діяльності науковця» з даного напряму наукового пізнання. Тому для досягнення успіху у своїй дослідницькій діяльності стосовно пізнання проблематики правового регулювання податкової безпеки України автор повинен був опанувати «евристичну технологію правового мислення» [1].

Евристика (від грецьк. – знаходжу) – термін, яким позначають галузь знання про

© П. Коломієць, 2020

творчу діяльність, пов'язану з пошуками шляхів відкриття нового в судженнях, ідеях, способах діяння. Основним завданням евристики є створення моделей пошуку нового розв'язання завдання. Евристичні моменти виявляються тоді, коли наявні умови не підказують людині способу розв'язання певного завдання і минулий досвід не містить у собі готової схеми, що могла би бути застосована за даних умов. Для виходу з проблемної ситуації створюють нову стратегію діяльності [2, с. 183].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** М. О. Баймуратов у науковому пошуку щодо дискреційних повноважень органів місцевого самоврядування дослідив методологічні підходи до їх розуміння та визначення, зазначивши, що дискреція виникає як об'єктивна та природна потреба посадової (службової) особи або уповноваженого органу діяти на свій розсуд, без узгодження з будь-яким іншим суб'єктом, з метою більш чіткого та якісного виконання зазначених повноважень [3].

Досліджуючи співвідношення відносин щодо забезпечення економічної безпеки з адміністративно- і господарсько-правовими відносинами Б. В. Деревянко порівняв напрями досліджень відносин із забезпечення економічної безпеки суб'єктів господарювання в межах економічних і правових наук. Науковцем запропоновано розглядати правові відносини із забезпечення економічної безпеки суб'єктів господарювання з використанням механізмів різних правових наук і в межах нової юридичної наукової спеціальності [4].

Д. А. Керимов у своїй монографії «Методологія права (предмет, функції, проблеми філософії права)» докладно аналізує шляхи, методи і засоби дослідження одного зі складних соціальних феноменів – права. Автор виходить із того, що методологічну функцію в правознавстві покликана виконувати насамперед філософія права – один з основних напрямів загальної теорії права [5].

Т. А. Латковська стверджує, що основними методами дослідження, які застосовуються наукою фінансового права, є: формально-догматичний, порівняльно-правовий, історико-правовий, соціологічний, структурно-функціональний тощо. Шляхом застосування формально-догматичного методу здійснюються тлумачення та класифікація сукупності фінансово-правових норм, їх втілення у нормативно-правових актах та реалізація у практиці правозастосування. Порівняльно-правовий метод дозволяє розкрити сутнісні ознаки фінансово-правових явищ у різних правових системах, є способом перенесення та ефективного впровадження переваг і здобутків аналогічних зарубіжних моделей фінансово-правового регулювання у вітчизняну практику. Історико-правовий метод дозволяє виявити тенденції виникнення і розвитку різних фінансово-правових процесів і їх правове регулювання. Наявні проблеми сучасного фінансового права можуть бути вирішені лише з урахуванням накопиченого у минулому досвіду, з вивченням положень та висновків, сформульованих фінансово-правовою наукою на попередніх етапах її становлення. Соціологічний метод у науці фінансового права вказує на її взаємозв'язок і взаємозумовленість з правовою практикою. Структурно-функціональний метод наукового пізнання у науці фінансового права є сукупністю логічних прийомів і засобів дослідження структури певного явища шляхом характеристики системних зв'язків, взаємодії та функціонування елементів цієї структури. Даний метод широко застосовується у фінансово-правовій науці, оскільки дозволяє чітко структурувати знання про фінансове право як систему відповідних правових норм та інститутів. Предмет, мета і методи дослідження зумовлюють зміст знань, що становлять науку фінансового права і систематизують ці знання [6].

У дослідженні І. С. Луценко висвітлено методичний підхід до оцінювання рівня податкової безпеки держави як стратегічного складника фінансової безпеки держави, що, на думку вченої, дозволить започаткувати об'єктивний та якісний регулярний моніторинг рівня податкової безпеки держави та запропонувати заходи щодо зміцнення податкової безпеки держави, визначити загрози, які найбільш суттєво впливають на виявлені негативні довгострокові тенденції [7].

Ю. М. Оборотов, дослідивши аспекти розгортання методології юриспруденції, стверджує, що відбувся рух у самому розумінні змісту методології юриспруденції до з'єднання інструментального та функціонального призначення методології. Показовим у цьому сенсі, вказує автор, є обґрунтування у дисертаційних дослідженнях різноманітних підходів, що становлять сучасну методологію юриспруденції. Серед найбільш характерних для сучасних розробок, зауважує науковець, можуть бути названі такі підходи, як антропологічний, аксіологічний, цивілізаційний, синергетичний і герменевтичний. По суті, кожен із названих підходів визначає стратегію дослідних пошуків у взаємозв'язку юриспруденції з правом і державою. Автор констатує, що сучасна методологія юриспруденції плюралістична за своєю природою, оскільки стверджує наявність різних підходів

до одного й того ж об'єкта: права і держави. Водночас це розмаїття підходів є свідченням переходу методології юриспруденції на новий рівень розвитку. Чим більше підходів пропонує методологія до осягнення об'єкта, резюмує Ю. М. Оборотов, тим ширші можливості для його багатогранного аналізу юридичною наукою і тим вищою є ефективність наукових досліджень права і держави [8].

М. І. Панов у своєму дослідженні «Проблеми методології формування категоріально-понятійного апарату юридичної науки» констатує, що юридична наука за своїм змістом становить відносно розвинену систему упорядкованих знань про державно-правові явища, закономірності їх існування і розвитку. Системоутворюючими елементами цієї науки виступають: наукові гіпотези, правові ідеї і теорії (спеціальні теорії), концепції, методи, методики і принципи наукового пізнання, правові інститути, норми і юридичні конструкції, факти і явища правової реальності [9].

Підсумовуючи результати дослідження деяких сучасних тенденцій методології вітчизняного загальнотеоретичного правознавства, П. М. Рабінович зазначає, що трансформаційні зрушення у методології вітчизняного правознавства, поряд із певними позитивними здобутками, не позбавлені й деяких спільних для них проблем. До останніх належить, зокрема, те, що у виборі та застосуванні окремих дослідницьких методів і засобів подекуди має місце відхід від доведених суспільним досвідом аксіоматичних постулатів наукового пізнання – насамперед таких, як-от: зумовленість вибраних методів дослідження його предметом; обов'язковість встановлення об'єктивної істини, достовірність якої можна довести і перевірити, спираючись на такий досвід як на її надійний об'єктивний критерій; необхідність виявлення соціальної сутності правових і державних явищ. Науковець підкреслює, що більшість із новелізованих підходів і методів юридичної науки являють собою не що інше, як сучасну, зумовлену соціально-природними змінами й приростом наукових знань, подальшу конкретизацію класичних принципів і вимог діалектики – «вічнозеленої» пізнавальної парадигми будь-якої теорії [10].

Досліджуючи проблеми розвитку методології права, О. І. Ющик стверджує, що соціально-економічні й політичні процеси останніх десятиліть у країнах Східної Європи та СНД суттєво вплинули на розвиток суспільної свідомості в цих країнах, що характеризується докорінним руйнуванням соціально-психологічних та ідеологічних стереотипів. Не залишилися незайманими також правосвідомість і праворозуміння. При цьому ревізуються не якісь другорядні висновки юридичної науки, йдеться про упровадження принципово нових, відмінних від попередніх, концепцій розуміння права як соціального явища, про піднесення його на інший рівень на основі так званої сучасної методологічної бази. А проте переконливих теоретичних здобутків від вказаної ревізії юридична наука за більш як два десятиліття все ще не має. Це, стверджує О. І. Ющик, дає підстави для висновку не просто про методологічну кризу в сучасній юридичній науці, а про повернення розвитку методології пізнання права у напрямі регресу [11]. У зв'язку з цим виникає потреба у критичному осмисленні сучасної методологічної бази на предмет відповідності останньої закономірностям розвитку методології пізнання права.

**Метою статті** є характеристика концептуальних особливостей проблематики методології дослідження правового регулювання податкової безпеки України.

**Виклад основного матеріалу.** Починаючи зі здобуття незалежності в Україні ухвалено три нормативно-правові акти, які безпосередньо стосуються правового регулювання суспільних відносин у сфері національної безпеки, а саме:

1) Постанова Верховної Ради України від 16.01.1997 року № 3/97-ВР «Про Концепцію (основи державної політики) національної безпеки України» [12];

2) Закон України від 19.06.2003 року № 964-IV «Про основи національної безпеки України» [13];

3) Закон України від 21.06.2018 року № 2469-VIII «Про національну безпеку України» [14].

Проте у жодному з них немає і згадки про податкову безпеку України. Складається враження, що про податкову безпеку України за весь час незалежної України воліли не згадувати.

На нашу думку, період незалежності України можна назвати періодом суцільної прокрастинації стосовно правового забезпечення податкової безпеки.

Прокрастинація – це зволікання, акт непотрібного відстрочення завдань до рівня відчуття суб'єктивного дискомфорту [15].

У процесі виконання основного завдання даного дослідження визначено, що наукове пізнання правового регулювання податкової безпеки в Україні забезпечено системою методів, сформованих на основі сучасних реалій суспільних відносин у сфері податкової безпеки.

Використання діалектичного методу пізнання суспільних відносин, що виникають у сфері застосування податкової безпеки, дозволило об'єктивно оцінити справжній стан правового регулювання податкової безпеки в його історичному розвитку як об'єктивного процесу становлення цього правового явища у всій повноті його форми з притаманним йому суперечностями та визначити доцільність цивілізаційних витоків його зародження, утворення, становлення та існування в Україні.

Системний метод надав можливість розглянути правове явище – податкову безпеку – в контексті історико-правових засад виникнення і розвитку її правового регулювання. З цією метою із загального масиву податкового законодавства України були відібрані та систематизовані нормативні акти, що прямо чи опосередковано стосуються або регулюють суспільні відносини у сфері податкової безпеки.

Дієвим інструментом для вирішення поставленого завдання став метод наукового дослідження – історико-правовий метод теоретичного пошуку, за допомогою якого у хронологічній послідовності проведено всебічне дослідження ґенези і закономірностей розвитку законодавства у сфері правового регулювання податкової безпеки в Україні.

Для впорядкування різноманітного нормативно-правового матеріалу у сфері податкової безпеки застосовано метод періодизації.

Керуючись науковим методом комплексного аналізу змін, що відбувалися у законодавчій царині податкової безпеки, та для пояснення і обґрунтування застосованих нами способів впорядкування масиву законодавчого матеріалу за просторовими критеріями періодизації автором було застосовано теоретичний науковий метод гіпотези як форми пізнання сучасної наукової проблеми правового регулювання податкової безпеки, яка ще не слугувала предметом наукових пошуків вітчизняних науковців-юристів.

На основі результатів теоретичного методу аналізу нормативно-правових актів органів влади у сфері податкової безпеки України простежено процес формування правових засад податкової безпеки та з'ясовано місце правового регулювання податкової безпеки в проблематиці відповідності податкової політики держави викликам сучасності.

На підставі такого методу наукового пізнання, як класифікація, здійснено розподіл, групування та систематизацію законодавчого матеріалу за певними ознаками, факторами й критеріями, що стало підґрунтям авторської періодизації основних віх історії становлення, формування і розвитку законодавства у сфері правового регулювання податкової безпеки України.

Для дослідження історико-правових аспектів становлення і розвитку законодавства у сфері правового регулювання податкової безпеки України використано формально-правовий метод. Застосування цього методу забезпечило можливість отримання достовірних результатів наукового пошуку шляхом опису, класифікації й систематизації, формулювання, пояснення, аргументації і критики визначення понять нормативно-правових актів у сфері правового регулювання податкової безпеки.

**Висновки**

Результати дослідження концептуальних особливостей проблематики методології дослідження правового регулювання податкової безпеки України свідчать про те, що головною віссю національної безпеки є податкова безпека, адже всі галузі національної безпеки спираються на фінансування з державного бюджету, найвагомішим наповнювачем якого є податки.

Як відомо, міцність ланцюга вимірюється найслабшою його ланкою. З точки зору національної безпеки як ланцюжка маємо констатувати, що його найслабшою ланкою виступає податкова безпека. Дане явище проявляється у неможливості потужного наповнення державного бюджету, зокрема, через наявні ризики що загрожують податковій безпеці.

**Список використаних джерел:**

1. Гуляихин В.Н. К вопросу о методологии диссертационных работ в юридической науке. *Юридические исследования*. 2012. № 1. С. 92–106.

2. Філософський енциклопедичний словник / В.І. Шинкарук (гол. редкол.) та ін. Київ: Абрис, 2002. 742 с.

3. Баймуратов М.О. Дискреційні повноваження органів місцевого самоврядування в сфері захисту прав людини: методологічні підходи до розуміння та визначення. *Публічне право*. 2019. № 2. С. 31–41.

4. Деревянко Б.В. Соотношение отношений по обеспечению экономической безопасности с административно- и хозяйственно-правовыми отношениями. *Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності*. 2014. № 4 (51). С. 168–176.

5. Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). 2-е изд. Москва: Аванта+, 2001. 560 с.

6. Латковська Т.А. Розвиток науки фінансового права – запорука розвитку Української держави. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2012. Т. 12. С. 9–18.

7. Луценко І.С. Методичний підхід до оцінювання рівня податкової безпеки держави. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Економічні науки»*. 2015. Вип. 12(2). С. 159–163.

8. Оборотов Ю.М. Аспекти розгортання методології юриспруденції. *Право України*. 2014. № 1. С. 33–39.

9. Панов М.І. Проблеми методології формування категоріально-понятійного апарату юридичної науки. *Право України*. 2014. № 1. С. 50–60.

10. Рабінович П.М. Методологія вітчизняного загальнотеоретичного праводержавознавства: деякі сучасні тенденції. *Право України*. 2014. № 1. С. 11–21.

11. Ющик О.І. До проблеми розвитку методології права. *Право України*. 2014. № 1. С. 40–49.

12. Про Концепцію (основи державної політики) національної безпеки України : Постанова Верховної Ради України від 16.01.1997 року № 3/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 10. Ст. 85.

13. Про основи національної безпеки України: Закон України від 19.06.2003 року № 964-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 39. Ст. 351.

14. Про національну безпеку України: Закон України від 21.06.2018 року № 2469-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 31. Ст. 241.

15. Solomon L.J., Rothblum E.D. (1984). Academic procrastination: Frequency and cognitive-behavioral correlates. *Journal of Counseling Psychology*, 31. P. 503–509.

**Pavlo Kolomiiets. Problems of the methodology for researching the legal regulation of Ukraine's tax security: conceptual features**

*The purpose of the article is to characterize the conceptual features of the methodology of research of legal regulation of tax security of Ukraine. The main task of the research methodology should be to provide scientific knowledge of a system of strictly verified and tested principles, methods, rules and norms of the scientist. It should be emphasized that the conceptual feature of the methodology of research of legal regulation of tax security of Ukraine is the lack of "system of strictly verified and tested principles, methods, rules and norms of the scientist" in this area of scientific knowledge.*

*Therefore, in order to succeed in his research activities on knowledge of the legal regulation of tax security of Ukraine, the author had to master the "heuristic technology of legal thinking."*

*Performing the main task of the methodological foundations of this study, scientific knowledge of the legal regulation of tax security in Ukraine is provided by a system of methods formed on the basis of modern realities of public relations in the field of tax security.*

*The results of the study of the conceptual features of the methodology of research of legal regulation of tax security of Ukraine show that the reference axis of national security is tax security, because all areas of national security are based on funding from the state budget, the most important filler of which is taxes.*

*It is known that the strength of a chain is measured by its weakest link. From the point of view of national security as a chain, we must state that its weakest link is tax security. This phenomenon is manifested due to the impossibility of a strong filling of the state budget, in particular, due to the existing risks that threaten tax security.*

*It seems that it was preferred not to mention the tax security of Ukraine during the whole period of independent Ukraine. In our opinion, the period of Ukraine's independence can be called a period of continuous procrastination in terms of legal security of tax security.*

**Key words:** Tax Code of Ukraine, tax security, economic security, national security, research methodology.

УДК 346.1;346.5;346.54
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.32

***Ніно Пацурія,***
*докт. юрид. наук, професор,*
*провідний науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки*
*Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва*
*імені академіка Ф.Г. Бурчака*
*Національної академії правових наук України,*
*професор кафедри господарського права*
*Інституту права*
*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

# ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЦИФРОВІЗАЦІЇ ВІДНОСИН ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ СПОЖИВАЧІВ НЕБАНКІВСЬКИХ ФІНАНСОВИХ ПОСЛУГ

*Сучасна економіка, перебуваючи в процесі модернізації, знаходиться на тій стадії розвитку, коли новітні ІТ-технології проникають в усі сфери життєдіяльності її суб'єктів.*

*Ринок небанківських фінансових послуг не є винятком. В Україні, на відміну від країн із розвиненою ринковою економікою, існує ряд проблем, які стримують вказані процеси.*

*Варто відзначити, що на сьогодні проблеми забезпечення законодавства, яке врегульовує відносини у сфері цифрової економіки, доречно розглядати з позиції захисту справ споживачів ринку небанківських фінансових послуг (що нами вже досліджувалося окремо [1]), зокрема в частині запровадження електронного урядування Національним банком України (далі – НБУ) як органом державного нагляду за діяльністю суб'єктів надання таких послуг, що прямо або опосередковано спрямоване на захист прав та законних інтересів споживачів.*

*Європейський досвід доводить, що правові режими різних державних систем світу, з метою захисту прав споживачів, в основу споживацького законодавства покладають концепцію захисту прав слабкої сторони. Основна ідея такої концепції полягає у визнанні споживача як найбільш незахищеної (економічно та інформаційно) сторони у договірних правовідносинах із суб'єктами, що виробляють товари, здійснюють роботи робіт, надають послуги.*

*Сучасне українське законодавство про захист прав споживачів на найвищому рівні фактично підтримує таку концепцію, його норми врегульовують, що фізична особа-споживач у відносинах із суб'єктами господарювання є слабкою стороною і встановлює, відповідно, певний інструментарій спрямований на його (особи) захист. Зважаючи на динаміку розвитку, стрімкість змін (як фактичних, так і законодавчих), складність та диференційованість ринку небанківських фінансових послуг, множинність та специфіку суб'єктів їх надання, об'єктивна дійсність вимагає належного ставлення до центральної фігури таких відносин – споживача, передусім у царині належного і всебічного захисту їхніх прав та законних інтересів.*

**Ключові слова:** цифровізація, цифровий розвиток, цифрова економіка, цифрові інновації, електронне урядування, розвиток інформаційного суспільства.

**Постановка проблеми.** Домінуюча тенденція захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні, що знаходить своє втілення у новітніх нормативно-правових актах, не відповідає сучасним викликам, які виникають щоденно на таких «складних» ринках, не захищає на належному рівні права та законні інтереси споживачів та не відповідає сучасним світовим тенденціям захисту інтересів вказаних осіб. Це, зокрема, обумовлено відсутністю достатнього законодавчого закріплення належного рівня діджиталізації діяльності органів державної вдали в частині державного нагляду за діяльністю суб'єктів ринку небанківських фінансових послуг та електронної взаємодії із всіма учасниками вказаних правовідносин, що безпосередньо впливає на рівень захисту прав та законних інтересів споживачів.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Проблеми реалізації окремих аспектів захисту прав споживачів висвітлені у працях таких вчених, як: Ch. Jayasinghe [2], А. Барбук [3], Л. Левчук [4], М. Казаков [5], Н. Кисе-


© Н. Пацурія, 2020

лева [6], Г. Осетинська [7], Ю. Фогельсон [8] та інші.

Окремі аспекти цифровізації певних видів правовідносин висвітлювалися у працях таких науковців, як: В. Кочин [9], К. Єфремова [10], Л. Майданик [11], О. Беляневич [12], О. Шаповалова [13], О. Гончаренко [14], Н. Пацурія [15], Ю. Борисова [16] та ін.

Правові проблеми функціонування цифрової економіки ґрунтовно досліджувалися О. Вінник [17].

Проте жодне з досліджень, наявних у господарсько-правовій науці, не торкалися всебічного аналізу доцільності та необхідності цифровізації відносин щодо захисту прав та законних інтересів споживачів небанківських фінансових послуг.

**Метою статті** є спроба висвітлення основних проблемних аспектів та напрямів сучасного стану цифровізації відносин щодо захисту прав та законних інтересів споживачів небанківських фінансових в ракурсі вирішення ключових проблем їх правового регулювання, зумовлених необхідністю використання цифрових технологій.

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Обраний Україною курс на євроінтеграцію передбачає впровадження стандартів та процедур, прийнятих в країнах-членах ЄС щодо електронного урядування. Саме тому аналіз впровадження сучасних засобів та схем електронної комунікації (взаємодії) між органами державної влади та суб'єктами господарювання, з метою захисту прав та законних інтересів споживачів небанківських фінансових послуг, потребує детального дослідження окремих аспектів новітнього стану та трендів, що існують у певних галузях економіки України, в частині переходу на систему електронного урядування [1, с. 236].

Прикладом такого аналізу може слугувати практика діяльності чинного (НБУ) та попереднього (Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг – Нацкомфінпослуг) органів державного нагляду за ринками небанківських фінансових послуг, які поступово у своїй діяльності почали перехід на засади електронної взаємодії із суб'єктами ринку такої діяльності та споживачами, тим самим підтримуючи положення законодавства щодо формування сприятливих умов для розбудови інформаційного суспільства, соціально-економічного, політичного і культурного розвитку держави з ринковою економікою, що керується європейськими політичними та економічними цінностями, підвищення якості життя громадян, створення широких можливостей для задоволення потреб і вільного розвитку особистості, підвищення конкурентоспроможності України, вдосконалення системи державного управління (регулювання, контролю, нагляду) за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій із метою стимулювання розвитку та активізації діяльності ринку небанківських фінансових послуг та інтеграції останніх у європейську та світову спільноту на засадах електронної економіки.

Активний розвиток ринку небанківських фінансових послуг вимагає від регулятора модернізації процесів взаємодії із учасниками ринку і споживачами. Ідеться, перш за все, про активне запровадження електронного урядування як способу організації державної влади за допомогою систем локальних інформаційних мереж та сегментів глобальної інформаційної мережі, що забезпечує функціонування органів влади в режимі реального часу та робить максимально простим і доступним щоденне спілкування з ними.

Із метою належного аналізу сучасних напрямів та тенденцій цифровізації відносин в царині захисту прав споживачів ринку небанківських фінансових послуг доцільно розглянути загальний стан впровадження ІТ-технологій в цій сфері та доцільність всебічного застосування електронного урядування.

Упровадження електронного урядування – це одна з найважливіших складових реформи державного управління, яка триває в Україні. Саме е-урядування здатне вивести взаємодію органів державної влади, суб'єктів окремих видів діяльності і споживачів на новий рівень комунікації та мінімізувати корупцію. Прозорість, доступність, мінімальний контакт суб'єктів господарювання з посадовими особами органів державної влади є основними перевагами електронних послуг та сервісів.

Український Уряд активно проводить системну політику у сферах електронного урядування, інформатизації, розвитку інформаційного суспільства, формування і використання національних електронних інформаційних ресурсів, цифровізації (діджиталізації) органів державної влади. За впровадження політики Уряду в цій сфері відповідає Міністерство цифрової трансформації України (далі – Мінцифра), яке 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, електронного урядування та електронної демократії, розвитку інформаційного суспільства, інформатизації; 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. [18]

За напрямом державного регулювання ринку небанківських фінансових послуг НБУ (попередньо Нацкомфінпослуг), місією якого є створення умов для ефективного та транспарентного функціонування зазначеного ринку, зміцнення системної стабільності та посилення фінансової інклюзії на них, забезпечення захисту прав споживачів ринку небанківських фінансових послуг, а також інтеграція у світовий фінансовий простір без загроз національним інтересам та економічній безпеці України – активно долучається до процесів діджиталізації та запровадження цифрових ІТ-технологій при комунікації із суб'єктами ринку небанківських фінансових послуг та споживачами.

У цьому напрямі ще Нацкомфінпослуг, починаючи із 2016 року, прийняла низку нормативних актів, які забезпечують вказані процеси та спрощують регуляторні процедури і комунікацію із споживачами, з метою захисту їхніх прав та законних інтересів, в яких, зокрема, передбачена можливість та порядок використання електронних ресурсів, електронної форми документів при реєстрації, ліцензування та звітності фінансових установ, а також обов'язкової наявності у них власних веб-сайтів для розміщення відповідної (насамперед, обов'язкової до розкриття) інформації.

Процеси діджиталізації дозволяють будь-якому споживачу вільно збирати, копіювати, поширювати, обробляти та у будь-який спосіб використовувати публічну інформацію отриману в електронній формі, в тому числі і з метою захисту своїх прав та законних інтересів.

Варто відзначити, що в Нацкомфінпослуг у 2013 році було відкрито електронний сервісний Центр обслуговування учасників ринків фінансових послуг з метою: спрощення процедури отримання заявниками адміністративних послуг та поліпшення якості їх надання; забезпечення інформування заявників про вимоги та порядок надання адміністративних послуг; організації прийому споживачів фінансових послуг з питань захисту їхніх прав та інтересів; надання споживачам фінансових послуг консультацій та роз'яснень з питань, що належать до повноважень Нацкомфінпослуг; акумулювання громадської думки про діяльність Нацкомфінпослуг, якість виконання покладених на неї завдань та функцій, в тому числі адміністративних послуг [1, с. 237].

В аналізованому аспекту доречно торкнутися загальної теорії захисту прав споживачів та новітніх підходів до її формування.

Історії виникнення «споживацького руху» доводить, що ідея захисту прав споживачів набула поширення в результаті переходу від натурального до індустріального типу господарювання, коли споживачі вже не могли задовольняти власні потреби своїми силами і були вимушені вступати у відносини обміну [8, с. 150].

Д.Д. Безрукова у своєму дослідженні переконує, що підприємець і споживач – це дві частини одного цілого, що знаходяться у стані боротьби один з одним. І саме така боротьба є основою ринкової економіки та характеризується *нерівністю сторін* [19, с. 7].

Як зазначає Ю.Б. Фогельсон, правовий інститут захисту споживачів припускає, що право займає позицію обмежувача економічної свободи учасників ринків на користь найслабшої сторони. В іншому випадку диспропорції (інформаційні та договірні), що існують на профільних ринках, ускладнюють процес задоволення потреб членами суспільства [8, с. 152].

На нашу думку, у вказаному аспекті слід наголошувати не на обмеженні свободи, а на можливих механізмах захисту порушених прав та законних інтересів слабкої сторони у відповідних правовідносинах. Вказані механізми на сьогодні передбачені спеціальним Законом України «Про захист прав споживачів», норми якого з огляду на їх зміст та системне тлумачення належать до сфери публічно-правового регулювання. Адже держава на підставі Закону встановлює права споживачів, підстави, форми та види відповідальності суб'єктів господарювання, що виконують роботу та/або надають послугу; встановлює особливості судового захисту прав споживачів; визначає систему органів державного нагляду у сфері захисту прав споживачів, правові форми та засоби державного регулювання у цій сфері; визначає мету діяльності громадських об'єднань у сфері захисту прав споживачів та встановлює їх права [1, с. 240].

Публічно-правове регулювання сфери захисту прав споживачів надає підстави для

звернення до норм Господарського кодексу України, відповідно до ст. 2 якого споживачі відповідних товарів, робіт та послуг є учасниками господарських відносин. З огляду на це слід наголосити, що доктрина господарського права визначає, що термін «суб'єкти господарської діяльності» є вужчим від терміна «учасник господарських відносин» і таким чином ним поглинається [20, с. 9].

На підставі тлумачення норм чинного законодавства України, матеріалів правозасточовної практики, положення права ЄС, практики Європейського суду та положення наукової доктрини нами вже робилися обґрунтовані висновки щодо можливості і необхідності поширення норм законодавства України про захист прав споживачів на суб'єктів господарювання. [1, с. 247] Вказане дозволить відійти від «вузького» законодавчого підходу до тлумачення терміна «споживач» і поширити дію спеціального законодавства на тих осіб, які фактично споживають будь-яку фінансову послугу. Йдеться про юридичних та/або фізичних осіб – підприємців, до яких можуть застосовуватися умови інформаційної та договірної диспропорції у процесі споживання, що ставить їх у положення «слабкої сторони» за договором у сфері надання фінансових послуг. Вказаний підхід надасть можливість застосовувати до таких осіб особливості захисту прав споживачів, які полягають у домінуванні спеціальних способів захисту (Закон України «Про захист прав споживачів») над загальними.

Отже: 1) споживачем фінансової послуги є: фізична особа, фізична особа-підприємець, юридична особа; 2) споживач може займати позицію «слабкої сторони» у зобов'язальних правовідносинах із фінансовою установою; 3) з метою захисту інтересів споживча у зобов'язальних правовідносинах із фінансовою установою при формуванні умов договору остання має керуватися принципами: справедливості, добросовісності та розумності, унеможливлення покладання на споживача невиправданого тягаря з`ясування змісту договору, достатньої поінформованості, достатньої уважності, обережності; 4) на споживача фінансової послуги (незалежно від його правового статусу) має розповсюджуватися дія Закону України «Про захист прав споживачів», що потребує внесення змін до вказаного нормативно-правового акту [1, с. 250].

Проте належний захист прав та законних інтересів споживачів ринку небанківських фінансових послуг в сучасних умовах можливий лише на засадах електронної взаємодії між всіма учасниками процесу надання та отримання таких послуг за допомоги ІТ-технологій.

Варто наголосити, що зміна правового регулювання ринку фінансових послуг, зокрема небанківських, які обумовлені, перш за все, прийняттям Верховною радою України Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення функцій із державного регулювання» від 12.09.2019 року (далі – Закон від 12.09.2019 року) та Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав споживачів фінансових послуг» від 20 вересня 2019 року (далі – Закон від 20.09.2019 року), за ініціативою законотворців, в якості спільної мети, зокрема, спрямовані на: створення належної системи захисту прав та інтересів споживачів небанківських фінансових послуг; усунення прогалин та неузгодженостей в чинній системі нормативно-правового забезпечення захисту прав споживачів; визначення компетенції регуляторів ринків фінансових послуг (Національного банку України та Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку) та наділення їх повноваженнями захисту прав споживачів фінансових послуг.

Проте вказані прогресивні нормативно-правові акти фактично не встановлюють на належному рівні роль застосування ІТ-технологій з метою захисту прав та законних інтересів споживачів ринку небанківських фінансових послуг шляхом діджиталізації процесу держаного нагляду.

Слід зауважити, що Законом від 12.09.2019 року Нацкомфінпослуг як Уповноважений орган ліквідовано з 1 липня 2020 року, а її повноваження в частині нагляду за ринком небанківських фінансових послуг (окрім ринку цінних паперів) передано НБУ.

Доцільно акцентувати увагу на тому, що чинне законодавство України про фінансові послуги (зокрема, Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», Закон України «Про національний банк України» тощо) в якості основного напряму діяльності НБУ передбачає (на сьогодні) захист прав споживачів ринку небанківських фінансових послуг шляхом звернення до неї у разі порушення прав та законних інтересів споживача з боку надавача такої послуг. Проте питання діджиталізації таких процесів звернення залишаються поза увагою законодавця і по сьогодні.

При цьому доцільно проаналізувати статистику Нацкомфінпослуг, відповідно до якої за перше півріччя 2019 року було одер-

жано 2537 скарг на роботу, зокрема, страховиків. Звернення надходили від фізичних та юридичних осіб, включно з народними депутатами, Кабінетом Міністрів України, Адміністрацію Президента, парламентськими комітетами, міністерствами і відомствами.

Питання, з якими звернулися скаржники, стосувалися насамперед дотримання законодавства у сфері страхових послуг, тобто захисту прав та законних інтересів споживачів. Найчастіше страхувальники скаржилися на: порушення термінів виплати або зменшення суми страхового відшкодування; відмову у виплаті пені за несвоєчасне страхове відшкодування; безпідставну відмову страхової компанії у виплаті; незгоду страхувальника щодо визначення розміру відшкодування витрат, пов'язаних з пошкодженням транспортного засобу.

Наведене доводить достатню ефективність роботи Нацкомфінпослуг в частині захисту прав та законних інтересів споживачів ринку небанківських фінансових послуг, шляхом реагування Уповноваженим органом на скарги споживачів. Натомість вказані факти актуалізують питання перспективи захисту прав та законних інтересів страхувальників як споживачів небанківських фінансових послуг після 1 липня 2020 року, при передачі повноваження в сфері нагляду до Національного Банку України (далі – НБУ) і можливість адміністративного (процедурного) врегулювання спірних відносин при «посередництві» державного регулятора шляхом діджиталізації означених процесів.

Проблема захисту прав та законних інтересів споживачів небанківських фінансових послуг полягає в тому, що Управління захисту прав споживачів при НБУ, яке опікується захистом прав клієнтів та працює над розвитком клієнтоорієнтованого регулювання, створене лише нещодавно, і повноцінно функція захисту прав споживачів має запрацювати лише на початку 2021 року.

Крім того, слід зауважити, що вказане управління НБУ створювалося для захисту прав споживачів фінансових *банківських* послуг, і специфіку небанківського фінансового ринку, проблем споживачів, механізмів захисту їх прав та законних інтересів тощо не було враховано при створенні такого структурного підрозділу НБУ.

До тотальної активізації запровадження процесів діджиталізації при захисті прав та законних інтересів споживачів ринку небанківських фінансових послуг спонукає також поширення глобальної пандемії, викликаної гострою респіраторною хворобою COVID-19, спричиненою коронавірусом SARS-CoV-2. За таких умов дистанційний спосіб врегулювання суперечок, що виникають між споживачем та надавачем такої послуг, вбачається найбільш сприятливим.

В якості проміжного висновку слід відзначити, що вказане потребує належного унормування і ґрунтовної систематизації чинного і розробки перспективного законодавства (всіх рівнів), у частині захисту прав та законних інтересів споживачів небанківських фінансових послуг за напрямом діджиталізації процедур розгляду скарг, що надходять від останніх до регулятора.

Отже, не дивлячись на наведені трансформації правового регулювання, наявна система захисту прав та законних інтересів споживачів небанківських фінансових послуг має зазнати змін з огляду на світові та загальноєвропейські тенденції вказаних процесів і віднайти своє втілення у напрямі діджиталізації відносин, що виникають між органами державної влади та споживачами.

Базове законодавство щодо захисту прав споживачів належним чином не враховує особливості надання небанківських фінансових послуг із застосуванням IT-технологій та не регулює їх належним чином. Нормативно-правові акти органів, що здійснюють державне регулювання ринків небанківських фінансових послуг, містять лише окремі елементи захисту прав споживачів в цьому напрямі, однак їх доведення до виконання не є ефективним. Так, Закон від 20.09.2019 року, наприклад, взагалі не передбачає змін в царині захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг на засадах цифровізації.

Проте Стратегія фінансового сектору України до 2025 року [21], яку затвердили регулятори фінансового ринку і метою якої є забезпечення подальшого реформування та розвитку фінансового сектору України відповідно до провідних міжнародних практик та імплементації заходів, передбачених Угодою про асоціацію між Україною та ЄС та іншими міжнародними зобов'язаннями України, за Стратегічним напрямом: V. Інноваційний розвиток, містить стратегічну ціль 2: Забезпечення розвитку ринку FinTech, цифрових технологій та платформ регуляторів, відповідно до якої, у якості основних заходів передбачено:

1) забезпечення розвитку цифрових технологій, комп'ютерного проектування, аналізу big data, blockchain, автоматизації, роботизації і використання штучного інтелекту: (i) провести дослідження, аналіз моделей (схем реалізації) працюючих фінансових інкубаторів та акселераторів; (ii) розробити, затвердити та реалізувати

на державному рівні програми фінансування (інкубатори) для розвитку інвестиційних стартапів, направлених на залучення інвестицій в економіку; (iii) створити та впровадити в промислову експлуатацію іт-платформи для споживачів фінансових послуг з метою запровадження ефективних іт-механізмів для регулювання за ринковою поведінкою та захисту прав споживачів фінансових послуг; (iv) розробити та впровадити уніфіковані бази даних, правила захисту інформації, порядок обміну інформацією між базами даних інформації, у тому числі через API; (v) створити платформу для аналізу ризиків на базі операцій, які здійснюються через банківські системи НБУ та аналізу інформації в інформаційному просторі; (vi) створити регуляторні та технічні «пісочниці» (sandbox);

2) стимулювання впровадження інноваційних технологій в комплаєнс: (i) визначити перелік потенційних користувачів серед учасників фінансового ринку, перелік інформації та процес обміну інформацією між учасниками; (ii) створити сприятливе середовище для стимулювання впровадження інноваційних технологій в комплаєнсі: запровадити комунікаційні засади взаємодії між учасниками фінансового ринку, регтек-компаніями та регуляторами (конференції, круглі столи) щодо оцінки впливу впровадження регуляторних технологій на ринок; впровадити кращі світові практики рішень регтек-компаній та використання їх учасниками фінансового ринку; (iii) визначити технологію, за допомогою якої забезпечуватиметься функціонування єдиної платформи; (iv) визначити правове поле функціонування єдиної платформи та обміну інформацією між суб'єктами такої системи та за необхідності підготувати зміни до законодавства та нормативно-правових актів;

3) запровадження інноваційних інструментів обміну даними між нбу, іншими державними установами та учасниками фінансового ринку: (i) запровадити повноцінний обмін захищеними та легітимними інформаційними активами в електронному вигляді між регуляторами, іншими учасниками фінансового ринку в межах виконання ними своїх повноважень; (ii) запровадити внутрішню аналітичну платформу комплексного аналізу інформації про клієнта та операції фінансового сектору, власниками якої є державні органи та суб'єкти надання фінансових послуг: розробити методологію розрахунку індикаторів особи за окремими класифікаторами (фіктивне підприємництво, шахрайство тощо); реалізувати EWS та скорингові моделі за окремими напрямами аналізу клієнтів банків із задіянням штучного інтелекту; використовувати всі доступні джерела інформації (інформація банків, органів державної влади);

4) сприяння використанню новітніх іт-технологій регуляторами: (i) впровадити комплексну інформаційну систему моніторингу фондового ринку; (ii) удосконалити порядок ведення державного реєстру фінансових установ та інших реєстрів; (iii) створити дата-центричну модель виявлення операцій, пов'язаних з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом: розробити та впровадити аналіз моделей трансакцій для виявлення операцій, які мають ознаки таких, що здійснюються з метою легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення на основі сучасних технологій; розробити моделі виявлення нетипових аномальних трансакцій для визначення потенційно нових схем легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансування тероризму та фінансування розповсюдження зброї масового знищення; (iv) розробити та впровадити алгоритми виявлення фактів порушення строків надання суб'єктами первинного фінансового моніторингу інформації до держфінмоніторингу; (v) впровадити систему онлайнмоніторингу операцій на фондовому ринку за допомогою програмно-технічних комплексів; (vi) розробити пропозиції щодо вдосконалення законодавства з метою передбачення можливості проведення небанківськими фінансовими установами електронної дистанційної верифікації та ідентифікації клієнтів за допомогою сучасних IT-технологій без фізичної присутності клієнта у фінансовій установі; (vii) забезпечити можливість надання адміністративних послуг в електронному вигляді;

5) удосконалення розкриття інформації на основі стандартів звітності в електронному вигляді: (i) проаналізувати технічні вимоги впровадження та оцінити технічну можливість для переходу на обмін інформацією за європейськими стандартами; (ii) впровадити вимоги загального регламенту про захист даних (eu gdpr) для фінансового сектору; (iii) створити інтерфейси прикладного програмування (api) для доступу зовнішніх користувачів до відкритих даних у машиночитаному форматі; (iv) створити єдине вікно отримання споживачами небанківських фінансових послуг консолідованої інформації про діяльність небанківських фінансових установ; (v) розробити та впровадити процедуру надання

даних регуляторам про діяльність недержавних пенсійних фондів у щоденному режимі, а також розробити та впровадити процедуру контролю за діяльністю недержавних пенсійних фондів на підставі щоденних звітних даних; (vi) розробити та впровадити процедуру періодичного інформування учасників недержавних пенсійних фондів про стан їхніх заощаджень; (vii) запровадити механізми контролю за правомірністю використання небанківськими фінансовими установами під час надання фінансових послуг, у тому числі і в інформаційно-телекомунікаційних системах, найменувань та торгових марок інших фінансових установ; (viii) запровадити інноваційні елементи логістики та підвищити рівень автоматизації роботи з готівкою.

Варто відзначити, що запровадження вказаних заходів планується реалізувати НБУ разом з іншими органами державної влади з кінця 2020 року по кінець 2024 року. Втілення вищенаведеного плану, на нашу думку, надасть змоги підвищити рівень захисту прав та законних інтересів споживачів ринку небанківських фінансових послуг.

**Висновки**

Метою подальшого реформування та розвитку законодавства ринку небанківських фінансових послуг, відповідно до провідних міжнародних практик, має стати його спрямованість на захисту прав та законних інтересів споживачів, шляхом діджиталізації означених процесів, відповідно до вимог Регламенту (ЄС) № 910/2014 Європейського Парламенту та Ради від 23 липня 2014 року про електронну ідентифікацію та довірчі послуги для електронних транзакцій в межах внутрішнього ринку [22], Регламенту (ЄС) 2016/679 Європейського Парламенту та Ради від 27 квітня 2016 року Про захист фізичних осіб щодо обробки персональних даних та про вільне переміщення таких даних [23] та Директиви (ЄС) 2015/2366 Європейського Парламенту та Ради від 25 листопада 2015 року про платіжні послуги на внутрішньому ринку [24]. Вказане доводить, що діджиталізація у фінансовому секторі стимулює розвиток цифрового суспільства в Україні.

Підсумовуючи викладене, слід додати, що стан надання електронних небанківських фінансових послуг є незадовільним і не відповідає вимогам наведених вище актів ЄС. Аналіз практики надання таких послуг дозволяє визначити такі недоліки у правовому регулюванні вказаних процедур:

обмеженість нормативно-правового закріплення надання електронних фінансових послуг (як банківських так і небанківських) та їх невідповідність найкращим світовим стандартам; зволікання Україною із імплементацією у національне законодавство положень Регламентів і Директив ЄС, що врегульовують зазначені процедури, з урахуванням специфіки національного ринку;

відсутність спрямування споживацького законодавства на захист прав осіб, що придбають фінансові послуги через мережу Інтернет;

відсутність належних технічних регламентів, що визначають вимоги до технічного оснащення суб'єктів, які надають та споживають небанківські фінансові послуги тощо.

**Список використаних джерел:**

1. Пацурія Н.Б. Обґрунтування необхідності зміни правової парадигми захисту прав споживачів фінансових послуг. *Право України*. 2020. № 5. С. 235–257.

2. Chaminda Jayasinghe. Making sense of the concept of Substantive Legitimate Expectation, June 9, 2010. URL : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276592 (дата звернення: 04.08.2020).

3. Барбук А.В. Защита законных ожиданий и прямое применение международного права. *Белорусский журнал международного права и международных отношений*. 2002. № 3. URL : http://elib.bsu.by/handle/123456789/29194 (дата звернення: 04.08.2020).

4. Левчук Л.Р. Господарсько-правова відповідальність підприємців за порушення на споживчому ринку : автореф. дис. ...канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право». Донецьк, 2007. 20 с.

5. Казаков М.М. Методичні особливості розбудови механізму захисту прав споживачів в Україні : автореф. дис. ... канд. економ. наук : спец. 08.06.01 «Економіка, організація і управління підприємствами». Київ, 2004. 20 с.

6. Киселева Н.В. Право Европейского союза : учебник. Ростов н/Д : Российская таможенная академия; Ростовский филиал, 2010. 290 с.

7. Осетинська Г.А. Цивільно-правовий захист прав споживачів за законодавством України : автореф. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Київ, 2006. 20 с.

8. Защита прав потребителей финансовых услуг / отв. ред. Ю.Б. Фогельсон. Москва : Норма : ИНФРА-М, 2010. 368 с.

9. Кочин В.В. Віртуальні товариства у сфері електронної економіки. Цифрова економіка та електронний бізнес: окремі проблеми правового регулювання : збірник наукових праць / За заг. ред. О.М. Вінник. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2019. С. 112–124. URL : https:// drive.google.com/file/d/107aLd8SOPoTO

mCxkV8QF5j0VRMTg2Oa/view (дата звернення: 04.08.2020).

10. Єфремова К.В. Правове регулювання штучного інтелекту в епоху цифрової економіки. *Приватне право і підприємництво : збірник наукових праць*. Вип. 20, 2020 р. / Редкол. : Крупчан О.Д. (гол. ред.) та ін. Київ : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака Національної академії правових наук України, 2020. С. 142–147. URL : http:// ppp-journal.kiev.ua/archive/2020/20/27.pdf (дата звернення: 04.08.2020).

11. Майданик Л. Віртуальний об'єкт як виклик для класичних підходів у речовому праві. *Право та інновації*. 2019. № 2. С. 59–64. URL : file:///C:/Users/%D0%90%D0%B4%D0%BC%D0%B8%D0%BD%D0%B8%D1%81%D1%82%D1%80%D0%B0%D1%82%D0%BE%D1%80/Downloads/Tpiv_2019_2_8%20(1).pdf (дата звернення: 04.08.2020).

12. Беляневич О.А. Про цілі договірного права в епоху цифрової економіки: вступ до проблеми. Цифрова економіка та електронний бізнес: окремі проблеми правового регулювання : збірник наукових праць. / За заг. ред. О.М. Вінник. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2019, С. 8–22. URL : https://drive.google.com/file/d/107aLd8SOPoTOmCxkV8QF5j0VRMTg2Oa/view (дата звернення: 04.08.2020).

13. Шаповалова О.В. Правові засади впорядкування електронних публічних реєстрів в Україні. Актуальні проблеми права: теорія і практика. № 2 (38), 2019, с. 47–53. DOI: URL : https://doi. org/10.33216/2218-5461-2019-38-2-47-53. (дата звернення: 04.08.2020).

14. Гончаренко О.М. Саморегулювання цифрової економіки. Цифрова економіка та електронний бізнес: окремі проблеми правового регулювання : збірник наукових праць / За заг. ред. О.М. Вінник. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2019, с. 56–82. URL : https:// drive.google.com/file/d/107aLd8SOPoTOmCxkV8QF5j0VRMTg2Oa/view (дата звернення: 04.08.2020).

15. Пацурія Н.Б. Сучасний стан та порядок укладення полісів обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів в електронній формі: наративний аналіз. Цифрова економіка та електронний бізнес: окремі проблеми правового регулювання : збірник наукових праць. / За заг. ред. О.М. Вінник. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2019, с. 125–136. URL : https:// drive.google.com/file/d/107aLd8SOPoTOmCxkV8QF5j0VRMTg2Oa/view (дата звернення: 04.08.2020).

16. Борисова Ю.О. Цивільно-правове регулювання відносин у сфері електронної комерції. URL : https://mydisser.com/ua/catalog/view/9623.html (дата звернення: 04.08.2020).

17. Вінник О.М. Правове забезпечення цифрової економіки та електронного бізнесу : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака. 2018. 224 с. URL : https://doi.org/10.32849/978-617-7087-72-3 (дата звернення: 04.08.2020).

18. Положення про Міністерство цифрової трансформації України : затв. Постановою Кабінету Міністрів України від 18 вересня 2019 р. № 856 URL : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/KP190856.html (дата звернення: 04.08.2020).

19. Безрукова Д.Д. Формирование института защиты интересов и прав потребителей в России с использованием мирового опыта : автореф. дис. ... канд. экон. наук : спец. 08.00.14 «Мировая экономика»; 08.00.05 «Экономика и управление народным хозяйством (экономика труда)». М,осква 2005. 20 с.

20. Щербина В.С. Суб'єкти господарського права : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2008. 264 с.

21. Стратегія фінансового сектору України до 2025 року. URL : https://mof.gov.ua/storage/files/Strategija_financovogo_sectoru_ua.pdf (дата звернення: 04.08.2020).

22. Regulation (EU) No 910/2014 Of The European Parliament And Of The Council of 23 July 2014 On Electronic Identification And Trust Services For Electronic Transactions In The Internal Market And Repealing Directive 1999/93/EC. URL : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.257.01.0073.01.ENG (accessed: 04.08.2020) (in English).

23. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). URL : https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj (accessed: 04.08.2020) (in English).

24. Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC. URL : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L2366 (accessed: 04.08.2020) (in English).

**Nino Patsuriia. Special issues of digitalization of relations with regard to the protection of the rights and legal interests of consumers of non-bank financial services**

*The modern economy, being in the process of modernization, is at the stage of development when the latest IT technologies penetrate into all spheres of life of its subjects.*

*The non-bank financial services market is no exception. In Ukraine, in contrast to countries with developed economies, there are a number of problems that hinder these processes.*

*It should be noted that today the problems of ensuring legislation that regulates relations in the digital economy should be considered from the standpoint of consumer protection of non-banking financial services (which we have studied separately), in particular, the introduction of e-government by the National Bank of Ukraine), as a body of state supervision over the activities of the subjects of such services, which is directly or indirectly aimed at protecting the rights and legitimate interests of consumers.*

*European experience shows that the legal regimes of various state systems of the world, in order to protect consumer rights, consumer legislation is based on the concept of protection of the rights of the weak side. The main idea of this concept is to recognize the consumer as the most vulnerable (economically and informationally) party in a contractual relationship with entities that produce goods, perform work, provide services.*

*Modern Ukrainian legislation on consumer protection at the highest level, in fact, supports this concept, its rules govern that the individual consumer in relations with business entities is a weakness and establishes, accordingly, certain tools aimed at his (person's) protection. Given the dynamics of development, the rapidity of change (both actual and legislative), the complexity and differentiation of the market of non-banking financial services, the multiplicity and specificity of their subjects, objective reality requires a proper attitude to the central figure of such relations – consumer, above all, in the field of proper and comprehensive protection of their rights and legitimate interests.*

**Key words:** digitalization, digital development, digital economy, digital innovations, e-government, information society development.

УДК 347.73
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.33

***Тетяна Татарова,***
*канд. юрид. наук, докторант*
*Національної академії внутрішніх справ*

# ЩОДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ФІНАНСОВОГО ТА ПОДАТКОВОГО КОНТРОЛЮ

*У статті мова йде про різні погляди дослідників на значення фінансового та податкового контролю. Також указується на загальне визначення терміна «контроль», який поділяється за об'єктами, суб'єктами і сферами на державний, відомчий, виробничий тощо. Розглядаються погляди дослідників з приводу сутності контролю в галузі виконавчої влади. Мова йде також про встановлення об'єкта фінансового контролю (фінансові показники діяльності суб'єктів господарювання всіх форм власності), фактичного об'єкта фінансового контролю (увесь процес господарської діяльності), зазначається, що цей контроль пов'язаний із контрольною функцією фінансів. Наводяться думки науковців щодо визначення терміна «фінансовий контроль», зауважується на вдалому визначенні А. Юхимчука із цього приводу. Зазначається, що фінансовий контроль має на меті виявлення відхилень від прийнятих стандартів і порушень законності, ефективності та економії витрачання матеріальних ресурсів тощо. Розглядаються погляди на зміст фінансового контролю науковців: Е. Вознесенського (діяльність державних і громадських органів з перевірки обґрунтованості використання коштів), М. Малеїна (діяльність фінансових та інших організацій, спрямована на забезпечення фінансової, податкової тощо дисципліни), Н. Хімічевої (контроль за законністю дій у галузі утворення, розподілу й використання грошових фондів держави та місцевого самоврядування), Л. Савченко й інших. Розглядається фінансовий контроль у двох аспектах (діяльність спеціальних органів і невід'ємний елемент управління фінансами), визначається предмет державного фінансового контролю. Акцентується увага на тому, що залежно від суб'єктів здійснення фінансового контролю головну роль у процесі відіграє державний фінансовий контроль. Окрім того, визначається роль податкового контролю як частини державного фінансового контролю. Зроблено висновок, що під фіскальним контролем варто розуміти один із видів державного фінансового контрою, що здійснюється через спеціально визначені органи контролю, який спрямований на управління й реалізацію державної податкової та митної політики, державної політики з адміністрування єдиного внеску, а також державну політику у сфері боротьби з правопорушеннями в указаних сферах, забезпечення контролю за надходженнями до бюджетів і державних цільових фондів податків, зборів, митних та інших платежів.*

**Ключові слова:** фіскальна політика, контроль, фінансовий контроль, податковий контроль, фіскал.

**Постановка проблеми.** Сучасна наука визначила відносно сталий перелік ознак будь-якої держави. Серед них, звісно, постає організація власної економіки, фінансової системи, а також установлення податків. Звісно, без організації ефективної системи податків і накопичення, відповідно, дохідної частини бюджету неможливе нормальне функціонування всього державного апарату й держави загалом. Наша держава перебуває в процесій постійних змін і реформ, спричинених зовнішньополітичним вектором євроінтеграції. Однією з важливих сфер реформування є фіскальна політика України, оскільки від цього залежить багато в чому матеріальне забезпечення загальнодержавного кошторису, що впливає на рівень соціальних стандартів тощо (високий рівень яких у країнах ЄС у пріоритеті). Ефективна фіскальна політика неможлива без такого елементу, як фінансовий і податковий контроль. Уважаємо, отже, проблематику встановлення дефініції та змісту понять «фінансовий» і «податковий» контроль актуальним об'єктом наукового дослідження.

Проблемою характеризування термінів «фінансовий контроль», «податковий контроль» займалися такі дослідники: О. Андрійко, Л Гуцаленко, Є. Калюга, Н. Маринів, Л. Савченко й інші.

**Метою статті** є аналіз сутності фінансового та податкового контролю.

**Виклад основного матеріалу.** У правовій, а також літературі інших галузей знань наводять різні тлумачення дефініції «контроль». У юридичній енциклопедії Ю. Шемшученка визначається так: контроль «(франц. controle – перевірка, від старофранц. contrerole – список, що має дублікат для

© Т. Татарова, 2020

перевірки) – перевірка виконання законів, рішень тощо. Є однією з найважливіших функцій державного управління. За об'єктами, суб'єктами і сферами поділяється на державний, відомчий, надвідомчий, виробничий тощо види контролю» [3].

Характеризуючи сутність контролю в галузі виконавчої влади, Д. Овсянко відзначає, що «уповноважені на те державні органи (законодавчих, виконавчих, судової гілок) і громадські організації, використовуючи організаційно-правові способи і засоби, з'ясовують, чи немає в діяльності підконтрольних органів виконавчої влади і їх посадових осіб яких-небудь відхилень від законності, а якщо такі є, то своєчасно їх усувати, відновлюючи порушені при цьому права, притягати винних до відповідальності, уживаючи заходи щодо запобігання порушенням законності й дисципліни» [11, с. 178].

Розгляд контролю за виконанням державного бюджету як підсистеми менеджменту держави потребує досліджувати його як єдину самостійну систему, що складається з трьох основних елементів – контролюючого суб'єкта, підконтрольного об'єкта й контрольних дій.

У науковій літературі найчастіше вживають поняття «фінансовий контроль». Безпосередньо об'єктом фінансового контролю є фінансові показники діяльності суб'єктів господарювання всіх форм власності, але фактичним об'єктом фінансового контролю є весь процес виробничо-господарської діяльності, оскільки вони або регламентують процес формування, розподілу, перерозподілу й використання фінансових ресурсів, або відображають результативність їх кругообігу.

Фінансовий контроль органічно пов'язаний із контрольною функцією фінансів, призначення якої в тому, щоб створити економічні умови для здійснення контролю за розподілом централізованих і децентралізованих грошових фондів з метою забезпечення фінансових потреб відповідних суб'єктів. М. Бєлуха визначає контроль як «завершальну стадію процесу управління, серцевиною якої є механізм зворотного зв'язку» [4, с. 3]. За визначенням Є. Калюги, під фінансовим контролем розуміють спостереження, визначення та виявлення фактичного становища фінансових показників діяльності порівняно із заданими [8].

А. Юхимчук наводить вдале, на нашу думку, визначення фінансового контролю, під яким розуміє сукупність форм, методів, прийомів здійснення ревізій і перевірок фінансово-господарської діяльності підприємств, об'єднань, організацій, установ; законності операцій з формування, розподілу та використання централізованих і децентралізованих фондів коштів, збереження власності; правильності й своєчасності виконання фінансових зобов'язань перед бюджетом, державними позабюджетними фондами; постановки бухгалтерського обліку й достовірності звітності [16, с. 29–30.].

Відповідно до ст. 1 Лімської декларації керівних принципів контролю, прийнятої IX Конгресом Міжнародної організації вищих контрольних органів у 1977 році, організація контролю є обов'язковим елементом управління суспільними фінансовими коштами, оскільки таке управління передбачає відповідальність перед суспільством [1].

Контроль – не самоціль, а невід'ємна частина системи регулювання, метою якої є виявлення відхилень від прийнятих стандартів і порушень принципів, законності, ефективності й економії витрачання матеріальних ресурсів на якомога більш ранній стадії, щоб мати можливість прийняти коригувальні заходи, в окремих випадках притягнути винних до відповідальності, отримати компенсацію за заподіяний збиток або здійснити заходи щодо запобігання порушенням або зменшення таких порушень у майбутньому.

На думку Е. Вознесенського, фінансовий контроль – це діяльність державних і громадських органів, яка полягає в перевірці обґрунтованості процесів формування й використання централізованих і децентралізованих коштів [6, с. 55]. М. Малеїн розглядає фінансовий контроль як діяльність фінансових, кредитних і господарських органів (організацій), що регулюється нормами права, спрямована на забезпечення фінансової, бюджетної, податкової, кредитної, розрахункової та касової дисциплін у процесі виконання планів і полягає у перевірці законності, обґрунтованості й раціональності грошових витрат [9, с. 103]. Н. Хімічева вважає, що «фінансовий контроль – це контроль за законністю дій у галузі утворення, розподілу й використання грошових фондів держави та суб'єктів місцевого самоврядування з метою ефективного соціально-економічного розвитку країни в цілому та окремих регіонів» [14, с. 123].

Як один із видів фінансової діяльності держави щодо перевірки застосування встановлених законодавством методів контрольної діяльності, законності й раціональності дій суб'єктів господарювання в процесі створення, розподілу та використання грошових фондів держави визнає контроль Л. Савченко [13, с. 40–41].

Фінансовий контроль можна розглядати у двох аспектах: 1) як чітко регламентовану діяльність спеціальних контролюючих органів за дотриманням фінансового законодавства та фінансової дисципліни всіх економічних суб'єктів; 2) як невід'ємний елемент управління фінансами та грошовими потоками для забезпечення доцільності й ефективності фінансових операцій [15, с. 23].

Варто зазначити, що предметом державного фінансового контролю є власне фінансово-господарська та розпорядча діяльність підконтрольних об'єктів у частині формування, володіння, використання й відчуження коштів та інших активів, що належать або мають належати державі, у тому числі за зобов'язаннями по податках, обов'язкових платежах і відрахуваннях до бюджету й позабюджетних фондів.

Необхідно підкреслити, що, незважаючи на значну кількість нормативно-правових документів у галузі державного фінансового контролю, сьогодні в Україні відсутній єдиний нормативно-правовий акт, що узагальнює структуру, суб'єкти та об'єкти державного фінансового контролю, що спричиняє низку протиріч і суперечностей у правовому полі регулювання державного фінансового контролю.

На нашу думку, фінансовий контроль передбачає наявність зворотних зв'язків, що виражаються в активному впливі контролю на раціональне використання фінансових ресурсів, в усуненні перешкод оптимальному функціонуванню всіх ланок фінансової системи.

Відповідно, залежно від суб'єктів, що здійснюють фінансовий контроль, головну роль у цьому процесі надають державному фінансовому контролю. Варто зазначити, що вітчизняним законодавством визначення категорії «державний фінансовий контроль» не регламентоване.

Так, податковий контроль є частиною державного фінансового контролю, сутність якого полягає в установленні фактичного стану дотримання вимог чинного податкового законодавства на підконтрольному об'єкті. Він спрямований на забезпечення законності, фінансової дисципліни та раціональності в ході формування, розподілу, володіння, використання й відчуження активів, що належать державі, а також використання коштів, що залишаються в суб'єкта фінансових правовідносин у зв'язку з наданими пільгами за платежами до бюджетів, державних позабюджетних фондів і кредитів, отриманих під гарантії Кабінету Міністрів України [7, с. 30].

У науковій і спеціальній літературі значна увага приділена саме дослідженню сутності й ролі податкового контролю. І в більшості випадків ототожнюють поняття «податкового» й «фіскального» контролю, хоча це не зовсім коректно.

Одні вчені розглядають податковий контроль як один із видів фінансового контролю, що являє собою діяльність спеціально уповноважених суб'єктів стосовно особливого об'єкта, спрямовану на забезпечення виконання податкового законодавства платниками податків, податковими агентами й іншими суб'єктами, які забезпечують виконання податкового обов'язку платників податків, установлення та притягнення в разі необхідності до відповідальності винних осіб [10, с. 9–10]. Інша група вчених зазначає, що податковий контроль виконує одну з функцій державного управління та спеціалізований державний фінансовий контроль. Його сутність полягає не лише в перевірці дотримання податкового законодавства, а й у перевірці правильності розрахунків, повноти і своєчасності сплати податків і зборів, а також у встановленні виявлених порушень [2].

Деякі вчені розглядають податковий контроль як спеціалізований надвідомчий контроль, як установлену законодавством сукупність методів керівництва компетентних органів, що забезпечують дотримання податкового законодавства, правильність обчислення, повноту і своєчасність унесення податку до бюджету [12].

За своєю сутністю наявні розбіжності щодо дефініції понять незначно впливають на значення й застосування. Але поряд із тим поняття «фіскального» контролю починає поширюватися в науковій літературі та деяких нормативно-правових документах.

Етимологія походження слова «фіск» розкривається через родове поняття «державна казна», від французького fisc, у латині fiscus – це «корзина, у тому числі для грошей, державна казна», у німецькій мові Fiskus, dem Fisco мають такі самі значення. Перше значення слова фіскал або обер-фіскал – назва посадової особи, яка, можливо, має походження від польського fiska – юрист, прокурор або латинського fiscalis – казенний.

У тлумачних словниках віднаходимо такі значення слів «фіск», «фіскал» і «фіскальний»:

1. фіск – у Стародавньому Римі це була імператорська скарбниця, у буржуазній юриспруденції – державна скарбниця;

2. фіскал – у дореволюційній Росії вживався як урядовець, що здійснював нагляд за діяльністю адміністративних установ та осіб з метою виявлення порушень законів та інтересів державної скарбниці – фіску;

3. фіскальний – походження має від латинського fiscalis «казенний, казначейський» або від fiscus «корзина, каса; казна»;

4. фіск – у Давньому Римі також означало військову касу, де зберігаються гроші, призначені до видачі. З часу Августа фіском стала називатися приватна каса імператора, що перебувала у веденні чиновників і поповнювалася доходами з імперських провінцій та іншими засобами. Фіском також називалося й усе імперське управління. З IV століття фіск – це єдиний загальнодержавний фінансовий центр Римської імперії, куди стікалися всі види доходів і зборів, а також звідси отримувалися вказівки про чеканку монет, порядок збирання податків, здійснювалися виплати тощо;

5. фіскал – при Петрі I це був чиновник, що наглядав за законністю дій установ та осіб в основному у фінансовій і судовій сферах; відповідно, фіскальний – це пов'язаний із фіскалом або характерний для фіскала.

Як відмічають науковці, категорія фіску широко застосовується не лише в давньоримській і середньовічній літературі, а й у юридичній науці нового часу. Як приклад можна навести цитату відомого німецького вченого О. Майера: «Фіск – це сама держава, що розуміється з одного певного боку, ... відзначають, що фіск – це держава як суб'єкт у відносинах з приводу державного майна» [5].

**Висновки**

Отже, сьогодні для уникнення дублювання повноважень податкових і митних органів та інших дотичних державних структур, які виконують функції контролю, зниження рівня бюрократизації та підвищення ефективності роботи, доцільно впровадити не лише на науковому рівні поняття «фіскальний контроль», а й у практичну його площину. На нашу думку, доцільно в окремих аспектах ототожнювати визначення «фіскального» контролю й «податкового» контролю. Отже, під фіскальним контролем варто розуміти один із видів державного фінансового контрою, що здійснюється через спеціально визначені органи контролю, який спрямований на управління й реалізацію державної податкової та митної політики, державної політики з адміністрування єдиного внеску, а також державну політику у сфері боротьби з правопорушеннями в указаних сферах, забезпечення контролю за надходженнями до бюджетів і державних цільових фондів податків, зборів, митних та інших платежів.

**Список використаних джерел:**

1. Лімська Декларація керівних принципів контролю, прийнята IX Конгресом Міжнародної організації вищих контрольних органів (INTOSAI) у 1977 році. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/604_001 (дата звернення: 20.02.2020).

2. Административно-правовое регулирование экономических отношений / отв. ред. И.Л. Бачило, Н.Ю. Хаманева. Москва : МЗ-Пресс, 2001. 218 с.

3. Андрійко О.Ф. Контроль. *Юридична енциклопедія* : у 6 т. / редкол. : Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ : Укр. енцикл., 1998. URL: https://leksika.com.ua/10530412/legal/kontrol (дата звернення: 20.02.2020).

4. Белуха Н.Т. Теория финансово-хозяйственного контроля. Киев : Выща школа, 1990. 278 с.

5. Бєлих В.С., Вінницький Д.В. Податкове право Росії. Короткий навчальний курс. Київ, 2004.

6. Вознесенский Э.Ф. Финансовый контроль в СССР. Москва : Юридическая литература, 1973. 134 с.

7. Гуцаленко Л.В., Дерій В.А., Коцупатрий М.М. Державний фінансовий контроль : навчальний посібник. Київ : ЦУЛ, 2009. 424 с.

8. Калюга Є.В. Фінансово-господарський контроль в системі управління. Київ : Ніка-Центр, 2002, 360 с.

9. Малеин Н.С. Кредитно-расчетные правоотношения и финансовый контроль. Москва : Наука, 1964. 152 с.

10. Маринів Н.А. Податкова перевірка як організаційно-правова форма реалізації податкового контролю : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Харків, 2007. 20 с.

11. Овсянко Д.М. Административное право : учебное пособие для студентов юридических факультетов и институтов / отв. ред. проф. Г.А. Туманов. Москва : Юрист, 1995. 304 с.

12. Пономарев И.А. Налоги и налогообложение в Российской Федерации. Ростов-на-Дону : Феникс, 2001. 352 с.

13. Савченко Л.А. Правові проблеми фінансового контролю в Україні : монографія. Ірпінь : Академія ДПС України, 2001. 407 с.

14. Химичева Н.И. Финансовое право. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Юристъ, 2004. 749 с.

15. Эриашвили Н.Д. Финансовое право : учебник для вузов. Москва : ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000. 606 с.

16. Юхимчук А. Система фінансового контролю – з глибин історії до нинішніх днів. *Трибуна*. 1999. № 1–2. С. 29–30.

**Tetiana Tatarova. To the issue of financial and tax control**

*The article deals with different views of researchers on the importance of financial and tax control. It also refers to the general definition of the term "control", which is divided by objects, entities and spheres into state, departmental, industrial and others. It points to the views of researchers about the essence of control in the field of executive power. It also refers to the establishment of the object of financial control (financial performance of economic entities of all forms of ownership), the actual object of financial control (the whole process of economic activity), it is stated that this control is related to the control function of finances. The study gives the opinion of scientists on the definition of the term "financial control", notes on the successful definition of A. Yukhimchuk in this regard. It is noted that financial control is aimed at detecting deviations from the adopted standards and violations of the legality, efficiency and cost savings of material resources, etc. Views on the content of financial control of scientists E. Voznesensky (this activity of state and public bodies to check the reasonableness of the use of funds), M. Malein (activities of financial and other organizations aimed at providing financial, tax, etc. discipline), N. Khimicheva (control of legality actions in the field of formation, distribution and use of state funds and local self-government), L. Savchenko and others. The article deals with financial control in two aspects (the activities of special bodies and an integral element of financial management), defines the subject of public financial control. Attention is drawn to the fact that, depending on the subjects of financial control, the main role in the process is played by the state financial control. In addition, the role of tax control as part of public financial control is determined. It is concluded that fiscal control should be understood as one of the types of state financial control carried out through specially designated control bodies, which is aimed at managing and implementing state tax and customs policy, state policy on single contribution administration, and state policy in the field of control with offenses in these areas, ensuring control over revenues to budgets and state trust funds of taxes, fees, customs and other payments.*

**Key words:** fiscal policy, control, financial control, tax control, fiscal.

УДК 342.6
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.34

***Сергій Федоров,***
*канд. юрид. наук,*
*доцент кафедри фінансового права*
*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

# ДЕРЖАВНИЙ КОНТРОЛЬ У СФЕРІ ТРЕЙДИНГОВИХ ОПЕРАЦІЙ ІЗ КРИПТОВАЛЮТАМИ: ФІНАНСОВО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

*Стаття присвячена проведенню загального дослідження можливих перспектив і шляхів запровадження державного контролю над так званими трейдинговими операціями з криптовалютами у фінансово-правовому аспекті. Автором аналізуються окремі особливості правової регламентації використання криптовалют (віртуальних валют, криптоактивів) як фінансових інструментів, провадження діяльності з торгівлі криптовалютами та їх обміну на фіатні гроші. У цьому контексті вивчається новий термінологічний апарат, що використовується в цій сфері, зокрема поняття «майнінг криптовалют», «трейдинг криптовалют», «блокчейн» тощо.*

*Автор статті доходить висновку, що сьогодні криптовалюти є не тільки засобом платежу, що широко використовується в різних сферах, а й фінансовим інструментом, що активно «торгується» на спеціалізованих криптобіржах і застосовується в операціях із обміну на фіатні гроші. З метою впорядкування таких відносин, забезпечення їх стабільності, гарантування захисту прав та інтересів учасників цих відносин окремі країни світу пішли шляхом визнання криптовалют відповідними фінансовими інструментами, у зв'язку з чим упорядкування відносин із торгівлі й обміну криптовалют здійснюється за аналогією з правовим регулюванням біржового ринку, використання цінних паперів та інших фінансових інструментів. Відповідно, і державний контроль у цій сфері здійснюється за аналогією з державним контролем аналогічних «звичайних біржових відносин».*

*Вивчаються необхідність і можливі шляхи запровадження державного контролю за такими фінансовими операціями й в Україні, для чого проведено дослідження міжнародного досвіду законодавчого впорядкування трейдингових операцій із криптовалютами, зокрема аналізуються нормативно-правові й рекомендаційні акти США, Японії, Австралії, Великобританії, Канади в цій сфері. На підставі проведеного дослідження визначено загальні тенденції здійснення державного контролю за трейдинговими операціями з криптовалютами як із фінансовими інструментами в цих країнах світу. Досліджуються можливості запровадження вказаного закордонного досвіду державного контролю за трейдинговими операціями з криптовалютами як за фінансовими операціями в Україні.*

**Ключові слова:** криптовалюти, криптовалютні операції, трейдингові операції, фінансові інструменти, державний контроль.

**Постановка проблеми.** Натепер по всьому світу все актуальнішими стають питання обігу криптовалют. Досить поширеною є позиція, що криптовалюти є не тільки засобом платежу й накопичення блага, а й «товаром», об'єктом господарських операцій. У зв'язку із цим важливою є не лише проблематика правового регулювання відносин із використання криптовалют як платіжного засобу, а й відносин із торгівлі криптовалютами та їх обміну на фіатні гроші.

В обігу все частіше використовуються поняття: «трейдинг криптовалют», «криптовалютний трейдинг», «трейдингові операції з криптовалютами». Їх поява зумовлена виникненням відносин із торгівлі та обміну криптовалют, що здійснюються, зокрема, на спеціальних біржах.

Як уже досліджено нами раніше, відносини з використання криптовалют на цей час не є належним чином урегульованими в більшості країн світу. В Україні ж лише тривають дискусії щодо необхідності запровадження правового регулювання відносин із використання криптовалют у державі [1, с. 221]. Важливим аспектом упорядкування ринку криптовалют є запровадження злагодженої системи державного контролю за такого роду операціями особливо в контексті того, що такі операції мають фінансовий характер. У зв'язку із цим питання торгівлі й обміну криптовалют підлягають самостійному


© С. Федоров, 2020

дослідженню, зокрема, у контексті їх державного контролю як фінансових операцій.

Окремі питання використання й обігу криптовалют вивчали, зокрема, С.В. Воронцова, М.В. Гребенюк, Б.В. Деревянко, І.М. Доронін, А.Т. Ковальчук, О.О. Лов'як, С.С. Пилипишин, В.В. Посполітак, С.Г. Стеценко, О.В. Таволжанський, В.А. Устименко й інші. У сфері економіки проблематику обігу та використання криптовалют досліджували Н.В. Архірейська, Л.О. Баластрик, Р.Й. Бачо, О.І. Береславська, С.В. Волосович, Ю.В. Гава, Д.М. Гладких, І.І. Гусєва, М.І. Диба, В.В. Зимовець, А.С. Карнаушенко, В.В. Корнєєв, В.М. Костюченко, І.В. Краснова, Т.О. Кричевська, Л.М. Надієвець, О.С. Новак, В.С. Петренко, О.М. Петрук, М.І. Савлук, Т.С. Смовженко, В.Г. Сословський, Н.С. Танклевська, Г.Г. Чмерук, О.Г. Чумаченко, О.М. Шаров та інші.

Указані автори в роботах також прямо чи опосередковано вивчають питання торгівлі й обміну криптовалют, хоча комплексне дослідження цього питання, у тому числі крізь призму державного контролю, на цей час відсутнє.

**Метою статті** є дослідження перспектив і можливостей здійснення державного контролю за трейдинговими операціями як за фінансовими операціями в Україні.

**Виклад основного матеріалу.** Сьогодні існує два способи набуття у власність криптовалют: майнінг криптовалют і їх купівля [2]. У спеціальній літературі під майнінгом розуміється процес вирішення криптографічних головоломок з використанням обчислювальних потужностей комп'ютера або спеціалізованих пристроїв з метою обслуговування мережі Bitcoin [3, с. 12]. Аналогічне визначення майнінгу надавалося й у проектах законів України щодо врегулювання відносин з обігу криптовалют: майнінг – це обчислювальні операції, які здійснює майнер за допомогою власного та/або орендованого спеціалізованого обладнання з метою забезпечення працездатності й безпеки системи блокчейн, і залежно від умов системи блокчейн отримує винагороду системи блокчейн [4]; майнінг – діяльність фізичних і юридичних осіб із проведення математичних розрахунків з метою отримання винагороди у вигляді одиниць криптовалюти [5].

Набуття ж криптовалют у власність на підставі купівлі-продажу здійснюється, зокрема, через спеціалізовані біржі. У рамках цих правовідносин виникає так званий «криптовалютний трейдинг» – систематична діяльність спекулятивного характеру, що здійснюється на криптовалютній біржі з метою отримання прибутку; мова йде про постійні операції з обміну однієї криптовалюти на іншу та/або на фіатні гроші [3, с. 11].

Можливість провадження контролю будь-яких відносин зумовлюється встановленням правового регулювання таких правовідносин, адже те, щодо чого не встановлені жодні вимоги, не може бути й проконтрольовано. Україна сьогодні входить у ТОП-10 країн світу за кількістю користувачів Bitcoin, в Україні провадить свою діяльність найбільше в СНД біткоін-агентство Kuna, одним із проектів якого є криптовалютна біржа [3, с. 85]. При цьому трейдингові операції з криптовалютами в Україні жодним чином не врегульовані в правовому стосунку. Варто зазначити, що зареєстровані у Верховній Раді України законопроекти, спрямовані на встановлення правового регулювання в тому числі й відносин з торгівлі та обміну криптовалют на фіатні гроші («Про обіг криптовалюти в Україні», «Про стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні»), відкликані у зв'язку з необхідністю їх доопрацювання [4; 5].

Отже, здійснювати контроль за такого роду операціями в Україні сьогодні не видається можливим. Однак не можна не погодитися, що все зростаюче значення криптовалют та операцій із ними в сучасному світі на фоні достатньої фактичної розвиненості ринку криптовалют, активної торгівлі ними й обміну на фіатні гроші в Україні потребуватиме впорядкування цього виду правовідносин на законодавчому рівні найближчим часом. І саме правова наука має стати основою для розроблення належного правового регулювання відповідної групи правовідносин. З огляду на новизну відносин із торгівлі та обміну криптовалютами й державного контролю за ними, проведення наукових досліджень у цій сфері найбільш доцільно розпочати з вивчення закордонного досвіду.

Зокрема, в авангарді країн, у яких запроваджено правове регулювання трейдингових операцій із криповалютами, перебуває Японія, у якій з 1 травня 2020 набули чинності чергові зміни, унесені до таких національних законів, як Акт про платіжні сервіси (*Payment Services Act*) та Акт про фінансові інструменти й біржі (*Financial Instruments and Exchange Act*) [6]. Відповідно до запроваджених змін, маржинальна торгівля криптоактивами та інші транзакції з похідними криптоактивами регулюються загальними правилами здійснення операцій із похідними фінансовими інструментами. Кастодіальна діяльність, пов'язана з криптоактивами, підлягає ліцензуванню. За недобросовісну торгівлю криптоактивами на біржі можуть накладатися заборони контролюючим органом [6].

У штаті Нью-Йорк прийнято спеціальний нормативно-правовий акт щодо врегулювання торгівлі віртуальними валютами. Так, у червні 2015 року Департаментом фінансових послуг штату Нью-Йорк, відповідно до Закону про фінансові послуги Нью-Йорка, затверджене власне положення про віртуальну валюту 23 NYCRR Part 200 [7]. У цьому положенні, зокрема, передбачається, що жодна особа в штаті Нью-Йорк не має права здійснювати комерційну діяльність із віртуальними валютами без отримання ліцензії від уповноваженого органу в порядку, визначеному в цьому нормативно-правовому акті. При цьому такі особи навіть за умови отримання ліцензії не мають право здійснювати фідуціарну діяльність [7].

Під комерційною діяльністю з віртуальними валютами у вищевказаному нормативно-правовому акті розуміється така діяльність:

– отримання віртуальної валюти з метою її подальшого передання іншим особами, крім випадків, коли такі транзакції здійснюються без мети отримання прибутку з передачею віртуальної валюти за її номінальною вартістю;

– зберігання віртуальної валюти від імені інших осіб;

– надання посередницьких послуг клієнтам із купівлі та продажу віртуальної валюти;

– надання посередницьких послуг з обміну віртуальних валют;

– управління, адміністрування та випуск віртуальної валюти [7].

Досить упорядкованим і системним є правове регулювання відносин із торгівлі й обміну криптоактивами в Австралії. Австралійська комісія з інвестицій і цінних паперів (*Australian Securities and Investments Commission*) на офіційному сайті надає роз'яснення, що у випадку, коли платформа (біржа) має справи з криптоактивами як із фінансовими продуктами в розумінні відповідних законодавчих актів Австралії, такий суб'єкт має отримувати Австралійську ліцензію професійного учасника ринку цінних паперів (*Australian market license*) [8].

У Великобританії перші кроки на шляху впорядкування відносин із торгівлі й обміну криптовалют пов'язані з державною політикою з боротьби з легалізацією (відмиванням) доходів, отриманих злочинним шляхом, і з фінансуванням тероризму. Натепер Управлінням фінансового нагляду Великобританії прийнято рекомендаційний документ «Відшкодування витрат на нагляд за криптобізнесом, відповідно до запропонованих правил протидії відмиванню грошей: пропозиція по зборах» (*Recovery of Costs of Supervising Cryptoasset Businesses Under the Proposed Anti-money Laundering Regulations: Fees Proposals*) [9]. У цьому документі надано рекомендації щодо суб'єктів підприємницької діяльності, які планують здійснювати операції з криптовалютами, зокрема провайдерів криптобірж, операторів криптобанкоматів, провайдерів криптогаманців, емітентів криптоактивів тощо [9].

У цьому документів таким суб'єктам рекомендується: 1) подати заяву на реєстрацію криптокомпанії в Управлінні фінансового нагляду, 2) перебувати на обліку в Управлінні фінансового нагляду з погляду протидії відмиванню коштів і фінансуванню тероризму (*Anti-Money Laundering and Countering Financing of Terrorism*), 3) сплатити реєстраційний внесок, 4) щорічно сплачувати мито [9].

У Канаді в червні 2020 року набув чинності законодавчий акт, яким унесено зміни до деяких нормативно-правових актів у сфері протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом (відмивання грошей), і фінансуванню тероризму (*Regulations Amending Certain Regulations Made Under the Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing*) [10]. Цим актом легалізована діяльність компаній у сфері криптовалют (криптобірж) із обміну криптовалют на фіатні гроші та на інші криптовалюти, а також із переказів криптовалют. Указані компанії офіційно прирівнюються до суб'єктів господарювання, що надають грошові послуги [10].

З набуттям чинності вищевказаних змін у Канаді криптобіржі підлягають обов'язковій реєстрації, а також на них покладається обов'язок повідомляти контролюючий орган влади про всі операції з криптовалютами, що перевищують в еквіваленті 10 000 канадських доларів [10].

Ураховуючи наведений вище досвід деяких зарубіжних країн, можемо стверджувати, що запровадження державного контролю над трейдинговими операціями з криптовалютами як за фінансовими операціями можливе за такими основними напрямами:

– установлення обов'язкової реєстрації професійних учасників відносин із трейдингу криптовалют у спеціалізованих державних реєстрах за аналогією з реєстром професійних учасників ринку цінних паперів;

– установлення обов'язку для професійних учасників відносин із трейдингу криптовалют отримувати документи дозвільного характеру (наприклад, ліцензії) за аналогією з дозвільними документами для професійних учасників ринку цінних паперів;

– установлення права спеціалізованих органів державної влади здійснювати нагляд за законністю і «справедливістю» операцій за участі професійних учасників відносин із трейдингу криптовалют, надання таким органам повноважень на зупинення чи скасування окремих операцій, зупинення чи припинення діяльності таких суб'єктів;

– установлення обов'язку професійних учасників відносин із трейдингу криптовалют здійснювати фінансовий моніторинг трейдингових операцій із криптовалюватами в тому числі й шляхом повідомлення про здійснення окремих із них (за ознаками суми таких операцій) відповідних контролюючих органів держави.

**Висновки**

Провівши аналіз досвіду окремих зарубіжних країн у сфері здійснення державного контролю за трейдинговими операціями з криптовалютами, можемо зробити такі ключові висновки щодо напрямів і шляхів запровадження державного контролю над трейдинговими операціями з криптовалютами як за фінансовими операціями в Україні:

1. Першим та основним кроком на шляху запровадження державного контролю над трейдинговими операціями з криптовалютами є визначення на законодавчому рівні правового статусу криптовалют, упорядкування на нормативно-правовому рівні основних напрямів їх використання, оскільки неможливо контролювати те, стосовно чого не встановлені жодні вимоги.

2. З огляду на фінансово-правову природу трейдингових операцій із криптовалютами, а також загальноприйняті правила юридичної (нормотворчої) техніки, досить обґрунтованою є позиція прирівнювання трейдингових операцій із криптовалютами до операцій із загальноприйнятими фінансовими інструментами шляхом унесення відповідних змін до законодавства у сфері обігу цінних паперів і функціонування фондового ринку (в Україні, зокрема, таким нормативно-правовим регулятором є Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок»).

3. Державний контроль за трейдинговими операціями з криптовалютами як за фінансовими операціями повинен ґрунтуватися на забезпеченні не лише дотримання професійними учасниками таких операцій вимог законодавства у сфері обігу цінних паперів та інших фінансових інструментів, а й вимог законодавства у сфері протидії легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом, і у сфері протидії фінансуванню тероризму, оскільки натепер криптовалютний ринок, на жаль, досить часто використовується саме з такою метою.

**Список використаних джерел:**

1. Федоров С. Державний фінансовий контроль і криптовалютні операції: поза межами права. *Підприємство, господарство і право*. 2019. № 3. С. 218–222.

2. Украинским криптовалютным трейдерам придется платить 19,5% подоходного налога. URL: https://bits.media/treydery-ukrainy-dolzhny-platit-nalog-na-pribyl-19-5-s-kriptovalyutnykh-operatsiy/.

3. Правовое регулирование криптовалютного бизнеса. 2017. 101 с. URL: https://axon.partners/wp-content/uploads/2017/02/Global-Issues-of-Bitcoin-Businesses-Regulation.pdf.

4. Про обіг криптовалюти в Україні : Проект Закону України від 06.10.2017 № 7183. *База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62684.

5. Про стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні : Проект Закону України від 10.10.2017 № 7183-1. *База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62710.

6. Tsuguhito Omagari, Yuki Sako. Japan's New Crypto Regelation: 2019 Amendments to Payment Services Act and Financial Instruments and Exchange Act of Japan. URL: http://www.klgates.com/stayinformed/.

7. 23 New York Codes, Rules and Regulations Part 200. URL: https://govt.westlaw.com/nycrr/Browse/Home/NewYork/NewYorkCodesRulesandRegulations?guid=I7444ce80169611e594630000845b8d3e&originationContext=documenttoc&transitionType=Default&contextData=(sc.Default).

8. Initial Coin Offerings and Crypto-Assents. Australian Securities and Investments Commission Official Web-Site. URL: https://asic.gov.au/regulatory-resources/digital-transformation/initial-coin-offerings-and-crypto-assets/.

9. Recovery of Costs of Supervising Cryptoasset Businesses Under the Proposed Anti-money Laundering Regulations: Fees Proposals. Consultation Paper CP19/29. October, 2019. URL: https://www.fca.org.uk/publication/consultation/cp19-29.pdf.

10. Regulations Amending Certain Regulations Made Under the Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing. Act 2019: SOR/2019-240. URL: http://www.gazette.gc.ca/rp-pr/p2/2019/2019-07-10/html/sor-dors240-eng.html.

**Serhii Fedorov. State control in the field of trading operations with cryptocurrencies: financial and legal aspect**

*The article is devoted to a general study of possible prospects and ways to introduce state control over the so-called trading operations with cryptocurrencies, in the financial and legal aspect. The author analyzes some features of the legal regulation of the use of cryptocurrencies (virtual currencies, crypto-assets) as financial instruments, the conduct of cryptocurrency trading and their exchange for fiat money. In this context, the article examines the new terminology used in this area, in particular, the concept of "cryptocurrency mining", "cryptocurrency trading", "blockchain" and so on.*

*The author of the article concludes that today cryptocurrencies are not only a means of payment that is widely used in various fields, but also a financial instrument that is actively "traded" on specialized crypto-market and used in transactions for the exchange of fiat money. In order to streamline such relations, ensure their stability, ensure the protection of the rights and interests of participants in these relations, some countries have followed the path of recognizing cryptocurrencies as appropriate financial instruments, in connection with which streamlining relations on trade and cryptocurrency exchange is carried out market, use of securities and other financial instruments. Accordingly, the state control in this area is carried out by analogy with the state control of similar "normal exchange relations".*

*The article examines the need and possible ways to introduce state control over such financial transactions in Ukraine, for which a study of international experience of legislative regulation of trading transactions with cryptocurrencies, in particular, analyzes the regulations and recommendations of the US, Japan, Australia, UK, Canada in in this area. Based on the study, the general trends of state control over trading operations with cryptocurrencies as financial instruments in these countries are identified. The author investigates the possibilities of introducing this foreign experience of state control over trading operations with cryptocurrencies as financial transactions in Ukraine.*

**Key words:** cryptocurrencies, cryptocurrency operations, trading operations, financial instruments, state control.

УДК 340
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.35

***Терезія Попович,***
*канд. юрид. наук, доцент,*
*доцент кафедри теорії та історії держави і права*
*ДВНЗ «Ужгородський національний університет»*

# ПРАВОВІ ОБОВ'ЯЗКИ У СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ РЕПРОДУКТИВНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

*Статтю присвячено розгляду правових обов'язків через призму репродуктивних прав людини. Дане дослідження здійснено шляхом виокремлення та аналізу окремих обов'язків, що існують у системі регулювання репродуктивної сфери. Так, зокрема, автор виділяє обов'язок надання згоди на реалізацію репродуктивних прав у сім'ї, що базується на свободі репродуктивного вибору. Окрім того, розглянуто обов'язок надання згоди на застосування допоміжних репродуктивних технологій. Автор зазначає, що така згода повинна надаватись у письмовій формі, базуючись на засадах добровільності та поінформованості пацієнтів щодо усіх деталей відповідних процедур.*

*До того ж окремий різновид правових обов'язків, що існують у репродуктивній сфері, складають обов'язки закладів охорони здоров'я та медичних працівників щодо застосування допоміжних репродуктивних технологій. При цьому зауважено про необхідність відповідності медичних закладів певним вимогам, а також наявність у них обов'язків щодо порядку надання медичної допомоги. У контексті зазначеного розглянуто правову регламентацію вимог, що ставляться до осіб, відносно яких можуть бути застосовані відповідні технології, в законодавстві деяких держав СНД. Також зосереджено увагу на дотриманні лікарської таємниці медичними працівниками та можливих випадках її розголошення.*

*Разом із тим автор розглядає обов'язок надання згоди померлого на посмертну репродукцію, яка полягає в можливості зачати та народити дитину після смерті одного з батьків. Зазначено, що в більшості держав світу така практика наразі є забороненою, проте в державах, де дозволена посмертна репродукція, ключову роль відіграє чітко засвідчена воля померлого.*

*І насамкінець автор констатує, що виокремлення та аналіз правових обов'язків у світлі репродуктивних прав людини дозволило продемонструвати, з одного боку, повноту розгляду відповідної категорії прав, з іншого ж – складність їх реалізації. Визначення таких правових обов'язків засвідчує значимість відповідального підходу до здійснення репродуктивних прав, адже передбачає врахування різного роду аспектів для того, щоб повною мірою та ефективно забезпечити можливості особи в напрямку реалізації відповідних прав.*

**Ключові слова:** обов'язок, штучна репродукція, репродуктивне здоров'я, посмертна репродукція.

**Постановка проблеми.** У структурі соматичних прав людини як прав нового покоління значну групу займають репродуктивні права, пов'язані з відтворення людиною майбутніх її поколінь. Базуючись на біологічних особливостях людського буття, дана категорія прав, яка ще кілька десятиліть тому не була актуалізована та акцентована, все більш починає захоплювати своїм функціонуванням й соціальну складову частину людського буття, що, серед іншого, виявляється в досить стрімкому розвитку правового забезпечення та регуляції репродуктивних прав (правовий механізм як частина соціального). Останній фактор можливо пов'язати передусім зі значимістю означеної категорії прав людини, їх фундаментальністю. Яскравим прикладом утілення такої значимості можна вважати «політику сприяння дітонародженню», яка в тому чи іншому вигляді реалізовується у функціонуванні сучасних демократичних держав. Не концентруючись на сутності репродуктивних прав людини, зосередимось на характеристиці окремих правових обов'язків, які випливають з їх змісту. Аналіз останніх дасть змогу ґрунтовніше осягнути порядок реалізації даної категорії прав, особливості статусу суб'єктів, які беруть участь у їх здійсненні, процедурні аспекти та деякі наслідки реалізації репродуктивних прав людини на сучасному етапі розвитку.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Сфера репродуктивних прав людини в сучасній правовій науці набуває все більшої зацікавленості в науковому колі. На сьогодні серед вчених, які на дисертаційному рівні досліджували означену категорію прав, варто відзначити таких, як: А. Головащук, К. Ксьондзик, О. Перевозчикову, В. Самойлову, Є. Соловйова, В. Чечерського. Окрім

© Т. Попович, 2020

цього, низка наукових публікацій, присвячених репродуктивним правам людини, здійснена І. Венедіктовою, Г. Романовським, Р. Стефанчуком та іншими дослідниками. Однак окреслена проблематика даної наукової розвідки залишається малодослідженою, що зумовлює її підвищену актуальність та визначає безпосередню мету статті.

**Мета статті** полягає у здійсненні аналізу основних характеристик правових обов'язків, які випливають зі змісту репродуктивних прав людини.

**Виклад основного матеріалу.** *Обов'язок надання згоди на реалізацію репродуктивних прав у сім'ї.* У цілому на законодавчому рівні та з точки зору сучасної правової науки ключове місце у сфері репродуктивних прав займає свобода репродуктивного вибору, яка передбачає можливість особи самостійно вирішувати «долю» реалізації своїх репродуктивних прав. Однак при цьому законодавець може встановлювати деякі обмеження. Йдеться, до прикладу, про ст.ст. 49 та 50 Сімейного кодексу України, які регламентують права на материнство та на батьківство. Так, небажання чоловіка мати дитину, а так само відмова дружини від народження дитини можуть бути причиною розірвання шлюбу [1]. Таким чином, законодавець, з одного боку, гарантує кожній особі можливість вільного вибору щодо реалізації своїх репродуктивних прав, але, з іншого, що стосується вступу в шлюб та функціонування сім'ї, то він накладає деякі обмеження. Передбачається, що формування чоловіком та жінкою подружжя апріорі містить у собі свого роду «мовчазну згоду» кожного з них на реалізацію репродуктивної функції у майбутньому. Якщо ж один із подружжя не погоджується на відтворення нового покоління у рамках створеної сім'ї, другий має право на розірвання шлюбу.

*Обов'язок надання згоди на застосування допоміжних репродуктивних технологій.* Згідно з Порядком застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні передбачено положення, за яким питання щодо використання методів допоміжних репродуктивних технологій вирішується після оформлення заяви пацієнта (-ів) за встановленою формою. У даній заяві особам необхідно письмово засвідчити, що їх рішення вільне та являє собою інформовану добровільну згоду на проведення відповідних процедур. У ній також жінка, чоловік зазначають про те, що: а) повідомлені, що лікування може мати ускладнення, викликані виконанням процедури та застосуванням лікарських засобів; б) їм було роз'яснено хід лікування; в) вони повідомили лікарю всі дані про стан здоров'я, про спадкові, венеричні, психічні та інші захворювання; г) їм зрозуміла інформація щодо здійснення процедури, яка надана медичними працівниками закладу охорони здоров'я; д) вони мали можливість обговорити з лікарем усі питання, які їх цікавлять чи є незрозумілими, а на задані запитання вони отримали відповіді, що їх задовольняють [2].

Подібні положення містить Закон Киргизької Республіки «Про репродуктивні права громадян та гарантії їх реалізації» від 04.07.2015 р., який визначає обов'язок громадян, що перебувають у шлюбі, використовувати допоміжні репродуктивні технології тільки за наявності їх взаємної згоди, а в подальшому – нести рівні права та обов'язки батьків по відношенню до майбутньої дитини [3]. Отже, отримання добровільної згоди від особи (осіб) на застосування стосовно них допоміжних репродуктивних технологій постає важливою запорукою, з одного боку, того, що в такий спосіб особи реалізували своє право на репродуктивний вибір, а з іншого – також того, що в майбутньому вдасться уникнути можливих конфліктів у зв'язку з його реалізацією.

*Обов'язки закладів охорони здоров'я та медичних працівників у сфері застосування допоміжних репродуктивних технологій.* Виходячи з положень Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, зауважимо, що передусім для того, щоб заклад охорони здоров'я міг надавати медичну допомогу у сфері застосування допоміжних репродуктивних технологій, він повинен відповідати кільком вимогам: мати ліцензію на впровадження господарської діяльності з медичної практики, відповідне оснащення та обладнання; мати акредитаційний сертифікат у випадку, коли заклади охорони здоров'я здійснюють діяльність із медичної практики понад 2 роки; мати відповідний медичний персонал згідно зі штатним розписом.

Окрім цього, законодавець покладає на заклади охорони здоров'я та медичних працівників низку обов'язків, які безпосередньо стосуються порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій. Серед них:

1) обов'язок оформити заяву пацієнта (пацієнтів) щодо застосування допоміжних репродуктивних технологій;

2) обов'язок провести медичний огляд та відповідне обстеження пацієнта, який звернувся за медичною допомогою щодо застосування допоміжних репродуктивних технологій; відповідне обстеження жінки та чоловіка може бути обов'язковим та додат-

ковим (за показаннями); у цьому контексті дані медичного огляду та обстеження пацієнтів повинні бути внесені до форми первинної облікової документації, яка затверджується Міністерством охорони здоров'я України;

3) обов'язок видати листок непрацездатності працюючим пацієнтам після проведення додаткових репродуктивних технологій;

4) обов'язок попередити пацієнтів про те, що лікування може мати ускладнення, викликані виконанням процедури та застосуванням лікарських засобів;

5) обов'язок роз'яснити пацієнтам порядок проведення лікування;

6) обов'язок проінформувати пацієнтів про необхідність виконання всіх медичних призначень та своєчасного повідомлення лікаря про будь-які зміни в самопочутті або стані здоров'я під час обстеження, лікування, а також протягом 1 місяця після застосування допоміжних репродуктивних технологій про настання чи відсутність вагітності;

7) обов'язок проінформувати пацієнтів про цілі, методи надання медичної допомоги, пов'язані з ними ризики, можливі варіанти медичного втручання та його наслідки, про їх можливі результати;

8) обов'язок обговорити з пацієнтами усі питання, що їх цікавлять або є незрозумілими для них, а також відповісти на всі запитання [2].

Відповідна правова регламентація міститься і в законодавчих актах деяких держав СНД. Так, Закон Республіки Білорусь «Про допоміжні репродуктивні технології» від 07.01.2012 р. фіксує вимоги до осіб, стосовно яких дозволено застосовувати відповідні технології: досягнення 18-річного віку, повна дієздатність, медичне обстеження та відсутність медичних протипоказань [4]. Подібні передумови зумовлені в Законі Республіки Молдова «Про репродуктивне здоров'я» від 15.06.2012 р. [5]. У свою чергу, Закон Республіки Вірменія «Про репродуктивне здоров'я та репродуктивні права людини» від 26.12.2002 р. встановлює такі вимоги до донора статевих клітин: чоловік чи жінка в віці від 18 до 35 років, що пройшли медико-генетичне обстеження та не мають медичних протипоказань щодо донорства [6]. Відповідно ж до Закону Республіки Молдова «Про репродуктивне здоров'я» максимально допустимий вік донорів статевих клітин та ембріонів сягає 40 років. Донорство може бути анонімним та неанонімним. При неанонімному – донорами стають родичі пацієнтів, тоді як у випадку анонімного – інформація про донорів залишається конфіденційною. Крім того, законодавством Молдови передбачені положення про те, що донори не приймають на себе обов'язків батьків та не несуть відповідальність за майбутню дитину, їм забороняється з'ясовувати особу дитини та її батьків [5].

Вже згаданий нами Закон Республіки Білорусь «Про допоміжні репродуктивні технології» також зумовлює обов'язки закладів охорони здоров'я, які стосуються використання статевих клітин, ембріонів, переданих їм на зберігання. Такі заклади повинні визначити строки збереження статевих клітин, ембріонів, метод їх кріоконсервації та порядок використання. Відповідна інформація вноситься у медичні документи, підписується пацієнтом та лікарем [4].

Закон Киргизької Республіки «Про репродуктивні права громадян та гарантії їх реалізації» від 04.07.2015 р. визначає обов'язок надання громадянам інформації щодо охорони репродуктивного здоров'я, а саме: стану та охорони свого сексуального та репродуктивного здоров'я; методів контрацепції; умов та методів отримання послуг з охорони сексуального та репродуктивного здоров'я; щодо будь-яких психологічних та фізіологічних наслідків, можливих ускладнень при медичному втручанні та ін. [3]. Окремо згідно з положеннями даного Закону лікар, що здійснює медичне втручання, повинен надати інформацію стосовно процедури штучного запліднення, її наслідків, а також про донора (дані його медико-генетичного обстеження, зовнішні дані та національність).

Як відомо, за загальним правилом на медичних працівників покладається обов'язок дотримуватися лікарської таємниці. Зокрема, відповідно до ст. 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я: «Медичні працівники та інші особи, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд та їх результати, інтимну і сімейну сторони життя громадянина, не мають права розголошувати ці відомості, крім передбачених законодавчими актами випадків» [7].

Такі випадки можуть стосуватися і репродуктивної сфери. До прикладу, Законом Республіки Узбекистан «Про охорону репродуктивного здоров'я громадян» від 11.03.2019 р. встановлено, що відомості, які складають лікарську таємницю, можуть бути надані без згоди особи чи її законного представника з метою проведення обстеження та лікування особи, яка не здатна через свій стан висловити волю; при загрозі поширення інфекційних захворювань та за запитами органів дізнання, слідства, прокуратури, суду [8].

Таким чином, реалізація репродуктивних прав людини під час застосування допоміжних репродуктивних технологій потребує наявності низки умов, які забезпечують у цілому повноту та ефективність їх здійснення. Йдеться про зобов'язання пацієнтів, донорів та медичних закладів (медичних працівників), які мають свою специфіку. Основними обов'язками пацієнтів є проведення їх медичного обстеження, надання повної інформації про стан здоров'я, дотримання формальних процедур. Відтак на донорів, як правило, покладаються такі обов'язки: досягнути певного законодавчо визначеного віку, бути соматично та психічно здоровими, пройти необхідні обстеження, у подальшому не посягати на батьківство (материнство). Також низка обов'язків передбачається для медичних закладів та їх працівників, зокрема: належним чином провести медичні обстеження пацієнтів та донорів, якісно надати їм медичні послуги; проінформувати про всі потрібні аспекти та обговорити питання, що їх цікавлять.

*Обов'язок надання згоди померлого на посмертну репродукцію.* Варто розпочати з того, що посмертна (постмортальна) репродукція передбачає можливість зачати та народити дитину після смерті одного з батьків. Зазначимо, що значною кількістю держав (Білорусь, Угорщина, Італія, Німеччина, Австралія, Канада, Швеція та ін.) така можливість заборонена. У тих же країнах, де дозволена посмертна репродукція (США, Ізраїль, Великобританія, Киргизька Республіка та ін.), ключовим, як зазначає В.І. Чечерський, постає питання про надання згоди чи іншим чином висловленої волі померлого щодо використання після смерті його репродуктивних клітин. На думку дослідника, вирішальна роль під час визначення подальшої долі заморожених гамет повинна відводитись волевиявленню померлого. За умови, що особа в певний спосіб ними розпорядилась (на користь третьої особи, заповіла знищити чи передати як донорський матеріал), долю таких гамет слід вирішувати виключно на підставі висловленої волі особи, незважаючи на бажання інших. У випадку ж коли особа чітко її не висловила, однак все ж учинила певні дії, що пов'язані зі збереженням власних заморожених гамет для майбутнього батьківства (материнства), інший з подружжя має право на їх використання.

Поряд із цим, наголошує В.І. Чечерський, прийняття рішення щодо заморожених гамет у тому разі, якщо особа не перебувала з померлим у законному шлюбі, потрібно покласти на розсуд суду, який має встановити намір особи використати репродуктивний матеріал виключно з метою продовження роду. Винятком хіба може слугувати випадок, коли особа заморозила свої гамети для проведення штучного запліднення з гаметами третьої особи, уклавши відповідний договір. Зазначені дії варто сприймати як фактично висловлену волю щодо розпорядження репродуктивним матеріалом [9, с. 35].

Надання згоди на посмертну репродукцію у силу прогресивного розвитку сучасних біомедичних технологій набуває все більшої значимості. При цьому досить часто складно встановити наявність такої згоди. Тому потрібен чіткий та ґрунтовний перелік фактів-підтверджень, які б, дійсно, змогли засвідчити волю померлого.

**Висновки**

Таким чином, виокремлення та аналіз правових обов'язків у світлі репродуктивних прав людини дозволило продемонструвати, з одного боку, повноту розгляду відповідної категорії прав, з іншого ж – складність їх реалізації. Визначення таких правових обов'язків засвідчує значимість відповідального підходу до здійснення репродуктивних прав, адже передбачає врахування різного роду аспектів для того, щоб повною мірою та ефективно забезпечити можливості особи в напрямку реалізації відповідних прав. Основні обов'язки крізь призму репродуктивних прав пов'язані з наданням згоди на реалізацію репродуктивних прав у сім'ї, на застосування допоміжних репродуктивних технологій, на посмертну репродукцію, а також включають низку обов'язків закладів охорони здоров'я, медичних працівників, пацієнтів, донорів у сфері застосування допоміжних репродуктивних технологій (проведення медичного обстеження пацієнтів та донорів, надання інформації про стан здоров'я, відсутність медичних протипоказань, якісне надання медичних послуг, дотримання необхідних формальних процедур та ін.).

**Список використаних джерел:**

1. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2002. №№ 21-22. С. 135.

2. Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні: Наказ МОЗ України від 09.09.2013 р. № 787. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13 (дата звернення: 03.07.2020).

3. Закон Киргизької Республіки «Про репродуктивні права громадян та гарантії їх реалізації» від 04.07.2015 р. № 148. URL : http://

cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111191 (дата звернення: 03.07.2020).

4. Закон Республіки Білорусь «Про допоміжні репродуктивні технології» від 07.01.2012 р. № 341-З. URL : https://kodeksy-by.com/zakon_rb_o_vspomogatel_nyh_reproduktivnyh_tehnologiyah.htm (дата звернення: 03.07.2020).

5. Закон Республіки Молдова «Про репродуктивне здоров'я» від 15.06.2012 р. № 138. URL : http://knowledge.org.ua/uk/file/zakon-o-reproduktivnom-zdorovie-respublika-moldova/ (дата звернення: 03.07.2020).

6. Закон Республіки Вірменія «Про репродуктивне здоров'я та репродуктивні права людини» від 26.12.2002 р. № ЗР-474. URL : http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1339&la&lang=rus (дата звернення: 03.07.2020).

7. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 р. № 2801-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.

8. Закон Республіки Узбекистан «Про охорону репродуктивного здоров'я громадян» від 11.03.2019 р. № ЗРУ-528. URL : https://lex.uz/ru/docs/4233888 (дата звернення: 03.07.2020).

9. Чечерський В.І. Використання кріоконсервованих гамет та ембріонів як гарантія реалізації права людини на репродуктивне відтворення. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 4. С. 34–37.

**Tereziia Popovych. Legal obligations in the area of exercise of human reproductive rights**

*The article deals with the consideration of legal obligations through the prism of human reproductive rights. This study was carried out by the identifying and analyzing the certain obligations that exist in the system of reproductive regulation. Thus, in particular, the author emphasizes the obligation to consent to the exercise of reproductive rights in the family, based on the freedom of reproductive choice. Furthermore, the obligation to consent to the use of assisted reproductive technologies is considered. The author notes that such consent should be given in writing, based on the principles of patient's voluntary and awareness of all details of the relevant procedures.*

*In addition, a separate type of legal obligations that exist in the field of reproduction is the obligations of health care facilities and health professionals for the using assisted reproductive technologies. Herewith, it is noted that medical institutions must meet certain requirements, as well as they have obligations for the providing of medical care. In the context of the above, the legal regulation of the requirements for persons to whom the relevant technologies can be applied in the legislation of some countries is considered. Attention is also focused on the observance of medical secrecy by medical staff and possible cases of its disclosure.*

*At the same time, the author considers the obligation to give the consent of the deceased to posthumous reproduction, which is the possibility of conceiving and giving birth to a child after the death of one of the parents. It is noted that in most countries of the world this practice is currently prohibited, but in the countries where posthumous reproduction is allowed, the key role is played by the clearly proven will of the deceased.*

*Finally, the author states that the identifying and analysis of legal obligations in the light of reproductive human rights has shown, on the one hand, the completeness of the relevant category of rights, on the other – the complexity of their implementation. The definition of such legal obligations demonstrates the importance of a responsible approach to the exercise of reproductive rights, as it involves taking into account various aspects in order to fully and effectively ensure the persons' ability to realize their rights.*

**Key words:** obligation, artificial reproduction, reproductive health, posthumous reproduction.

УДК 343.35 (477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.36

***Віталій Дем'янчук,***
*докт. юрид. наук, доцент,*
*перший проректор*
*Міжнародного економіко-гуманітарного університету імені Степана Дем'янчука*

# ФОРМИ І МЕТОДИ ЕФЕКТИВНОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ АНТИКОРУПЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ

*У статті наголошено, що антикорупційні функції державних органів відповідно до управлінського структурно-функціонального принципу розподілу влади становлять основу та значною мірою зумовлюють форми і методи, за допомогою яких досягається нормативно визначена мета щодо максимального недопущення корупційних проявів, зменшення їх кількості у суспільстві в цілому та забезпечення невідворотності негативної юридичної відповідальності за вчинені корупційні правопорушення різного галузевого характеру. З'ясовано, що форми реалізації антикорупційної політики як певної встановленої у суспільстві моделі здійснення державного управління у сфері протидії корупції доцільно розглядати як комплексні категорії, що об'єднують вид публічно-владної діяльності та управлінські акти, які втілюють рішення і дії уповноважених суб'єктів протидії корупції, а тому досить сумнівною є інтерпретація, наприклад, нормативних актів управління та видання таких актів як окремих форм реалізації антикорупційної політики держави, адже два вказаних явища суспільно-правової дійсності становлять єдину нормативну форму реалізації, що передбачає як наявність нормативних актів з питань протидії корупції, так і діяльність інститутів публічної влади з їх прийняття та забезпечення виконання і дотримання суб'єктами правових відносин – адресатами відповідних нормативних приписів. З'ясовано, що електронне урядування як форма реалізації антикорупційної політики та електронно-інтерактивний метод як практичний спосіб реалізації антикорупційної політики мають бути належним чином розкриті, деталізовані та унормовані шляхом прийняття спеціального закону про електронне урядування, окремий розділ якого доцільно передбачити для регулювання процесу електронного урядування в антикорупційній сфері. Визначено, що методи реалізації антикорупційної політики слід розуміти як способи практичної реалізації суб'єктами антикорупційної політики своїх нормативно визначених повноважень у сфері протидії корупції. Систематизовано такі найважливіші, ключові групи методів, що у сукупності та діалектичній єдності становлять методологію реалізації державою її антикорупційної функції: адміністративні методи; економічні методи; правові методи; соціально-психологічні методи.*

**Ключові слова:** форми, методи, корупція, управління, компетенція, особа, правопорушення.

**Актуальність теми.** Антикорупційна політика сучасної правової держави завжди реалізується в межах певних нормативно визначених функцій та повноважень конкретних суб'єктів протидії корупції, що випливає з фундаментального принципу єдності державної влади на основі спільних іманентних функцій держави, однією з яких, що забезпечує нормальну життєдіяльність соціуму в усіх сферах суспільних відносин, є антикорупційна функція. Реалізація цієї функції відбувається в межах окремих адміністративно-правових форм та методів, які забезпечують спрямованість виконавчо-розпорядчої діяльності, її ефективність та зміст. Так, антикорупційні функції державних органів відповідно до управлінського структурно-функціонального принципу розподілу влади становлять основу та значною мірою зумовлюють форми і методи, за допомогою яких досягається нормативно визначена мета щодо максимального недопущення корупційних проявів, зменшення їх кількості у суспільстві в цілому та забезпечення невідворотності негативної юридичної відповідальності за вчинені корупційні правопорушення різного галузевого характеру.

**Виклад основного матеріалу.** В адміністративно-правовому значенні, за слушним твердженням В. Я. Малиновського, поняття «форма управлінської діяльності» (у тому числі в антикорупційній сфері) складається з актів та процедур управлінської діяльності, що застосовуються суб'єктами державного управління відповідно до законодавства і в межах повноважень, а формою державного управління слід вважати будь-яке зовнішнє вираження конкретних однорідних дій державного органу, його структурних підрозділів та службових осіб, котрі здійснюються з метою реалізації функцій управління [1, с. 421–424].


© В. Дем'янчук, 2020

Вважаємо, що форми реалізації антикорупційної політики як певної встановленої у суспільстві моделі здійснення державного управління у сфері протидії корупції доцільно розглядати як комплексні категорії, що об'єднують вид публічно-владної діяльності та управлінські акти, які втілюють рішення і дії уповноважених суб'єктів протидії корупції, а тому досить сумнівною є інтерпретація, наприклад, нормативних актів управління та видання таких актів як окремих форм реалізації антикорупційної політики держави, адже два вказаних явища суспільно-правової дійсності становлять єдину нормативну форму реалізації, що передбачає як наявність нормативних актів з питань протидії корупції, так і діяльність інститутів публічної влади з їх прийняття та забезпечення виконання і дотримання суб'єктами правових відносин – адресатами відповідних нормативних приписів.

Нормативно-правова форма реалізації антикорупційної політики полягає у розробці та виданні нормативно-правових актів (законів та підзаконних актів), що встановлюють загальні засади і конкретні заходи протидії корупції як негативному соціальному явищу. У цьому контексті слід відзначити, що в адміністративно-правовій літературі під нормативно-правовим актом розуміється письмовий офіційний документ, прийнятий (виданий) у відповідній формі правотворчим органом у межах його компетенції і спрямований на встановлення чи скасування правових норм [2, с. 7].

При цьому у сфері протидії корупції характерною ознакою є необхідність закріплення засадничих основ саме у формі законів як актів вищої юридичної сили, прийняття яких входить до виключної компетенції (крім легітимних та призначених відповідно до чинного законодавства референдумів) єдиного законодавчого органу (якщо термін «законодавство» трактувати у вузькому сенсі, як сукупність саме законів) – Верховної Ради України. Особливе значення при цьому має Антикорупційна стратегія на 2014-2017 роки, у якій встановлено поточну модель антикорупційної політики України та яка є обов'язковою для всіх суб'єктів правових відносин [3].

Як нормативно-правові акти антикорупційні закони мають такі основні ознаки: 1) закон приймається лише законодавчим органом представницького характеру або населенням держави в порядку референдуму; 2) закон у межах своєї дії регулює найважливіші суспільні відносини, що зумовлює його ефективність (більше того, ст. 92 Конституції України встановлює перелік питань, що регулюються виключно законами України, а отже певні сфери суспільних відносин визнаються законодавцем найбільш важливими [4]); 3) закон має вищу юридичну силу в системі нормативних актів країни; 4) закон має загальний характер, а всі інші акти приймаються з метою конкретизації та деталізації положень закону (саме виходячи з такого розуміння ієрархії та співвідношення між нормативно-правовими актами різного рівня було прийнято постанову Кабміну України від 29 квітня 2015 р. № 265 «Про затвердження Державної програми щодо реалізації засад державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційної стратегії) на 2015-2017 роки» [5], що є формою підзаконного розпорядчого забезпечення виконавчою гілкою влади Антикорупційної стратегії як акта вищої юридичної сили); 5) закон встановлює загальнообов'язкові правила поведінки; 6) закон є стабільним нормативним актом; 7) закон має відповідну структуру (організацію змісту, доцільне розміщення нормативних приписів та правові атрибути); 8) закон є нормативним актом, що приймається в особливому процесуальному порядку, що називається законодавчим процесом і складається з ряду послідовних стадій (щодо законодавчого процесу слід зазначити, що його остання стадія полягає в офіційному опублікуванні закону, а набрання ним чинності пов'язано з моментом підписання, опублікування або іншим терміном, вказаним у самому законі); 9) закон охороняється і гарантується державою, яка забезпечує необхідні умови для виконання закону і застосовує заходи примусового характеру до суб'єктів, які не виконують або порушують вимоги закону; 10) закон приймається відповідно до вимог логіки, стилю і мови, що сприяє однаковому і точному його розумінню та застосуванню, підвищенню ефективності системи нормативних актів у цілому [6, с. 268].

Загальні засади предметно-змістовного співвідношення між базовими нормативно-правовими актами у сфері протидії корупції визначено у постанові Кабміну України від 29 квітня 2015 р. № 265 «Про затвердження Державної програми щодо реалізації засад державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційної стратегії) на 2015-2017 роки» [5]. Згідно з положеннями зазначеного підзаконного акта Антикорупційна стратегія визначає пріоритети державної антикорупційної політики до 2018 року, реалізація яких має створити підґрунтя для подальших реформ у цій сфері, зокрема, сприятиме усуненню однієї з основних причин незадовільного стану справ у сфері

антикорупційної політики в Україні, якою є фрагментарність і недосконалість законодавчої та інституційної антикорупційної інфраструктури.

Закон № 1700-VII визначає засади формування, моніторингу, координації впровадження антикорупційної політики, залучення інститутів та організацій громадянського суспільства, представників бізнесу до цих процесів, регулює превентивну діяльність державного механізму, спрямовану на усунення можливостей та стимулів для корупційної поведінки як у публічному, так і приватному секторах, а також передбачає утворення Національного агентства з питань запобігання корупції як ключового елемента інституційного забезпечення державної антикорупційної політики.

Закон України «Про Національне антикорупційне бюро України», а також зміни, що вносяться до кримінального законодавства зазначеним Законом та Законом № 1700-VII, покликані створити законодавчі підстави для кримінального переслідування найбільш небезпечних проявів корупції. Отже, як зазначається у документі, імплементація цих базових антикорупційних актів дасть можливість сформувати систему запобігання та протидії корупції, що суттєво зменшить гостроту проблеми корупції.

Вбачається, що нормативно-правова форма реалізації антикорупційної політики держави являє собою сукупність законодавчо визначених механізмів запобігання та протидії корупції як соціально деструктивному явищу. Цей алгоритм є максимально деталізованим та узгодженим з нормами Основного закону України, міжнародно-правовими актами та національним законодавством. Окрім цього, вказана форма характеризується високим ступенем імперативності, тобто формалізація конкретних повноважень або компетенції органу влади не передбачає будь-яких відхилень від законодавчо встановленого антикорупційного курсу.

Іншою формою реалізації державної антикорупційної політики є ненормативно-правова, яка полягає у застосуванні норм антикорупційного законодавства суб'єктами протидії корупції шляхом видання відповідних правозастосовних актів (загальних та індивідуальних) та здійснення юридично значущих дій. Так, органи виконавчої влади, які за своєю природою є основним суб'єктом правозастосування у державі, можуть здійснювати такі юридичні дії: видача дозволів, у тому числі акредитація, атестація, сертифікація; реєстрація з веденням реєстрів, у тому числі легалізація суб'єктів; легалізація актів та верифікація; надання соціальних управлінських послуг [2, с. 11–12].

Крім того, в адміністративно-правовій літературі до ненормативно-правової форми також відносять укладання цивільно-правових договорів, подання обов'язкових звітів, застосування засобів безпосереднього примусу, участь органів влади як позивачів чи відповідачів у судах, встановлення загальнообов'язкових положень, правил, порядків, інструкцій, застосування економічних санкцій та заходів адміністративного примусу галузевого або відомчого характеру [1, с. 429].

Організаційна форма реалізації антикорупційної політики полягає у здійсненні різноманітних організаційних дій для забезпечення поточної, повсякденної функціональної діяльності суб'єктів протидії корупції як усередині державного органу, так і поза ним [7, с. 81]. Організаційна форма реалізації антикорупційної політики має яскраво виражену поточно-розпорядницьку спрямованість, регулюється нормами адміністративного права та втілюється через засідання, наради, семінари та інші види заходів. Нарадою у теорії адміністративного права та державного управління вважається організаційно-правова форма діяльності, яка забезпечує колегіальне обговорення завдань і прийняття рішень з їх виконання. При цьому наради поділяються на інформаційні, оперативні (диспетчерські) та дискусійні.

Засідання є організаційно-правовою формою діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, на яких приймаються нормативно-правові акти в межах компетенції відповідного органу (наприклад, засідання Кабміну України, під час якого приймаються постанови та розпорядження з питань протидії корупції). Семінари проводяться з метою підвищення ділової кваліфікації і надання методичних консультацій з питань законодавства і управлінської діяльності [1, с. 430], тобто сприяють підвищенню професійної компетентності кадрового складу суб'єктів реалізації антикорупційної політики, а отже, і посилюють ефективність проведення самих різноманітних антикорупційних заходів. Слід зазначити, що періодичні наради (переважно дискусійного характеру) з питань протидії корупції є обов'язковим організаційним заходом для будь-якого державного органу, органу місцевого самоврядування, державної установи, підприємства, організації, порядок проведення яких визначається відповідними програмами та планами, затвердженими на відповідному інституціональному рівні.

Ще однією формою реалізації антикорупційної політики є матеріально-технічна,

яка включає здійснення суб'єктами протидії корупції комплексу матеріально-технічних дій, що забезпечують безпосередньо саму діяльність з протидії корупції, не створюючи при цьому правових наслідків у нормативному чи ненормативному форматі, мають допоміжний (технічний, господарський) характер. Матеріально-технічна форма реалізації антикорупційної політики передбачає такі основні матеріально-технічні операції, як діловодство та документування, а також матеріально-технічне забезпечення.

Документообіг, за слушним визначенням Л. В. Коваль, включає підготовку, обробку, зберігання, надання інформації, необхідної для видання актів управління, здійснення управлінських процедур, оформлення будь-яких службових документів, що юридично підтверджують певні факти або право на щось, складання планів, кошторисів, анкет, довідок службового характеру, ведення обліково-статистичної, картотечної роботи, архівів, діловодство (ведення канцелярських справ) [7, с. 82]. Іншими словами, документообіг забезпечує зовнішні зв'язки суб'єкта реалізації антикорупційної політики та внутрішні організаційні відносини між його структурними підрозділами.

Особливе значення для ефективної реалізації антикорупційної політики має матеріально-технічне забезпечення суб'єктів протидії корупції та безпосередньо антикорупційних заходів, що здійснюються відповідними публічно-владними інституціями. До матеріально-технічного забезпечення відносять такі дії господарсько-фінансових підрозділів суб'єктів реалізації антикорупційної політики, як придбання та ремонт меблів, обладнання, оргтехніки, виготовлення друкованої продукції, забезпечення працівників відповідного органу канцелярським знаряддям, папером, зв'язком, транспортними засобами, квитками для виїзду у відрядження тощо [1, с. 432].

Насамперед першочерговим завданням у сфері правоохоронної протидії корупції є належне забезпечення оперативно-розшукових підрозділів сучасними засобами контролю акустичної інформації (диктофони, магнітофони, мікрофони тощо), засобами контролю візуальної інформації (фотокамери, відеокамери, біноклі, моноклі, прилади бачення в темряві тощо), а також засобами контролю телекомунікаційних каналів та вилучення інформації (прилади для перехоплення, пошуку, вилучення, модифікації, знищення й/або фіксації повідомлень, переданих за допомогою практично будь-яких технічних каналів зв'язку) [8, с. 75].

При цьому особливості процесу доказування складу корупційних правопорушень (перш за все, злочинів) є такими, що у багатьох випадках виключно застосування вказаних технічних засобів дозволяє викрити подію та встановити вину конкретних осіб, а тому якісне виконання матеріально-технічними підрозділами правоохоронних органів своїх повноважень та їх достатнє бюджетне фінансування є важливим завданням антикорупційної політики сучасної правової держави. Отже, можна констатувати наявність комплексу форм реалізації антикорупційної політики держави, але найважливішими та визначальними формами є нормативно-правова та ненормативно-правова, оскільки саме в цих формах держава встановлює засади протидії корупції та здійснює застосування норм чинного антикорупційного законодавства у конкретних індивідуально визначених правових відносинах.

Водночас будь-яка форма реалізації державної антикорупційної політики не може існувати практично, не є життєздатною у суспільних відносинах та втрачає свій юридичний сенс без конкретних методів реалізації суб'єктами протидії корупції притаманного їм обсягу компетенції в частині функцій та повноважень. У загальному філософському значенні під методом розуміється, з одного боку, «спосіб пізнання, дослідження явищ природи та суспільного життя», а з іншого – «прийом, спосіб або образ дії», і саме друге значення доцільно розглядати у контексті практичної щоденної реалізації антикорупційної політики [6, с. 315].

В адміністративно-правовій сфері йдеться насамперед про методи державного управління, зокрема, у сфері протидії корупції, що повністю виражає одну з найважливіших іманентних функцій сучасної правової держави. В. Я. Малиновський розуміє під методом управлінської діяльності інструмент (прийом) приведення в дію об'єктивних закономірностей співіснування явищ, спосіб їх використання [1, с. 364]. Виходячи з того, що метод управління є продуктом діяльності суб'єкта управління та застосовується в управлінській практиці конкретною особою на основі її знань і досвіду, категорія «метод», вважає В. В. Цвєтков, є більш «вільною», творчою, на відміну від багатьох інших категорій теорії управління [9, с. 261].

Виходячи із загальних визначень поняття «метод», його співвідношення з категорією «форма» та близькими до нього за значенням чи етимологією термінами, а також особливостей реалізації сучасної антикорупційної політики держави, методи реалізації антикорупційної політики слід розуміти як

способи практичної реалізації суб'єктами антикорупційної політики своїх нормативно визначених повноважень у сфері протидії корупції. Якщо аналізувати класифікацію методів реалізації державної політики, слід зазначити, що у радянській адміністративно-правовій доктрині зазвичай ішлося лише про два основних методи – переконання та примус, причому основним та пріоритетним для органів публічної влади завжди є метод переконання, а метод примусу використовується виключно за умови порушення правових норм суб'єктами правових відносин як реакція держави на правопорушення [11, с. 225].

Під адміністративними методами реалізації антикорупційної політики держави слід розуміти сукупність способів реалізації повноважень суб'єктів протидії корупції, заснованих на використанні об'єктивних організаційних відносин та адміністративному (прямому) розпорядництві у публічно-владній сфері. Даній групі методів притаманні такі найважливіші ознаки: а) прямий вплив на об'єкт управління шляхом встановлення обов'язкових для нього правил поведінки; б) односторонній вибір суб'єктом реалізації антикорупційної політики найближчої та кінцевої мети, завдань, порядку, строків виконання, ресурсного забезпечення, умов виконання завдань на кожному конкретному етапі; в) юридична обов'язковість нормативних та ненормативних правових актів, невиконання яких є підставою для застосування юридичної відповідальності.

Прикладом застосування адміністративного методу може бути створення наказом керівника (ректора) вищого навчального закладу комісії з питань запобігання та виявлення корупції [12]. Отже, адміністративні методи є за своєю правовою природою управлінськими, прямими, безпосередніми та оформлюються зазвичай наказом (розпорядженням) керівника або рішенням органу публічної влади і спрямовуються на організаційне забезпечення діяльності відповідного органу та його посадових осіб з реалізації притаманних їм функцій та повноважень.

Економічні методи реалізації антикорупційної політики є одними з найважливіших у сучасних умовах функціонування ринкової економіки та забезпечення принципу верховенства права у суспільних відносинах. Вказані методи являють собою систему практичних способів реалізації антикорупційної політики, що здійснюються шляхом прямого чи опосередкованого застосування фінансово-економічних законів для запобігання та протидії корупції. До економічних методів можна віднести такі: індикативне планування, державне регулювання, грошово-кредитна та фінансова політика, конкурентна політика, вплив на ринкове ціноутворення, податкова політика, економічне стимулювання [1, с. 389].

Особливо важливим методом реалізації сучасної ефективної антикорупційної політики є економічне стимулювання доброчесної праці державних службовців та інших посадових осіб органів публічної влади, державних підприємств, установ, організацій належною оплатою праці, соціальними пакетами, преміюванням часткою від прибутку (у разі, якщо йдеться про прибуткові державні підприємства) тощо.

Правові методи реалізації антикорупційної політики спрямовані на розробку, прийняття та забезпечення реалізації нормативно-правових актів з питань запобігання та протидії корупції, зміст яких уже було проаналізовано в цьому дослідженні. Правові методи реалізації антикорупційної політики ґрунтуються на застосуванні методів правового регулювання поведінки суб'єктів правових відносин. При цьому дотримання правових норм забезпечується як засобами переконання, так і засобами примусу у разі потреби.

Соціально-психологічні методи реалізації антикорупційної політики держави являють собою способи, що ґрунтуються на використанні об'єктивних закономірностей соціального розвитку та психології людини, групи, суспільства в цілому. До таких методів можна віднести: підвищення правової культури та правової свідомості суспільства, правове виховання; удосконалення морально-етичних якостей посадових осіб органів публічної влади; підвищення громадської активності, співробітництво з громадськими організаціями у сфері протидії корупції, покращення соціально-побутових умов життя у суспільстві, підвищення рівня загальної та професійної освіти державних службовців та службовців органів місцевого самоврядування, формування позитивної морально-психологічної обстановки в органах публічної влади, забезпечення нормативно встановлених правил моральної поведінки посадових осіб тощо.

Загалом варто відзначити доцільність та необхідність комплексного застосування адміністративних, правових, економічних та соціально-психологічних методів реалізації антикорупційної політики у сучасній правовій державі, оскільки тільки цілісне розуміння та застосування всіх можливих практичних способів протидії корупції здатне створити дієву, ефективну модель антикорупційної діяльності. Водночас, незважаючи на наявність цілої системи форм і методів реалізації антикорупційної полі-

тики та їх забезпечення чинним антикорупційним законодавством, постійний розвиток суспільних відносин спонукає до пошуку нових перспективних видів, які ще остаточно не сформувалися у вітчизняній адміністративно-правовій теорії і практиці.

Вважаємо, що за сучасних умов інформатизації суспільства, імплементації світового досвіду електронного обігу, посилення громадського контролю у сфері протидії корупції принципово новою формою реалізації антикорупційної політики, яка потребує розроблення та прийняття окремого законодавства, має стати електронне урядування, під яким сучасні дослідники [13] розуміють форму організації державного управління, що сприяє підвищенню ефективності, відкритості та прозорості діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування з використанням інформаційно-телекомунікаційних технологій для формування нового типу держави, орієнтованої на задоволення потреб громадян. Іншими словами, інформаційний обмін між органами державної влади і громадянами здійснюється з використанням інформаційно-телекомунікаційних технологій, трансформованих для державних організацій, ідей електронного бізнесу, в якому уряд також є різновидом корпоративного користувача інформаційних технологій [14, с. 7].

Реалізація антикорупційної політики у формі електронного урядування передбачає формування специфічного практичного способу, який можна визначити як електронно-інтерактивний метод реалізації антикорупційної політики держави. Електронно-інтерактивний метод в антикорупційній діяльності, як показує позитивний світовий досвід, може успішно застосовуватися на різних рівнях.

**Висновки**

Отже, як висновок, слід наголосити, що електронне урядування як форма реалізації антикорупційної політики та електронно-інтерактивний метод як практичний спосіб реалізації антикорупційної політики мають бути належним чином розкриті, деталізовані та унормовані шляхом прийняття спеціального закону про електронне урядування, окремий розділ якого доцільно передбачити для регулювання процесу електронного урядування в антикорупційній сфері. Поряд із цим запропоновано методи реалізації антикорупційної політики визначити як способи практичної реалізації суб'єктами антикорупційної політики своїх нормативно визначених повноважень у сфері протидії корупції.

**Список використаних джерел:**

1. Малиновський В. Я. Державне управління : навчальний посібник. 2-ге вид., доп. та перероб. Київ: Атіка. 2003. 576 с.

2. Коліушко І. Б., Тимощук В. П. Управлінські послуги – новий інститут адміністративного права. *Нова влада* : зб. аналітичних матеріалів. Київ: Факт. 2000. С. 4–17.

3. Про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційна стратегія) на 2014-2017 роки : Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1699-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 46. стор. 3010. Ст. 2047.

4. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

5. Про затвердження Державної програми щодо реалізації засад державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційної стратегії) на 2015-2017 роки : Постанова Кабінету Міністрів України від 29 квітня 2015 р. № 265. *Офіційний вісник України*. 2015. № 38. С. 108. Ст. 1146.

6. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю. С. Шемшученка. Київ: Юридична думка. 2007. 992 с.

7. Коваль Л. В. Адміністративне право: курс лекцій. Київ: Вентурі. 1996. 208 с.

8. Хараберюш І. Ф., Ортинський В. Л., Хараберюш О. І. Концептуальні та теоретико-прикладні засади оперативно-розшукового забезпечення протидії контрабанді в Україні : монографія. Маріуполь: ТОВ «ППНС». 2017. 476 с.

9. Совершенствование аппарата государственного управления: конституционный аспект / под общ. ред. В. В. Цветкова. Київ: Наукова думка. 1982. 376 с.

10. Колпаков В. К., Кузьменко О. В., Пастух І. Д., Сущенко В. Д. Курс адміністративного права України : підручник. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер. 2013. 872 с.

11. Державна політика : підручник / за ред. Ю. В. Ковбасюка. Київ: НАДУ. 2014. 448 с.

12. Наказ ректора ДонНУ від 27 січня 2014 р. № 24/05 URL: http://www.donnu.edu.ua/uk.ua/Commission%20for%20Prevention%20and%20Detection%20of%20Corruption/Pages/default.aspx (дата звернення: 25.07.2020).

13. Перший міжнародний форум з електронного урядування – «International Ukrainian E-governance Forum». URL: http://e-gov-forum.com.ua/ (дата звернення: 25.07.2020)

14. Морозова Х. І. Кращі практики електронного урядування в Україні. *Громадянське суспільство*. 2016. № 8. С. 7–9.

**Vitalii Demianchuk. Forms and methods of effective implementation of anti-corruption policy in Ukraine**

*The article emphasizes that the anti-corruption functions of state bodies in accordance with the managerial structural and functional principle of separation of powers form the basis and largely determine the forms and methods by which the normative goal is achieved to prevent corruption, reduce their number in society as a whole and ensure the inevitability of negative legal liability for committing corruption offenses of various sectoral nature. It is found out that the forms of implementation of anti-corruption policy as a certain model of public administration in the field of anti-corruption should be considered as complex categories that combine the type of public authority and administrative acts that embody the decisions and actions of authorized entities anti-corruption, and therefore it is quite questionable to interpret, for example, regulations of governance and the issuance of such acts as separate forms of implementation of anti-corruption policy, because these two phenomena of social and legal reality are a single normative form of implementation corruption, and the activities of institutions of public authority for their adoption and ensuring the implementation and compliance of the subjects of legal relations – the addressees of the relevant regulations. It was found that e-government as a form of anti-corruption policy and e-interactive method as a practical way to implement anti-corruption policy should be properly disclosed, detailed and standardized by adopting a special law on e-government, a separate section of which should be provided to regulate e-government in the anti-corruption sphere. It is determined that the methods of implementation of anti-corruption policy should be defined as ways of practical implementation by the subjects of anti-corruption policy of their normatively defined powers in the field of anti-corruption. The following most important, key groups of methods are systematized, which together and in dialectical unity constitute the methodology of the state's implementation of its anti-corruption function: administrative methods; economic methods; legal methods; socio-psychological methods.*

**Key words:** forms, methods, corruption, management, competence, person, offense.

УДК 343.235
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.37

***Олена Євдокімова,***
*канд. юрид. наук, доцент,*
*доцент кафедри кримінального права № 1*
*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

# КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОВТОРНІСТЬ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОСТУПКІВ

*Стаття присвячена аналізу змін до ст. 309 Кримінального кодексу України, яка передбачає відповідальність за незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту. Законом України від 22 листопада 2018 року № 2617-VIII діяння, передбачене ч. 1 ст. 309 КК, було віднесене до категорії кримінальних проступків. Також зазнала змін ч. 2 ст. 309 КК. Кваліфікуючу ознаку у виді «вчинення повторно злочину, передбаченого ст. 309 КК, чи злочинів, передбачених статтями 307, 308, 310, 317 КК» було замінено на нову ознаку, а саме: «ті самі дії, вчинені протягом року після засудження за цією статтею». У змісті даної ознаки можна виділити об'єктивні та суб'єктивні характеристики. Об'єктивні – вчинення двох або більше діянь, передбачених ст. 309 КК. Суб'єктивні: 1) засудження особи за вчинення діяння, передбаченого ст. 309 КК; 2) вчинення нового тотожного діяння; 3) вчинення особою нового кримінального правопорушення протягом року з моменту засудження. У зв'язку з цим дану ознаку можна визнати новою самостійною формою множинності кримінальних проступків. Проте дана нова форма множинності суттєво відрізняється від усталених у кримінальному праві форм множинності – повторності та рецидиву кримінальних правопорушень. Зважаючи на те, що санкція ч. 1 ст. 309 КК передбачає покарання у виді штрафу, виправних робіт, арешту, обмеження волі, звертається увага на те, що на практиці можуть виникнути ситуації, за яких, незважаючи на те що особа відбула покарання та не визнається судимою, вчинене нею діяння все одно матиме кримінально-правове значення. Також може виникнути інша ситуація: якщо особа продовжує відбувати покарання за ст. 309 КК та знов вчиняє те саме кримінальне правопорушення, врахувати цей факт при кваліфікації суд не зможе, якщо з моменту засудження минув один рік. Зазначається, що такий зміст даної кваліфікуючої ознаки не відповідає усталеному погляду на соціально-правове значення множинності правопорушень, у зв'язку з чим наголошується на необхідності її подальшого наукового дослідження та законодавчого вдосконалення.*

**Ключові слова:** кримінальний проступок, повторність, засудження, кримінальне правопорушення, множинність.

**Постановка проблеми.** У зв'язку з прийняттям Закону України від 22 листопада 2018 року № 2617-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» [1] у Кримінальному кодексі України (далі – КК) поняття «злочинність» замінене на термін «кримінальна протиправність», поняття «злочин» – на «кримінальне правопорушення», під яким відповідно до нової редакції ст. 11 КК розуміється передбачене КК суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом кримінального правопорушення. При цьому термін «кримінальне правопорушення» є узагальнюючим, який охоплює собою два види кримінальних деліктів – кримінальний проступок та злочин. Відповідно до нової редакції ч. 2 ст. 12 КК кримінальним проступком визнається діяння, за вчинення якого передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або інше покарання, не пов'язане з позбавленням волі.

Проблема реформування вітчизняного законодавства з метою запровадження інституту кримінального проступку неодноразово порушувалася в науковій літературі та досліджувалася багатьма вченими, серед яких: П. П. Андрушко, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, О. О. Дудоров, Т. А. Денисова, Л. М. Демидова, Ю. А. Пономаренко, В. О. Навроцький, В. Я. Тацій, В. І. Тютюгін, В. О. Туляков, П. Л. Фріс, М. І. Хавронюк та інші. При цьому серед наукової спільноти були як прихильники, так і противники проведення цієї реформації. Втім, на думку законодавця, дана реформа вітчизняного законодавства мала сприяти спрощенню порядку досудового розслідування кримінальних правопорушень невеликої тяжкості, а також змен-

© О. Євдокімова, 2020

шенню навантаження на органи досудового слідства. Однак, незважаючи на певні позитивні моменти цих змін, деякі нововведення викликають певні зауваження та потребують подальшого наукового аналізу та законодавчого вдосконалення.

**Метою статті** є системний аналіз змін, внесених до КК, та розробка пропозицій щодо вдосконалення окремих кримінально-правових положень, зокрема, в частині кримінальної відповідальності у разі наявності повторності кримінальних проступків.

**Виклад основного матеріалу.** Однією із законодавчих новел, яка потребує свого наукового вивчення, є кваліфікуюча ознака незаконного виробництва, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту, яка відповідно до Закону України від 22 листопада 2018 року № 2617-VIII була введена до ч. 2 ст. 309 КК. У попередній редакції ч. 2 ст. 309 КК до кваліфікуючих ознак даного делікту належало вчинення повторно злочину, передбаченого ст. 309 КК чи злочинів, передбачених статтями 307, 308, 310, 317 КК. Після змін у ч. 2 ст. 309 КК нині передбачається: *«ті самі дії, вчинені протягом року після засудження за цією статтею»*. Таким чином, у зв'язку з реформою кваліфікуюча ознака ч. 2 ст. 309 КК у виді повторності однорідних діянь, передбачених статтями 307, 308, 310, 317 КК, та повторності тотожних кримінальних правопорушень, передбачених ст. 309 КК, не пов'язаних із засудженням, була замінена новою, до того ж певним чином новою для вітчизняного кримінального права ознакою.

Загалом, вчинення того ж самого діяння протягом одного року з моменту засудження може свідчити про наявність у поведінці особи множинності кримінальних правопорушень, під якою у правовій літературі визнається вчинення особою (групою осіб) 2-х або більше діянь, кожне з яких передбачене у КК як самостійний склад кримінального правопорушення [2, с. 523]. Втім, це на перший погляд. Більш детальний аналіз цієї кваліфікуючої ознаки свідчить про те, що її зміст лише частково відповідає традиційному розумінню у науці кримінального права та кримінальному законодавстві множинності кримінальних правопорушень.

Так, в ознаці «вчинення того ж самого діяння протягом року з моменту засудження» (ч. 2 ст. 309 КК) можна виділити кількісні та якісні характеристики. До кількісних належить факт вчинення двох або більше діянь, передбачених ст. 309 КК. Саме ця властивість цієї ознаки наближує її до поняття множинності кримінальних правопорушень. Що ж стосується якісної її властивості, то вона характеризується сукупністю таких елементів: 1) засудження особи за вчинення діяння, передбаченого ст. 309 КК; 2) вчинення нового тотожного діяння, тобто діяння, відповідальність за яке передбачена будь-якою частиною ст. 309 КК; 3) вчинення особою нового кримінального правопорушення протягом року з моменту набуття обвинувальним вироком законної сили за попереднє правопорушення. Отже, за характеристикою «вчинення того ж самого діяння» дана кваліфікуюча ознака збігається з повторністю, а за фактом попереднього засудження – з рецидивом кримінальних правопорушень. Водночас остання сутнісна властивість цієї ознаки дозволяє визнати за певних умов «вчинення особою діяння, передбаченого ст. 309 КК, протягом року з моменту засудження за ст. 309 КК» самостійним видом множинності кримінальних правопорушень, відмінним від повторності (ст. 32 КК) та рецидиву (ст. 34 КК) кримінальних правопорушень.

Відповідно до змін, внесених цим Законом, незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту (ч. 1 ст. 309 КК) віднесено до категорії кримінальних проступків. А це означає, що у разі засудження за ч. 1 ст. 309 КК з моменту відбуття покарання особа буде вважатися такою, що не має судимості (п. $2^1$ ст. 89 КК). Водночас санкція ч. 1 ст. 309 КК передбачає такі види покарання: штраф від однієї тисячі до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або виправні роботи на строк до двох років, або арешт на строк до шести місяців, або обмеження волі на строк до п'яти років. У зв'язку з таким змістом санкції ч. 1 ст. 309 КК на практиці можуть виникнути такі проблемні ситуації.

Перша пов'язана із засудженням особи за ч. 1 ст. 309 КК до покарання, строк якого не перевищує одного року, тобто до штрафу, арешту, виправних робіт від 6 місяців до 1 року. Наприклад, особа, яка за ч. 1 ст. 309 КК була засуджена до штрафу, через 6 місяців після засудження знов незаконно виготовляє наркотичний засіб без мети збуту. Відповідно до ст. 26 Кримінально-виконавчого кодексу України засуджений зобов'язаний сплатити штраф у місячний строк після набрання вироком суду законної сили, за винятком, якщо йому не була надана розстрочка сплати штрафу згідно з ч. 4 ст. 53 КК. Відповідно до п. $2^1$ ст. 89 КК особи, засудженні за вчи-

нення кримінального проступку, після відбуття покарання вважаються такими, що не мають судимості. Отже, за наведених умов вчинення наступного кримінального проступку, передбаченого ч. 1 ст. 309 КК, не містить ознак повторності або рецидиву кримінальних правопорушень, бо штраф, призначений за раніше вчинений проступок, вже був сплачений, а отже судимість була погашена. Таким чином, виходячи з положень статей 32, 34 та ч. 1 і 2 ст. 88 КК, раніше вчинене діяння вже має втратити своє юридичне значення. Як наголошує Верховний Суд, «припинення судимості анулює всі кримінально-правові та загальноправові наслідки засудження та призначення покарання. Особа, судимість якої погашена або знята, вважається такою, яка раніше злочину не вчиняла, покарання не відбувала. Вона не зобов'язана будь-де вказувати вчинення нею в минулому злочину та призначення за нього покарання, не повинна відчувати жодних негативних наслідків колишньої судимості» [3]. Втім, за логікою законодавця, у наведеному прикладі попереднє діяння не втрачає свого юридичного значення, у зв'язку з чим знов вчинене тотожне діяння має кваліфікуватися за ч. 2 ст. 309 КК за ознакою «вчинення того самого діяння протягом року після засудження». Однак на підставі чого попереднє діяння продовжує зберігати своє кримінально-правове значення? Виходячи з положень ч. 2 ст. 309 КК, можна зробити висновок, що у зв'язку з останніми змінами до КК традиційне для кримінального права розуміння правового значення попереднього правопорушення не поширюється на кримінальні проступки, бо, незважаючи відбуття покарання та припинення судимості, все одно раніше вчинене нею діяння продовжує мати кримінально-правове значення протягом року (ч. 2 ст. 309 КК). Тобто у даному випадку відсутність судимості не виключає негативних кримінально-правових наслідків для особи, яка вчинила даний кримінальний проступок. У цьому аспекті досліджувана кваліфікуюча ознака відрізняється від повторності (ст. 32 КК) та рецидиву (ст. 34 КК) кримінальних правопорушень. Дана ознака охоплює собою більш широке коло випадків повторного вчинення кримінального правопорушення, ніж види множинності, передбачені в Загальній частині КК, бо включає також тотожні діяння, які на відміну від повторності та рецидиву були вчиненні після відбуття покарання та припинення судимості.

У такому законодавчому підході до визначення кримінально-правових наслідків повторного вчинення кримінального проступку, передбаченого ст. 309 КК, вбачається вплив особливостей правового регулювання відповідальності за вчинення адміністративних діянь. Так, відповідно до п. 2 ст. 35 Кодексу України про адміністративні правопорушення обтяжуючою обставиною визнається «повторне протягом року вчинення однорідного правопорушення, за яке особу вже було піддано адміністративному стягненню». Вважаємо, що посилення адміністративної відповідальності за повторне вчинення адміністративного делікту протягом року після того, як особа була піддана адміністративному стягненню, зумовлено прагненням законодавця закріпити виправний ефект адміністративних стягнень, бо їх строки (за винятком позбавлення спеціального права, наданого даному громадянинові, позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю (ст. 30 КУпАП) не перевищують одного року, а у разі притягнення до адміністративної відповідальності стан судимості не виникає. Що ж стосується кримінального права, то підхід, вибраний законодавцем у ч. 2 ст. 309 КК, не узгоджується з нормами інших правових інститутів.

Досліджувану законодавчу новацію можна виправдати прагненням законодавця попередити продовження вчинення кримінального проступку, передбаченого ч. 1 ст. 309 КК, після засудження та відбуття покарання. Проте все одно, якщо цей підхід і можна за певних умов визнати допустимим, то тільки для окремих випадків, а саме засудження за ст. 309 КК до покарання у виді штрафу, арешту або виправних робіт, тобто видів покарання, строк виконання яких не перевищує 1 року. Проте санкція ч. 1 ст. 309 КК, крім зазначених видів покарань, передбачає й інші, а саме: виправні роботи строком до 2 років та обмеження волі на строк до 5 років. Тобто види покарань, які можуть призначатися на строк, який значно перевищує однорічний термін, визначений законом у ч. 2 ст. 309 КК. Якраз у разі вчинення нового кримінального проступку, передбаченого ч. 1 ст. 309 КК, протягом року після засудження за ч. 1 ст. 309 КК до виправних робіт або обмеження волі на строк понад 1 рік і виникає інша правова ситуація. Припустимо, що за ч.1 ст. 309 КК особа була засуджена до виправних робіт на 2 роки. Якщо дана особа під час відбування виправних робіт протягом року з моменту засудження знову вчинить діяння, передбачене ч. 1 ст. 309 КК, її дії мають кваліфікуватися за ч. 2 ст. 309 КК. Проте якщо вона вчинить теж саме діяння під час відбування виправних робіт у період від 1 року і 1 дня

до 2 років з моменту засудження, то в її поведінці вже буде відсутня дана кваліфікуюча ознака і вчинене потрібно буде кваліфікувати за ч. 1 ст. 309 КК. Тобто, незважаючи на те що поведінку особи можна визнати повторністю та рецидивом кримінальних правопорушень (ст. 32, 34 КК), кваліфікувати вчинене за ч. 2 ст. 309 КК суд вже немає права. Це стосується і випадків засудження за ч. 1 ст. 309 КК до обмеження волі. Проте таке рішення законодавця не можна визнати виваженим та справедливим, бо в основі такої диференціації кримінальної відповідальності за ст. 309 КК перебуває не стільки рівень суспільної небезпечності особи у виді відсутності позитивних змін у поведінці засудженого під час відбування покарання, скільки суто формальний критерій – тривалість строку, який минув з моменту попереднього засудження. За цих умов кваліфікуюча ознака ч. 2 ст. 309 КК виявляється вужчою за повторність або рецидив кримінальних правопорушень, бо згідно з її змістом кримінальне правопорушення, передбачене ст. 309 КК, зберігає своє кримінально-правове значення лише протягом 1 року з моменту засудження, тоді як повторність, пов'язана із засудженням, може мати місце у разі вчинення нового делікту впродовж всього строку призначеного покарання і до моменту погашення чи зняття судимості за його вчинення (ч. 4 ст. 32 КК). У зв'язку з цим можна констатувати, що зміст даної кваліфікуючої ознаки не відповідає усталеному у науці кримінального права погляду на значення множинності кримінальних правопорушень, згідно з яким її наявність свідчить насамперед про підвищений ступінь суспільної небезпеки як винної особи, так і вчиненого ним діяння.

На думку В. І. Тютюгіна та І. О. Зінченко, множинність має подвійну правову природу. З одного боку, вчинення декількох кримінальних правопорушень призводить до заподіяння шкоди більш широкому колу суспільних відносин, що призводить до підвищення ступеня суспільної небезпеки вчиненого діяння за рахунок збільшення розміру спричиненої шкоди. З іншого боку, як правило, свідчить про стійку антисоціальну спрямованість особи винного та негативно впливає на окремих нестійких членів суспільства, створює ілюзію безкарності, скасовує страх перед покаранням, породжує правовий нігілізм і зневагу до права [5, с. 17, 18]. Саме тому законодавча новація, згідно з якою рівень суспільної небезпечності діяння, передбаченого ст. 309 КК, підвищується лише у разі повторного вчинення того ж самого діяння, але протягом року з моменту засудження (ч. 2 ст. 309 КК), не відповідає кримінально-правовому значенню множинності кримінальних правопорушень. До речі, цей недолік кримінально-правової регламентації може негативно вплинути на процес індивідуалізації кримінальної відповідальності за неодноразове вчинення кримінальних проступків, передбачених ч. 1 ст. 309 КК, зважаючи на те, що відповідно до чинної редакції п. 1 ч. 1 ст. 67 КК обставиною, що обтяжує покарання, виступає повторність або рецидив виключно злочинів, а не кримінальних правопорушень. Таким чином, якщо з моменту попереднього засудження минув один рік, суд повторне вчинення того ж самого кримінального проступку, передбаченого ч. 1 ст. 309 КК, протягом строку відбування покарання за раніше вчинений не зможе врахувати ні під час кваліфікації, ні під час призначення більш суворого покарання в межах санкції ч. 1 ст. 309 КК.

Нову редакцію кваліфікуючої ознаки ч. 2 ст. 309 КК можна пояснити тим, що діяння, передбачене ч. 1 ст. 309 КК, законодавцем було віднесено до категорії кримінальних проступків. Втім, у ст. 309 КК встановлена кримінальна відповідальність не тільки за кримінальні проступки, а й за злочини (частини 2 і 3 ст. 309 КК), у тому числі за тяжкі. У свою чергу, у разі повторного вчинення особою, засудженою за ч. 3 ст. 309 КК, того ж самого тяжкого злочину виникає колізія положень Загальної та Особливої частини КК. Згідно з положеннями Особливої частини КК повторне вчинення злочинів, передбачених ст. 309 КК, враховується тільки протягом однорічного строку з дня набуття обвинувальним вироком законної сили за попереднє правопорушення, тоді як у ч. 4 ст. 32 КК зазначено, що повторність злочинів має місце протягом усього строку відбування покарання та погашення судимості. Водночас не можна не враховувати того, що неодноразове вчинення тих самих злочинів – це не тільки юридичне поняття, але й небажане соціальне явище, яке негативно характеризує особу винного та свідчить про підвищену суспільну небезпеку особи, ступінь деформації її правосвідомості та певну злочинну звичку [6, с. 30; 7, 126]. Тому, такий підхід законодавця до правової регламентації повторного вчинення злочинів, передбачених ч. 2 та 3 ст. 309 КК, зважаючи на рівень та темпи поширення наркоманії в Україні, важко визнати виправданим та доцільним.

**Висновки**

Безумовно, поява кримінального проступку у кримінальному законодавстві України вимагає переосмислення та впро-

вадження нових підходів до визначення кримінально-правових наслідків його вчинення. Оскільки судимість за вчинення кримінального проступку погашається самим фактом відбуття покарання, то закріплення виправного ефекту призначеного покарання та утримання від повторного вчинення кримінальних проступків породжує необхідність у розробці та впровадженні нових дієвих превентивних кримінально-правових заходів. Таким заходом, на думку законодавця, мала би стати кваліфікуюча ознака, передбачена у ч. 2 ст. 309 КК, у виді «вчинення того ж самого діяння протягом року з моменту засудження». Однак аналіз цієї кваліфікуючої ознаки крізь призму інших кримінально-правових норм свідчить, що внаслідок цієї реформи у кримінальному законодавстві з'явився новий вид множинності кримінальних правопорушень, зміст якого не повною мірою узгоджується з традиційними для кримінального права розумінням правового значення множинності та її формами: повторністю та рецидивом. Саме тому, перед тим як впроваджувати дану ознаку до ч. 2 ст. 309 КК, доцільно було врахувати насамперед особливості конструкції санкції ч. 1 ст. 309 КК, а також те, що у ст. 309 КК передбачена кримінальна відповідальність не тільки за вчинення кримінальних проступків (ч. 1 ст. 309 КК), а й злочинів (частині 2, 3 ст. 309 КК). Також, зважаючи на те що «вчинення того ж самого діяння протягом року з моменту засудження» являє собою певний прояв множинності кримінальних проступків у поведінці особи, доцільно було спочатку узгодити зміст даної ознаки з традиційними формами множинності кримінальних правопорушень шляхом внесення відповідних змін та доповнень до Розділу VII Загальної частини КК.

**Список використаних джерел:**

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень : Закон України 22.11.2018 № 2617-VIII / *Верховна Рада України. Голос України*. 2019. № 79.

2. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 17 : Кримінальне право. Харків : Право, 2017. 1064 с.

3. Постанова Верховного Суду колегії суддів Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 27 вересня 2018 року у справі № 647/1831/15-к // Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/76945371 (дата звернення: 15.07.2020).

4. Зінченко І.О., Тютюгін В.І. Множинність злочинів: поняття, види, призначення покарання. Харків: «Фіни», 2008. 336 с.

5. Малков В. П. Повторность преступлений: понятие и уголовно-правовое значение. Казань : Изд-во Казан. ун-та, 1970. 174 с.

6. Колос О. В. Повторність злочинів у кримінальному праві України. Ірпінь : УДФСУ, 2018. 304 с.

**Olena Yevdokimova. Criminal liability for repeated criminal infractions**

*The article is devoted to the analysis of changes to Art. 309 of the Criminal code of Ukraine which provides responsibility for illegal production, production, acquisition, storage, transportation or transfer of narcotic drugs, psychotropic substances or their analogs without the purpose of sale. Law of Ukraine dated November 22, 2018 No. 2617-VIII, the actions provided for in Part 1 of Art. 309 of the Criminal Code, was classified as a criminal misconduct. Also, was changed Part 2 Art 309 of the Criminal Code. Qualified offence, in the form of "repetition of the crime under Art. 309 of the Criminal Code, or crimes provided for by Articles 307, 308, 310, 317 of the Criminal Code "was replaced with a new one, namely:" the same actions committed within a year after conviction under this article. " There are objective and subjective characteristics in the content of this feature. Objective signs are the commission of two or more acts under Art. 309 of the Criminal Code. Subjective signs are 1) the conviction of a person for committing an act under Art. 309 of the Criminal Code; 2) committing a new identical act; 3) a person commits a new criminal offense within a year from the moment of conviction. In this regard, this can be considered a new independent form of multiple criminal offenses. The content of this feature allows us to attribute it to an independent form of a plurality of criminal misconducts. However, this new form of plurality differs significantly from the forms of plurality accepted in criminal law: repetition and recidivism of criminal offenses. However, the sanction of Part 1 of Art. 309 of the Criminal Code provides for punishment in the form of a fine, correctional labor, arrest, restriction of freedom. In this regard, it is noted that in practice the following situations may arise. On the one hand, despite the fact that the person has served his sentence and has an extinguished conviction, the act he has committed will still be taken into account when qualifying a new offense. Also, another situation may arise in which a person continues to serve a sentence under Art. 309 of the Criminal Code and again commits the same criminal offense, the court will not be able to take this fact into account when qualifying if one year has passed since the conviction. It is noted that such a content of this qualifying feature does not correspond to the established view of the social and legal significance of the plurality of crimes, in connection with which the need for its further scientific research and legislative improvement is emphasized.*

**Key words:** criminal misconduct, recidivism, conviction, criminal offense, plurality.

УДК 342.9
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.38

***Максим Калатур,***
*докт. юрид. наук,*
*головний науковий співробітник*
*Науково-дослідного інституту публічного права*

# ВИКОРИСТАННЯ УКРАЇНОЮ ДОСВІДУ СЛІДЧИХ ОРГАНІВ США, ФРАНЦІЇ ТА НІМЕЧЧИНИ

*У статті наголошено, що в процесі реформування в Україні правоохоронної системи, зокрема органів досудового розслідування, необхідно враховувати не тільки власний досвід, але і досягнення зарубіжних правоохоронних систем, а також негативні наслідки використання негнучкого, надмірно регламентованого, формального підходу в питаннях організації досудового слідства. З'ясовано, що процесуальна незалежність французького слідчого ґрунтується на таких особливостях досудового слідства змагального типу: належність слідчого до судового відомства зумовлює його процесуальне становище та робить його незалежним від прокуратури; сторона обвинувачення (прокурор і поліція) зрівнюються в правах зі стороною захисту; другою інстанцією досудового слідства є «обвинувальна камера» апеляційного суду; суворий судовий контроль за діяльністю поліції, чітке визначення її функцій; процесуальні гарантії у разі взяття підслідного під варту встановлені законом. Визначено, що меморандум про взаєморозуміння для поглиблення співпраці між Національним антикорупційним бюро України та Федеральним бюро розслідувань США встановлює, що правоохоронні органи паралельно здійснюватимуть розслідування, пов'язані з міжнародним відмиванням коштів, міжнародними засобами повернення активів, хабарництвом та корупцією високопосадовців України. Обґрунтовано, що в процесі вивчення та використання закордонного досвіду організації та функціонування слідчих підрозділів правоохоронних органів одним із пріоритетних напрямів є дослідження досвіду країн американського континенту. Особливу увагу привертає досвід США, де багато років функціонує Федеральне бюро розслідувань, яке слугує своєрідним орієнтиром в організації діяльності створеного Державного бюро розслідувань. Зроблено висновок, що, відповідно до норм права та правових звичаїв, правом розслідування злочинів у США наділені поліція, атторнетура, слідчі та урядові комісії, журі присяжних засідателів, суддівські чиновники та коронери. У наведеній системі поліція посідає провідне місце, адже вона здійснює розслідування більшості злочинів. Визнається, що американська поліцейська система є однією з найменш централізованих у світі, а її організація характеризується високим ступенем складності.*

**Ключові слова:** слідчі органи, слідчий, прокурор, докази, законодавчі акти, повноваження.

**Постановка проблеми.** Одним із пріоритетних напрямів сучасної державної політики в будь-якій сфері правовідносин є міжнародне співробітництво та обмін досвідом із тих чи інших питань. Зазначене вище, у свою чергу, зумовлює необхідність не лише всебічного теоретичного вивчення зарубіжного досвіду, але й, що особливо важливо, пошуку можливостей його використання у разі обґрунтованої доцільності його впровадження в країні. Даний аспект є актуальним і своєчасним у сфері адміністративно-правового забезпечення організації та функціонування слідчих органів в Україні, адже і сьогодні триває процес їх реформування.

**Стан дослідження.** Зарубіжний досвід адміністративно-правового забезпечення організації та функціонування слідчих органів вивчала низка вітчизняних і зарубіжних науковців, зокрема: О. М. Бандурка, А. І. Білас, О. Ю. Бусол, З. С. Галаван, В. М. Галунько, М. Г. Колодяжний, А. Т. Комзюк, А. В. Лапкін, Н. П. Матюхіна, О. М. Музичук, В. П. Пєтков, В. М. Плішкін, О. С. Проневич, О. М. Сало, Р. Д. Свон, О. Ю. Татаров, В. Г. Фатхутдінов, М. І. Хавронюк, О. Н. Ярмиш тощо. Проте можливості використання зарубіжного досвіду адміністративно-правового забезпечення організації та функціонування слідчих органів в Україні висвітлені фрагментарно, потребують подальшого дослідження та уточнення, зважаючи на сучасний стан системи органів досудового розслідування в Україні та їх адміністративно-правового забезпечення.

**Виклад основного матеріалу.** Варто погодитися з Р. Яковлєвим у тому, що в ході реформування в Україні правоохоронної системи, зокрема органів досудового розслідування, необхідно враховувати не тільки власний досвід, але і досягнення зарубіжних правоохоронних систем, а також негативні


© М. Калатур, 2020

наслідки використання негнучкого, надмірно регламентованого, формального підходу в питаннях організації досудового слідства. У розробленні шляхів упровадження в національне адміністративно-правове законодавство зарубіжного досвіду функціонування слідчих органів, на думку автора, необхідно керуватися принципом ефективності у процесі виконання головного завдання, поставленого перед ними суспільством, а саме встановлення особи, яка вчинила злочинне діяння, і спрямування в найбільш короткі терміни матеріалів щодо неї до суду для винесення останнім справедливого рішення [1, с. 117].

О. В. Баулін та А. О. Ляш вважають доцільним, переймаючи досвід деяких країн Європи, закріпити в Україні досудове слідство як окрему функцію судової влади, для чого передбачити, що інститут слідчих суддів, які мають бути не лише у місцевих судах, буде використовуватися не тільки для судового контролю і проведення допитів окремих осіб за клопотанням сторін, а й для проведення досудового слідства у справах про злочини, скоєні організованими злочинними групами та злочинними організаціями [2, с. 90]. На нашу думку, така позиція не сприятиме підвищенню ефективності, об'єктивності й незалежності слідства в Україні, а ускладнить та перевантажить роботу судової гілки влади.

Зазначимо, що подібна практика успішно реалізована у Франції, де при цьому здійснено й низку інших заходів. Так, у Франції процесуальне становище судового слідчого створює реальні гарантії його незалежності від обвинувача. Процесуальна незалежність французького слідчого ґрунтується на таких особливостях досудового слідства змагального типу:

1) належність слідчого до судового відомства зумовлює його процесуальне становище та робить його незалежним від прокуратури;

2) сторона обвинувачення (прокурор і поліція) зрівнюються в правах зі стороною захисту;

3) другою інстанцією досудового слідства є «обвинувальна камера» апеляційного суду (віддає з дотриманням змагальної процедури обвинувачуваного суду й розглядає законність і обґрунтованість досудового слідства);

4) суворий судовий контроль за діяльністю поліції, чітке визначення її функцій;

5) процесуальні гарантії при взятті підслідного під варту встановлені законом [3, с. 610].

Загалом же ідея створення єдиного інституту органів досудового розслідування була сприйнята в багатьох країнах, проте в даному випадку цей інститут не належить до якоїсь гілки влади, а тому є незалежним у своїх процесуальних діях. Так, Б. В. Романюк наголошує, що позитивний результат створення єдиного слідчого органу полягає в тому, що в більшості країн пострадянського простору органи досудового розслідування, як і в Україні, належать до різних відомств, і внаслідок їх відомчої роз'єднаності значно знижується ефективність взаємодії органів розслідування з іншими структурними підрозділами та правоохоронними органами, що негативно позначається на якості розслідування загалом [4, с. 167]. Аналогічно О. Ю. Татаров, звертаючи увагу на значне навантаження слідчих у повсякденній діяльності, а також на те, що відомча роз'єднаність слідчих та оперативних підрозділів з великою ймовірністю спричиняє зниження якості їхньої взаємодії, вважає, що базовим для реформаторських дій має стати створення слідчого апарату [3, с. 586].

Пропозицію щодо створення в Україні єдиного слідчого органу висловлює А. Г. Нікуліна, вважаючи доцільним створити інститут поліцейських детективів, де розслідування, збирання і фіксація доказів у процесуальних документах здійснюється від початку до кінця кримінального провадження однією особою, яка несе відповідальність за якість виконаної роботи, зокрема підготовку й спрямування обвинувального висновку до суду, тобто детективом (переймаючи досвід ФБР у США, а також Німеччини, скандинавських країн, Казахстану, Білорусі) [5, с. 134].

Крім того, досліджуючи можливості використання зарубіжного досвіду організації правоохоронної діяльності слідчих органів безпосередньо поліції в Україні, А. Г. Нікуліна рекомендує також:

1) спростити порядок досудового й судового розслідування справ про протиправні дії, що визнаються нетяжкими, тобто запровадити інститут кримінальних проступків, передати право здійснювати розслідування таких справ у повному обсязі дізнавачу для розвантаження суддів за рахунок спрощення порядку провадження та органів досудового розслідування, які нині змушені розглядати всі без винятку справи про правопорушення, у тому числі й кримінальні проступки (така практика має місце в Англії, Білорусі, Вірменії, Італії, Казахстані, Уельсі);

2) забезпечити постійний контроль за рівномірним розподілом кількості розслідуваних злочинів на одного слідчого та, відповідно, якістю розслідування злочинів (досвід Німеччини);

3) активізувати й розвивати сталу міжнародну співпрацю в цій сфері правовідносин [5, с. 133–134].

Проте доречно зауважити, що з 1 січня 2020 р. набуває чинності Закон про кримінальні проступки згідно з ухваленим законопроектом за № 7279-д «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень».

На досвід Німеччини в організації та функціонуванні слідчих органів звертає увагу і О. Ю. Татаров. Зокрема, автор підкреслює, що ефективності розслідування злочинів у Федеральній Республіці Німеччина сприяє чітка організаційна побудова органів кримінальної юстиції, а також налагоджена взаємодія прокурорів зі слідчими суддями, судом та допоміжними службовцями прокуратури, якими, по суті, є поліцейські. Так, дізнання здійснюють так звані «допоміжні службовці прокуратури» (наприклад, інспектори поліції). Цей розряд визначається урядом землі за погодженням з управлінням юстиції землі. Кількість допоміжних службовців прокуратури визначається з урахуванням навантаження на прокуратуру. Отже, забезпечується постійний контроль за рівномірним розподілом кількості розслідуваних злочинів на одного працівника та, відповідно, якістю розслідування злочинів [3, с. 606–607]. На нашу думку, забезпечення обґрунтованої оптимальної кількості справ на одного слідчого і дієвого контролю за їх рівномірним розподілом є нагальною необхідністю в слідчих органах України.

Також у Федеративній Республіці Німеччина існує поділ поліції на загальну, що розслідує дрібні злочини, та кримінальну, що уповноважена розслідувати тяжкі злочини, підпорядковуючись федеральній владі або міністру внутрішніх справ відповідної землі.

Не лише у Федеративній Республіці Німеччина, але й у деяких пострадянських країнах (які, на наш погляд, мали схожі з Україною передумови та стан розвитку кримінально-процесуального права й відповідних державних інституцій) досить вдало вирішується проблема «перевантаження» слідчих шляхом делегування права здійснювати розслідування в повному обсязі дізнавачу. Наприклад, у Республіці Білорусь органами кримінального переслідування є орган дізнання, дізнавач, слідчий і прокурор. Аналогічно слідчим органам у Республіці Білорусь делегується низка повноважень дізнавачу й у Республіці Казахстан, Вірменії [6; 7] тощо.

Цілком можливим є також упровадження досвіду з функціонування слідчих органів в Ізраїлі, де досудове провадження уповноважені здійснювати підрозділи Департаменту розслідувань і боротьби зі злочинністю Національної поліції Міністерства внутрішньої безпеки, де при цьому працюють одночасно і слідчі, й оперативні працівники, і так звані поліцейські прокурори. Причому для проведення досудового розслідування у важливих справах у складі Департаменту розслідувань діють три спеціальні підрозділи:

1) Управління з боротьби з особливо небезпечними та міжнародними злочинами;

2) Управління з боротьби з економічними і посадовими злочинами;

3) Управління з боротьби зі злочинами у сфері національного страхування [8, с. 62].

І, що цілком відповідає Рекомендації Парламентської Асамблеї Ради Європи № 1402 (1999) «Контроль над внутрішніми службами безпеки в країнах – членах Ради Європи», про яку йшлося вище, на відміну від підрозділів Служби безпеки України, правоохоронні органи Ізраїлю спеціального призначення не мають у своїх структурах слідчих підрозділів – усі отримані матеріали з ознаками злочинів передаються до Особливого слідчого відділу Департаменту розслідувань і боротьби зі злочинністю Національної поліції Ізраїлю для проведення досудового слідства й направлення справи для пред'явлення обвинувачення [3, с. 613–614]. Вважаємо, що і в Україні доцільно позбавити органи Служби безпеки слідчих функцій.

Корисним для України в контексті дослідження можливостей використання зарубіжного досвіду адміністративно-правового забезпечення організації та функціонування слідчих органів в Україні може бути й досвід організації роботи слідчих оглядових груп у США (Crime Scene Units). На відміну від вітчизняних слідчих, які мають особисто оглядати місце події, відшукувати, фіксувати та вилучати докази, детектив, який розслідує злочин у США, може задіяти слідчі оглядові групи, що здійснюють огляд самостійно. Оглядові групи входять до складу Бюро з огляду місць події (The Crime Scene Investigations Bureau), до якого, крім них, належать також експертні групи, які на місце події не виїжджають, а займаються дослідженням речових доказів у лабораторних умовах [9, с. 305].

Зауважимо, що основними принципами діяльності американських слідчих оглядових груп є: ретельність пошуку та його здійснення у суворій відповідності до закону; швидка процедура без компромісів; належне документування місця події; належні методи і технології вилучення доказів; правильне використання й знання засобів і обладнання; вилучення всіх доказів, що стосуються справи; належне поводження з доказами та їх

упакування; наявність власних можливостей для дослідження доказів; дотримання належних заходів безпеки [10]. Ці принципи, на наш погляд, саме відповідають вимогам сучасності й очікуванням громадян та суспільства в цілому щодо діяльності такого роду органів та інститутів.

Як слушно зауважують із цього приводу Р. Л. Степанюк та С. П. Лапта, суттєвою відмінністю практики розслідувань США від вітчизняної є можливість не просто залучення, а здійснення безпосередньо самого огляду не детективом чи прокурором, а фахівцями. У цьому аспекті, на думку авторів, є необхідність розглянути встановлення принципу забезпечення безпеки учасників слідчої дії як засади криміналістичної тактики і, відповідно, приділяти більшу увагу рекомендаціям із реалізації названого принципу у відповідних методичних розробках. З організаційної точки зору є потреба в подальшому розвитку техніко-криміналістичних підрозділів органів досудового розслідування в напрямі створення сучасно оснащених оглядових груп, які за дорученням слідчого або прокурора проводитимуть огляд місця події, не відволікаючись на інші невідкладні дії на початковому етапі розслідування [9, с. 305–306].

У межах наданих повноважень слідчі органи здобувають достатню кількість інформації про злочинну діяльність, у тому числі про організовану економічну злочинність, у зв'язку з чим однією із важливих можливостей використання зарубіжного досвіду є застосування інструментів, які б надали змогу опрацьовувати велику кількість наявних даних. Одним із таких інструментів є кримінальний аналіз [11, с. 9].

У країнах Європейського Союзу, США та інших розвинених країнах світу, як зазначає О. М. Заєць, використання можливостей кримінального аналізу є обов'язковим для всіх правоохоронних органів. Його зміст, правила та процедури чітко визначено та врегульовано у правовому відношенні. Це, зокрема, стосується ведення оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування та розгляду кримінальних проваджень у суді [12, с. 17].

У напрямі взаємодії з іноземними правоохоронними органами в Україні ведеться достатня робота, адже, наприклад, Національне антикорупційне бюро України та Федеральне бюро розслідувань США підписали меморандум про взаєморозуміння для поглиблення співпраці. Цей документ встановлює, що правоохоронні органи паралельно здійснюватимуть розслідування, пов'язані з міжнародним відмиванням коштів, міжнародними засобами повернення активів, хабарництвом та корупцією високопосадовців України. Відповідно українські слідчі органи можуть розраховувати на підтримку ФБР у трьох напрямах: можливості отримання оперативної інформації щодо поширення доларових потоків, обміну досвідом в організації оперативно-технічної роботи та роботи агентів під прикриттям, матеріально-технічного забезпечення підрозділів НАБУ [13]. І подібні приклади міжнародної співпраці слідчих органів України із зарубіжними інституціями є непоодинокими. Саме міжнародне партнерство здатне в тому числі суттєво полегшити роботу слідчих органів.

**Висновки**

Обґрунтовано, що в процесі вивчення та використання закордонного досвіду організації та функціонування слідчих підрозділів правоохоронних органів одним із пріоритетних напрямів є дослідження досвіду країн американського континенту. Особливу увагу привертає досвід США, у яких багато років функціонує Федеральне бюро розслідувань, яке слугує своєрідним орієнтиром в організації діяльності створеного Державного бюро розслідувань.

Відповідно до норм права та правових звичаїв, правом розслідування злочинів у США наділені поліція, атторнетура (на кшталт української прокуратури), слідчі та урядові комісії (в Україні такі функції виконують слідчо-оперативні групи та бригади слідчих), журі присяжних засідателів, суддівські чиновники та коронери. У наведеній системі поліція посідає провідне місце, адже вона здійснює розслідування більшості злочинів. Визнається, що американська поліцейська система є однією з найменш централізованих у світі, а її організація характеризується високим ступенем складності (у США діють близько 40 тис. поліцейських формувань, які не мають жорсткого підпорядкування).

**Список використаних джерел:**

1. Яковлев Р. Зарубежный опыт функционирования следственных органов. *LEGEA ŞI VIAŢA*. 2016. Decembrie. С. 113–118.

2. Баулін О. В., Ляш А. О. Досудове розслідування за новим Кримінальним процесуальним кодексом України: сучасна концепція і традиції. *Правничий часопис Донецького університету*. 2012. № 2 (28). С. 83–91.

3. Татаров О. Ю. Досудове провадження в кримінальному процесі України: теоретико-правові та організаційні засади (за матеріалами МВС) : монографія. Київ – Донецьк: ПРОМІНЬ, 2012. 640 с.

4. Романюк Б. В. Удосконалення досудового провадження в Україні : монографія. Київ, 2011. 228 с.

5. Нікуліна А. Г. Адміністративно-правовий статус органів досудового розслідування національної поліції України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Суми, 2017. 241 с.

6. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь : принят 16 июля 1999 г. № 295-З. *Кодексы Республики Беларусь* : сайт URL: http://kodeksy.by/ugolovno-processualnyy-kodeks (дата звернення: 02.07.2020).

7. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан : принят 04 июля 2014 г. № 231-V. *Законодательство Республики Казахстан* : сайт. URL: https://zakon.uchet.kz/rus/docs/K1400000231 (дата звернення: 02.07.2020).

8. Фильштейн В. Л. Министерство внутренней безопасности и Национальная полиция Государства Израиль: организационно-правовые основы функционирования : монография. 2-е изд., перераб. и доп. Кировоград: Инвестгрупп, 2008. 189 с.

9. Степанюк Р. Л., Лапта С. П. Удосконалення організації й тактики огляду місця події в Україні з урахуванням досвіду США. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2016. № 2. С. 300–306.

10. Mike Byrd. Duty Description for the Crime Scene Investigator. URL: http://www.crimesceneinvestigator.net/dutydescription.html (дата звернення: 02.07.2020).

11. Основи кримінального аналізу : посібник з елементами тренінгу / О. Є. Користін, С. В. Албул, А. В. Холостенко, О. М. Заєць та ін. Одеса: ОДУВС, 2016. 112 с.

12. Заєць О. М. Інститут аналітичного супроводження досудового розслідування кримінального провадження в Україні: сучасний стан і перспективи розвитку. *Вісник кримінального судочинства*. 2016. № 4. С. 17–25.

13. НАБУ і ФБР будуть разом розкривати корупційні схеми. *Українська правда*. 2016. 30 червня. URL: https://www.pravda.com.ua/news/2016/06/30/7113258/ (дата звернення: 02.07.2020).

**Maksym Kalatur. The use of experience of investigative bodies of the USA, France and Germany by Ukraine**

*The article emphasizes that during the reform of the law enforcement system in Ukraine, in particular the bodies of pre-trial investigation, it is necessary to take into account not only one's own experience, but also the achievements of foreign law enforcement systems, as well as the negative consequences of using a rigid, overly regulated, formal approach in matters of organization of pre-trial. It is found that the procedural independence of the French investigator is based on the following peculiarities of the pre-trial investigation of a competitive type: the investigator's belonging to the judicial department determines his procedural position and makes him independent of the prosecutor's office; the prosecution party (the prosecutor and the police) are equal in rights with the defense party; the second instance of the pre-trial investigation is the "indictment chamber" of the court of appeal; strict judicial control over police activity, clear definition of its functions; procedural guarantees for the detainee's detention are established by law. It is determined that a memorandum of understanding to deepen cooperation between the National Anticorruption Bureau of Ukraine and the US Federal Bureau of Investigation establishes that law enforcement agencies will simultaneously conduct investigations related to international money laundering, international asset recovery and bribery. It is substantiated that one of the priority areas in the process of studying and using foreign experience in the organization and functioning of law enforcement units is to study the experience of the countries of the American continent. Particular attention is drawn to the experience of the United States, which for many years has operated the Federal Bureau of Investigation, which serves as a guide when organizing the activities of the established State Bureau of Investigation. It is concluded that, in accordance with the rules of law and custom, the right to investigate crimes in the United States is vested with police, attorneys, investigators and government commissions, juries, judges and coroners. The police system holds the leading position in this system, as it investigates most crimes. It is recognized that the US police system is one of the least centralized in the world, and its organization is characterized by a high degree of complexity.*

**Key words:** investigative bodies, investigator, prosecutor, evidence, legislative acts, powers.

УДК 343.979
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.39

***Сергій Саблук,***
*докт. юрид. наук,*
*провідний науковий співробітник*
*Науково-дослідного інституту публічного права*

# КОНТРОЛЬ ЗА ЗЛОЧИННІСТЮ В УКРАЇНІ НА ПОЧАТКУ 1930-Х РОКІВ

*У статті наголошено, що протягом 1930-х років контроль за злочинністю здійснювався в умовах нехтування демократичними принципами права, зокрема такими як презумпція невинності, змагальний характер судочинства, критерій повної доведеності. Це деформувало правову свідомість громадян, частина з яких надавала перевагу доносам, публічному засудженню заарештованих, відмові від родинних зв'язків, щоб самим не потрапити до репресивних органів.*

*З'ясовано, що в період 1930-х років в умовах поширення репресивної політики результати проведення масових операцій проти карних злочинців довели неможливість викорінити злочинні прояви у вигляді пограбувань, збройних нападів, крадіжок, хуліганства тощо шляхом здійснення масових арештів і подальших страт тих, кого підозрювали в належності до злочинного світу. Ігнорування ознак злочинності як соціального явища призвело до нераціонального використання ресурсів держави, скорочення сукупного її потенціалу та деформацій правосвідомості громадян, а також до зниження обороноздатності країни.*

*Зроблено висновок, що середину 1930-х років у сучасній історичній та історико-правовій літературі не дарма називають періодом «великого терору», а не «боротьбою зі злочинністю», як це було притаманно радянській історіографії, котра в масовості репресій не бачила суцільного порушення природного права людини на життя. Саме тоді набули широкого застосування невмотивовані політичні репресії, нищення українців шляхом тотального голоду в 1932–1933 рр., позбавлення ні в чому не повинних людей волі, примусові депортації, обмеження свободи пересування, неможливість реалізації декларованих Конституцією СРСР 1936 р. та Конституцією УРСР 1937 р. законних прав громадян. Злочинцем себе виявила сама держава, її командно-адміністративний апарат, компартійна верхівка та й численна кількість простих громадян, які безпідставними доносами намагалися забезпечити собі лояльне ставлення з боку тоталітарної системи, щоправда, їхні аморальні дії, як показала кримінальна та процесуальна практика, не давали жодного шансу на порятунок.*

**Ключові слова:** виправно-трудовий кодекс, шпигунство, контрреволюційні злочини, контроль за злочинністю, арешт.

**Постановка проблеми.** Репресивна політика більшовицького режиму кінця 1920-х–1930-х років передбачала організацію контролю за злочинністю на основі штучного формування образу «ворогів» і «злочинців». При цьому до категорії злочинців могли бути зараховані представники цілих соціальних груп або ж громадяни, які критично ставилися до дій владних органів. Із цього приводу у травні 1928 р. влаштовано показовий судовий процесом над групою російських і німецьких інженерів із м. Шахти на Донбасі. Пізніше подібні судові процеси стали одним із засобів розгортання масових репресій. При цьому каяття обвинувачених стало одним із обов'язкових аспектів подібних заходів. У формі публічного каяття «ворог народу» мав визнати свої «зловісні наміри».

**Мета статті** – з'ясувати результати проведення масових операцій проти карних злочинців в умовах поширення репресивної політики.

**Виклад основного матеріалу.** Як відмічає М.В. Лазарович, цілеспрямована боротьба проти української національної інтелігенції, насамперед тієї її частини, яка брала активну участь у національно-визвольних змаганнях 1917–1921 років та українізації, видатних діячів науки й культури розпочалася вже наприкінці 1920-х років. Її першими наслідками стали викриття згадуваного вже «національного ухилу» в КП(б)У, розгром міфічних «Українського національного центру», «Блоку українських націоналістичних партій», «Всеукраїнського боротьбистського центру» тощо. Застосовуючи фізичний і психологічний терор, ОДПУ, а згодом Голо-

© С. Саблук, 2020

вне управління державної безпеки НКВС змушували свої жертви визнавати членство в цих сфабрикованих «таємних антирадянських організаціях» на показових судових процесах [1, с. 487].

Органи НКВС широко використовували систему позасудових репресій: притягували до кримінальної відповідальності раніше засуджених до позбавлення волі осіб на підставі агентурної інформації та довідок про колишню судимість. У таких умовах в установах виконання покарань формувалися організовані злочинні групи, які спрямовували свою діяльність на посилення влади серед ув'язнених. Цьому сприяла слабка комплектація кадрами виправно-трудових установ, оскільки охорона й деяка частина адміністративного апарату набиралася з числа ув'язнених. Злочинці, які перебували на верхніх ланках ієрархічної системи, намагалися висунути й висували «своїх людей» на ці посади з метою затвердження своїх «законів», експлуатації інших ув'язнених. У виправно-трудових таборах того часу було широко розповсюджене вимагання, грабежі, розбійні напади, які скоювалися «авторитетами» щодо «фраєрів» [2, с. 322]. Справа в тому, що вже з 1935 р. було скасовано поділ в'язнів за ступенем соціальної небезпечності. Вони розрізнялися лише за ознаками статі й поділялися на тих, хто дотримується, і на тих, хто не дотримується встановленого в місцях ув'язнення режиму. Дещо пізніше було скасовано умовно-дострокове звільнення в'язнів, а в 1936 р. введено новий вид позбавлення волі – тюремне ув'язнення, виконання також регламентувалося не нормами виправно-трудового кодексу, а виключно відомчими актами [3, с. 102].

Поступово терор спрямовувався не лише проти націоналістів. Він поширювався на комуністів, державних функціонерів, господарських керівників, директорів заводів, голів колгоспів, які за невиконання планів і виробництва товарів і через аварії розплачувалися своїм життям як «саботажники» та «шкідники».

У 1935 р. голова НКВС УСРР В. Балицький, орієнтуючи підлеглих на пошук «ворогів народу», зазначав, що «якщо раніше нам доводилося вражати ворога у відкритому бою, то тепер ворог наступає на нас надзвичайно складними формами боротьби. Зараз найулюбленішою формою ворогів є терор і диверсії. Терор спрямовується на знищення керівників партії і уряду, а диверсії – на підрив господарської могутності держави» [4, арк. 4]. І саме сфабриковані звинувачення в підготовці замаху на лідерів радянської держави стали з часом однією з найбільш розповсюджених підстав притягнення громадян до кримінальної відповідальності.

Водночас із діями, спрямованими проти «політичних злочинців», радянські правоохоронні органи залучалися до протидії кримінальним злочинцям. Наприкінці 1920-х – у першій половині 1930-х років досить поширеним видом злочинної діяльності поряд із крадіжками залишалося й розкрадання соціалістичної власності.

У ході перевірок господарських організацій Києва, здійснених протягом 1934 р., виявлено численні випадки придбання агентами продуктів на ринках за рахунками, розписками та довідками. Установити достовірність цих документів було неможливо, що сприяло поширенню спекулятивних операцій. Придбання продуктів у приватних осіб часто пояснювалося відсутністю цих продуктів у держторгівлі. Крім того, підзвітні особи тривалий час не здавали підзвітні суми, що пояснювалося затримками оформлення документів з боку постачальників, а також недбайливим ставленням підзвітних осіб до додержання строків звітності [5, арк. 57], що давало змогу здійснювати різноманітні махінації з готівкою.

Органами НКВС протягом 1935 р. також викрито систематичні розкрадання матеріалів на будівництвах і підприємствах України, а саме: на будівництві «Машинбуду» Великотокмацького району Дніпропетровської області, на Артемівському алебастровому заводі, на Сталінському заводі «Стальміст», на Харківському тракторному заводі, в адміністративно-господарському відділі Південних залізниць. Групою представників різних організацій із цією метою було утворено так званий «Підпільний трест» у Дніпропетровську, який систематично за хабарі за фіктивними вимогами, без нарядів протягом тривалого часу вилучав із заводів великі партії гостродефіцитних металів і виробів (близько 7000 т). По справі проходило 150 осіб [6, арк. 77–78].

Важливим фактором, який сприяв розбазарюванню будівельних матеріалів, на думку працівників органів НКВС, було прагнення будівельних організацій повністю забезпечити себе фондами будматеріалів протягом перших місяців будівництва, яке загалом розраховувалося на 1–2 роки. У низці випадків підготовка матеріалів відбувалася як страховка на випадок різного роду ускладнень у розмірах, що значно перевищували потреби будівництва [6, арк. 81].

Поширення різного роду розкрадань соціалістичної власності, незважаючи на всі дії влади з організації протидії цьому явищу, вимагало створення спеціального органу,

який би спеціалізувався на протидії саме економічній злочинності. Навіть В. Балицький змушений був констатувати відсутність у більшості працівників НКВС уміння вести слідство [7, арк. 8]. Першим спеціалізованим підрозділом у системі органів внутрішніх справ, що став вести цілеспрямовану боротьбу з корисливими злочинами економічної спрямованості, була служба боротьби з розкраданням соціалістичної власності (БРСВ), створена наказом НКВС СРСР від 16 березня 1937 року № 00118. Цим наказом затверджено й Положення про відділ з боротьби з розкраданням соціалістичної власності та спекуляцією ГУРСМ НКВС СРСР. Згідно із Положенням, служба створена для боротьби з розкраданням соціалістичної власності в організаціях та установах держторгівлі, споживчої й інвалідної кооперації, заготівельних організаціях та ощадкасах, а також для боротьби зі спекуляцією. На цей відділ покладалися такі основні обов'язки: керівництво роботою республіканських, крайових, обласних УРСМ з боротьби з розкраданням соціалістичної власності й дрібним шкідництвом у торговельних, кооперативних, заготівельних організаціях, ощадкасах, з боротьби зі спекуляцією та фальшивомонетниками; «оперативне висвітлення» апаратів Народного комісаріату фінансів, Центрсоюзу, Всекомпромради, Управління ощадкасами Народного комісаріату фінансів і заготівельних організацій (Заготзерно, Заготльон тощо), а також підвідомчих їм установ та організацій республіканського й союзного значення. Новостворені апарати БРСВ активізували боротьбу зі зловживанням у сфері торгівлі та збереженні соціалістичної й кооперативної власності в країні. Наказом УНКВС в областях у 1937–1939 роках було оголошено штати управління міліції УНКВС області. Штат відділу становив близько 14–20 працівників на область.

Певні зміни в структурі органів, які спрямовувалися на протидію економічній злочинності, найбільш вірогідно зумовлювалися змінами структури крадіжок і розкрадань і, відповідно, потребою більш професійно протистояти злочинцям. Так, питома вага розкрадань у різних галузях народного господарства характеризувалася такими показниками: у 1933 р. найбільше крадіжок здійснювалося в колгоспах (72%), дещо менше – у промисловості (7,53%), кооперації (10%) і держторгівлі (1,93%); у 1934 р. питома вага крадіжок у колгоспах зменшилася до 55% за збільшення питомої ваги крадіжок у промисловості (10%), кооперації (10,74%), держторгівлі (3%). У 1935 р. питома вага крадіжок у колгоспах ще більше знизилася (46%), знизилася питома вага крадіжок і в промисловості (8%) при одночасному зростанні кількості крадіжок у кооперації (27%) і держторгівлі (7,94%) [8, арк. 20]. Такий стан речей потребував посилення уваги до розслідування крадіжок і розкрадань у сфері державної торгівлі й кооперації, що вимагало для виявлення організаторів злочинних угруповань аналізу великого обсягу бухгалтерської документації та документів діловодства й зосередження зусиль спеціалістів у цих сферах. Економічна злочинність поступово ставала все більш організованою за рахунок формування вертикальних і горизонтальних структур із управлінців різних рангів, об'єднаних за допомогою масштабної системи хабарів в умовах поширення патрон-клієнтських взаємин.

Одним із засобів підготовки до розгортання масштабної репресивної діяльності стали заходи щодо чергового розвантаження місць позбавлення волі, розширення штатів органів прокуратури та судів. Уже в 1935 р. в доповідній записці «Про розвантаження місць позбавлення волі» Народного комісара юстиції та Генерального прокурора А. Кисельова вказувалося, що в місцях позбавлення волі УСРР мало місце порушення інструкції ЦК ВКП(б)і РНК СРСР від 8 травня 1933 р., пов'язане з перевищенням лімітів утримання під вартою й термінів утримання під вартою в камерах міліції. Пропонувалося умовно-достроково звільнити колишніх голів колгоспів, райрад і членів правління колгоспів, бригадирів, трактористів, засуджених на термін до 3 років. Водночас звільнення не мало розповсюджуватися на осіб, засуджених за шпигунство, контрреволюційні злочини, за законом від 7 серпня 1932 р., за розтрати, хуліганство, бандитизм [9, арк. 69–70].

На початку 1937 р. здійснено масштабну перевірку діяльності судових органів України. Напередодні розгортання масових репресій 1937–1938 рр. ЦК КП(б)У вказував, що в «народних судах установилася практика суцільного скасування вироків у вигляді вищої міри покарання, які виносилися обласними судами про теракти й контрреволюційний бандитизм» [9, арк. 4], тому пропонувалося суттєво посилити судову репресію в цьому напрямі.

Особлива увага приділялося аналізу роботи спецколегій. У доповідній записці Верховного Суду про роботу спецколегій Верховного й обласних судів відзначалося, що всіма спецколегіями обласних судів України протягом 1936 р. розглянуто 3233 справи на 4551 особу. За перше півріччя 1935 р. розглянуто 1325 справ, за II півріччя 1935 р. –

2214 справ, за І півріччя 1936 р. – 2184 справи, за ІІ півріччя 1936 р. – 1767 справ [10, арк. 2]. Поряд із цим на 1 січня 1937 р. залишилися нерозглянутими по обласних спецколегіях 500 справ. При цьому вже в травні 1937 р. зазначалося різке збільшення надходження справ про троцькістські організації та щодо осіб, які «проводили троцькістську агітацію» [10, арк. 5].

У доповідній записці Верховного Суду УРСР про роботу спецколегій Верховного й обласних судів УСРР у 1936 р. містилася статистика розгляду справ по обвинуваченнях за вчинення контрреволюційних злочинів, які були підсудні спецколегіям Верховного й обласних судів. Згідно із цими даними, засуджено за ст. $54^{10}$ за контрреволюційну агітацію – 3307 осіб, за ст.ст. $54^{2}$ та $54^{11}$ (контрреволюційні організації) – 235 осіб, за ст. $54^{4}$ – 166 осіб, за інші контрреволюційні злочини (ст. ст. $54^{7}$, $54^{12}$, $54^{13}$, $54^{14}$) – 195 осіб, за законом від 7 серпня 1932 р. – 4 особи, за бандитизм – 112 осіб, за контрабанду та перетинання кордону – 21 особу, за інші злочини – 207 осіб [10, арк. 7]. Компаративний аналіз цих даних дає змогу стверджувати про зменшення кількості засуджених за «законом про п'ять колосків» від 7 серпня 1932 р. при одночасному різкому збільшенні кількості засуджених за «контрреволюційні злочини».

Однією зі справ, які ілюстрували зростання незадоволення радянською владою й могли слугувати одним зі складників сукупності причин проведення «куркульської операції», стала справа Гнатюка Стефана Івановича, який 1936 р. здійснив спробу вбивства Харківського обласного прокурора Брона. Мотивом його вчинку було переконання Гнатюка, що Брон заслуговує смерті за примусове виселення українців на Північ, розкуркулення й розорення українського народу. При цьому від своїх переконань Гнатюк не відмовився й у день розстрілу.

Судовими органами відзначалося стабільне збільшення з року в рік кількості справ про контрреволюційну агітацію та пропаганду, що пояснювалося «викриттям троцькістських елементів» [10, арк. 9]. Найбільша кількість засуджених за антирадянську агітацію припадала на Чернігівську область, де за це засуджено 82% від кількості всіх засуджених по області, у Харківській – 80,3%, Донецькій – 86%, Дніпропетровській – 83,9%. Справ по бандитизму припадало найбільше на Київську область – 11,6% всіх справ по області, Одеську – 3,8%, Харківську – 2% [10, арк. 11]. При цьому за вказаними статтями спецколегіями засуджено до розстрілу 1,4%, до 10 років позбавлення волі – 4,6%, на терміни від 5 до 10 років позбавлення волі – 38,1%, від 2 до 5 років – 52%, до 2 років – 2,1%, до виправно-трудових робіт – 1,2%, умовно – 0,3%, інші заходи покарання застосовано до 0,3% засуджених [10, арк. 12].

2 липня 1937 р. Політбюро ЦК ВКП(б) прийняло постанову «Про антирадянські елементи», якою передбачалося взяття на облік усіх «куркулів» і карних злочинців, які повернулися на Батьківщину, для подальшого арешту й розстрілу в порядку адміністративного проведення їхніх справ через трійки. А вже на 10 липня 1937 р., згідно з даними шифротелеграми Народного комісара внутрішніх справ УРСР І. Леплевського, «виявлено й узято на облік» 23936 «куркулів» і карних злочинців, із яких за першою категорією проходили 3749 куркулів і 1234 карні злочинці, а за другою – відповідно, 10364 та 8589 [12, с. 48].

30 липня 1937 р. видано оперативний наказ НКВС «Про операцію щодо репресування колишніх куркулів, карних злочинців та інших антирадянських елементів» № 00447 [13], де визначалися контингенти, які підлягали репресії. До них належали колишні «куркулі», які залишилися в селі або які осіли в містах, священнослужителі, представники колишнього «білого» руху, а також карні особи, які були раніше засуджені за загальнокримінальними статтями.

Масштаби так званої протидії злочинності (у радянській історіографії – «боротьби зі злочинністю») у роки «великого терору» Д. Веденєєвим характеризуються як незаконні політичні репресії, тобто політично мотивоване застосування радянською державою на підставі антигуманних законів або в позазаконному порядку різноманітних форм розправи (страта, позбавлення волі, примусові депортації, обмеження свободи пересування та занять, звуження можливості реалізації законних прав громадян тощо), інших примусових заходів щодо громадян. При цьому у зв'язку з поширенням репресій протягом 1937–1938 рр. по УРСР прокотилася масштабна хвиля самогубств. Через репресії відповідальних працівників частина їхніх родичів надавала перевагу самогубствам [14, арк. 10]. Однією з причин самогубств керівних працівників, як свідчили їхні передсмертні записки, було очікування арешту або впевненість у його невідворотності у зв'язку з арештом колег [14, арк. 11]. Іншою причиною самогубств ставало звільнення з роботи й усвідомлення неможливості прогодувати сім'ю [14, арк. 31].

Так званий списочний облік антирадянського елементу в державній безпеці СРСР, що діяв упродовж 1930–1940-х років, ґрун-

тувався на принципах колишньої партійної, соціальної належності, а також національності й ідейних переконань особи. Таємний наказ 1939 р. передбачав 18 категорій населення, що мало вноситися до спеціального обліку. Зокрема, п'ять категорій розглядалися як «потенційна база іноземних розвідок»: німці, поляки, японці, китайці, корейці та інші, які «виявляли національні настрої» [15, с. 35].

1930-ті роки стали періодом формування та зміцнення сталінського командно-адміністративного й тоталітарно-репресивного режиму, який, використовуючи державний механізм як узурпований інструментарій влади, здійснював абсолютний контроль над усіма галузями (сферами) суспільного життя, надаючи перевагу репресивним методам і формам забезпечення практичної реалізації своєї політики, у поєднанні з широким використанням соціальної міфології та маніпулятивних методів впливу як на маси загалом, так і на окремі особистості. Основними проявами такої організації стали репресивність політичних інститутів, заснованих на моноідеології, монополізації влади та інформації, перманентному підсиленні напруженості, мілітаризації суспільного життя; утвердження й функціонування тоталітарно-репресивного режиму в Україні [16, с. 276].

У ході репресивної політики як засіб «контролю за злочинністю» широко використовувалися фабрикації справ на «злочинців», застосовувалися методи фізичного насильства для отримання необхідних «свідчень», коригувалися протоколи допитів. Уже 17 листопада 1938 р. Й. Сталін і В. Молотов підписали спільну постанову Раднаркому СРСР і ЦК ВКП(б) «Про арешти, прокурорський нагляд і ведення слідства», де мова йшла про серйозні недоліки й перекручення в роботі органів НКВС, серед яких виділялися «масові операції», спрощений порядок ведення слідчих справ, прохання про розширення «лімітів» для масових арештів. Указувалося, що працівники НКВС практично відмовилися від агентурної роботи, надаючи перевагу масовим арештам, не турбуючись при цьому «про повноту й високу якість розслідування». Наголошувалося, що в органах НКВС набув масового поширення спрощений порядок розслідування, за якого слідчий обмежувався отриманням від обвинуваченого визнання своєї вини й зовсім не турбувався про «підкріплення цього визнання необхідними додатковими даними (показами свідків, актами експертиз, речовими доказами)». Підкреслювалося, що часто заарештовані не допитували протягом місяця після арешту, а іноді й більше. При цьому протоколи допитів арештованих велися не завжди. Мали місце випадки, коли свідчення заарештованих записувалися слідчими у вигляді поміток, а потім, через тривалий проміжок часу, формувався протокол допиту за порушення ст. 138 Карно-процесуального кодексу про дослівну фіксацію свідчень заарештованих. Констатувалося, що досить часто протокол допиту взагалі не вівся до тих пір, поки заарештований не зізнавався в скоєних ним злочинах [17, с. 5].

Отже, верхівка радянського керівництва не лише визнавала незаконну сутність організованого нею ж контролю за злочинністю виключно на основі поширення репресій, а й висловлювала стурбованість фактично повною відмовою органів НКВС від агентурної роботи. Цей факт викликав тривогу у зв'язку з тим, що саме агентурна робота могла б виступати вагомим засобом організації протидії злочинним проявам особливо у сфері так званого кримінального бандитизму. Посилення організованості в середовищі карних злочинців із формуванням чіткої ієрархічної структури й поширенням кримінальної субкультури вимагало не проведення політизованих каральних операцій, а копіткої роботи з виявлення та знешкодження злочинних угруповань, більшість яких мали в розпорядженні достатню кількість вогнепальної зброї. Іншим важливим фактором, який зумовлював вимогу посилення агентурної роботи, могла бути підготовка до участі в масштабних збройних конфліктах і розуміння необхідності організувати дієву роботу у сфері контррозвідки.

Протягом 1930-х років контроль за злочинністю здійснювався в умовах нехтування демократичними принципами права, зокрема такими як презумпція невинності, змагальний характер судочинства, критерій повної доведеності. Арешт сам по собі вважався достатньою підставою для звинувачення. Це деформувало правову свідомість громадян, частина з яких надавала перевагу доносам, публічному засудженню заарештованих, відмові від родинних зв'язків, щоб самим не потрапити до репресивних органів.

Загалом розгортання масових репресій сприяло деформуванню уявлень про характер державного контролю за злочинністю як за рахунок фактичної підміни оперативної роботи більшості правоохоронців репресивною діяльністю, так і внаслідок прийняття нормативно-правових актів, які були орієнтовані на розкручування маховика репресій. При цьому їх плановість із самостійним визначенням осіб, які підлягали репресіям, деформувала правосвідомість працівників

правоохоронних органів і спецпідрозділів у бік уявлень про власне становище в системі державних органів загалом.

**Висновки**

Саме в період 1930-х років в умовах поширення репресивної політики результати проведення масових операцій проти карних злочинців довели неможливість викорінити злочинні прояви у вигляді пограбувань, збройних нападів, крадіжок, хуліганства тощо шляхом здійснення масових арештів і подальших страт тих, кого підозрювали в належності до злочинного світу. Ігнорування ознак злочинності як соціального явища призвело до нераціонального використання ресурсів держави, скорочення сукупного її потенціалу та деформацій правосвідомості громадян, а також до зниження обороноздатності країни.

Середину 1930-х років у сучасній історичній та історико-правовій літературі не дарма називають періодом «великого терору», а не «боротьбою зі злочинністю», як це було притаманно радянській історіографії, котра в масовості репресій не бачила суцільного порушення природного права людини на життя. Саме тоді набули широкого застосування невмотивовані політичні репресії, нищення українців шляхом тотального голоду в 1932–1933 рр., позбавлення ні в чому не повинних людей волі, примусові депортації, обмеження свободи пересування, неможливість реалізації декларованих Конституцією СРСР 1936 р. та Конституцією УРСР 1937 р. законних прав громадян. Власне, годі говорити про кримінально-правовий контроль за злочинністю в 1930-х роках. Злочинцем себе виявила сама держава, її командно-адміністративний апарат, компартійна верхівка та й численна кількість простих громадян, які безпідставними доносами намагалися забезпечити собі лояльне ставлення з боку тоталітарної системи, щоправда, їхні аморальні дії, як показала кримінальна та процесуальна практика, не давали жодного шансу на порятунок.

**Список використаних джерел:**

1. Лазарович М.В. Історія України : навчальний посібник. 3-тє вид. Київ, 2013. 685 с.

2. Рєзаєва Л.О. Організована злочинність в установах виконання покарань: основні етапи становлення. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 4. С. 321–324.

3. Білас І. Репресивно-каральна система в Україні 1917–1953: суспільно-політичний та історико-правовий аналіз : у 2 кн. Київ, Либідь, 1994. Кн. 1. 428 с.

4. ЦДАГО України. Ф. 1. Оп. 20. Спр. 7173. Стенограмма выступления председателя НКВД Украины В.А. Балицкого на совещании работников юстиции в 1935 г., направленная на имя секретаря ЦК КП(б)У С.В. Косиора в июле 1937 г., 31.07.1937. 18 арк.

5. ЦДАГО України. Ф. 1. Оп. 20. Спр. 6588. Справки, акты обследования по Хозяйственному управлению Секретариата ВУЦК за 1933–1934 гг., 1934. 62 арк.

6. ЦДАГО України. Ф. 1. Оп. 20. Спр. 6776. Письмо ЦК КП(б)У в ЦК ВКП/б/, докладные записки, справки, письма ЦИК УССР, ВУСПС, органов суда, прокуратуры, НКВД Украины о нарушении законности в органах суда, прокуратуры, Кегичевском райисполкоме Харьковской области, Управлении домами отдыха профсоюзов, промышленности, строительстве, сельском хозяйстве, 20.04.1935–22.10.1935. 144 арк.

7. ЦДАГО України. Ф. 1. Оп. 20. Спр. 7173. Стенограмма выступления председателя НКВД Украины В.А. Балицкого на совещании работников юстиции в 1935 г., направленная на имя секретаря ЦК КП(б)У С.В. Косиора в июле 1937 г., 31.07.1937. 18 арк.

8. ЦДАГО України. Ф. 1. Оп. 20. Спр. 7000. Докладная записка, справки, информации органов юстиции и прокуратуры о состоянии преступности в Украине, фактах злоупотреблений и нарушения законности, 5.02.1936–16.07.1936. 26 арк.

9. ЦДАГО України. Ф. 1. Оп. 20. Спр. 6777. Директивное письмо ЦК КП(б)У, докладные записки, справки, письма обкомов партии, органов суда, прокуратуры, НКВД УССР о нарушении законности в промышленности, сельском и коммунальном хозяйствах, в органах суда, прокуратуры, финансовых и банковских учреждениях; отмены смертных приговоров, борьбе с бандитизмом, положении коллегии защитников, репрессий против немцев – ксендзов, писателей, разгрузке мест лишения свободы, необоснованном возбуждении уголовных дел, 14.02.1935–13.12.1935. 144 арк.

10. ЦДАГО України. Ф. 1. Оп. 20. Спр. 6997. Докладная записка Верховного суда УССР в ЦК КП(б)У о работе спецколлегий Верховного и областных судов Украины за 1936 год (2-й экз.), 04.05.1937–04.05.1937. 48 арк.

11. ЦДАГО України. Ф. 1. Оп. 20. Спр. 7002. Спецсообщения органов юстиции и прокуратуры о раскрытии контрреволюционных, антисоветских организаций и групп, других противоправных действиях, 19.01.1936–26.11.1936. 73 арк.

12. Шифротелеграма наркома внутрішніх справ УРСР І.М. Леплевського наркому внутрішніх справ СРСР М.І. Єжову про кількість куркулів і карних злочинців, узятих на облік в областях УРСР від 10 липня 1937 р. *Великий терор в Україні. «Куркульська операція» 1937–1938 рр.* / упоряд. С. Кокін, М. Юнге. Київ : Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2010. С. 48.

13. Об операции по репрессированию бывших кулаков, уголовников и других антисоветских элементов : Приказ НКВД от 30 июля 1937 года № 00447. URL: http://www.ru.wikisourse.org/wiki.

14. ЦДАГО України. Ф. 1. Оп. 20. Спр. 7170. Информации Прокурора УССР, Наркомата внутренних дел УССР в ЦК КП(б)У о фактах самоубийства и справки партийных органов по их проверке, 13.01.1937–15.06.1937. 40 арк.

15. Справа «Польської Організації Військової» в Україні. 1920–1938 рр. / упоряд. С.А. Кокін, Р.Ю. Подкур, О.С. Рубльов. Київ : Головна редколегія науково-документальної серії книг «Реабілітовані історією», 2011. 335 с.

16. Історія держави і права України : підручник : у 2 т. / за ред. В.Я. Тація, А.Й. Рогожина, В.Д. Гончаренка. Київ, 2003. Т. 2. 580 с.

17. Постановление СНК СССР и ЦК ВКП/б/ об арестах, прокурорском надзоре и ведении следствия от 17 ноября 1938 г. *Органы государственной безопасности СССР в Великой Отечественной войне :* сборник докладов. Москва : Книга и бизнес, 1995. Т. 1 : Накануне : Кн. 1 (ноябрь 1938 г. – декабрь 1940 г.). С. 5–6.

**Serhii Sabluk. Crime control in Ukraine in the early 1930s**

*The article emphasized that during the 1930s crime control was exercised under conditions of neglect of democratic principles of law, such as the presumption of innocence, the competitive nature of justice, and the criterion of full proof. This has distorted the legal consciousness of citizens, some of whom favored denouncements, public condemnation of those arrested, and renunciation of family ties so as not to enter the repressive authorities themselves. During the 1930s, the results of mass operations against criminal offenders proved impossible to eradicate criminal acts such as robberies, armed assaults, thefts, hooliganism, etc., through mass arrests and subsequent executions of those who were persecuted in the 1930s in belonging to the underworld. Ignoring the signs of crime as a social phenomenon has led to the irrational use of state resources, the reduction of its cumulative potential and deformations of citizens' consciousness, as well as to the country's defense capability. It is concluded that in the mid-1930s, modern historical and legal literature is not in vain called a period of "great terror", but not "the fight against crime", as was the case in Soviet historiography, which did not see a complete violation of the natural repression in the masses of repression human rights to life. It was then that widespread unmotivated political repression, the annihilation of Ukrainians by total famine in 1932–1933, deprivation of innocent innocent people, forced deportations, restriction of freedom of movement, impossibility of realization declared by the Constitution of the USSR of 1936 and 1937 legal rights of citizens. The state itself, its command-administrative apparatus, the Communist Party and numerous citizens who found themselves trying to secure their loyalty on the part of the totalitarian system, proved to be a criminal, although their immoral actions, as shown by criminal and procedural practices, did not give them any chance. to the rescue.*

**Key words:** labor code, espionage, counter-revolutionary crimes, crime control, arrest.

УДК 343.37
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.40

***Сергій Бугера,***
*докт. юрид. наук, старший науковий співробітник,*
*начальник відділу з вивчення проблем захисту національних інтересів*
*в економічній сфері та протидії корупції*
*Міжвідомчого науково-дослідного центру з проблем боротьби*
*з організованою злочинністю при Раді національної безпеки і оборони України*

# СТРАТЕГІЧНІ ПІДХОДИ ДО ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИННОСТІ У СФЕРІ ЕКОНОМІКИ ДЛЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЕКОНОМІЧНОЇ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ

*Статтю присвячено питанням удосконалення стратегічних підходів до протидії злочинності у сфері економіки для забезпечення економічної безпеки держави.*

*Економічна безпека держави в сучасних умовах стає однією з головних проблем, що потребує уваги та ретельного вивчення. Сучасний стан розвитку національної економіки характеризується наявністю значного числа чинників, які негативно впливають на функціонування держави. Одним із таких негативних чинників є злочинність у сфері економіки. При цьому вибраний та закріплений в Конституції України курс на євроінтеграцію передбачає, окрім іншого, створення та забезпечення функціонування інститутів, які гарантуватимуть верховенство права, додержання прав та інтересів фізичних та юридичних осіб, їх ефективний захист. Цьому повинно сприяти підвищення рівня ефективності протидії злочинності у сфері економіки та створення відповідних умов для забезпечення економічної безпеки держави, що є важливим завданням, яке постало перед органами державної влади.*

*Встановлено, що для ефективної протидії злочинності у сфері економіки для забезпечення економічної безпеки держави доцільним є розроблення Стратегії протидії злочинності та Стратегії економічної безпеки держави на 2021–2025 рр. Структурно Стратегія економічної безпеки України повинна містити: характеристику зовнішніх і внутрішніх загроз економічній безпеці; визначення критеріїв і параметрів стану економіки, що відповідають вимогам економічної безпеки; механізми забезпечення економічної безпеки держави. Стратегія протидії злочинності повинна містити окремий розділ щодо протидії злочинності у сфері економіки. При цьому базовими стратегічними підходами щодо вирішення зазначених питань повинні бути: удосконалення державного фінансового контролю; запровадження політики нульової толерантності до проявів корупції та організованої злочинності; прискорення процесу цифровізації та запровадження інформаційно-комунікаційних технологій у більшості галузей економіки; залучення громадськості до протидії злочинності на основі дослідження практичного зарубіжного досвіду та ін.*

**Ключові слова:** стратегічні підходи, протидія злочинності, економіка, економічна безпека, законодавство.

**Постановка проблеми.** В умовах прискореної глобалізації, загострення протиріч у різних сферах діяльності людства, міжнародної конкуренції та конкурентної боротьби на національних ринках, збільшення кількості природних катаклізмів, катастроф та техногенних аварій зростає значущість забезпечення безпеки в цілому та економічної безпеки зокрема на всіх рівнях. Економічна безпека є багатоаспектним явищем, її стан динамічно змінюється. Стійкий розвиток національної економічної системи нерозривно пов'язаний з економічною безпекою країни. При цьому сучасний стан розвитку національної економіки характеризується наявністю значного числа чинників, які негативно впливають на функціонування держави, регіонів, підприємств, організацій, установ [1, с. 8].

Одним із таких негативних чинників є злочинність у сфері економіки, що стримує економічний розвиток держави. Так, за останніми даними Індексу глобальної конкурентоспроможності (Global Competitiveness Index 2019), який щорічно розраховує Всесвітній економічний форум, за субіндексом якості інституцій Україна займає 104 місце зі 141 країни. При цьому вибраний та закріпле-


© С. Бугера, 2020

ний в Конституції України курс на євроінтеграцію передбачає, окрім іншого, створення та забезпечення функціонування інститутів, які гарантуватимуть верховенство права, додержання прав та інтересів фізичних та юридичних осіб, їх ефективний захист [2].

Безумовно, цьому повинно сприяти підвищення рівня ефективності протидії злочинності у сфері економіки та створення відповідних умов для забезпечення економічної безпеки держави.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання протидії злочинності у сфері економіки та забезпечення економічної безпеки держави досліджували такі науковці, як: А. М. Бойко, О. С. Власюк, А. Ф. Волобуєв, Б. М. Головкін, Н. О. Гуторова, Д. В. Долбнєва, В. М. Дрьомін, О. Г. Кальман, О. Є. Користін, І. М. Крейдич, І. В. Маслій, Т. В. Мельничук, В. І. Мунтіян, М. М. Олашин, П. І. Орлов, Г. А. Пастернак-Таранушенко, В. М. Попович, М. В. Рощина, Є. Л. Стрельцов, С. С. Чернявський, В. Т. Шлемко, К. В. Юртаєва та ін. Проте розвиток економічних відносин на сучасному етапі, зокрема в умовах цифрової трансформації, пори всі її позитивні сторони, потребує постійного підвищення рівня протидії злочинам у сфері економіки та проведення відповідних наукових досліджень.

**Метою статті** є удосконалення стратегічних підходів до протидії злочинності у сфері економіки для забезпечення економічної безпеки держави.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ст. 3 Закону України «Про національну безпеку України» фундаментальними національними інтересами України є сталий розвиток національної економіки, громадянського суспільства і держави для забезпечення зростання рівня та якості життя населення; інтеграція України в європейський політичний, економічний, безпековий, правовий простір, набуття членства в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору, розвиток рівноправних взаємовигідних відносин з іншими державами. Державна політика у сферах національної безпеки і оборони спрямовується на забезпечення воєнної, зовнішньополітичної, державної, інформаційної, екологічної безпеки, кібербезпеки, а також економічної безпеки України [3].

У Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020» [4] вказується, що її метою є впровадження в Україні європейських стандартів життя та вихід України на провідні позиції у світі. Україна має стати державою із сильною економікою та з передовими інноваціями. Для цього насамперед необхідно відновити макроекономічну стабільність, забезпечити стійке зростання економіки екологічно не виснажливим способом, створити сприятливі умови для ведення господарської діяльності та прозору податкову систему. При цьому однією з базових умов стабільного економічного розвиту держави є забезпечення ефективного рівня протидії злочинності, зокрема злочинності у сфері економіки.

На думку Б. М. Головкіна, злочинність у сфері економіки – це корислива злочинна діяльністю службових осіб та інших учасників економічних відносин, спрямована на заподіяння матеріальної шкоди підприємствам, установам, організаціям різних форм власності або суб'єктам господарювання. Система детермінант злочинності у сфері економіки включає такі нормативно-правові чинники: нестабільність законодавчої бази, фрагментарність правового регулювання, велика кількість поточних (тематичних) нормативно-правових актів, законів спеціальної дії, підзаконних нормативно-правових актів, нормативна невизначеність щодо закріплення єдиних для усіх учасників економічних відносин умов і порядку господарської діяльності та розрахунків за спожиту продукцію, незабезпечення законів та інших нормативно-правових актів дієвими механізмами реалізації і контролю тощо [5, с. 130, 132].

Необхідно зазначити, що належне забезпечення протидії злочинності в Україні в сучасних умовах багато в чому залежить від своєчасного, повного та якісного розроблення відповідної стратегії, а надалі – і програмного забезпечення в цій сфері з урахуванням наявних внутрішніх і зовнішніх загроз [6, с. 66].

При цьому досвід зарубіжних країн свідчить про позитивну тенденцію у дотриманні таких базових основ у формуванні стратегічних документів з реалізації державної політики у сфері протидії злочинності та забезпечення безпеки громадян: чітке визначення та бачення пріоритетів і цілей; інвестування у профілактичні заходи; зосередження ресурсів на «гарячих точках» (Hot Spots); інвестування у сфокусоване стримування і проблемно орієнтовану роботу поліції; посилення соціальної згуртованості та колективна ефективність у громадах; запровадження інноваційного механізму фінансування (з інших джерел); інвестування в нові технології для посилення громадської безпеки з обов'язковою оцінкою результатів тощо. При цьому формування державних стратегій та програм у сфері протидії злочинності має відбуватися постійно з відповідною динамічністю та наступністю, незалежно від

політичної ситуації в країні та зміни уряду. Такі програми повинні бути складовою частиною відповідних планів соціально-економічного розвитку країни [7, с. 159–160].

На думку К. В. Юртаєвої, значні прогалини в регулюванні економічних відносин, неефективність контролю за сферою державних закупівель, лобіювання інтересів конкретних виробників, низька ефективність ужитих державою антикорупційних заходів і відсутність комплексної нормативно-правової бази протидії економічній злочинності призводять до неефективності спорадичних антикриміногенних заходів у вказаній сфері. Видається, що встановлені тенденції економічної злочинності мають бути враховані під час розробки комплексної стратегії протидії цьому виду злочинності як важливого інструменту забезпечення економічної безпеки держави та поліпшення добробуту її громадян [8, с. 117].

При цьому стратегію протидії злочинності слід розглядати в широкому і вузькому значенні, а також у прив'язці до кримінологічної діяльності на рівні держави в цілому, регіональному та місцевому рівнях. У кримінологічній стратегії варто виділяти чотири аспекти, урахування яких дозволяє у процесі організації та здійснення протидії злочинності не втрачати ознак перспективності і разом із тим не допускати суб'єктивістських і волюнтаристських рішень. Перший аспект кримінологічної стратегії полягає в тому, що визначається її кінцева мета у формі світоглядної позиції з питань призначення, ролі, місця і методів протидії злочинності. Другий аспект пов'язаний із визначенням контуру політичного курсу держави у сфері протидії злочинності на даному конкретному історичному етапі розвитку суспільства. Третій аспект стосується її цільових настанов на конкретній стадії розвитку, четвертий – у рамках певного періоду. Межі стратегії протидії злочинності обумовлені довгостроковою концепцією соціально-економічного розвитку. Процес реалізації стратегії протидії злочинності варто поділити на етапи. На першому етапі основні зусилля держави та суспільства необхідно зосередити на витісненні злочинності з легального сектору економіки і політичної сфери. Одночасно варто вжити заходів щодо звуження тіньового складника економіки країни, що дозволить значно обмежити економічну і фінансову базу злочинності, її ресурси для подальшого зростання. Ці кроки слід синхронізувати з масштабною боротьбою з корупцією, оскільки вони не дадуть позитивного результату, якщо державний механізм не буде очищено від цієї вади [9, с. 378, 383].

Необхідно зазначити, що економічна безпека несе у собі суттєве функціональне навантаження та є матеріальною основою національної суверенності, що визначає реальні можливості у забезпеченні інших видів безпеки. Тобто економічна безпека – це підґрунтя для функціонування всіх інших її елементів, що входять у цю систему (військової, технічної, продовольчої, екологічної) [10, с. 75].

На думку Л. Р. Руснак, постановка власних завдань держави і суспільства перед системою національної економічної безпеки в частині протидії кримінальним явищам і процесам у макроекономіці повинна стосуватися переважно попередження та витіснення їх найбільш соціально небезпечних та економічно дисфункціональних форм, тобто протидії криміналізації економіки в її організованих і транскордонних проявах, мінімізації та елімінування умов криміналізації системи макроекономічного управління, особливо в частині її корупціалізації, що відбувається під контролем організованої злочинності. Усунення та мінімізація цих факторів загострення ключових загроз економічній безпеці України повинні стати найважливішими пріоритетами в діяльності інститутів економічного і політичного управління на поточну і середньострокову перспективи. Зазначені підходи до визначення методологічних підстав стратегії національної економічної безпеки та формування концептуальних основ механізму протидії макродеструктивним процесам криміналізації економіки у фінансовій сфері дають змогу вирішити низку питань, зокрема розробити перелік основних завдань, які можуть і повинні бути реалізовані механізмом національної системи економічної безпеки у сфері забезпечення кримінологічної безпеки економіки і бізнесу, протидії кримінальним явищам і процесам в українському господарстві [11, с. 110].

Отже, економічна злочинність є негативним чинником на шляху до розбудови країни європейського зразка. Тому протидія злочинам у цій сфері є важливим завданням, яке постає перед органами державної влади [12, с. 135].

При цьому важливим є удосконалення законодавства з питань протидії злочинності у сфері економіки. Певні кроки в цьому напрямі вже зроблено. Так, постановою Кабінету Міністрів України від 10 червня 2020 р. № 463 [13] внесено зміни до Положення про Міністерство юстиції України. Зокрема, завданням Міністерство юстиції України є протидія легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом,

фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення щодо: адвокатських бюро, адвокатських об'єднань та адвокатів, які здійснюють адвокатську діяльність індивідуально; нотаріусів; суб'єктів господарювання, що надають юридичні послуги; осіб, які надають послуги щодо створення, забезпечення діяльності або управління юридичними особами [14].

Також до Верховної Ради України було подано проект Закону України «Про Бюро економічної безпеки» (№ 3087 від 19.02.2020 р.), який визначає законодавче підґрунтя для створення незалежного державного органу, який повинен виконувати функції аналітичної оцінки, запобігання, виявлення, припинення, розслідування та розкриття злочинів у сфері формування та використання фінансових ресурсів держави, економічної безпеки [15, с. 2].

**Висновки**

Отже, для ефективної протидії злочинності у сфері економіки та забезпечення економічної безпеки держави доцільним є удосконалення стратегічних підходів до вирішення цього питання та удосконалення відповідного масиву законодавства. Зокрема, необхідним є розроблення Стратегії протидії злочинності та Стратегії економічної безпеки держави на 2021–2025 рр. Структурно Стратегія економічної безпеки України повинна містити: характеристику зовнішніх і внутрішніх загроз економічній безпеці; визначення критеріїв і параметрів стану економіки, що відповідають вимогам економічної безпеки; механізми забезпечення економічної безпеки держави тощо. Стратегія протидії злочинності повинна містити окремий розділ щодо протидії злочинності у сфері економіки. При цьому базовими стратегічними підходами щодо вирішення зазначених питань повинні бути: удосконалення державного фінансового контролю; запровадження політики нульової толерантності до проявів корупції та організованої злочинності; прискорення процесу цифровізації та запровадження інформаційно-комунікаційних технологій у більшості галузей економіки; залучення громадськості до протидії злочинності на основі дослідження практичного зарубіжного досвіду та ін.

**Список використаних джерел:**

1. Економічна безпека України: монографія / за ред. В. Г. Федоренка, І. М. Грищенка, Т. Є. Воронкової. Київ : ТОВ «ДКС центр», 2017. 462 с. URL: https://er.knutd.edu.ua/bitstream/123456789/9337/3/Ekonomichna_bezpeka_Ukrainy_mono.pdf. (дата звернення: 12.07.2020).

2. Пояснювальна записка до Проекту Закону «Про Бюро економічної безпеки» № 087 від 19.02.2020 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/ webproc4_1? pf3511=68182 (дата звернення: 12.07.2020).

3. Про національну безпеку України : Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 31. Ст. 241.

4. Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020» : схвалено Указом Президента України від 12 січня 2015 року № 5/2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5/2015#Text (дата звернення: 12.07.2020).

5. Головкін Б. М. Поняття злочинності у сфері економіки. *Форум права*. 2013. № 3. С. 128–133. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index (дата звернення: 12.07.2020).

6. Титаренко О. О. Стан стратегічного планування та програмного забезпечення у сфері протидії злочинності в сучасних умовах. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2019. № 1(20). С. 66–79. URL: http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/5230/Stan%20stratehichnoho%20planuvannia%20ta%20prohramnoho%20zabezpechennia_Tytarenko_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 12.07.2020).

7. Титаренко О. О. Зарубіжний досвід програмування протидії злочинності: можливості для України : монографія. Київ : ФОП Маслаков, 2019. 192 с. URL: http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/6179/Zarubizhnyi%20dosvid%20prohramuvannia%20protydii%20zlochynnosti_Monohrafiia_O%20O%20Tytarenko_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 12.07.2020).

8. Юртаєва К. В. Сучасні тенденції економічної злочинності в Україні. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2018. № 2 (19). С. 109–119. URL: http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/handle/123456789/3995 (дата звернення: 12.07.2020).

9. Литвинов О. М. Стратегія протидії злочинності. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2013. № 1(1). С. 377–388. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2015/07/1_22.pdf. (дата звернення: 12.07.2020).

10. Яремко І. І. Економічна безпека як складова національної безпеки держави. *Lviv Polytechnic National University Institutional Repository*. С. 74–75. URL: http://ena.lp.edu.ua/bitstream/ntb/22426/1/43-Yaremko-74-75.pdf. (дата звернення: 12.07.2020).

11. Руснак Л. Р. Концептуальні засади розроблення цільової програми протидії фінансовому шахрайству. *Економіка та суспільство*. 2017. Вип. 10. С. 106-111. URL: http://www.economyandsociety.in.ua/journal/10_ukr/21.pdf. (дата звернення: 17.07.2020).

12. Лісова Н. В. Запобігання злочинам у сфері економічної діяльності. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2018. № 2. С. 134–144. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvknuvs_2018_2_14 (дата звернення: 17.07.2020).

13. Про внесення змін до Положення про Міністерство юстиції України : постанова Кабінету Міністрів України від 10 червня 2020 р. № 463 URL: https: //www.kmu.gov.ua/npas/pro-vnesennya-zmin-do-polozhennya-pro-ministerstvo-yusticiyi-ukrayini-463100620 (дата звернення: 17.07.2020).

14. Розширено повноваження Мін'юсту у сфері фінмоніторингу. URL: https://jurliga.ligazakon.net/ua/news/196083_rozshireno-povnovazhennyamnyustu-u-sfer-fnmontoringu (дата звернення: 17.07.2020).

15. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про Бюро економічної безпеки» від 19.02.2020 р. № 3087. С. 1–7. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf 3511 =68182 (дата звернення: 17.07.2020).

**Sergiy Bugera. Strategic approaches to financial crime prevention to ensure the state economic security**

*The article is devoted to the improvement of strategic approaches to combating economic crime to ensure the economic security of the state.*

*In the context of accelerated globalization, exacerbation of contradictions in various spheres of human activity, international competition and competition in national markets, increasing the number of natural disasters, catastrophes and man-made accidents, the importance of security in general and economic security in particular at all levels. The current state of development of the national economy is characterized by the presence of a significant number of factors that negatively affect the functioning of the state. One of such negative factors is economic crime, which slows down the process of building a European-style country. At the same time, the course for European integration chosen and enshrined in the Constitution of Ukraine envisages, among other things, the creation and functioning of institutions that will guarantee the rule of law, respect for the rights and interests of individuals and legal entities. This should be facilitated by increasing the level of effectiveness in combating economic crime and creating appropriate conditions for ensuring the economic security of the state, which is an important task facing public authorities.*

*It is established that to effectively combat economic crime to ensure the economic security of the state it is advisable to develop a Strategy for Combating Crime and the Strategy of Economic Security for 2021–2025. Structurally, the Economic Security Strategy of Ukraine should include: characteristics of external and internal threats to economic security; determination of criteria and parameters of the state of the economy that meet the requirements of economic security; mechanisms for ensuring the economic security of the state. The strategy for combating crime should contain a separate section on combating crime in the economic sphere. The basic strategic approaches to address these issues should be: improving public financial control; introduction of a policy of zero tolerance for corruption and organized crime, etc.*

**Key words:** strategic approaches, crime prevention, economy, economic security, legislation.

УДК 343.
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.41

***Леся Гусар,***
*канд. юрид. наук,*
*доцент кафедри кримінального права*
*Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

# БІОЛОГІЧНА КОНЦЕПЦІЯ ЧЕЗАРЕ ЛОМБРОЗО

*Чезаре Ломброзо увійшов в історію як автор теорії про біологічний нахил людей до вчинення злочинів. У статті проаналізовано сутність його наукових поглядів, основи біологічної концепції, витоки антропологічного підходу до вивчення злочинця, доктринальні положення ломброзіанства та значення його праць для розвитку кримінології. За Ч. Ломброзо, причини злочинності лежать не в суспільних умовах, а в самому злочинці, у його біологічних і расових особливостях, а серед людства завжди є певна кількість людей, яким судилося від народження бути злочинцями. Дослідник відкрив тип «природженого злочинця», якого легко виявити за певними фізіологічними ознаками «стигмами». Матеріальні умови, суспільне становище не відіграють ніякої ролі.*

*На сучасному етапі актуалізація вчення Ч. Ломброзо зумовлена невирішеними питаннями ідеології покарання. У мисленні сучасних практиків пенітенціарної системи найважливіші зміни полягають як раз у відсутності реабілітаційних намірів, а те, що ув'язнені роблять у своїх одиночних камерах, нікого не хвилює, державу цікавить їх повна ізоляція. У цьому контексті варто було б вказати на вельми цікавий момент, який можна використовувати у дискусії щодо другого життя концепції природженого злочинця в умовах глобалізованого суспільства. У багатьох сучасних країнах погляди на покарання пов'язуються не з виправленням, а саме з безпекою суспільства, де виправлення злочинця грає роль інструменту, але ніяк не мети. Із позиції сучасної науки багато положень та висновків Ч. Ломброзо, чи то кримінальна антропологія, соціологія або психологія, є дискусійними, його роботи містять досить спірні судження, часом професор судової медицини висловлює зовсім відверті расистські ідеї і відстоює шовіністські погляди. Тим не менше праці Ч. Ломброзо – це багатий матеріал, що базується на систематизації масштабної кількості даних, завдяки чому його роботи й досі актуальні. Він опублікував понад чотириста книг і статей із різних питань, у тому числі з психіатрії, антропології, соціальних та політичних питань розвитку та функціонування Італії.*

**Ключові слова:** злочинність, природжений злочинець, причини злочинності, біологічні характеристики, внутрішні та зовнішні стигми.

**Постановка проблеми.** Мабуть, немає більше складного й суперечливого явища у сучасному суспільстві, ніж злочинність. Дана проблема стара, як світ, у якому живе людина, і пошук її вирішення почався давно, ще до нашої ери. Проте вказана проблематика залишається не розв'язаною й досі, у двадцять першому столітті.

Чезаре Ломброзо увійшов в історію науки насамперед як автор теорії про біологічний нахил людей до вчинення злочинів. Спираючись на багатий практичний досвід, він одним із перших у кримінологічній практиці став застосовувати метод антропометричних вимірів: аналіз форми обличчя, розрізу очей, статури та інших фізіологічних характеристик тощо, за якими з точністю можна визначати, чи наділена людина здатністю вчиняти правопорушення. Ломброзо намагався відмежувати тогочасне суспільство від людей «природженого» злочинного типу, які є правопорушниками в силу свого генофонду, але ніяк не впливу навколишнього середовища та соціуму. Однак такі відірвані від реальності, хоча й добре науково обґрунтовані масою емпіричного матеріалу висновки не знайшли свого підтвердження та були розкритиковані сучасниками Ч. Ломброзо. Незважаючи на це, багато із дослідників стали прибічниками ломброзіанства, взявши від нього за основу раціональне зерно про необхідність виявлення певних психолого-фізіологічних ознак у індивідів, що характеризують їхню здатність до вчинення правопорушень.

**Аналіз основних досліджень.** Окремі ракурси наукових поглядів Ч. Ломброзо розглядалися у працях: В. В. Бедя, В. Л. Васильєва, А. К. Вульферта, А. А. Герцензона, Д. Н. Зернова, М. І. Єникеєва, С. М. Іншакова, А. Г. Ковалева, М. В. Костицького, А. Ф. Лазурського, В. В. Лунєєва, П. І. Люблінського, А. Д. Марголіна, Б. С. Нікіфорова, І. Г. Оршанського, Н. І. Пов'якель, А. Р. Ратінова, Ф. М. Решетнікова, П. Н. Тарновської, Л. Шейніс, М. Штереншіс, А. Є. Щербака, В. В. Язєва та інших вчених.

© Л. Гусар, 2020

**Постановка завдання.** Для розуміння концепцій, тверджень та правових припущень, які створив, удосконалив та розвинув Ч. Ломброзо, необхідне науково обґрунтоване дослідження його творчої спадщини, її ґрунтовний аналіз. Отже, **мета статті** – теоретичне дослідження проблематики ломброзіанства, еволюції наукових поглядів Ч. Ломброзо, наслідків його наукової діяльності для розвитку науки кримінології.

**Виклад основного матеріалу.** «Раптово, якось ранком похмурого грудневого дня, я виявив на черепі каторжника цілу серію ненормальностей <...> аналогічних тим, які є у нижчих хребетних. При виді цих дивних ненормальностей як ніби яскраве світло освітило темну рівнину до самого горизонту – і я усвідомив, що проблема сутності та походження злочинців була призначена для мене» [1, с. 2]. Це слова Чезаре Ломброзо, одного із найвідоміших кримінологів 19 століття, який створив у науці новий кримінально-антропологічний напрям наукових досліджень. Останній зводився до введення у кримінологію методу власного досвіду та спостереження, а центром вивчення стала особистість злочинця.

Варто зазначити, що результати наукових праць Ч. Ломброзо ґрунтуються на численних наукових дослідженнях, зокрема, 383 черепів померлих, 3 839 черепів живих людей, опитуваннях більше 25 тисяч злочинців та порівнянні отриманих емпіричних даних із інформацією про добропорядних громадян. Згідно з його гіпотезою, злочинцями не стають, а народжуються, адже кримінальні нахили є не що інше, як наша «спадщина» від тварин. Причиною такого висновку стало те, що більшість із обстежених Ч. Ломброзо злочинців тією чи іншою мірою мали такі риси обличчя, як приплюснутий ніс, низьке чоло, близько посаджені очі, що характерне для первісної людини.

Мало хто знає, що авторство сучасного поліграфа належить саме Ч. Ломброзо. Праобраз вказаного прибору називався гідросфігмометр, за його допомогою вимірювали артеріальний тиск і пульс у злочинців та намагалися визначити реакцію підозрюваних на питання, що ставилися, чи фотографії, що демонструвалися під час допитів [2, с, 35].

У центр своїх досліджень Ч. Ломброзо поставив злочинця із закликом «вивчайте особистість цього злочинця – вивчайте не абстрактно, не в тиші вашого кабінету, не з книжок і теорій, а в самому житті: у в'язницях, лікарнях, у поліцейських відділках, у нічліжних будинках, серед злочинних товариств і зграй, в колі волоцюг та повій, алкоголіків і душевнохворих, в обстановці їхнього життя, в умовах їх матеріального існування. Тоді ви зрозумієте, що злочин – не випадкове явище і не продукт «злої волі», а цілком природний <...> Злочинець – істота особлива, відмінна від інших людей, це своєрідний антропологічний тип, який збуджується до злочину в силу множинних властивостей і особливостей своєї організації. Тому і злочин у людському суспільстві також природній, як у всьому органічному світі. Вчинюють злочин і рослини, які вбивають і поїдають комах, тварини обманюють, крадуть, розбійничають і грабують, вбивають і пожирають одна одну» [1, с. 16].

Ч. Ломброзо відкрив тип «природженого злочинця», якого легко виявити за певними фізіологічними ознаками – «стигмами»: формою черепа, рисами обличчя, зморшками – і за низкою психологічних властивостей (наприклад, нечутливість до болю), що, по суті, являють собою особливу расу, породу людей, кожному з яких від народження зумовлено перетворитися на небезпечного злочинця.

Основні ідеї ломброзіанской теорії сконцентровані у книзі Ч. Ломброзо «Злочинна людина». Він стверджував, що причини злочинності лежать не в суспільних умовах, а в самому злочинці, у його біологічних і расових особливостях, а серед людства завжди є певна кількість індивідів, яким судилося від народження бути злочинцями.

Злочинцем не стають, стверджував Ч. Ломброзо, ним народжуються. Він виділяв чотири можливі джерела «вродженої злочинності:

а) анатомічні особливості; б) фізіологічні, психологічні властивості індивіда; в) наявність у нього атавістичних рис первісної людини-дикуна; г) епілепсія і «моральне втручання».

Злочин – таке ж явище, «як зачаття, народження, смерть, психічні хвороби; причини злочинів закладені в самій біологічній природі людини; головне місце повинно посідати не діяння, а діяч – злочинець, його потрібно вивчати, застосовуючи відповідні методи виміру» [1, с. 2]. Підкреслюючи «натуральну» природу злочинності, Ч. Ломброзо стверджував, що злочини властиві не тільки людям, а й тваринам і навіть рослинам. «Злочинці – це двоногі тигри серед людей, хижаки, що не можуть пристосуватися до звичайних людських умов і за своїми психофізичними якостями здатні лише вбивати, грабувати і чинити насилля» [1, с. 69]. Матеріальні умови, суспільне становище не відіграють ніякої ролі у формуванні злочинності або ж їхня роль другорядна. «Існують люті лиходії серед королів і багатіїв та, навпаки, чесні людей серед бідняків», а тому вся проблема злочин-

ності спирається на особистість злочинця, його психічні та фізичні особливості. І як тигра не можливо перетворити на домашню тварину, так і злочинця не можна виправити.

Оскільки природжений злочинець, за Ч. Ломброзо, рано чи пізно повинен скоїти злочин, то немає потреби цього моменту чекати: їх варто нещадно знищувати чи принаймні ізолювати. Судити їх зовсім безглуздо.

Ч. Ломброзо намагався підкріпити свої доводи численними матеріалами кримінальної статистики, що розробила з дрібними деталями десятки ознак: аномалії черепа, мозку, нутрощів, особливості росту, ваги, голови, вух, носа, рота, зубів, волосся, температури тіла, пристрастей, жорстокості, моральних почуттів, освіти, жаргону, татуювання особи тощо. Багато уваги у своїх працях Ч. Ломброзо приділив доведенню існування особливих рас, що пізніше використали німецькі та американські фашисти як «наукову базу» для кримінально-правової дискримінації цілих народів. «Ми повинні, – писав Ч. Ломброзо, – відмовитися від сучасного сентиментального ставлення до злочинця, яким заражені всі наші криміналісти. Вища раса завжди витісняє і винищує нижчу – такий закон розвитку людства. Де йдеться про порятунок вищої раси, там не може бути місця для жалості» [1, с. 164].

Спочатку Ч. Ломброзо вважав основою злочину атавізм. У 1884 році у третьому виданні «Злочинна людина» він разом з атавізмом до причин злочинів відніс хворобу, тісно пов'язавши його із патологічним станом організму, вважаючи основою останнього епілепсію і моральне божевілля.

У вченні про природженого злочинця останньому дослідник надав від народження властиві певні клейма – стигмати.

Зовнішні стигмати: відхилення розміру голови від типу, властивого расі; надмірні розміри щелеп та вилиць; асиметрія обличчя; занадто малий або великий розмір вух, що стирчать як у шимпанзе; ніс плоский – у злодіїв або гострий – у вбивць; велика кількість різноманітних, передчасних зморшок; дефекти грудної клітини; надмірна довжина рук, зайве число пальців тощо.

Про окремих злочинців він писав: «Як правило, злодіям властиві рухливість рук і обличчя, невеличкі, рухливі, неспокійні, найчастіше косі очі. Звичні вбивці мають холодні, скляні очі, нерухомі й іноді наповнені кров'ю, щелепи сильні, вилиці широкі, ікла добре розвинуті» [1, с. 43].

Внутрішні стигмати: знижена чутливість до болю; підвищена гострота слуху, нюху; велика моторність; підвищена сила лівих кінцівок; відсутність каяття або мук сумління; цинізм, зрадництво, жорстокість, марнославство, мстивість, лінощі; любов до оргій і азартних ігор; поширеність татуїровок, особлива мова «арго».

Наведені стигмати були піддані критиці, внаслідок якої було доведено, що, з одного боку, вони виявилися в багатьох людей, у тому числі у видатних державних діячів, з іншого – у книзі Моргана «Стародавнє суспільство» було показано, що дикуни не мають тих рис, які науковець знайшов у злочинців.

Згодом Ч. Ломброзо трохи пом'якшує свою теорію «природженого злочинця», підкреслюючи, що злочин – це не тільки продукт природжених властивостей людини, але і поєднання біологічних і соціальних причин [1, с. 58].

У написаній пізніше книзі «Злочин, причини та лікувальні заходи» етіології злочинності приділено значно більше уваги. Ч. Ломброзо досліджує тут найрізноманітніші фактори злочинності: метеорологічні і кліматичні, орографічні, расові, соціальні тощо. У числі соціальних чинників вчений розглядає вплив цивілізації, преси, імміграції, харчування, алкоголізму, освіти, бідності, багатства, релігії, виховання. Дуже докладно аналізуються «індивідуальні чинники». І хоча загальна концепція Ч. Ломброзо залишилася незмінною, він все ж таки «пом'якшив» її, більш широко розглядаючи вплив на злочинність поєднання біологічних і соціальних факторів, але основна теза про біологічну природу злочину була повністю збережена.

Розглядаючи біологію і психологію «природженого злочинця», Ч. Ломброзо в певній послідовності характеризує пристрасті, афекти, моральні почуття, інтелект, жаргон, жести, татуювання злочинців.

Під впливом критики Ч. Ломброзо змінив свою точку зору, визнавши, що злочинець – це морально помішана людина (божевільна у сфері етики), а потім вже стверджував, що злочинець – це епілептик. Але і це не підтверджувалось: багато закоренілих злочинців не виявляли ніяких ознак епілепсії, а багато епілептиків ніколи ніяких злочинів не вчиняли [3, с. 72–78; с. 32].

Спочатку Ч. Ломброзо поділяв злочинців на три типи: убивць, злодіїв і ґвалтівників. Для вбивць він вважав характерними такі антропологічні ознаки: скляні налиті кров'ю очі; великий орлиний, загнутий униз ніс; розвинені ікла, щелепи, вилиці; тонкі губи тощо. У злодіїв, на думку Ч. Ломброзо, спостерігалися особлива рухливість (зокрема, рук), маленькі блукаючі очі, зрощені брови, рідка борода, кривий, запалий, іноді кирпатий ніс тощо. Для ґвалтівників характерні типові блискучі очі, а також такі риси обличчя, як

великі щелепи, роздуті губи, жіночні рухи тіла, хрипкий голос.

Ч. Ломброзо виокремлював тип «політичного злочинця», якому нібито з дитинства притаманний дух руйнування та особливі фізичні ознаки виродження. Із цією метою Ч. Ломброзо аналізував портрети відомих політичних діячів Франції: Марата, Дантона, Луїзи Мішель та інших, знаходячи в кожного із них риси дегенератизму (ненормальні вуха і надбрівні дуги, сильно виражений щелепний діаметр).

У кримінально-психологічному і соціологічному нарисі «Анархісти» Ч. Ломброзо досліджує причини виникнення анархії, позиції анархістів. Розглядаючи суть анархізму, дослідник спочатку звертається до виховання дітей, в основі якого лежить жадібність до будь-якої новизни, оскільки їх розвиток базується на всякого роду заборонах, а чому тоді дивуватися, коли в суспільстві знаходить вихід назовні насильство, що накопичувалося роками. Анархізм є не що інше, як ідея протесту душі проти неправди і несправедливості, боротьба за честь та істину.

Ч. Ломброзо розрізняє революцію та повстання. Революція, на його думку, явище повільне, підготоване, прискорене хіба що нервозним генієм або ж суспільною випадковістю. Це історичне вираження еволюції, яка рухається спокійно, але впевненими кроками, успіх їй гарантований. Керують нею зазвичай геніальні, талановиті люди, а не злочинці [4, с. 128]. Революції схожі із кризами в індивідуальному житті, адже народ, щоб стати на вищий щабель свого розвитку, повинен пройти через них. Повстання – справа рук небагатьох і викликані часто мало важливими або ж локальними причинами, стаються серед нецивілізованих народів. Ч. Ломброзо стверджує, що він жодного разу не бачив анархіста, який би не був горбатим або ж кульгавим чи не з асиметричним обличчям, недоліками вимови [5, с. 23].

У книзі «Геніальність і божевілля» Ч. Ломброзо проводить паралель між великими і одержимими людьми: «Коли багато років тому, перебуваючи ніби під впливом екстазу, під час якого мені точно в дзеркалі з повною очевидністю представлялися співвідношення між геніальністю і божевіллям, я за дванадцять днів написав перші розділи цієї книги, то, зізнаюся, навіть мені самому не було ясно, до яких серйозних практичних висновків може привести створена мною теорія» [6, с. 122].

Дослідник вказує на фізичну схожість геніальних людей з одержимими, вплив різних явищ на геніальність і божевілля, наводить приклади, численні свідоцтва медичного характеру про наявність у ряду митців психічних відхилень, а також описує спеціальні особливості геніальних людей, що страждали водночас і божевіллям.

Зокрема, деякі із таких особистостей виявляли неприродний ранній розвиток. Так, наприклад, Ампер у 13 років уже був добрим математиком, а Паскаль в 10 років вигадав теорію акустики. Багато хто з них сильно зловживали наркотичними речовинами і спиртними напоями: до прикладу, Галлер поглинав величезну кількість опію, а Руссо – кави. Деякі не відчували потреби працювати спокійно в тиші свого кабінету, а постійно подорожували. Не менш часто міняли вони також і свої професії та спеціальності, ніби потужний геній їх не міг поміститися в межах однієї якої-небудь науки і цілком в ній висловитися.

Ч. Ломброзо на підставі закону про рівновагу між силою та матерією, що управляє усім світом живих істот, вивів й інші, більш дивні аналогії: наприклад, сивина і облисіння, худоба тіла, а також погана м'язова і статева діяльність, які властиві всім божевільним, дуже часто трапляються й у великих мислителів. Блідість завжди вважалася приналежністю і навіть прикрасою великих людей. Крім того, мислителям нарівні з божевільними властиві постійне переповнення мозку кров'ю (гіперемія), сильний жар у голові й охолодження кінцівок, схильність до гострих хвороб мозку і слабка чутливість до голоду й холоду. Про геніальних людей, так само як і про божевільних, можна сказати, що вони все життя залишаються самотніми, холодними, байдужими до обов'язків сім'янина і члена суспільства.

Оскільки злочин – це біологічне явище, то покарання не може досягти своєї кінцевої мети, а тому треба відмовитися від понять осудності і вини, моральної відповідальності. Слід застосовувати замість покарання заходи безпеки до осіб, що мають стигмати злочинця. «Час припинити жаліти злочинця, треба пожаліти і суспільство» [1, с. 184].

У ранніх роботах Ч. Ломброзо навіть пропонував скасувати інститут судів і замінити його комісією психіатрів, яка б здійснювала відповідні дослідження і робила висновки щодо належності людини до класу природжених злочинців. Згодом він відмовився від цієї ідеї, визнавши необхідність суду, і антропологам відвів роль експертів [8, с. 54].

Як писали критики, з точки зору Ч. Ломброзо, для злочинця не потрібний суд, а треба діяти за правилом «виміряв, зважив і повісив». Він гаряче підтримував широке застосування смертної кари, вислання злочинців у колонії, у малярійні місцевості на довічну каторгу за тілесні покарання; розстриг жінок за вчинені злочини – це, на його думку,

штучний відбір у суспільстві, у результаті якого повинні бути знищені звичні злочинці.

«Ми повинні, – писав Ч. Ломброзо, – відмовитися від сучасного сентиментального ставлення до злочинця: вища раса завжди пригнічує і винищує нижчу – такий закон людства. Де мова йде про порятунок вищої раси, там не може бути місця жалості» [1, с. 11].

**Висновки**

Важливість науково-практичного внеску у розвиток кримінологічної науки Ч. Ломброзо навряд чи варто обговорювати. Абсолютна більшість критиків його наукових праць не провели й десятої частини того обсягу досліджень, на які спирався італійський професор. Він дав потужний імпульс проведенню численних глибоких досліджень людини, яка скоює злочин на основі її психолого-фізіологічних властивостей, а його ідеї щодо ставлення до злочинця як до хворої людини були пройняті гуманізмом. Антропологічні дослідження Ч. Ломброзо лягли в основу створеного ним детектора брехні, за допомогою якого фіксували зміни циркуляції крові і констатували внутрішнє хвилювання людини, найчастіше під час проведення допитів. Чимале практичне значення мали дослідження Ч. Ломброзо у сфері графології, його описи татуювань злочинців з розкриттям їх внутрішнього змісту й досі не втратили актуальність, те саме можна сказати і про проведений ним аналіз злочинного жаргону. Як зауважив відомий німецький кримінолог Шнайдер, на ідеї Ч. Ломброзо в багатьох державах накладено своєрідне табу, але, незважаючи на це, періодично в різних країнах з'являються його послідовники.

**Список використаних джерел:**

1. Ломброзо Ч. Злочинна людина / пер. з італ. Москва: Ексмо; Мідгард, 2005. 876 с.
2. Гончаренко В. Г., Сокиран Ф. М. Тактика психологічного впливу на попередньому слідстві : навчальний посібник. Київ: Укр. акад. внутр. справ, 1994. 48 с.
3. Гилинский Я. І. Соціологія девіантної поведінки як спеціальна соціологічна теорія. *Соціологічні дослідження.* 1991. № 4. С. 72–78.
4. Щербак А. Е. Злочинний чоловік (вроджений злочинець – морально-схиблений – епілептик) по Ломброзо. Санкт-Петербург: тип-лит. П. І. Шмідта, 1889. 52 с.
5. Ломброзо Ч. Анархісти: кримінально-психологічний і соціологічний нарис / пер. з італ. Н. С. Житкова. Санкт-Петербург: «Думка», 1907. 138 с.
6. Ломброзо Ч. Антисемітизм і сучасна наука / пер. з італ. Є. Пархомівського. Київ: Ф. Л. Іссерліс і К, 1909. 146 с.
7. Ломброзо Ч. Геніальність і божевілля / пер. з італ. К. Тетюшевої. Москва: РИПОЛ класик, 2009. 397 с.
8. Иншаков С. М. Зарубежная криминология. Москва: Издательская группа ИНФРА-М–НОРМА, 1997. 383 с.
9. Ломброзо Ч. Статева психопатія: любов у схиблених / пер. з італ. Н. П. Лейненберга. 2-е рус. вид. Одеса, 1908. 59 с.

**Lesya Husar. The biological concept of Cesare Lombroso**

*The importance of scientific and practical contribution to the development of criminological science C. Lombroso is hardly worth discussing. The vast majority of critics of his scientific works did not conduct even a tenth of the amount of research on which the Italian professor relied.*

*He gave a powerful impetus to numerous in-depth studies of a person who commits a crime on the basis of its psychological and physiological properties, and his ideas about the treatment of the criminal as a sick person were imbued with humanism.*

*C. Lombroso's research in the field of «graphology», was of considerable practical importance, his descriptions of tattoos of criminals with the disclosure of their internal meaning have not lost their relevance, the same can be said, about his analysis of criminal jargon. According to the famous German criminologist Schneider, the idea of C. Lombroso is taboo in many countries, but, despite this, his followers appear periodically in different countries.*

*According to C. Lombroso, the causes of crime lie not in the social conditions, but in the criminals themselves, in its biological and racial characteristics, and among humanity there is always a certain number of people, who are destined to be offenders from birth. The researcher discovered the type of innocent offender, which is easily detected by certain physiological features of «stigma».*

*Considering the biology and psychology of the «born criminal», C. Lombroso in a certain sequence characterizes the passions, emotions, moral feelings, intelligence, jargon, gestures, tattoos of criminals.*

*From the standpoint of modern science, many of Lombroso's propositions and conclusions, whether criminal anthropology, sociology or psychology, are debatable, his work contains quite controversial judgments, sometimes a professor of forensic medicine expresses outright racist ideas and chauvinist views. Nevertheless, the work of C. Lombroso is a rich material based on the systematization of large-scale data, so his work is still relevant.*

**Key words:** causes of crime, criminal, «innate crime», biological characteristics, genius and madness.

УДК 343.13+34.037
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.42

***Ірина Бабенко,***
*здобувач*
*Донецького юридичного інституту Міністерства внутрішніх справ України*

# ПРАВА ЛЮДИНИ ПІД ЧАС ПРИЙНЯТТЯ ТА ПЕРЕВІРКИ ЗАЯВ І ПОВІДОМЛЕНЬ ПРО КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ТА ПРИ ВНЕСЕННІ ВІДОМОСТЕЙ ДО ЄРДР

*Метою статті є узагальнення проблемно-дискусійних питань порушення прав людини в процесі прийняття та реєстрації заяв про кримінальні правопорушення та під час внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Стаття присвячена узагальненню відомостей щодо проблем забезпечення прав людини під час прийняття та реєстрації заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення, а також під час прийняття рішення про внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Розглянуто питання строків та проблем кримінального процесуального оскарження бездіяльності слідчих, фіксації та перевірки відомостей про вчинене кримінальне правопорушення. З'ясовано, що недоліки чинного законодавства дають можливість органам досудового розслідування у разі звернення заявника чи потерпілого з приводу вчинення неочевидного правопорушення вирішувати питання щодо наявності або відсутності ознак чи елементів складу кримінального правопорушення на власний розсуд. Про такі факти свідчать результати перевірок. Зроблено висновок, що для етапу прийняття та перевірки заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення характерна переважно упереджена кримінально-правова оцінка фактичних даних співробітниками правоохоронних органів, у результаті чого співробітники правоохоронних органів не фіксують та не перевіряють одержані відомості про скоєний злочин, чим порушують права людини на цьому етапі. Встановлена КПК та іншими нормативними документами процедура перевірки заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення до початку досудового розслідування є перешкодою у здійсненні ретельної та всебічної їх перевірки, оскільки до початку досудового розслідування співробітники правоохоронних органів обмежені щодо строку та засобів кримінальної процесуальної діяльності. Позовна (за скаргою) судова перевірка обґрунтованості невнесення відомостей про злочин до Єдиного реєстру досудових розслідувань має бути доповнена автоматичною (незалежно від подання скарги або звернення) перевіркою підстав для прийняття рішення про невнесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань.*

**Ключові слова:** початок досудового розслідування, кримінальне провадження, Єдиний реєстр досудового розслідування, права людини, досудове розслідування.

**Постановка проблеми.** Кримінальні процесуальні відносини починаються з прийняття та реєстрації заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, кількість яких помітно збільшилася з 1,8 млн. у 2000 році до 4 млн. у 2013 році, проте порядок їх розгляду в органах поліції у КПК України чітко не визначений. Відсутність належної процесуальної регламентації у непоодиноких випадках є передумовою порушень слідчими підрозділами законності та прав громадян [1]. Для забезпечення прав людини на досудовому кримінальному провадженні існує система, яка включає нормативний та реалізаційний складники щодо гарантування прав людини на таких етапах: 1) з моменту отримання або безпосереднього виявлення інформації про вчинене кримінальне правопорушення до моменту початку досудового розслідування; 2) з моменту внесення відомостей про вчинене кримінальне правопорушення до ЄРДР до моменту закінчення досудового розслідування. Одним із засобів захисту прав є інститут оскарження рішень, дій чи бездіяльності слідчого, прокурора під час досудового розслідування [2]. Проте, незважаючи на наявні заходи забезпечення прав людини, існують непоодинокі факти порушення законодавства у тому числі під час прийняття та реєстрації заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та під час прийняття рішення про внесення відомостей до ЄРДР, які впливають на можливість подальшої реалізації прав людини.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Окремі аспекти гарантій забезпечення прав


© І. Бабенко, 2020

осіб у кримінальному провадженні на стадії досудового розслідування розглядалися у працях О. Арсені, В. К. Батчаєва, В. Г. Клочкова, О. П. Кучинської, Л. М. Лобойка, А. В. Мельниченка, І. В. Рогатюка, А. С. Симчука, Л. Д. Удалової, Н. П. Черняка тощо. Проте в їхніх роботах розглядалися лише окремі аспекти забезпечення прав людини.

Разом із тим вивчення питання забезпечення прав людини на етапі досудового розслідування не можна вважати вичерпним, що зумовлено як новизною цієї кримінальної процесуальної процедури, так і недосконалістю її правової регламентації.

**Метою статті** є узагальнення проблемно-дискусійних питань порушення прав людини в процесі прийняття та реєстрації заяв про кримінальні правопорушення та під час внесення відомостей до ЄРДР.

**Виклад основного матеріалу.** Згідно з II розділом Порядку ведення єдиного обліку в органах (підрозділах) поліції заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події, затвердженого наказом МВС України від 8 лютого 2019 року № 100 (далі – Порядок) [3], прийняття заяв (повідомлень) незалежно від місця і часу їх учинення, повноти отриманих відомостей, особи заявника здійснюється цілодобово, безперервно та невідкладно органом чи підрозділом поліції, до якого надійшла така інформація.

Порядок визначає прийняття та реєстрацію заяв (повідомлень) як отримання заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події та присвоєння їм порядкового номеру уповноваженими службовими особами органів чи підрозділів поліції. При цьому уповноважена службова особа – це працівник чергової служби, у разі відсутності в структурі органу чи підрозділу поліції відповідної чергової служби – інший визначений керівництвом органу чи підрозділу поліції працівник, якого уповноважено на прийняття та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події [3]. Порядок також визначає, що заяви чи повідомлення можуть бути усні або письмові. Проте процедура прийняття та реєстрації заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення не регламентується нормами КПК України та визначена підзаконними нормативними актами. Лише окремі правила прийняття заяви (повідомлення) про вчинене кримінальне правопорушення визначені в Порядку ведення єдиного обліку в органах (підрозділах) поліції заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події, а також у «Положенні про порядок ведення Єдиного реєстру досудових розслідувань», затвердженому наказом Генерального прокурора України від 17 серпня 2012 року № 69.

У свою чергу стаття 214 КПК України визначає, що відмова у прийнятті та реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення не допускається, але, незважаючи на це, на практиці постійно фіксуються випадки, коли звернення не реєструють, а відповідні органи не проводять перевірку зазначеної в них інформації. Такі випадки підпадають під визначення «прихованих від єдиного обліку». Інструкція про порядок ведення єдиного обліку в органах поліції заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події, що втратила чинність, визначала, що до категорії прихованих відносять заяви і повідомлення про вчинені кримінальні правопорушення та інші події, які були відомі працівнику органу поліції, та відомості, які на час виявлення не внесено до журналу Єдиного обліку відповідного органу поліції, а самі заяви та повідомлення про вчинені кримінальні правопорушення та інші події не отримали реєстраційного номера [4]. Проте в чинному Порядку тлумачення цього поняття виключене з тексту документа.

Серед типових порушень на етапі прийняття та реєстрації заяв про кримінальні правопорушення експерти Центру політико-правових реформ зазначають, що нерідко створюються штучні бар'єри для реєстрації заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зокрема, вони не реєструються без пояснення причин. Також трапляються й прорахунки, пов'язані з несвоєчасним направленням на місця події слідчо-оперативних груп, що нерідко призводить до приховування (укриття) кримінальних правопорушень (зокрема, тяжких та особливо тяжких злочинів), щодо яких, попри всю очевидність наявності ознак кримінальних правопорушень, працівники поліції за «старою практикою» складають висновки про закінчення розгляду заяв (без внесення інформації до бази єдиного обліку). Непоодинокими є факти складання висновків за повідомленнями про факти смерті громадян без долучення лікарського свідоцтва про смерть, яке би підтверджувало ненасильницький характер. Мають місце також випадки проведення слідчих (розшукових) дій (зокрема, допиту свідків і потерпілих) за повідомленнями, що не внесені до ЄРДР [5]. Окрім цього, під час опитування працівників практичних підрозділів встановлено ще один спосіб укриття заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення шляхом розгляду заяв у спрощеному порядку згідно

з Інструкцією про запровадження експерименту зі спрощеного порядку розгляду заяв і повідомлень без ознак кримінального правопорушення (наказ НПУ № 311 від 03.04.17 р.), що призводить до неналежного реагування на звернення громадян, які можуть містити ознаки кримінального правопорушення. Такі випадки призводять до порушень прав людини.

При цьому, згідно з Пояснювальною запискою до проекту Кримінального процесуального кодексу України, новий Кодекс мав удосконалити правове регулювання у сфері кримінального судочинства та перетворити неухильне дотримання прав людини у ключову ідею всього кримінального процесу, а також забезпечити реальну, а не задекларовану рівність процесуальних можливостей сторін кримінального провадження та утвердити змагальність процесу. Проте, незважаючи на суттєві зміни, питання вдосконалення й оптимізації процедур кримінального провадження та підвищення оперативності кримінального судочинства й досі залишається актуальним.

На думку А. В. Мельниченко, до нехтування правами та свободами особи у прийнятті процесуальних рішень призводить неоднозначне тлумачення норм КПК України сторонами кримінального провадження, іншими учасниками кримінального провадження. Він справедливо вважає, що в такому випадку тлумачення закону може бути упередженим та не на користь потерпілого. Науковець також зазначає, що однією з причин прийняття незаконних і необґрунтованих процесуальних рішень, що порушують права особи і завдають шкоди її інтересам, що охороняються, є недостатність процесуальних гарантій, відсутність відпрацьованого механізму їх реалізації [6; 82]. Цю думку поділяє й П. П. Андрушко, який вважає, що на практиці органи досудового розслідування нерідко надають вчиненому особою діянню завідомо упереджену, однобічну, неправильну кримінально-правову оцінку шляхом своєрідного тлумачення змісту ознак певних кримінально-правових норм не лише Особливої, а й Загальної частини КК [7]. Такі дії призводять до неправильної кримінально-правової кваліфікації діянь під час прийняття заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення та відмови в початку досудового розслідування.

Зазначені недоліки чинного законодавства дають можливість органам досудового розслідування у разі звернення заявника чи потерпілого з приводу вчинення неочевидного правопорушення вирішувати питання щодо наявності або відсутності ознак чи елементів складу кримінального правопорушення на власний розсуд. Про такі факти свідчать результати перевірок. Так, прокуратура Львівської області внаслідок численних скарг мешканців на діяльність Пустомитівського відділу поліції та прокуратури провела перевірку додержання вимог КПК України та з'ясувала, що працівники районного органу ігнорували вимоги законодавства під час розгляду та реєстрації звернень громадян про кримінальні правопорушення. Останніх схиляли до відмови від написання заяв про кримінальне правопорушення, переконуючи в безперспективності їх розкриття та притягнення до відповідальності винних осіб. Були також встановлені випадки, коли правоохоронці за такими заявами взагалі не проводили огляду місця події та не складали відповідних процесуальних документів. Працівниками Львівської прокуратури було виявлено одразу 8 фактів укриття кримінальних правопорушень шляхом їх не реєстрації, прийняття незаконних рішень про закриття кримінальних проваджень у тому числі внаслідок недостовірного відображення подій, що мали місце [8]. У результаті таких порушень співробітники поліції не тільки не перевіряють одержані відомості про вчинені кримінальні правопорушення, але й не фіксують їх. Наслідками є обмеження права людини на ефективне розслідування, доступ до правосуддя та відшкодування завданої шкоди.

Виявити та перевірити випадки не реєстрації заяв чи повідомлень на практиці досить складно, бо підставою для цього має бути самостійне звернення громадянина до контролюючих органів із заявою, що її повідомлення про кримінальне правопорушення не прийняли та не зареєстрували, або за ініціативою прокурора. Інакше такі дії уповноважених осіб можуть залишитись без уваги та відповідної реакції.

А. С. Симчук справедливо вважає, що сьогодні нагальним є приведення окремих положень КПК України у відповідність до реальної ситуації забезпечення прав людини щодо прийняття та реєстрації органами досудового розслідування заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення, що дозволить підвищити ефективність роботи органів досудового розслідування та більш якісно забезпечувати дотримання прав та свобод людини на початку досудового розслідування, а також на подальших стадіях кримінального провадження [6]. Як показує досвід європейських країн, це можна здійснити шляхом усунення недоліків законодавства, чіткого дотримання норм КПК, а також використання новітніх технологій в розслідуваннях, а також повної і досто-

вірної реєстрації інформації, яку забезпечує уповноважена службова особа органу (підрозділу) поліції, що внесла цю інформацію. Контроль за своєчасністю та повнотою реєстрації уповноваженою службовою особою в ІТС ІПНП (журналі ЄО) заяв та повідомлень покладається на безпосереднього керівника органу (підрозділу) поліції, де працює уповноважена службова особа. Окрім цього, заяви і повідомлення, які не було внесено до ЄРДР відповідно до Закону України «Про звернення громадян» або Кодексу України про адміністративні правопорушення, надаються для ознайомлення за письмовим зверненням органів прокуратури (посадових осіб) за письмовим дозволом керівника органу (підрозділу) поліції або особи, яка виконує його обов'язки [3]. І. В. Рогатюк справедливо зазначає, що встановлення повноти реєстрації та обліку заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення є одним з головних завдань прокурорської перевірки. Йдеться у тому числі про звірку даних, що містяться в облікових журналах, зокрема, щодо отриманих відомостей про кримінальні факти, виявлених фактів смерті людини, виїздів слідчо-оперативних груп на місця подій тощо [5]. Однак, незважаючи на виявлення фактів неприйняття та не реєстрації заяв чи повідомлень про кримінальні правопорушення, що фіксуються в результаті перевірок, законодавець не включив цей випадок до тих, що можуть бути оскаржені як дія чи бездіяльність слідчого або прокурора під час досудового провадження (ст. 303 КПК України). Також не передбачена процедура оскарження, коли уповноважені особи прийняли заяву про кримінальне правопорушення та не зареєстрували її згідно з встановленим порядком.

Окрім цього, проблемою кримінального процесуального оскарження бездіяльності у вигляді неприйняття заяви і повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення є вказівка у п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК України на строк, що має бути передбачений у кримінальному процесуальному законі для прийняття такої заяви або повідомлення. Адже приписи ч. 3 ст. 214 КПК України не встановлюють конкретного строку, протягом якого слідчий, прокурор та інша уповноважена особа повинні прийняти заяву або повідомлення про кримінальне правопорушення. Тому гарантією доступу до правосуддя та відшкодування завданої шкоди у частині прийняття заяви і повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення є лише конституційна норма ст. 55 Конституції України та Рішення Конституційного Суду від 14 грудня 2011 року № 19-рп/2011, в якому кожному гарантується конституційне право на оскарження в суді будь-яких рішень, дій чи бездіяльності всіх органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Після офіційного прийняття та реєстрації заява чи повідомлення про кримінальне правопорушення за рішенням керівника підрозділу поліції або особи, яка виконує його обов'язки, повідомлення про виявлене кримінальне правопорушення уповноважена службова особа реєструє в ІТС ІПНП або в журналі ЄО в разі тимчасової відсутності технічних можливостей унесення таких відомостей до ІТС ІПНП та невідкладно, але не пізніше 24 годин реєстрації, передається до органу досудового розслідування для внесення відповідних відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань або передання цих відомостей до органів (підрозділів) поліції нижчого рівня та їх внесення до ЄРДР [7]. Згідно з КПК України слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до ЄРДР та розпочати розслідування [11]. Тобто законодавець, з одного боку, фактично надає посадовим особам строк на перевірку отриманої інформації, зазначеної в заяві чи повідомленні про кримінальне правопорушення, з іншого – суттєво обмежує їх у часі, що призводить до того, що співробітники поліції не можуть здійснити ретельну та всебічну перевірку фактів, вказаних в заявах та повідомленнях. Окрім цього, КПК обмежує уповноважених осіб у використанні засобів перевірки відомостей, зазначених у заявах та повідомленнях, до внесення їх до ЄРДР, бо згідно з ч. 2 ст. 214 КПК України здійснення досудового розслідування до внесення відомостей до реєстру або без такого внесення не допускається і тягне за собою відповідальність, встановлену законом [11]. На нашу думку, така процедура не тільки не сприяє, але й погіршує якість перевірки заяв та повідомлень, призводячи до прийняття необґрунтованих рішень у вигляді безпідставного внесення або невнесення відомостей до ЄРДР та має бути переглянута законодавцем.

Окрім цього, визначений КПК України порядок початку досудового розслідування, що скасував так звану «дослідчу перевірку», вимагає необхідність провадження досудового розслідування за усіма зареєстрованими заявами та повідомленнями, автоматично

перекладаючи ці обов'язки на слідчого. Така практика призводить до суттєвого перевантаження слідчих та їхніх процесуальних керівників [5]. Це негативно відображається на якості та швидкості проведення розслідування за фактами вчинення кримінальних правопорушень. Ця проблема стала особливо актуальною після ліквідації процедури «дослідчої перевірки» або перевірки заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення до початку досудового розслідування, яке згідно з чинним КПК має розпочинатись з моменту надходження інформації про вчинене кримінальне правопорушення до правоохоронних органів та обов'язково вноситься до ЄРДР у вказані строки. Автори чинного КПК не врахували факту, що таке навантаження на слідчі підрозділи матимете негативні наслідки у вигляді надмірного навантаження слідчих та погіршення якості розслідування.

Вважаємо, що ситуацію може виправити перегляд норм ст. 214 КПК України, які визначають процедуру початку досудового розслідування. Вважаємо за потрібне викласти ч. 1 у такій редакції: «Слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що свідчать про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань, розпочати розслідування та через 24 години з моменту внесення таких відомостей надати заявнику витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань». Тобто зобов'язати уповноважених осіб вносити до ЄРДР відомості про фактично вчинені кримінальні правопорушення. Зазначимо, що ст. 25 КПК України визначає, що «прокурор, слідчий зобов'язані в межах своєї компетенції розпочати досудове розслідування в кожному випадку безпосереднього виявлення саме ознак кримінального правопорушення» [11], а не на підставі можливих ознак та припущень.

Окрім цього, для покращення якості та швидкості перевірки заяв та повідомлень, які «можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення», обов'язки щодо їх перевірки пропонуємо покласти на працівників кримінальної поліції, що дозволить зменшити навантаження на слідчих на етапі перевірки заяв та повідомлень на наявність у них ознак кримінального правопорушення та надасть можливість проводити більш якісне та швидке розслідування в межах кримінальних проваджень. Також доцільно дозволити співробітникам кримінальної поліції самостійно перевіряти та реалізовувати слідчим шляхом версії розслідування для зменшення бюрократичного складника. Контроль за виконанням таких дій доцільно покласти на керівників підрозділів поліції, а також встановити контроль з боку працівників прокуратури у вигляді процесуального керівництва. Окрім цього, необхідно встановити розумні строки для перевірки таких заяв та повідомлень.

Аналізуючи ч. 1 ст. 214 КПК України, підкреслимо, що законодавець визначає, що слідчий, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань [11], проте не надає єдиного визначення ключовому поняттю «кримінальне правопорушення». Так, Інструкція про надання доповідей і донесень про події, кримінальні правопорушення, адміністративні корупційні та військові адміністративні правопорушення, порушення військової дисципліни та їх облік у Міністерстві оборони України та Збройних Силах України визначає, що кримінальні правопорушення – це злочини, передбачені Кримінальним кодексом України, та кримінальні проступки [16]. Водночас Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» визначає, що кримінальним правопорушенням є передбачене КК України суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом кримінального правопорушення [17]. Тобто ця норма не має єдиного офіційного тлумачення та має бути переглянута законодавцем. Лишивши поза увагою визначення понять, згідно з якими слідчий, прокурор мають приймати рішення про наявність або відсутність підстав внесення відомостей до ЄРДР та початку досудового розслідування, законодавець залишив їм тим самим можливість діяти на власний розсуд на підставі особистих переконань та знань. Таке неоднозначне тлумачення закону дає можливість не вносити відповідні відомості до ЄРДР, приймати рішення, керуючись власним розсудом та упередженнями, що може призвести до позбавлення людини права доступу до правосуддя та нехтування її правами та свободами під час прийняття процесуальних рішень.

Зазначимо, що, окрім випадків невнесення відомостей до ЄРДР, у практиці

також є факти, коли слідчий або прокурор можуть безпідставно внести відомості до ЄРДР, діючи упереджено або помилково. Один із таких випадків був зафіксований у 2014 році в Дніпропетровській області, коли прокуратурою було скасовано внесені відомості до ЄРДР за фактом пікету будівлі обласного управління поліції. Так, згідно з повідомленням, 21.05.2014, в період часу з 16:00 до 18:30 год., група невстановлених осіб, вдягнутих у камуфляжну форму, з предметами, схожими на пістолети, перед входом до Головного управління Міністерства внутрішніх справ України в Дніпропетровській області грубо порушували громадський порядок, перешкоджали вільному доступу громадян до зазначеної установи, зірвавши її нормальну роботу, та розбили вітрове скло на вищевказаній будівлі. За даним фактом відомості було внесено до ЄРДР за ч. 2 ст. 296 Кримінального кодексу України (хуліганство, вчинене групою осіб). Але 22 травня 2014 року прокуратура області вказане кримінальне провадження закрило на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК України у зв'язку з відсутністю складу злочину, бо на порушення ст. 214 КПК України слідчим не було встановлено жодних відомостей, які б свідчили про вчинення правопорушення. Єдиною підставою для реєстрації відомостей став необґрунтований рапорт слідчого [18]. При цьому на практиці таких випадків значно менше, ніж тих, коли оскаржують бездіяльність слідчого, яка полягає у невнесенні відомостей до ЄРДР. Однією з причин цього можуть бути норми чинного кримінального процесуального законодавства, зокрема Глава 26 КПК України «Оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування», яка у вичерпному переліку не передбачає права особи у судовому порядку оскаржити факт протиправного відкриття кримінального провадження, що зумовлює незаконне проведення досудового розслідування та може призвести до обмеження прав людини. Відповідно до ч. 2 ст. 303 КПК України право на судове оскарження факту неправомірного внесення слідчим або прокурором відомостей про діяння (бездіяльність) особи до ЄРДР виникає у особи тільки під час підготовчого провадження у суді [11]. Тобто на етапі досудового слідства норми КПК не передбачають жодної гарантії для захисту прав особою, щодо якої кримінальне провадження було порушене безпідставно, що призводить до суттєвого обмеження її прав та свобод на цьому етапі [14]. Також за нормами КПК не може бути розглянута вимога про зобов'язання відповідача вилучити з ЄРДР відомості.

Судова статистика оскарження рішень щодо невнесення відомостей до ЄРДР свідчить про те, що у 2015 році до 37 місцевих судів м. Харкова та Харківської області надійшло 6 622 скарги на дії, рішення чи бездіяльність слідчого, прокурора та інших осіб під час досудового розслідування. На бездіяльність слідчого і прокурора, в тому числі яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР, надійшло 4 277 заяв та скарг, з яких розглянуто слідчими суддями 4 244 та задоволено 1 517 [12], тобто лише 35 % звернень. З урахуванням розглянутих скарг і матеріалів проваджень більшість суддів визнають реальну можливість слідчих і прокурорів, на жаль, навіть без постановлення процесуальних рішень, на власний розсуд визначати, чи підлягає та чи інша заява занесенню до ЄРДР. На їхню думку, це створює штучні бар'єри для реєстрації заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, адже базується на суб'єктивній оцінці слідчим, прокурором «правильності» викладу інформації в заяві чи повідомленні, хоча закон жодних вимог щодо цього не висуває [13]. Окрім цього, у разі відсутності підстав для внесення відомостей до ЄРДР уповноважені особи «списують» таку заяву чи повідомлення «до справи», не посилаючись на жодне положення КПК чи іншого закону.

На етапі внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР право подавати скаргу на бездіяльність слідчого, прокурора після отримання відповідної заяви чи повідомлення мають лише окремі категорії учасників досудового кримінального провадження: заявник, потерпілий (його представник чи законний представник), підозрюваний (його захисник чи законний представник). Ці гарантії закріплені в положенні п. 1 ч. 1 ст. 303 КПК України та передбачають обов'язкове подання скарги згаданими суб'єктами після набуття ними відповідного процесуального статусу, момент якого визначено в ст. 60 КПК України. При цьому, згідно із судовою статистикою, на практиці суд може відмовити у відкритті провадження або відмовити у задоволенні скарги, повернути її або взагалі не прийняти рішення. За відомостями районного суду м. Києва, за скаргами щодо невнесення відомостей до ЄРДР суд задовольнив менш ніж 10 % скарг. При цьому підставами відхилення решти 90 % скарг послугували формальні причини [15]. Окрім цього, на практиці також часто виникають ситуації, коли після подання заяви поштою заявник чекає відповіді чи повідомлення про її розгляд та включення інформації про кримінальне правопорушення до ЄРДР. Проте

після тривалого часу виявляється, що відомості до ЄРДР не внесені, а строки на оскарження бездіяльності вже пропущені.

Таким чином, позовну (за скаргою) судову перевірку обґрунтованості невнесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР не можна визнати достатньою для ефективного забезпечення прав людини. Вона не вирішує всіх питань, пов'язаних з порушеннями прав людини, окрім цього, вона має доповнюватися автоматичною (незалежно від подання скарги або звернення) перевіркою підстав для прийняття рішення про невнесення відомостей до ЄРДР. Для цього треба розширити повноваження прокурора щодо нагляду за законністю прийняття рішення про початок досудового розслідування шляхом внесення змін та доповнень до ч. 2 ст. 36 та ч. 6 ст. 214 КПК України.

**Висновки**

1. Для етапу прийняття та перевірки заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення характерна переважно упереджена кримінально-правова оцінка фактичних даних співробітниками правоохоронних органів, у результаті чого співробітники правоохоронних органів не фіксують та не перевіряють одержані відомості про скоєний злочин, чим порушують права людини на цьому етапі. Встановлена КПК та іншими нормативними документами процедура перевірки заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення до початку досудового розслідування є перешкодою у здійсненні ретельної та всебічної їх перевірки, оскільки до початку досудового розслідування співробітники правоохоронних органів обмежені щодо строку та засобів кримінальної процесуальної діяльності.

2. Позовна (за скаргою) судова перевірка обґрунтованості невнесення відомостей про злочин до ЄРДР має бути доповнена автоматичною (незалежно від подання скарги або звернення) перевіркою підстав для прийняття рішення про невнесення відомостей до ЄРДР. Для цього повноваження прокурора мають бути розширені щодо нагляду за законністю прийняття рішення про початок досудового розслідування шляхом внесення змін та доповнень до ч. 2 ст. 36 та ч. 6 ст. 214 КПК України.

**Список використаних джерел:**

1. Слинько С. Порядок розгляду в органах внутрішніх справ заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення. *Судебно-юридическая газета*. 15.04.2014 р. URL: https://sud.ua/ru/news/blog/60562-poryadok-rozglyady-v-organah-vnytrshnh-sprav-zayav-povdomlen-pro-krimnaln-pravoporyshennya (дата звернення: 22.07.2020).

2. Узагальнення: про практику розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування. *Ліга закон:* веб-сайт. URL: https://ips.ligazakon.net/document/VRR00212 (дата звернення: 22.07.2020).

3. Про затвердження Порядку ведення єдиного обліку в органах (підрозділах) поліції заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення та інші події : наказ МВС України від 08.02.2019 № 100. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0223-19 (дата звернення: 22.07.2020).

4. Про затвердження Інструкції про порядок ведення єдиного обліку в органах поліції заяв і повідомлень про вчинені кримінальні правопорушення та інші події : наказ МВС України від 06.11.2015 № 1377. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1498-15 (дата звернення: 22.07.2020).

5. Рогатюк Ігор. Перевірка прокурором законності розгляду в органах внутрішніх справ заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення. *Вісник прокуратури*. № 1. 2014. URL: https://chk.gp.gov.ua/ua/piblicacii_u_zmi_chk.html?_m=publications&_t=rec&id=135103&fp=60 (дата звернення: 22.07.2020).

6. Мельниченко А.В. Забезпечення прав особи на досудовому розслідуванні : дис. ... канд. юр. наук: 12.00.09. Київ, 2018. 294 с.

7. Андрушко П.П. Зміна кримінально-правової кваліфікації (правової кваліфікації кримінального правопорушення) у кримінальному провадженні. *Адвокат*. 2013. № 5 (152). С. 10.

8. На Львівщині виявлено 8 фактів укриття злочинів. *Варіанти*. URL: https://varianty.lviv.ua/25219-na-lvivshchyni-vyiavleno-8-faktiv-ukryttia-zlochyniv (дата звернення: 22.07.2020).

9. Симчук А.С. Заяви та повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення у структурі початку досудового розслідування. *Юридична наука: кримінальне процесуальне право. Криміно-логія*. 2015. № 8. С. 178-184.

10. Наказ МВС: оновлено правила обліку в поліції заяв про злочини. *Юридичний портал Протокол*. URL: https://protocol.ua/ua/nakaz_mvs_onovleno_pravila_obliku_v_politsii_zayav_pro_zlochini/ (дата звернення: 22.07.2020).

11. Кримінальний процесуальний кодекс України станом на 13.03.2020 р. № 4651-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 (дата звернення: 22.07.2020).

12. Узагальнення розгляду скарг на дії, бездіяльність слідчого та прокурора за 2015 рік. *Судова влада України*. URL: https://hra.court.gov.ua/sud2090/inf_court/generalization/uzag16k1 (дата звернення: 22.07.2020).

13. Узагальнення розгляду скарг на дії, бездіяльність слідчого та прокурора за 2015 рік. *Закон і бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ua/print/116614-sud_uzagalniv_praktiku_schodo_nevnesennya_danih_do_erdr.html (дата звернення: 22.07.2020).

14. Морщагина Н. Обращение к правоохранителям относительно вынесения неправосудного решения используется как метод воздействия на служителей Фемиды. *Закон і бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ru/127737-obraschenie_k_pravoohranitelyam_otnositelno_vineseniya_nepra.html (дата звернення: 28.07.2020).

15. Михайлов Тимур. Аналіз судової практики оскарження бездіяльності слідчого з невнесення відомостей про злочин до ЄРДР. *Ліга закон*. URL: https://jurliga.ligazakon.net/experts/126/509_a-vam-vnesli-praktika-obzhalovaniya-bezdeystviya-sledovatelya-po-vneseniyu-v-reestr-svedeniy-o-prestuplenii (дата звернення: 22.07.2020).

16. Інструкція про надання доповідей і донесень про події, кримінальні правопорушення, адміністративні корупційні та військові адміністративні правопорушення, порушення військової дисципліни та їх облік у Міністерстві оборони України та Збройних Силах України : затверджена наказом МО України від 28.07.2016 № 388. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/z1141-16 (дата звернення: 28.07.2020).

17. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень : Закон України від 20.12.2019 № 2617-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19 (дата звернення: 28.07.2020).

18. Прокуратурою області скасовано безпідставно внесені відомості до ЄРДР за фактом пікету будівлі ГУ МВС. *Прокуратура Дніпропетровської області :* офіційний веб-сайт. URL: https://dnipr.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=138904&s=print (дата звернення: 28.07.2020).

**Iryna Babenko. The problematic and debatable issues of human rights violations in the process of accepting and registering allegations of criminal offenses and when entering information into the Unified Register of Pre-trial Investigations**

*The purpose of the article is to summarize the problematic and debatable issues of human rights violations in the process of accepting and registering allegations of criminal offenses and when entering information into the Unified Register of Pre-trial Investigations. The article is devoted to the generalization of information on problems in ensuring human rights when accepting and registering reports, information on criminal offenses, as well as when deciding to enter information in the Unified Register of Pre-trial Investigations. It was found that the shortcomings of the current legislation allow the pre-trial investigation authorities to decide on the presence or absence of signs or elements of a criminal offense at the discretion of the applicant or the victim regarding the commission of a non-obvious offense. Such facts are evidenced by the results of inspections. The question of the terms and problems of the criminal procedural appeal of the investigators' inaction, on the recording and verification of information about the committed crime is considered in the article. It is concluded that the stage of acceptance and verification of applications and notifications of criminal offenses is characterized by mostly biased criminal law assessment of factual data by law enforcement officers, as a result of which law enforcement officers do not record and verify information about the crime, which violates human rights. at this stage. The procedure established by the CPC and other normative documents to verify applications and notifications of criminal offenses before the pre-trial investigation is an obstacle to their thorough and comprehensive examination, as before the pre-trial investigation law enforcement officers are limited in time and means of criminal proceedings. Claim (on the complaint) judicial review of the validity of failure to enter information about the crime in the Unified Register of pre-trial investigations. should be supplemented by automatic (regardless of the filing of a complaint or appeal) verification of the grounds for the decision not to enter information in the Unified Register of pre-trial investigations.*

**Key words:** initiating pre-trial investigation, criminal proceedings, Integrated Register of Pre-Trial Investigations, human rights, pre-trial investigation.

УДК 343.131
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.43

***Ольга Балацька,***
*канд. юрид. наук, адвокат,*
*старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін*
*Навчально-наукового інституту права імені Іоанникія Малиновського*
*Національного університету «Острозька академія»*

# ДОСТУП ДО ПРАВОСУДДЯ ЯК ЗАГАЛЬНА ЗАСАДА КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

*Стаття присвячена дослідженню сутності доступу до правосуддя як загальної засади кримінального провадження. На основі аналізу законодавства України та практики Європейського суду з прав людини встановлено, що у КПК України термін «доступ до правосуддя» слід переформулювати та закріпити принцип доступу до суду, що випливає з концепту правосуддя. Адже доступ до суду є невід'ємним складником права на справедливий судовий розгляд та принципу верховенства права та повніше охоплює основні ідеї вказаної засади. Зроблено висновок, що доступ до правосуддя та обов'язковості судових рішень є двома окремими засадами кримінального провадження, які повинні розмежовуватись, незважаючи на їх закріплення в одній статті КПК України.*

*Запропоновано зміст принципу доступу до суду тлумачити ширше, ніж власне можливість звернення до суду, виходячи з комплексу організаційних та функціональних елементів. Така позиція обґрунтовується прецедентною практикою Європейського суду з прав людини, у якій здійснюється автономне тлумачення термінів та понять, зокрема й категорії доступу до суду, яка включає не лише право людини на безперешкодне звернення до суду за захистом своїх прав. Забезпечення доступу до суду державою як складника права на справедливий судовий розгляд Європейський суд з прав людини відносить до позитивних зобов'язань держави-учасниці Конвенції, що передбачає виконання комплексу заходів, пов'язаних із реалізацією цього права особою та усуненням фактичних чи юридичних перешкод у доступі до суду. Отже, доступ до суду включає низку організаційних (судоустрійних) елементів, таких як побудова доступної системи судів з урахуванням територіального розташування в державі, добір кваліфікованих осіб на посаду судді, організаційне забезпечення функціонування судів тощо., а також функціональних, наприклад: порядок порушення справи у суді, дотримання строків провадження, можливість оскарження дій чи бездіяльності посадових осіб, дотримання процедури розгляду справи, виконання рішення тощо, дослідження яких як окремо, так і у взаємозв'язку є актуальними питаннями подальших наукових розвідок.*

**Ключові слова:** засада кримінального провадження, доступ до правосуддя, доступ до суду, право на справедливий судовий розгляд, правосуддя.

**Постановка проблеми.** Питання функціонування судової влади в Україні завжди були та залишаються у полі зору політиків, науковців, практиків. Серед іншого чи не найвагомішим аспектом організації судоустрою та здійснення судочинства є забезпечення права людини на звернення до суду з дотриманням усіх гарантій та прав, що загалом забезпечувало би право на справедливий судовий розгляд.

Ефективність звернення до суду залежить від наявності умов, які б гарантували відсутність фактичних та юридичних перешкод у разі звернення особи до суду, реалізуючи право на судовий захист прав і свобод людини. Наявність таких перешкод зводитиме нанівець як принцип верховенства права, так і власне самі права і свободи людини. Серед найважливіших таких умов-гарантій визначаємо дієвість принципу доступу до правосуддя.

У кримінальному провадженні законодавець у статті 7 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) визначив доступ до правосуддя на рівні з іншими однією із загальних засад кримінального провадження, якій повинна відповідати його зміст та форма. Питання ж сутності доступу до правосуддя як принципу кримінального провадження, його елементів, специфіки організаційної та процесуальної забезпеченості залишаються комплексно не дослідженими, що зумовлює актуальність дослідження сучасного стану доступу до правосуддя в кримінальному провадженні. Буде доречним підкреслити, що порушена у статті


© О. Балацька, 2020

проблематика набуває важливого значення, особливо на сучасному етапі проведення судово-правової реформи через призму оптимізації права на судовий захист у кримінальному процесі.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій** із цієї теми. Окремі конституційні та теоретико-правові питання доступу до правосуддя в адміністративному, господарському, кримінальному та цивільному провадженні досліджували такі вчені, як Л. Володіна, В. Бойко, І. Гловюк, Л. Головко, Ю. Грошевий, Н. Деркач, О. Дроздов, О. Коровайко, В. Маляренко, О. Михайленко, Л. Мірза, О. Овчаренко, Ю. Оліянчук, В. Півненко, П. Пилипчук, М. Погорецький, Б. Романюк, Н. Сакара, Р. Степанюк, Д. Чекулаєв, В. Шибіко, О. Шило та ін. У правовій літературі підвищену увагу було приділено проблемам доступу до правосуддя в цивільному судочинстві. Заразом слід зазначити, що у правовій науці відсутня єдність щодо розуміння категорії «доступ до правосуддя». Також багато науковців досліджували доступ до правосуддя в контексті забезпечення права особи на справедливий судовий розгляд згідно з усталеною практикою Європейського суду з прав людини.

**Мета і завдання дослідження.** Завданням дослідження є виокремлення та аналіз наявних поглядів щодо визначення принципу доступу до правосуддя у кримінальному провадженні, його сутності та змісту; на основі аналізу законодавства України та практики Європейського суду з прав людини встановити, яким чином у КПК України термінологічно має бути закріплено названий принцип та викладено його зміст.

**Виклад основного матеріалу.** Стаття 8 Конституції України, норми якої є нормами прямої дії, визначає, що звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується. Названа норма є невід'ємним елементом основоположного загальноправового принципу верховенства права, який передбачає панування права та прав людини в державі на противагу сваволі та індивідуальним рішенням посадових осіб органів державної влади.

Згідно зі статтею 55 Основного Закону права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Правосуддя в Україні здійснюють виключно суди.

Аналізуючи наукові підходи щодо визначення та тлумачення сутності доступу до правосуддя, варто відзначити таке. Вчені досить ґрунтовно розглянули питання доступу до правосуддя з позиції організації судової системи, судоустрою та юрисдикційної діяльності суду в демократичному суспільстві. Зокрема, у дисертаційному дослідженні О. Овчаренко розкрила поняття доступності правосуддя як інституційного принципу, а також стану організації та діяльності судової влади в цілому, визначила сутність цього принципу, що полягає у відсутності фактичних і юридичних перешкод для звернення зацікавлених осіб до суду за захистом своїх прав [1, с. 179]. Досліджуючи проблему доступності правосуддя в цивільних справах, Н. Сакара визначила доступність правосуддя як певний стандарт, який відбиває вимоги справедливого й ефективного судового захисту та конкретизується в необмеженій судовій юрисдикції, належних судових процедурах, розумних строках, і безперешкодного звернення усякої зацікавленої особи до суду [2, с. 251].

Науковці висловили пропозицію щодо визначення доступу до правосуддя як гарантованої державою можливості особи звернення до суду за захистом своїх прав. Так, Л. Мірза вважає, що поняття «доступ до правосуддя» включає в себе гарантовану державою можливість будь-якої зацікавленої особи у найбільш короткий строк звернутися до процедури судового захисту своїх прав та інтересів і відстоювати їх у встановленому законом порядку [3, с. 8] І. Марочкін визначає доступність правосуддя як нормативно закріплену та реально забезпечену можливість безперешкодного звернення до суду за захистом своїх прав [4, с. 32]. С. Давиденко зазначає, що «право доступу до правосуддя – це нормативно закріплена і забезпечена державою реальна можливість кожної зацікавленої особи безперешкодного звернення безпосередньо до компетентних державних органів (дізнання, слідства, прокуратури) та суду за відновленням своїх порушених злочином прав, свобод і законних інтересів, без якого особа не може реалізувати право на судовий захист» [5, с. 8].

У кримінальному провадженні поняття доступу до правосуддя не залишилось поза увагою науковців. Слід відзначити спроби науковців визначити місце вказаного принципу серед засад кримінального провадження. Так, В. Шибіко спробував обґрунтувати доступ до правосуддя як самостійний принцип кримінального процесу України, що має своєю змістовою основою більш загальне право людини і громадянина

на судовий захист і випливає із положень Конституції України. Вчений стверджує, що «забезпечення права на доступ до правосуддя відповідає критеріям, за якими визначається принцип кримінального процесу» [6, с. 167] та «досить вдало вписується в систему принципів кримінального процесу» [6, с. 169], та визначає його як «певний процесуальний режим (у вигляді визначених у кримінально-процесуальному законі певних вимог, заборон і дозволів) як систему відповідних процесуальних засобів, який дає можливість учасникам процесу знати про свої права на активну участь у справі, використовувати ці права для справедливого її вирішення» [6, с. 167]. Н. Деркач досліджувала правовий зміст та механізм реалізації доступу до правосуддя та обов'язковості судових рішень як засад кримінального провадження на основі їх закріплення в нормах КПК України [7]. І. Мокрицька здійснила науково-теоретичне дослідження проблем доступності правосуддя у кримінальному процесі через призму права особи на судовий захист та реалізацію у ньому основоположних принципів розвитку суспільства та держави, які мають чітко виражений конституційно-правовий характер (наприклад, принцип верховенства права, законності, рівності перед законом тощо) [8, с. 6].

У вітчизняній літературі можна простежити відсутність серед науковців єдності у використанні та розмежуванні термінології: доступ до правосуддя, доступ до суду, доступність правосуддя, доступність суду та ін. Одні вчені використовують їх як синоніми, інші – розмежовують, а треті на означення доступу до правосуддя вживають як синоніми також інші терміни: право на судовий захист, право на справедливий суд, право вільного доступу до правосуддя та ін.

Насамперед така ситуація пов'язана з непослідовністю законодавця щодо застосування термінології. Адже в Конституції України прямо не передбачено право на доступ до суду чи правосуддя. Однак, як слушно зауважує А. Лужанський, попри те, що право на доступ до суду не закріплено на рівні Конституції України в буквальному розумінні, про нього все ж таки можна і потрібно говорити як про право, гарантоване Основним Законом України, принаймні у контексті складового елемента права на судовий захист [9, с. 46]. Так, у статтях 8, 55, 64, 124 Конституції України містяться вимоги, які гарантують громадянам доступ до правосуддя і судовий захист.

На думку О. Михайленка, терміни «доступ до правосуддя» та «доступність правосуддя» доцільно відрізняти. Доступ необхідно пов'язувати з відповідним дозволом тих, від кого залежить надання можливості звернутися до правосуддя для захисту своїх прав, свобод і законних інтересів. Доступність правосуддя можна тлумачити як одну із його засад, іншими словами, це можливість усіх бажаючих вільно і без перешкод, на рівних умовах використати цей інститут для забезпечення своїх прав і законних інтересів [10, с. 40]. І. Жаровська наголошує, що доступ до правосуддя як складова частина доступності права охоплює досить широкий спектр заходів та засобів, які забезпечують можливість особі або іншому суб'єкту безперешкодно звернутись до органів правосуддя та отримати захист свого права [11, с. 11].

У ст. 21 КПК України законодавець визначив одночасно два принципи – доступу до правосуддя та обов'язковості судових рішень, розтлумачивши їх зміст, виходячи з концепції права на справедливий суд, що визнається міжнародними зобов'язаннями держави та Законом України «Про судоустрій та статус суддів». Отже, у КПК України засадою кримінального провадження термінологічно визначено саме доступ до правосуддя, а не доступ до суду чи доступності до правосуддя чи суду.

Слід зазначити, що зазначена проблема пов'язана із розширеним розумінням терміна «правосуддя» у кримінальному провадженні як законодавцем, так і окремими науковцями. Наприклад, Л. Мірза обґрунтовує, що правосуддя не обмежується лише діяльністю судді (суду), пов'язаною виключно із розглядом конкретних справ у судових засіданнях, а включає в себе також здійснення судового контролю на стадії попереднього розслідування та інших стадіях процесу у випадках обмеження, порушення прав громадян (наступний контроль) [3, с. 8]. Подібної точки зору дотримуються й інші дослідники. Так, Т. Бородінова зазначає, що можна взяти за основу положення про те, що правосуддя як форма діяльності суду може здійснюватися не лише на судових, але і на досудових стадіях кримінального процесу, безумовно, набуваючи при цьому певних особливостей реалізації [12, с. 7].

Заслуговує на підтримку позиція І. Гловюк, обґрунтована у монографічному комплексному дослідженні функцій кримінального процесу, яка розглядає функцію судового контролю як самостійну кримінально-процесуальну функцію, що «здійснюється слідчим суддею (у досудовому провадженні) та судом (у підготовчому судовому провадженні, судовому розгляді, на судово-контрольних стадіях кримінального провадження)» [13, с. 120].

Так, І. Гловюк провела порівняльний аналіз категорій «доступ до суду», «доступ до правосуддя» та «доступ до судового контролю» в кримінальному провадженні. Авторка визначила, що доступ до суду – це наявність можливості розгляду та вирішення по суті кримінально-правового та кримінально-процесуального спору судом як на досудових (доступ до судового контролю), так і судових (доступ до правосуддя) стадіях, тому доступ до правосуддя слід розуміти як забезпечення можливості розгляду кримінальної справи по суті у судових стадіях кримінального процесу. Таким чином, вчена дійшла висновку, що право на доступ до правосуддя є елементом права на доступ до суду та права на справедливий судовий розгляд [14, с. 5].

Загалом доступ до суду науковці правильно трактують як ширше поняття, яке охоплює категорію доступу до правосуддя, так само доступності суду чи доступності правосуддя [6,14, 15]. Окрім цього, науковці пропонують конструкцію «доступ до правосуддя» в КПК України замінити на «доступ до суду», що є «базовою конструкцією, яка відображає необхідність судового захисту прав особи у кримінальному процесі» [14, с. 3]. Водночас Р. Степанюк запропонував уточнити нормативний зміст засади доступу до суду в аспекті забезпечення кожному вільної можливості безперешкодно звернутись до суду з метою захисту своїх порушених прав. Адже вчений вважає, що зміст доступу до суду як засади кримінального провадження має визначатись лише в процесуальному сенсі, а саме як право на звернення до суду, тоді як інші елементи забезпечення справедливого судового розгляду знаходять закріплення у змісті інших засад кримінального провадження [15, с. 55].

Позитивно оцінюючи та підтримуючи пропозицію науковців щодо розмежування названих термінів у цілому, не можемо погодитись зі звуженим розумінням сутності принципу доступу до суду та його змісту, а також вважаємо, що доступ до правосуддя та обов'язковості судових рішень є двома окремими засадами кримінального провадження, які хоч і нерозривно пов'язані між собою, однак повинні розмежовуватись.

З огляду на зазначене, на нашу думку, доступ до правосуддя слід розглядати як окрему повноцінну засаду кримінального провадження. Слід також погодитися з думкою О. Шило про те, що доступ до правосуддя включає кілька аспектів, до яких слід віднести організаційний, процесуальний та моральний (етичний). Вчена зазначає, що якщо її організаційний аспект став предметом досить ґрунтовного наукового аналізу, про що свідчать чисельні публікації з цього питання, то процесуальні проблеми забезпечення доступності правосуддя сфери кримінального судочинства потребують подальшого дослідження [16, с. 180].

Згідно зі статтею 2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», суд, здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, забезпечує кожному право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Стаття 7 цього Закону «Право на справедливий суд» визначає, що «кожному гарантується захист його прав, свобод та інтересів у розумні строки незалежним, безстороннім і справедливим судом, утвореним відповідно до закону». Частиною 3 статті 7 передбачено, що доступність правосуддя для кожної особи забезпечується відповідно до Конституції України та в порядку, встановленому законами України.

Отже, доступність правосуддя Законом визначено елементом права на справедливий судовий розгляд та принципу верховенства права, що відповідає міжнародним актам з прав людини та підтверджує позицію науковців щодо співвідношення названих понять як цілого та частини.

Відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) кожен, коли вирішується питання щодо його цивільних прав та обов'язків або встановлюється обґрунтованість будь-якого кримінального обвинувачення, висунутого проти нього, має право на справедливий на відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом.

Конвенція, так само як і Конституція України, прямо не передбачає право на доступ до суду у статті 6. Оцінка певної судової системи і судового провадження як «доступного» сформульована у прецедентній практиці Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та відповідних критеріїв, які Суд застосовує, керуючись Конвенцією. Тому небезпідставним є твердження, що саме ЄСПЛ вводить в обіг термін «доступ до суду», зміст якого в загальних рисах був розкритий у класичній справі «Голдер (Golder) проти Сполученого Королівства» [17].

ЄСПЛ у вказаному рішенні (пункт 25) поставив перед собою завдання прийняти рішення щодо питання дії доступу до правосуддя як гарантії ст. 6 п. 1 Конвенції. Відповідаючи на нього, у пункті 35 рішення ЄСПЛ у справі «Голдер (Golder) проти Об'єднаного

Королівства» ЄСПЛ зробив такі висновки: «На думку Суду, було б немислимо, щоб стаття 6 п. 1 містила докладний опис наданих сторонам процесуальних гарантій у цивільних справах і не захищала б у першу чергу того, що надає можливість практично користуватися такими гарантіями, – доступу до суду. Характеристики справедливості, публічності та оперативності судового провадження були б марними, за відсутності судового провадження». Далі ЄСПЛ зазначає, що «Усе вищезгадане призводить до висновку, що право доступу до правосуддя є одним з невід'ємних складників права, гарантованого статтею 6 п. 1. Це не розширювальне тлумачення, що накладає додаткові зобов'язання на Договірні держави: цей висновок заснований на термінології першого речення п. 1 статті 6, прочитаного у контексті цієї статті, з урахуванням предмету та мети нормативного договору, яким є Конвенція, а також загальних принципів права. Таким чином, Суд дійшов висновку, що, навіть і не використовуючи «додаткові засоби тлумачення», передбачені ст. 32 Віденської конвенції, стаття 6 п. 1 забезпечує кожній людині право на розгляд у суді будь-якого спору, що стосується його цивільних прав та обов'язків. Вона визнає «право на суд», де право доступу, що розуміється як право ініціювати провадження у цивільній справі, становить лише один із аспектів. До цього слід додати гарантії статті 6 п. 1, що стосуються організації й складу суду і до руху процесу. Усе це у цілому являє собою право на справедливий розгляд» [18].

У рішенні по справі «Белле проти Франції» ЄСПЛ зазначив, що «стаття 6 п. 1 Конвенції містить гарантії справедливого судочинства, одним з аспектів яких є доступ до суду. Рівень доступу, наданий національним законодавством, має бути достатнім для забезпечення права особи на суд з огляду на принцип верховенства права в демократичному суспільстві. Для того, щоб доступ був ефективним, особа повинна мати чітку практичну можливість оскаржити дії, які становлять втручання у її права» [19, с. 14].

Розвиваючи концепцію доступу до суду, ЄСПЛ у рішенні у справі «Ейрі проти Ірландії» зазначає, що «права, які гарантує Конвенція, повинні бути не теоретичними чи нереальними, а такими, що мають реальну силу й можуть бути здійснені на практиці, особливо це стосується права доступу до суду з огляду на визначне місце, яке в демократичному суспільстві належить праву на справедливий судовий розгляд» (пункт 24 рішення). Також ЄСПЛ підкреслює, що забезпечення права ефективного доступу до правосуддя є виконанням обов'язку державою за Конвенцією, що у деяких випадках може вимагати певних конструктивних заходів з боку держави; за таких обставин держава не може просто залишатися пасивною, і «немає жодних підстав для встановлення різниці між діяльністю і бездіяльністю». Зобов'язання забезпечувати реальне право на судовий розгляд належить до цієї категорії обов'язку» (пункт 25 рішення) [20].

Отже, саме з таких позицій ЄСПЛ мало місце зародження концепції доступу до суду в Конвенційному механізмі захисту прав людини та основоположних свобод, яка розвинулася в інших прецедентних рішеннях ЄСПЛ, міжнародних документах та знайшла відображення в національному законодавстві держав-учасниць Конвенції.

Враховуючи наведені положення, можна зробити висновок, що забезпечення доступу до суду державою як складової частини права на справедливий судовий розгляд ЄСПЛ відносить до позитивних зобов'язань держави-учасниці Конвенції, що передбачає виконання комплексу заходів, пов'язаних із реалізацією цього права особою та усуненням фактичних чи юридичних перешкод у доступі до суду.

**Висновки**

Доступ до правосуддя та обов'язковості судових рішень є двома окремими засадами кримінального провадження, які повинні розмежовуватись. Вважаємо, що у статті 21 КПК України доцільніше категорію «доступ до правосуддя» замінити терміном «доступ до суду», який повніше охоплює основні ідеї вказаної засади. Зміст цього принципу слід тлумачити ширше, ніж власне можливість звернення до суду, виходячи з комплексу організаційних та функціональних елементів. Адже, з огляду на особливості прецедентної практики ЄСПЛ та автономного тлумачення ним термінів та понять, видається, що доступ до суду включає не лише право людини на безперешкодне звернення до суду за захистом своїх прав. Категорія доступу до суду включає низку організаційних (судоустрійних) елементів, таких як побудова доступної системи судів з урахуванням територіального розташування в державі, добір кваліфікованих осіб на посаду судді, організаційне забезпечення функціонування судів тощо, а також функціональних, наприклад: порядок порушення справи у суді, дотримання строків провадження, можливість оскарження дій чи бездіяльності посадових осіб, дотримання процедури розгляду справи, виконання рішення тощо. Існування фактичних чи юридичних

перешкод у зв'язку з незабезпеченням державою будь-якого елемента доступу до суду унеможливить власне доступ до правосуддя особи, а отже, буде порушенням права на справедливий судовий розгляд у розумінні Конвенції.

**Список використаних джерел:**

1. Овчаренко О. М. Доступність правосуддя та гарантії його реалізації : монографія. Харків: Право, 2008. 304 с.

2. Сакара Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах : монографія. Харків: Право, 2010. 256 с.

3. Мирза Л.С. Доступ к правосудию: уголовно-процессуальные аспекты : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2004. 24 с. URL: https://www.dissercat.com/content/dostup-k-pravosudiyu-ugolovno-protsessualnye-aspekty/read (дата звернення: 20.07.2020).

4. Марочкін І.Є. Доступність правосуддя та гарантії його реалізації. *Судова реформа в Україні: проблеми і перспективи*. Київ: Харків: Юрінком Інтер, 2002. С. 31–34.

5. Давиденко С.В. Потерпілий як суб'єкт кримінально-процесуального доказування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2007. 20 с.

6. Шибіко В. П. Забезпечення права особи на доступ до правосуддя у системі принципів кримінального процесу України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія «Юридичні науки»*. 2009. Вип. 81. С. 166–169.

7. Деркач Н. Доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень. *Слово Національної школи суддів України*. 2013. № 3 (4). С. 52-57.

8. Мокрицька І. Я. Доступність правосуддя як шлях до забезпечення права на судовий захист у кримінальному процесі: науково-теоретичний аспект. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2015. № 1 (11). URL: http://lj.oa.edu.ua/articles/2015/n1/15miynta.pdf. (дата звернення: 20.07.2020).

9. Лужанський А. В. Конституційна природа права на доступ до правосуддя в Україні. *Вісник Верховного Суду України*. 2010. № 10 (122). С. 45-48.

10. Михайленко О. Про систему елементів доступності громадян до правосуддя. *Вісник Академії прокуратури України*. 2007. № 3. С. 39–43.

11. Жаровська І.М. Доступність права: теоретико-правові проблеми : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2006. 20 с.

12. Бородинова Т. Г., Бабенко И. А., Губко И. В. Актуальные проблемы обеспечения доступа к правосудию в уголовном судопроизводстве : научно-практическое пособие. Краснодар: Издательский дом «ХОРС», 2018. 122 с.

13. Гловюк І.В. Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р. : монографія. Одеса: Юрид. літ., 2015. 712 с.

14. Гловюк І. В. Доступ до суду у кримінальному процесі: проблеми теорії. *Часопис Академії адвокатури України*. 2011. Т 4. № 2 (11). С. 1-7. URL: http://epub.aau.edu.ua/index.php/chasopys/article/view/466/486.

15. Степанюк Р. Л., Степанюк Д. Р. Нормативно-правовий зміст доступу до суду та обов'язковості судових рішень як засади кримінального провадження. *Журнал східноєвропейського права*. 2018. № 51. С. 51-58

16. Шило О. Г. Доступність правосуддя: деякі кримінально-процесуальні питання. *Питання боротьби зі злочинністю*: зб. наук. пр. Харків, 2005. Вип. 10. С. 179–185.

17. Бородинова Т.Г. Право граждан на свободный доступ к правосудию: понятие, содержание, субъекты. *Общество: политика, экономика, право*. 2017. № 11. URL: https://doi.org/10.24158/pep.2017 (дата звернення: 20.07.2020).

18. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Голдер (Golder) проти Об'єднаного Королівства» від 21.02.1975. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_086 (дата звернення: 20.07.2020).

19. Практичний посібник зі статті 6. Право на справедливий суд. Рада Європи. Європейський суд з прав людини. 2013. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_UKR.pdf (дата звернення: 20.07.2020).

20. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Ейрі проти Ірландії» від 09.10.1979. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_332#Text (дата звернення: 20.07.2020).

**Olha Balatska. Access to justice as a general framework of criminal proceeding**

*Article devoted to investigation of the essence of access to justice as a general principle of criminal proceedings. Based on the analysis of the legislation of Ukraine and the case law of the European Court of Human Rights, it is established that the term "access to justice" in the Criminal Procedural Code of Ukraine should be reworded as the principle of access to court, that follows from the concept of justice. which is an integral part of the right to a fair trial. After all, access to court is an integral part of the right to a fair trial and the rule of law and more fully covers the basic ideas of this principle. It is concluded that access to court and the binding nature of court decisions are two separate principles of criminal proceedings, which should be differentiated, despite their enshrinement in one article of the CPC of Ukraine.*

*It is concluded that access to justice and the binding nature of court decisions are two separate principles of criminal proceedings, which must be distinguished. The content of this principle should be interpreted more broadly than the actual possibility of going to court, based on a set of organizational and functional elements. It is proposed the principle`s of access to court content to be interpreted more broadly than the actual*

*possibility of going to court, based on a set of organizational and functional elements. This position is justified by the case law of the European Court of Human Rights, which provides an autonomous interpretation of terms and concepts, including the category of access to court, which includes not only the human right to go to court to protect their rights. The European Court of Human Rights refers ensuring of access to justice by the state as part of the right to a fair trial, to the positive obligations of a state party to the Convention, which provides for a set of measures related to the exercise of this right by a person and removal of factual or legal obstacles. Thus, access to court includes a number of organizational (judicial) elements, such as building an accessible system of courts taking into account the territorial location in the state, selection of qualified persons for the position of judge, organizational support of courts, etc., as well as functional cases in court, compliance with deadlines, the possibility of appealing against actions or omissions of officials, compliance with the procedure of consideration of the case, execution of decisions, etc., the study of which both separately and in conjunction are relevant issues of further research.*

**Key words:** principle of criminal proceedings, access to justice, access to court, the right for a fair trial, justice.

УДК 343.28/.29
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.44

***Максим Глоба,***
*здобувач кафедри кримінального права № 1*
*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

# ВИДИ УГОД ПРО ПРИМИРЕННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

*Стаття присвячена видам угод про примирення у кримінальному провадженні. Встановлено, що залежно від виду кримінально-правових наслідків у кримінальному процесуальному законодавстві передбачено два різновиди угоди про примирення: 1) угода про примирення з призначенням покарання та 2) угода про примирення з призначенням покарання та звільненням від його відбування з випробуванням. Водночас зазначається, що аналіз кримінального та процесуального законодавства дозволяє віднести до різновидів угоди про примирення у кримінальному провадженні досягнення примирення із потерпілим, наслідком якого є його відмова від обвинувачення у кримінальних провадженнях у формі приватного обвинувачення (п. 7 ч. 1 ст. 284 Кримінального процесуального кодексу України). Зазначається, що з точки зору de lege ferenda відмова потерпілого від обвинувачення та примирення сторін – це різні кримінально-процесуальні поняття. Відмова потерпілого від обвинувачення здійснюється незалежно від позиції підозрюваного/обвинуваченого, тоді як примирення є двостороннім актом, який засвідчує волевиявлення обох сторін кримінально-правового конфлікту. Однак з позицій de leg lata доводиться, що в основі відмови від обвинувачення перебуває угода про примирення між потерпілим та підозрюваним/обвинуваченим. Встановлено, що згідно з чинним законодавством потерпілий не може одночасно укласти угоду про примирення та відмовитися від обвинувачення, оскільки це негативним чином може позначатися на інтересах як потерпілого, так і підозрюваного/обвинуваченого у кримінальному провадженні. У зв'язку з цим пропонується поширити процесуальні гарантії захисту прав потерпілого у разі укладення угоди про примирення на випадки його відмови від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення. Зазначається, що такі зміни дозволять формалізувати волевиявлення потерпілого, бо наразі чинне кримінальне процесуальне законодавство не містить вказівки на те, в якій саме формі має бути здійснена заява про відмову від обвинувачення, а також сприятимуть захисту прав потерпілого у разі невиконання умов такої угоди.*

**Ключові слова:** кримінальне провадження, угода, примирення, потерпілий, відмова, обвинувачення, приватне обвинувачення.

**Постановка проблеми.** Новий Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) розширив сферу застосування компромісних процедур у кримінальному судочинстві шляхом закріплення можливості укладення угоди про примирення у кримінальному провадженні. Аналіз даних судової статистики свідчить, що з моменту впровадження можливості укладення такої угоди у кримінальному процесі кількість вироків із затвердженням такої угоди кожного року залишається майже незмінною. Якщо у 2014 р. цей показник становив 9,6 % від загальної кількості обвинувальних вироків, то у 2019 р. – 9,9 %, тобто зростання є незначним [1]. Отже, аналіз статистичних даних свідчить, що вирішення кримінально-правового конфлікту шляхом укладення угоди про примирення в Україні застосовується, проте не так широко, як у зарубіжній практиці. Можливо, однією з причин такого обережного ставлення судової практики до цього способу вирішення кримінально-правового конфлікту є недосконалість правового регулювання його застосування у законодавстві України.

**Стан дослідження.** Тема примирення сторін кримінально-правового конфлікту займає вагоме місце у теоретичних розробках багатьох вчених. Її різні аспекти у своїх працях досліджували І. А. Войтюк, Ю. В. Баулін, Л. В. Головко, О. В. Давидова, О. О. Дудоров, В. В. Землянська, Х. Зер, Н. Крісті, В. Т. Маляренко, О. В. Перепадя, М. І. Хавронюк та багато інших науковців. Водночас у правовій літературі й досі відсутній єдиний погляд на ряд правових питань, пов'язаних із примиренням між потерпілим та підозрюваним/обвинуваченим у кримінальному провадженні, що досить часто породжує протилежні точки зору та не сприяє єдиному розумінню правового значення досягнення консенсусу між сторонами кримінально-правового конфлікту. Зокрема, це стосується

© М. Глоба, 2020

питання видів угоди про примирення у кримінальному судочинстві.

**Метою статті** є встановлення спеціальних видів угоди про примирення у кримінальному провадженні на підставі науково-практичного аналізу кримінально-процесуального законодавства України та надання пропозицій щодо вдосконалення окремих його положень.

**Виклад основного матеріалу.** Залежно від кримінально-правових наслідків, які настають у випадку примирення винного з потерпілим, можна говорити про законодавче закріплення у ст. 471 КПК двох видів угод про примирення: а) угода про примирення, пов'язана з призначенням покарання, та б) угода про примирення, пов'язана із призначенням покарання та звільненням від його відбування з випробуванням. Разом із тим системний аналіз норм матеріального та процесуального кримінального права України свідчить, що примирення з потерпілим дає можливість застосування й інших кримінальних та кримінально-процесуальних норм, зокрема закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення за заявою потерпілого (п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК). Оскільки в основі застосування останнього також перебуває досягнення консенсусу між сторонами кримінально-правового конфлікту, вважаємо обґрунтованою точку зору О. Г. Наджафова, В. В. Василевича, І. М. Михайлова, які наголошують на тому, що відмову потерпілого від обвинувачення у випадках, передбачених КПК (гл. 36 КПК), слід відносити до інституту угод у кримінальному провадженні [2; 3].

Відповідно до п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК потерпілий, а у випадках, передбачених КПК, його представник, може відмовитися від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення, крім кримінального провадження щодо кримінального правопорушення, пов'язаного з домашнім насильством. Поняття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення визначається у ст. 477 КПК. Таке провадження може бути розпочате слідчим, дізнавачем, прокурором лише на підставі заяви потерпілого щодо кримінальних правопорушень, передбачених у ч. 1 ст. 477 КПК. Відмова від обвинувачення виступає безумовною підставою для закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення.

Закриття кримінального провадження – це форма закінчення досудового розслідування. Відповідно до ст. 284 КПК закінчення досудового розслідування може відбутися шляхом: 1) припинення провадження через його закриття на стадії досудового розслідування; 2) передачі провадження до суду. Принциповою відмінністю між зазначеними варіантами закінчення досудового розслідування є те, що у першому випадку рішення приймає слідчий, дізнавач або прокурор без направлення матеріалів до суду, а в другому – провадження передається до суду, який і виносить остаточне рішення [4, с. 477].

Закриття кримінального провадження є процесуальним рішенням, яке визначає долю підозрюваного: на нього не можуть бути покладені передбачені кримінальним та іншими законами правові наслідки кримінального правопорушення і щодо нього мають бути скасовані всі заходи процесуального примусу, застосовані у зв'язку з підозрою у вчиненні кримінального правопорушення [4, с. 477].

У правовій літературі наголошується на тому, що відмова від обвинувачення та примирення сторін – це різні кримінально-процесуальні поняття. На думку С. А. Крушинського, відмова потерпілого від обвинувачення здійснюється незалежно від позиції підозрюваного/обвинуваченого, тоді як примирення є двостороннім актом, який засвідчує волевиявлення обох сторін кримінально-правового конфлікту та їх спрямованість на його вирішення без залучення правоохоронних і судових органів, шляхом самостійного залагодження суперечностей [5, с. 217]. З точки зору de lege ferenda позиція щодо протиставлення відмови потерпілого від обвинувачення примиренню сторін має право на існування, бо чинні положення ст. 284 КПК жодних умов (вимог) щодо причин такої відмови не передбачають, а на слідчі та правоохоронні органи не покладається обов'язок їх з'ясування. Однак видається, що відсутність претензій з боку потерпілого, його небажання надалі підтримувати обвинувачення у кримінальному провадженні спричиняється насамперед тим, що він примирився з підозрюваним/обвинуваченим, пробачив останнього. Таке примирення можливе також внаслідок взаємних поступок, тобто укладення мирової угоди між сторонами кримінально-правового конфлікту. До того ж у правовій літературі визнається, що відмова потерпілого від обвинувачення – це альтернативна форма вирішення кримінально-правового конфлікту в кримінальному провадженні [5, с. 218]. Конфлікт – це суперечність, яка виникає між окремими людьми, а його вирішення – це процес взаємодії, досягнення домовленостей між сторонами цього конфлікту, а отже, він

не може припинятися в односторонньому порядку. У зв'язку з цим з позицій de leg lata слід визнати, що в основі відмови від обвинувачення лежить угода про примирення між потерпілим та підозрюваним/обвинуваченим. Разом із тим системний аналіз положень чинного кримінально-процесуального законодавства свідчить, що, незважаючи на закріплення за потерпілим права відмови від обвинувачення (п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК) та права на примирення з підозрюваним/обвинуваченим (ч. 4 ст. 56 КПК), одночасно реалізувати ці свої процесуальні права потерпілий не може, бо у ст. 471 КПК не передбачено можливості узгодження сторонами питання щодо відмови потерпілого від обвинувачення. Внаслідок цього потерпілий має вибирати, яким із цих процесуальних прав він може скористатися: правом на відмову від обвинувачення чи правом на примирення з правопорушником. Так, відповідно до ст. 479 КПК відшкодування шкоди потерпілому у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення може відбуватися на підставі угоди про примирення або без неї. Проте якщо потерпілий бажає відмовитися від обвинувачення, то в межах кримінального провадження укласти угоду про примирення, в якій буде визначений порядок відшкодування заподіяної шкоди, він вже не зможе, бо у ст. 471 КПК не передбачається можливість узгодження сторонами відмови від обвинувачення. У зв'язку з цим потерпілий має вибирати: або вимагати повної компенсації до подачі такої заяви, або повірити «на слово» винному та подати заяву про відмову від обвинувачення, а після цього сподіватися, що правопорушник виконає своє зобов'язання та компенсує заподіяну шкоду. Проте, зважаючи на те, що відмова від обвинувачення є безумовною підставою для закриття кримінального провадження, у разі невиконання правопорушником попередніх домовленостей з потерпілим жодних негативних правових наслідків перший не може зазнати, тільки якщо сторони кримінально-правового конфлікту попередньо не уклали цивільно-правовий договір із цього приводу. У такий ситуації потерпілий опиняється сам на сам з порушеними домовленостями, невідновленням свого порушеного права, в тому числі й невідшкодуванням завданої йому шкоди, і жодних правових механізмів захисту його прав у кримінально-процесуальному законодавстві для цих випадків не передбачено.

Такий стан національного законодавства негативно позначається й на долі підозрюваного/обвинуваченого та не відповідає принципам рівності осіб перед законом, оскільки правопорушники, які погоджуються укласти мирову угоду з потерпілим та згодом відмовляються від неї, опиняються в нерівному процесуально-правовому становищі. Так, підозрюваний/обвинувачений, який усіма засобами намагається зменшити біль, моральні страждання та матеріальну шкоду, заподіяні ним потерпілому, щиросердно кається у вчиненому, задовольняє усі розумні претензії потерпілого та погоджується на укладення з останнім мирової угоди, вже не може розраховувати на закриття щодо нього кримінального провадження на підставі відмови потерпілого від обвинувачення, тому що у ст. 471 КПК відсутні відповідні положення. Водночас підозрюваний/обвинувачений, який таку угоду не уклав, цілком може розраховувати на застосування щодо нього даного способу припинення кримінального провадження. Таким чином, у кримінальних провадженнях у формі приватного обвинувачення підозрюваний/обвинувачений взагалі не зацікавлений в укладенні мирової угоди, бо її наявність відповідно до ст. 471 КПК тягне за собою ухвалення судом обвинувального вироку з призначенням покарання, а в інтересах цих осіб, щоб потерпілий взагалі відмовився від обвинувачення, у зв'язку з чим кримінальне провадження щодо них було б закрите.

Видається, що такий стан кримінально-процесуального законодавства значним чином обмежує права сторін кримінально-правового конфлікту та не узгоджується з вимогами Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою щодо впровадження державами ефективних механізмів примирення та відшкодування шкоди (ст. 7 Декларації) [6]. У зв'язку з цим, слушною є пропозиція Х. М. Павич щодо розширення повноважень суду в частині примирення сторін. Науковець, досліджуючи питання закриття кримінального провадження судом першої інстанції, дійшла висновку щодо доцільності для потерпілого у разі, якщо на стадії підготовчого провадження між ним та обвинуваченим відбувається примирення, про що свідчить укладена між ними угода, скористатися своїм правом та відмовитись від обвинувачення, внаслідок чого кримінальне провадження підлягає закриттю [7, с. 160, 161].

Відповідно до ч. 4 ст. 56 КПК на всіх стадіях кримінального провадження потерпілий має право примиритися з підозрюваним/обвинуваченим і укласти угоду про примирення. Отже, така мирова угода може бути укладена у тому числі й на стадії досудового розслідування. Саме укладення такої угоди має фіксувати відмову потерпілого

від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення та виступати підставою закриття цього кримінального провадження. До речі, міжнародний досвід застосування компромісних процедур у кримінальному процесі свідчить, що у деяких зарубіжних країнах, наприклад Австрії, Бельгії Словенії, Італії, Чехії, укладення угоди про примирення на стадії досудового розслідування якраз і визнається самостійною підставою закриття кримінального провадження. Так, відповідно до ч. 1 § 191 КПК Австрії прокурор закриває кримінальну справу у випадку вчинення злочину, який карається тільки штрафом, або позбавленням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі і штрафом, якщо з урахуванням наслідків вчиненого та посткримінальної поведінки винного, зокрема, у разі компенсації заподіяної шкоди або наявності інших обставин, що впливають на ухвалення вироку, вчинене правопорушення можна вважати незначним [8]. За законодавством Бельгії досягнення примирення з потерпілим, яке може варіюватися від форми фінансової компенсації до вибачення перед потерпілим, зазвичай визнається підставою для припинення кримінально-правового переслідування та закриття кримінальної справи [9, с. 22-4]. Відповідно до ст. 162 КПК Словенії, якщо підозрюваний виконує зобов'язання перед потерпілим протягом шести місяців (дванадцяти, якщо це стосується сплати аліментів), кримінальна справа закривається [10]. В Італії правові наслідки виконання укладеної угоди визначаються у ст. 35 «Положення про кримінальну юрисдикцію мирових суддів» («Disposizioni in materia di competenza penale del Giudice di Pace») та полягають у тому, що, якщо до початку слухання справи у суді обвинувачений відшкодує або усуне заподіяні суспільно небезпечні наслідки, а мировий суддя визнає таку діяльність достатньою та прийнятною для компенсації і відновлення інтересів потерпілого, ухвалюється рішення щодо закриття кримінального провадження (ч. 2 ст. 35) [11]. За ст. 309 КПК Чехії у провадженні за вчинення проступку прокурор на стадії досудового розслідування або суд під час судового розгляду за згодою потерпілого може ухвалити рішення щодо затвердження угоди про примирення та припинити кримінальне переслідування, якщо обвинувачений: 1) добровільно визнав свою винуватість; 2) відшкодував або вжив необхідних заходів для відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок його правопорушення, чи будь-яким іншим чином сприяє її усуненню; 3) відмовився від будь-якого незаконного збагачення; 4) зробив благодійний внесок [12].

У зв'язку з цим вважаємо доцільним п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК викласти у такій редакції: *«потерпілий, а у випадках, передбачених цим Кодексом, його представник, відмовився від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення шляхом укладення угоди про примирення»*. При цьому вираз «крім кримінального провадження щодо злочину, пов'язаного з домашнім насильством» виключити, бо укладення мирової угоди допускається у кримінальних провадженнях щодо злочинів, пов'язаних з домашнім насильством, відповідно до ст. 469 КПК. У свою чергу, ст. 471 КПК України доцільно доповнити приписом, що сторони можуть також узгоджувати: *«питання відмови потерпілого від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення»*. Видається, що такі зміни у кримінально-процесуальному законодавстві України не тільки дозволять формалізувати волевиявлення потерпілого, бо наразі КПК не містить вказівки на те, в якій саме формі має бути здійснена заява про відмову від обвинувачення, а й сприятимуть захисту прав потерпілого у разі невиконання умов такої угоди відповідно до приписів ст. 476 КПК.

**Висновки**

Таким чином, відмову потерпілого від обвинувачення у кримінальному провадженні у формі приватного обвинувачення слід визнавати проявом альтернативного вирішення кримінально-правового конфлікту в кримінальному провадженні. Проте, щоб реалізація цього права потерпілого на практиці забезпечувала всебічний захист прав сторін кримінально-правового конфлікту, в основі застосування відповідних кримінально-процесуальних положень має перебувати *угода про примирення*, тобто формалізована письмова форма фіксації факту того, що потерпілий повністю пробачив особу, яка порушила його права, а також сторонами досягнуті домовленості щодо умов і порядку відновлення порушеного права потерпілого та є його згода на відмову від обвинувачення як наслідок виконання умов цієї угоди. Водночас поширення правових наслідків невиконання угоди про примирення, передбачених у ст. 476 КПК, на випадки відмови потерпілого від обвинувачення (п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК) створить додаткові правові гарантії захисту прав потерпілого від невиконання підозрюваним/обвинуваченим взятих на себе зобов'язань перед потерпілим.

**Список використаних джерел:**

1. Судова статистика. Звітність. URL:. https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/ (дата звернення: 07.07.2020).
2. Наджафов О. Угоди за Кримінальним процесуальним кодексом. України. *Вісник прокуратури*. 2012. № 9. С. 44–53.
3. Василевич В. В., Михайлова І. М. Кримінологічне обґрунтування запровадження відновного правосуддя та пробації в Україні. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2014. № 3. С. 41-53. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvknuvs_2014_3_6 (дата звернення: 07.07.2020).
4. Кримінальний процес : підручник / за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. Харків: Право, 2013. 824 с.
5. Крушинський С. А. Відмова потерпілого (приватного обвинувача) від обвинувачення: поняття, порядок здійснення та правові наслідки. *Університетські наукові записки*. 2015. № 2. С. 212-220. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2015_2_25 (дата звернення: 07.07.2020).
6. Декларація основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою. Резолюция 40/34 от 29 ноября 1985 года / Генеральная Ассамблея ООН. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_114 (дата звернення: 07.07.2020).
7. Павич Х. М. Закриття кримінального провадження судом першої інстанції : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Львів, 2017. 291 с.
8. Strafprozeßordnung 1975 (StPO) StF: BGBl. Nr. 631/1975. Stand der Gesetzesgebung: 24.01.2020. URL: https://www.jusline.at/gesetz/stpo (дата звернення: 07.07.2020).
9. Van Schijndel, R. A. M. Confidentiality and victim-offender mediation. Apeldoorn | Antwerpen | Portland: Maklu Uitgevers. 2009. 224 c.URL: https://pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/4595072/Van_Schijndel_Confidentiality_27_11_2009_emb_tot_28_11_2014.pdf (дата звернення: 07.07.2020).
10. Zakon o kazenskem postopku. URL: http://pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO362 (дата звернення: 07.07.2020).
11. Disposizioni sulla competenza penale del Giudice di Pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468: Decreto Legislativo 28 agosto 2000, n. 274. IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA.URL: https://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/00274dl.htm (дата звернення: 07.07.2020).
12. Trestním řízení soudním (trestní řád): Zákon ze dne 29. listopadu 1961 č. 141/1961 Sb / Národní shromáždění Československé socialistické republiky. URL: https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1961-141 (дата звернення: 07.07.2020).

**Maksym Hloba. Types of settlement agreements in criminal proceeding**

*The article is devoted to the types of reconciliation with the victim in criminal proceedings. It has been established that, depending on the type of criminal law consequences, the criminal procedural legislation provides for two types of reconciliation agreements: 1) an agreement on reconciliation with the victim with sentencing and 2) an agreement on reconciliation with the victim with sentencing and release from serving a sentence with probation. At the same time, it is noted that an analysis of criminal and procedural legislation makes it possible to recognize the refusal of a charge of criminal proceedings in the form of a private charge (para. 7, part 1, article 284 of the Criminal Procedure Code of Ukraine) as a type of reconciliation with the victim. It is noted that from the point of view of de lege ferenda, the victim's refusal to accuse and reconciliation with the victims are different criminal procedural concepts. The refusal of the victim from the prosecution is carried out regardless of the will of the suspect/accused, while reconciliation is a bilateral act that certifies the will of both parties to the criminal law conflict. However, from the position of de lege lata, it is proved that the basis of the refusal of the prosecution is a reconciliation agreement between the victim and the suspect/accused. It has been established that according to the current legislation, the victim cannot simultaneously conclude a reconciliation agreement and abandon the accusation, and this may in a negative way be in the interests of both the victim and the suspect/accused in criminal proceedings. In this regard, it is proposed to extend the procedural guarantees for the protection of the rights of the victim established for the reconciliation agreement with the victim to cases where the victim refuses to support the prosecution in the form of a private prosecution. It is noted that such changes will formalize the will of the victim, since now the current criminal procedural law does not contain an indication of the form in which the statement of refusal of the prosecution should be carried out, and will also help protect the rights of the victim in case of failure to comply with the terms of such an agreement.*

**Key words:** criminal proceedings, agreement, conciliation, victim, refusal, accusation, private prosecution.

УДК 343.13
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.45

***Валентина Дрозд,***
*докт. юрид. наук, доцент, старший науковий співробітник,*
*начальник 3-го відділу науково-дослідної лабораторії проблем правового*
*та організаційного забезпечення діяльності Міністерства*
*Державного науково-дослідного інституту*
*Міністерства внутрішніх справ України*

# ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ДОПУСТИМОСТІ ДОКАЗІВ У СУДОВОМУ ПРОВАДЖЕННІ

*Метою статті є дослідження проблемних питань допустимості доказів у судовому провадженні з урахуванням судової практики. У статті на підставі прикладів із судової практики розглянуто проблемні аспекти визначення судом допустимості доказів; досліджено поняття «очевидно недопустимий доказ» та визначено випадки, в яких докази є очевидно недопустимими; наведено приклади визнання доказів недопустимими на підставі розбіжностей між даними досудового розслідування та безпосереднього дослідження судом доказів; з'ясовано проблемні аспекти допустимості показань з чужих слів. Наголошено, що одним із дискусійних питань є порядок визнання доказів очевидно недопустимими. Так, у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо воно було розпочате. Тобто в даному випадку суд може на будь-якому етапі судового розгляду визнати доказ недопустимим, що сприятиме більш швидкому розгляду кримінального провадження. Але поняття «очевидно недопустимий доказ» має оціночний характер, адже кримінальним процесуальним законом воно не надано. З'ясовано, що після прямого допиту протилежній стороні кримінального провадження надається можливість перехресного допиту свідка. Під час перехресного допиту дозволяється ставити навідні запитання. Право на перехресний допит зумовлюється необхідністю забезпечення принципу безпосередності дослідження доказів, що дає стороні можливість з'ясувати всі обставини, які вона вважає важливими для вирішення справи, уточнити показання свідка та поставити під сумнів ті чи інші повідомлення особи або її репутацію. Зроблено висновок, що оцінка допустимості доказів у судовому провадженні відіграє головну роль у вирішенні кримінального провадження по суті та є передумовою винесення законного, обґрунтованого та вмотивованого судового рішення. Вирішення окреслених проблемних питань сприятиме виконанню завдань кримінального провадження та забезпечить додержання конституційних прав усіх його учасників.*

**Ключові слова:** допустимість доказів, очевидно недопустимий доказ, безпосередність дослідження судом доказів, показання з чужих слів.

**Постановка проблеми.** Перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини і громадянина в кримінальному процесі та ухвалення законного і справедливого рішення у кримінальному провадженні. Саме суд відіграє в цьому процесі вирішальну роль, оскільки суддя приймає рішення на підставі оцінки допустимості, достовірності, достатності та належності доказів, які надали йому сторони на підтвердження своїх правових позицій. Разом із тим у визначенні допустимості доказів існує ряд дискусійних питань, які потребують вирішення з урахуванням судової практики. Серед них визначення поняття «очевидно недопустимий доказ», визнання допустимості як доказів показань з чужих слів, а також проблемні аспекти безпосередності дослідження судом доказів. Зазначене зумовлює актуальність даної наукової статті.

**Стан дослідження.** Питання допустимості доказів у кримінальному провадженні завжди викликали великий науковий інтерес та досліджувалися такими вченими-процесуалістами, як Р. С. Бєлкін, В. В. Вапнярчук, Т. В. Ворфоломєєва, Ю. М. Грошевий, Т. М. Добровольська, О. В. Капліна, Л. М. Лобойко, В. З. Лукашевич, В. Т. Нор, О. С. Осетрова, В. М. Савицький, С. М. Стахівський, О. М. Толочко, В. В. Тютюнник, Ф. Н. Фаткуллін, О. Г. Шило, М. Є. Шумило тощо.

**Метою статті** є дослідження проблемних питань допустимості доказів у судовому провадженні з урахуванням судової практики.


© В. Дрозд, 2020

**Виклад основного матеріалу.** Кримінальний процесуальний закон не дає вичерпного переліку підстав, за наявності яких докази мають визнаватися недопустимими, натомість надає право суду вирішувати питання їх допустимості чи недопустимості у порядку, передбаченому ст. 89 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України). Зокрема, питання допустимості доказів вирішує суд під час їх оцінки в нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення. Сторони кримінального провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, мають право під час судового розгляду подавати клопотання про визнання доказів недопустимими, а також наводити заперечення проти визнання доказів недопустимими [1].

Одним із дискусійних питань є порядок визнання доказів очевидно недопустимими. Так, відповідно до ч. 2 ст. 89 КПК України, у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду суд визнає цей доказ недопустимим, що тягне за собою неможливість дослідження такого доказу або припинення його дослідження в судовому засіданні, якщо воно було розпочате. Тобто в даному випадку суд може на будь-якому етапі судового розгляду визнати доказ недопустимим, що сприятиме більш швидкому розгляду кримінального провадження. Але поняття «очевидно недопустимий доказ» має оціночний характер, адже кримінальним процесуальним законом воно не надано.

У даному випадку, вважаємо, можливо застосовувати положення ст. 90 КПК України щодо преюдиціальності судових рішень. Дослідження судової практики з цього питання дозволяє визначити, що, по-перше, вирішення питання про визнання доказу очевидно недопустимим відбувається з ініціативи сторін кримінального провадження, здебільшого сторони захисту (що цілком відповідає принципу змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів та у доведенні перед судом їх переконливості); по-друге, ознака очевидності чи неочевидності допустимості певного доказу є оціночним поняттям, і вирішення цього питання належить виключно до дискреційних повноважень суду; по-третє, суди вважають, що для встановлення очевидної недопустимості доказів необхідно їх досліджувати у взаємозв'язку з іншими доказами, тому доцільно вирішувати зазначене питання під час прийняття остаточного рішення у справі; по-четверте, жоден доказ обвинувачення чи захисту не має наперед визначеної сили, та їх оцінка має ґрунтуватись на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального правопорушення [2–5].

Розглянемо більш детально визначення «очевидно недопустимий доказ». Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ відносить до очевидно недопустимих доказів: 1) відомості, матеріали та інші фактичні дані, отримані органом досудового розслідування в непередбаченому процесуальним законом порядку чи з його порушенням; 2) відомості, матеріали та інші фактичні дані, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК). При цьому сторони мають доводити «очевидну недопустимість доказів», зокрема, шляхом надання суду відповідних відомостей, заслуховуванням думки експерта, спеціаліста тощо [6].

У доктрині кримінального процесу існують різні наукові погляди на це питання. Зокрема, А. В. Панова вважає, що очевидна недопустимість є якісною характеристикою допущених порушень передбаченого законом порядку доказування в кримінальному провадженні. Її сутність полягає в тому, що такі порушення є безсумнівними, безперечними і саме в силу цього не потребують здійснення їх перевірки і зіставлення з іншими доказами, наданими учасниками судового провадження. Такі порушення процесуальної форми можуть бути пов'язані не тільки з істотним порушенням прав і свобод людини, а і з будь-яким іншим недотриманням правил допустимості доказів. До таких доказів А. В. Панова відносить здійснення досудового розслідування щодо неповнолітнього без участі захисника; здійснення слідчих (розшукових) дій працівником оперативного підрозділу без доручення слідчого; проведення слідчих (розшукових) дій за межами строків досудового розслідування [7, с. 175].

О. В. Литвин зазначає, що очевидно недопустимими доказами є докази, які: 1) отримані органом досудового розслідування в не передбаченому процесуальним законом порядку; 2) отримані органом досудового розслідування з порушенням передбаченого процесуальним законом порядку; 3) докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК України) [8, с. 357].

На нашу думку, найбільш повне визначення очевидно недопустимих доказів надано М. І. Шевчуком, який вважає, що такі докази у будь-якому разі в результаті їх оцінки визнаються судом недопустимими. Зокрема, 1) докази, які отримані внаслідок істотного

порушення прав і свобод людини, гарантованих нормами Основного Закону України, нормами кримінального процесуального законодавства України, а також міжнародними стандартами захисту прав людини; 2) докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини; 3) докази, отримані органами досудового розслідування в не передбаченому процесуальним законом порядку; 4) докази, на недопустимість яких вказується в кримінальному процесуальному законодавстві України [9, с. 210-211].

Щодо моменту визнання доказів очевидно недопустимими зазначимо, що, з одного боку, таке визнання на будь-якому етапі судового розгляду дозволяє пришвидшити процес розгляду кримінального провадження, але, з іншого боку, кожний доказ повинен досліджуватися та оцінюватися не окремо, а у взаємозв'язку з іншими доказами, тому більш доцільно вирішувати це питання під час прийняття рішення у кримінальному провадженні, адже відповідно до ч. 1, 3 ст. 370 КПК України судове рішення повинно бути законним, обґрунтованим і вмотивованим. Обґрунтованим є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до ст. 94 КПК України.

Наступним важливим питанням під час визначення допустимості доказів є необхідність їх безпосереднього дослідження судом. Частиною 1 ст. 23 КПК України встановлено, що суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно. Відповідно до ч. 4 ст. 95 КПК України, суд може ґрунтувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання або отримав у порядку, передбаченому ст. 225 КПК України. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них [1].

Звернемося до судової практики. Так, у кримінальному провадженні було проведено пред'явлення особи для впізнання за участю свідка. Відповідно до протоколу вказаної слідчої дії свідок впізнав обвинуваченого як особу, яку він підвозив разом з іншим обвинуваченим 15 липня 2015 року із с. Залізний Порт в с. Зеленівка та назад. Крім того, судом першої інстанції також установлено, що того ж дня органом досудового розслідування було проведено пред'явлення особи для впізнання за участю потерпілих, які впізнали обвинуваченого як особу, яка разом з іншим обвинуваченим вчинила на них розбійний напад. Разом із тим в ході судового розгляду в суді першої інстанції свідок надав показання, згідно з якими він не впізнав засудженого та заперечив той факт, що саме його він підвозив 15 липня 2015 року. Одночасно в судовому засіданні потерпілі надали показання, якими заперечили факт впізнання засудженого, пояснивши, що розбійний напад стосовно них останній не вчиняв і раніше вказували на нього помилково. Заслухавши показання свідка та потерпілих, місцевий суд відповідно до вимог ч. 4 ст. 95 КПК України взяв їх до уваги та поклав в основу свого рішення, а протоколи пред'явлення особи для впізнання від 16 липня 2015 року за участю вказаних осіб суд ухвалив не приймати як доказ та не враховувати під час постановлення рішення [10].

Схожа ситуація склалася також в іншому кримінальному провадженні. Дії обвинуваченого органом досудового розслідування кваліфіковано за ч. 3 ст. 368 КК як умисні, що виразились в одержанні службовою особою, яка займає відповідальне становище, неправомірної вигоди за вчинення такою службовою особою в інтересах того, хто надає неправомірну вигоду, будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища, поєднаних із вимаганням. Районним судом постановлено виправдувальний вирок у зв'язку з відсутністю події кримінального правопорушення, передбаченого ч. 3 ст. 368 КК України. На підставі безпосереднього дослідження в суді показань обвинуваченого та свідків суд визнав такими, що не підтверджують пред'явленого виправданому обвинувачення, адже кожен з допитаних свідків під час судового розгляду пояснив суду (а стороною обвинувачення не було доведено протилежного), що виправданий у них грошей (неправомірну вигоду) не вимагав, їм нічого не було відомо про таку його вказівку. Крім цього, судом визнано недопустимими й інші докази, зокрема протокол обшуку, огляду грошових купюр та мобільних телефонів, протоколи НС(Р)Д [11].

В іншому кримінальному провадженні Верховним Судом встановлено порушення судом апеляційної інстанції принципу безпосередності дослідження доказів у суді, на підставі чого ухвалу апеляційного суду скасовано та призначено новий судовий розгляд у суді апеляційної інстанції [12, с. 88-89].

Проблемним питанням, що має неоднозначне тлумачення, є визначення допустимим доказом показань з чужих слів. Відповідно до ч. 1 ст. 97 КПК України, показаннями з чужих слів є висловлювання, здійснене в усній,

письмовій або іншій формі, щодо певного факту, яке ґрунтується на поясненні іншої особи. Суд має право визнати допустимим доказом показання з чужих слів незалежно від можливості допитати особу, яка надала первинні пояснення, у виняткових випадках, якщо такі показання є допустимим доказом згідно з іншими правилами допустимості доказів. При цьому, приймаючи це рішення, суд зобов'язаний враховувати: 1) значення пояснень і показань (у разі їх правдивості) для з'ясування певної обставини і їх важливість для розуміння інших відомостей; 2) інші докази щодо питань, передбачених пунктом 1 цієї частини, які подавалися або можуть бути подані; 3) обставини надання первинних пояснень, які викликають довіру щодо їх достовірності; 4) переконливість відомостей щодо факту надання первинних пояснень; 5) складність спростування пояснень, показань з чужих слів для сторони, проти якої вони спрямовані; 6) співвідношення показань з чужих слів з інтересами особи, яка надала ці показання; 7) можливість допиту особи, яка надала первинні пояснення, або причини неможливості такого допиту [1].

Але під час розгляду в суді кримінальних проваджень постає питання щодо того, чи є показання, в яких передаються висловлення іншої особи, показаннями з чужих слів у значенні ст. 97 КПК України. З цього приводу Верховним Судом висловлено позицію, що в такому випадку необхідно встановити, чи надаються або використовуються ці висловлювання іншої особи для доведення існування того факту, про який ідеться в цьому переданому висловлюванні. При цьому Верховний Суд зазначив, що показання, які містять висловлювання іншої особи, надані з іншою метою, наприклад, для доведення того, що інша особа висловилася саме так за певних обставин, не можуть вважатися показаннями з чужих слів відповідно до статті 97 КПК України, оскільки у такому разі вони є повідомленням про факт висловлювання, який свідок безпосередньо спостерігав.

Так, у справі № 441/845/17 особу засуджено за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 115 КК України та ч. 1 ст. 129 КК України. Суд апеляційної інстанції залишив вирок без змін. Натомість засуджений та його захисник у касаційній скарзі стверджували, що висновки суду про кваліфікуючу ознаку вбивства – особливу жорстокість – ґрунтуються на припущеннях та показаннях свідка, недопустимих у силу статті 97 КПК України. Верховний Суд відмовив у задоволенні касаційної скарги, зазначивши, що вислови, які потерпіла чула від дитини, певним чином можуть підтверджувати той факт, що засуджений завдав ударів у присутності свого сина, який був свідком вчинення злочину. Однак ця обставина підтверджується не лише цим доказом, а й іншими доказами, в тому числі показаннями самого засудженого. Таким чином, ці показання, навіть якщо вважати їх показаннями для доведення факту присутності дитини під час убивства, можуть бути визнані допустимими з урахуванням критеріїв, передбачених п. 3 та 4 ч. 2 та ч. 6 ст. 97 КПК України. Виходячи з цього, Суд відхилив доводи в касаційних скаргах, що стосуються використання показань із чужих слів [13].

Також Верховним Судом визнано допустимим доказом показання з чужих слів у кримінальному провадженні за ч. 1 ст. 125, ч. 2 ст. 156 КК України. Так, за вироком суду першої інстанції чоловіка визнано винним та засуджено за те, що він 13 серпня 2016 року, приблизно о 19 год 30 хв, перебуваючи в стані алкогольного сп'яніння, маючи умисел на спричинення тілесних ушкоджень, усвідомлюючи суспільно небезпечний характер свого діяння, вік та фізичний стан малолітньої особи, передбачаючи можливість настання суспільно небезпечних наслідків, вчинив щодо неї розпусні дії сексуального характеру з метою задоволення своєї статевої пристрасті, чим спричинив потерпілій легкі тілесні ушкодження.

Ухвалою Запорізького апеляційного суду від 10 квітня 2019 року вирок Заводського районного суду міста Запоріжжя від 19 грудня 2018 року залишено без змін. У касаційній скарзі засуджений просить скасувати вирок Заводського районного суду міста Запоріжжя від 19 грудня 2018 року та ухвалу Запорізького апеляційного суду від 10 квітня 2019 року та призначити новий розгляд у суді першої інстанції, посилаючись на істотне порушення вимог кримінального процесуального закону судом першої та апеляційної інстанції. Засуджений стверджує, що суд першої інстанції порушив його право на справедливий суд, оскільки відмовив стороні захисту у допиті малолітньої потерпілої, порушивши право на перехресний допит. Верховним Судом зазначено, що допит потерпілої було визнано судом неможливим і її показання не могли безпосередньо сприйматися в судовому засіданні, тому суд першої інстанції згідно з вимогами ст. 97 КПК України обґрунтовано поклав в основу обвинувального вироку, окрім інших показань та письмових документів, показання свідків, яким стали відомі обставини події як зі слів потерпілої, так і зі слів її законного представника.

Судом визнано безпідставними доводи касаційної скарги засудженого щодо порушення вимог КПК України у частині відмови у допиті малолітньої потерпілої. Так, у суді першої інстанції був допитаний свідок, яка працює практичним психологом в інтернаті «Світанок» та була залучена для участі у допиті малолітньої потерпілої під час досудового розслідування. У судовому засіданні 31 травня 2018 року вона заявила, що як психолог заперечує проти допиту дитини. Законний представник потерпілої також заперечувала про допит її дитини в судовому засіданні. На підставі цього Верховний Суд вважає, що доводи засудженого про порушення його права на допит малолітнього свідка є безпідставними, оскільки судами попередніх інстанцій встановлено, що допит малолітньої потерпілої може привести до травмування психіки та негативних наслідків для дитини, про які заявили її законний представник та психолог.

Як бачимо, в даному випадку хоча формально такі показання не підпадають під дію ст. 97 КПК України, оскільки серед випадків, в яких суду надається право визнати неможливим допит особи, відсутня така підстава, як неможливість допиту малолітньої особи на підставі можливого негативного впливу на психічний розвиток, але судова практика складається таким чином, що в інтересах малолітніх осіб, які є потерпілими або свідками кримінальних правопорушень, їхні показання безпосередньо не досліджуються, а допитуються інші особи, і показання визнаються показаннями з чужих слів. Оскільки, як зазначає Верховний Суд, засаді безпосередності, як і будь-якій іншій загальній засаді, притаманна певна гнучкість у застосуванні в конкретних обставинах. Вказане кореспондується з правовою позицією Верховного Суду, викладеною в постанові від 19 листопада 2019 року у справі № 750/5745/15-к (провадження № 51-10195 км 18) [14].

Зазначене відповідає міжнародним документам у сфері захисту прав дитини. Так, згідно з ч. 1 ст. 1 Конвенції Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства, кожна Сторона вживає необхідних законодавчих або інших заходів для захисту прав й інтересів жертв, у тому числі їхніх особливих потреб як свідків, на всіх стадіях розслідування та кримінального провадження, зокрема шляхом забезпечення уникнення контакту між жертвами та правопорушниками в суді та приміщеннях правоохоронних органів, крім випадків, коли компетентні органи встановлять інше в найкращих інтересах дитини або коли розслідування чи провадження вимагають такого контакту [15].

Відповідно до п. 68, 72 Керівних принципів Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей, прийнятих Комітетом міністрів Ради Європи 17.11.2010 року, слід уникати прямого контакту, протистояння або спілкування дитини-жертви або дитини-свідка з підозрюваним, наскільки це можливо, якщо тільки дитина-жертва не вимагає цього [16].

Крім цього, у вищезазначеному кримінальному провадженні засуджений наголошує, що внаслідок відмови суду від допиту малолітньої потерпілої порушено його право на перехресний допит. Зазначене право закріплене у підпункті «d» пункту 3 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, положення якої за змістом ч. 2 ст. 1 КПК є нормами кримінального процесуального законодавства України як міжнародного договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Так, згідно з підп. «d» п. 3 ст. 6 Конвенції, кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має право щонайменше допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали, а також вимагати виклику й допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення. Та відповідно до ч. 7 ст. 352 КПК України після прямого допиту протилежній стороні кримінального провадження надається можливість перехресного допиту свідка. Під час перехресного допиту дозволяється ставити навідні запитання. Право на перехресний допит зумовлюється необхідністю забезпечення принципу безпосередності дослідження доказів, що дає стороні можливість з'ясувати всі обставини, які вона вважає важливими для вирішення справи, уточнити показання свідка та поставити під сумнів ті чи інші повідомлення особи або її репутацію.

На переконання Верховного Суду, перехресний допит у суді малолітньої дитини допустимий лише у виняткових випадках. Аналізуючи обмеження права захисту засудженого у співвідношенні сумісності з гарантіями ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, колегія суддів Верховного Суду зазначає, що у даному провадженні суди взяли до уваги показання потерпілої, виконавши вимоги, сформовані прецедентною практикою Європейського Суду з прав людини: вжито максимальних заходів для встановлення необхідності забезпечення явки малолітньої потерпілої до суду; підтверджено показання малолітньої потерпілої іншими доказами; відсутність свідка через поважну причину, а саме обтяжливість

допиту малолітньої потерпілої, що, на думку колегії суддів Верховного Суду, суперечило б змісту та меті цієї процесуальної дії [17].

Відповідно до ч. 3 ст. 97 КПК України, суд має право визнати неможливим допит особи, якщо вона: 1) відсутня під час судового засідання внаслідок смерті або через тяжку фізичну чи психічну хворобу; 2) відмовляється давати показання в судовому засіданні, не підкоряючись вимозі суду дати показання; 3) не прибуває на виклик до суду, а її місцезнаходження не було встановлено шляхом проведення необхідних заходів розшуку; 4) перебуває за кордоном та відмовляється давати показання [1].

Так, наприклад, у кримінальному провадженні за обвинуваченням особи у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 121 КК України, показання з чужих слів визнано судом допустимим доказом (показання потерпілої та свідка) у зв'язку з тим, що потерпілий помер. Тобто в даному випадку зазначені показання надані його дружиною, яка є потерпілою в кримінальному провадженні, та донькою, яка є свідком. При цьому їхні показання узгоджуються з іншими доказами у кримінальному провадженні [18].

Показання з чужих слів не може бути допустимим доказом факту чи обставин, на доведення яких вони надані, якщо показання не підтверджується іншими доказами, визнаними допустимими (ч. 6 ст. 97 КПК України) [1]. Так, у кримінальному провадженні за ч. 2 ст. 307 КК України суд не визнав допустимим доказом показання з чужих слів свідків, оскільки вони не можуть бути використані на доведення самого твердження про збут наркотичних засобів під час оперативних закупок, оскільки вони не були безпосередніми очевидцями цих подій, а про вказане їм відомо лише з чужих слів – пояснень під час оперативних закупок [19].

**Висновки**

Таким чином, оцінка допустимості доказів у судовому провадженні відіграє головну роль у вирішенні кримінального провадження по суті та є передумовою винесення законного, обґрунтованого та вмотивованого судового рішення. Вирішення окреслених проблемних питань сприятиме виконанню завдань кримінального провадження та забезпечить додержання конституційних прав усіх його учасників.

**Список використаних джерел:**

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 року № 4651-VI/ URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 (дата звернення: 15.07.2020).

2. Ухвала Северодонецького міського суду Луганської області від 27.02.2020 року (справа № 428/8221/19). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/87937684 (дата звернення: 15.07.2020).

3. Ухвала Першотравневого районного суду м. Чернівці від 21.01.2020 року (справа № 727/6518/17). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/87299182 (дата звернення: 15.07.2020).

4. Ухвала Гадяцького районного суду Полтавської області від 18.02.2020 року (справа № 532/308/15-к). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/87778426 (дата звернення: 15.07.2020).

5. Ухвала Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 21.01.2020 року (справа № 359/2218/18). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/87222238 (дата звернення: 15.07.2020).

6. Про деякі питання порядку здійснення судового розгляду в судовому провадженні у першій інстанції відповідно до Кримінального процесуального кодексу України : інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 05.10.2012 р. URL: http://sc.gov.ua/ua/2012_rik.html (дата звернення: 15.07.2020).

7. Панова А.В. Визнання доказів недопустимими в кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2016. 226 с.

8. Литвин О.В. Деякі питання порядку визнання судом недопустимості доказів у стадії судового розгляду. *Порівняльно-аналітичне право*. 2013. № 3-1. С. 356-358.

9. Шевчук М.І. Визнання доказів недопустимими: право суду чи обов'язок. *Право і суспільство*. 2017. № 4. Ч. 2. С. 207-215.

10. Постанова Верховного суду від 05.03.2020 року (справа № 666/5448/15-к). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88103418 (дата звернення: 15.07.2020).

11. Постанова Верховного Суду від 03.02.2020 року (справа № 461/3138/17). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87424239 (дата звернення: 15.07.2020).

12. Тижневий огляд судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду за період з 27.05.2019 по 31.05.2019. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_KKS_27_05_19.pdf?fbclid=IwAR2Z-o7ofhiIJxTI1KPYVuueMDPG-MBxU4SAwUx9yK1QT16baKGbZJg3L74 (дата звернення: 15.07.2020).

13. Постанова Верховного Суду від 19.11.2019 року (справа № 441/845/17). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/85934761?fbclid=IwAR35qetlrA36E_rB37ktT1jYb7HmAnLorTT5aZofj8C5k5wYDWQ-imemtd4 (дата звернення: 15.07.2020).

14. Постанова Верховного Суду від 04.03.2020 року (справа № 332/2216/17). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/88103419 (дата звернення: 15.07.2020).

15. Конвенція Ради Європи про захист дітей від сексуальної експлуатації та сексуального насильства від 25.10.2007 року : ратифікована Верховною Радою України 20.06.2012 року. URL: https://

zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_927#Text (дата звернення: 25.07.2020).

16. Керівні принципи Комітету міністрів Ради Європи щодо правосуддя, дружнього до дітей від 17.11.2010 року. URL: https://rescentre.org.ua/dytyna-svidok/kerivni-printsipi-komitetu-ministriv-radi-ievropi-schodo-sudochinstva-druzhniogo-ditini (дата звернення: 25.07.2020).

17. Постанова Верховного Суду від 04.03.2020 року (справа № 332/2216/17). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/88103419 (дата звернення: 25.07.2020).

18. Постанова Верховного Суду від 30.05.2019 (справа № 572/843/17). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/82157191 (дата звернення: 15.07.2020).

19. Вирок Кіровського районного суду м. Кировограду від 30.10.2018 року (справа № 404/431/18). URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/77481133 (дата звернення: 25.07.2020).

**Valentyna Drozd. Problematic issues of admissibility of evidence in court proceedings**

*The purpose of the article is to study the problematic issues of admissibility of evidence in court proceedings, taking into account case law. Based on examples from judicial practice, the article examines the problematic aspects of determining by the court admissibility of evidence; the concept of "obviously inadmissible evidence" has been investigated and cases have been identified in which evidence is obviously inadmissible; examples of recognition of evidence as unacceptable on the basis of discrepancies between the data of the pre-trial investigation and the direct examination of the evidence by the court are given; The problematic aspects of admissibility of testimony from other people's words are clarified. It is emphasized that one of the debatable issues is the procedure for declaring evidence obviously inadmissible. Thus, in the case of establishing the obvious inadmissibility of evidence during the trial, the court finds this evidence inadmissible, which entails the impossibility of examining such evidence or terminating its examination in court, if it was initiated. That is, in this case, the court may, at any stage of the trial, declare the evidence inadmissible, which will facilitate a faster trial. But the notion of "obviously inadmissible evidence" is of an evaluative nature, as it is not provided by the criminal procedure law. It was found that after direct interrogation, the opposite party to the criminal proceedings was given the opportunity to cross-examine the witness. It is permissible to ask leading questions during cross-examination. The right to cross-examination is conditioned by the need to ensure the principle of direct examination of evidence, which allows the party to clarify all the circumstances that it considers important for the case, clarify the testimony of a witness and question certain reports of the person or his reputation. It is concluded that the assessment of the admissibility of evidence in court proceedings plays a major role in resolving criminal proceedings on the merits and is a prerequisite for a lawful, reasonable and reasoned court decision. The solution of the outlined problematic issues will facilitate the fulfillment of the tasks of the criminal proceedings and will ensure the observance of the constitutional rights of all its participants.*

**Key words:** admissibility of evidence, obviously unacceptable evidence, the immediacy of the court's examination of evidence, testimony from other people's words.

УДК 343.137
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.46

***Олександр Рибалка,***
*канд. юрид. наук, доцент,*
*адвокат*
*Ради адвокатів Черкаської області*

# ТЕОРЕТИЧНІ ЗАСАДИ ДОКАЗУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

*У статті проаналізовано питання щодо поняття і структури доказування, концептуальних проблем, пов'язаних із доказуванням у кримінальному процесі.*

*З'ясовано, що доказування як процедура отримання доказів і їх застосування, що має на меті відтворення картини події, яка досліджується, є засобом здобутку цілей кримінального судочинства, що має на меті захист прав і законних інтересів учасників кримінального судочинства, розкриття злочинів і недопустимість покарання невинуватих. Вирішення судом правових конфліктів за межами доказової діяльності унеможливлює реалізацію судової влади. Отже, на думку більшості науковців, інститут доказів і доказування був і залишатиметься однією із засад кримінального процесу.*

*Також з'ясовано, що об'єктивних причин для зміни сформованого в теорії кримінального процесу поняття, за яким доказування – це і є пізнання обставин справи, що визначається в особливій процесуальній формі, немає. Доказування означає пізнавальну діяльність уповноважених суб'єктів і є специфічним юридичним, процесуальним терміном.*

*Доказування в кримінальному процесі є специфічним видом кримінально-процесуального пізнання, може визначатися як діяльність прокурора, слідчого, начальника слідчого відділу, органу дізнання, особи, яка провадить дізнання, основою якої є практичні дії та логічно-аналітичні операції, що проводяться з метою збирання, перевірки й оцінювання доказів для відповідного обґрунтування та мотивування процесуальних рішень з метою визначення істини в кримінальному провадженні та вирішення завдань кримінального судочинства.*

*У кримінально-процесуальному доказуванні різною мірою беруть участь усі суб'єкти правових відносин, що при цьому відбуваються. Можна також визначити, що повною мірою на всіх етапах доказування його суб'єктами є лише відповідні державні органи та посадові особи, а також ті учасники процесу, участь яких зумовлена власним інтересом у справі, а також сторона захисту (представники сторін). Саме у зв'язку з діяльністю цих суб'єктів утворюється зміст процесу кримінально-процесуального доказування.*

**Ключові слова:** доказування, докази, кримінальне судочинство, суб'єкти доказування, збирання доказів, оцінка доказів, перевірка доказів.

**Постановка проблеми.** Єдиним засобом досягнення цілей кримінального судочинства є доказування, що трактується як процес одержання доказів, їх використання, що має на меті відтворення дійсної картини події, яка досліджується, захист прав і законних інтересів осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві, розкриття злочинів, недопустимість покарання невинуватих. З'ясування та вирішення судом правових суперечок за межами доказової діяльності, тобто реалізація судової влади, неможливі. У зв'язку з цим питання доказів і доказування, на думку більшості науковців, є й залишаються основою кримінального процесу.

Пізнання є невід'ємною філософською основою поняття доказування.

Із цією обставиною пов'язані теоретичні суперечки щодо співвідношення цих понять, змісту і структури доказування, кола суб'єктів та обов'язку доказування, особливостей його реалізації на різних стадіях процесу тощо.

Свого часу до розгляду й наукового аналізу проблем доказування зверталися такі учені, як С. Альперт, Ю. Аленін, В. Бахін, А. Бєлкін, Т. Варфоломєєва, Г. Горський, Ю. Грошевий, М. Гошовський, А. Дубинський, А. Іщенко, Ц. Каз, О. Капліна, Н. Карпов, Л. Кокорєв, Ф. Кудін, О. Ларін, Є. Лук'янчиков, В. Маляренко, М. Михеєнко, В. Нор, Н. Обрізан, І. Петрухін, М. Погорецький, В. Попелюшко, В. Савицький, С. Стахівський, Ю. Стецовський, Л. Удалова, С. Шейфер, В. Шепітько, М. Шумило та ін. Фундаментальною основою для досягнення цілей, що стоять перед сторонами кримінального процесу, є доказування, саме завдяки процесу доказування сторони повністю реалізовують у кримінальному процесі свої законні інтереси, а сторо-

© О. Рибалка, 2020

ною обвинувачення повною мірою виконуються завдання щодо швидкого й повного розкриття злочину, викриття винних.

**Метою статті** є дослідження теоретичних основ поняття і структури доказування, концептуальних проблем, пов'язаних із доказуванням у кримінальному процесі.

**Виклад основного матеріалу.** У теорії доказів протягом тривалого часу закріплено уявлення про доказування як різновид пізнання обставин злочину, які мають значення для розслідування злочину та провадження в кримінальній справі, що характеризується єдністю двох взаємопов'язаних ступенів пізнання чуттєвого (безпосереднього) й раціонального (опосередкованого) [1, с. 280–287]. Ці закономірності не заперечують наявності суттєвих особливостей кримінально-процесуального доказування, що дає можливість погодитися з тими авторами, які підкреслюють, що процедура кримінально-процесуального доказування є специфічною процесуальною методологією пізнання уповноваженими законом суб'єктами відповідного об'єкта дослідження [2, с. 4–6].

Так, на думку С. Алексєєва, доказування (у широкому значенні) – це діяльність суб'єктів, що спрямована на встановлення за допомогою доказів істинності обставин справи. Сюди автором включені збирання, перевірка й оцінювання доказів. У вузькому ж розумінні автор розглядає доказування як обґрунтування сформульованих доводів і заперечень, переконання в їхній істинності тих чи інших осіб [3, с. 247–248].

Обов'язок доказування, що покладається на визначених суб'єктів доказування, прийнято трактувати у двох значеннях – як обов'язок збирати, перевіряти й оцінювати докази з метою встановлення істини, а також як обов'язок обґрунтовувати свої висновки за допомогою доказів.

У літературі з кримінального процесу поняття доказування тлумачиться неоднозначно, незважаючи на вирішальну роль у встановленні обставин злочину. Велика кількість наукових досліджень цієї проблеми за різних часів лише ще більше підкреслює її постійну актуальність. Передусім недостатньо дослідженим, очевидно, можемо визнати власне поняття «доказування».

Здебільшого кримінально-процесуальне доказування розглядають як практичну діяльність уповноважених законом суб'єктів, яка відбувається в особливій процесуальній формі шляхом збирання, перевірки й оцінювання доказів [4, с. 14].

Деякими процесуалістами розглядається процесуальне закріплення доказів як самостійний елемент процесу доказування. Відомий український процесуаліст М. Гродзинський, наприклад, уважав, що доказування – це діяльність слідчо-судових і прокурорських органів зі збирання, закріплення й оцінювання доказів [5, с. 117].

Можемо відзначити, що процесуальне закріплення фактичних даних не вважається самостійним елементом доказування, тому що воно є складником будь-якої слідчої дії, що проводиться з метою збирання чи перевірки доказів. Збирання доказів у процесуальних джерелах прийнято розглядати як врегульовану Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України діяльність уповноважених суб'єктів з виявлення й фіксації в процесуальних документах і додатках до них матеріальних та ідеальних слідів злочину або іншої доказової інформації.

У світі не існує готових доказів, тому слідчий під час провадження слідчих дій, виявляючи належну до справи інформацію (сліди злочину) і фіксуючи її в процесуальних актах, зайнятий формуванням доказів і їх процесуальних джерел.

Так, ще І. Бентам указував, що в доказі є щось оманливе; видається, що нібито предмет, який так називається, має достатню силу, щоб йому довіряли; але під цим словом треба розуміти тільки засіб, котрий використовується для встановлення істинності факту, засіб, який може виявитися й поганим, і гарним, і повним, і недостатнім [6, с. 204].

Уважаємо за необхідне підкреслити, що передумови подальшої повної, усебічної, об'єктивної перевірки доказів створюються вже в процесі їх збирання, як і під час перевірки необхідні умови для розвитку подальшого процесу пізнання обставин злочину та забезпечення можливості оцінювання сукупності доказів у кримінальній справі. Процес перевірки доказів умовно можна розділити на практичні (слідчі) дії з пошуку нових доказів, а також логічні операції (аналіз і синтез) з дослідження зібраних доказів. Відповідно до ч. 1 ст. 94 КПК України, слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з погляду належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з погляду достатності й взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Вищевказане дає можливість охарактеризувати збирання й перевірку доказів як певні етапи формування фактичної основи процесу доказування. Це застосовується під

час формування процесуальних актів, де встановлюються обставини за допомогою логічного використання доказів, що мають значення для кримінального провадження, а також обґрунтування й мотивування процесуальних рішень, що є наслідком установлених і досліджених обставин.

Практична діяльність зі збирання та перевірки доказів і процесуальне доказування, а також відмінність між ними здавна досліджуються фахівцями. Юристи XIX ст.: І. Бентам, Л. Володимиров, І. Фойницький, М. Розін та інші – під доказуванням розуміють саме логічні операції з використання доказів в обґрунтуванні процесуальних рішень перед судом, хоча при цьому підкреслюють важливу роль процесуального збирання й перевірки доказів як «одної з гарантій судової достовірності».

Так, Л. Володимиров уважав, що доказом є будь-який факт, який має призначення викликати в судді переконання в існуванні або неіснуванні будь-якої обставини, що становить предмет судового дослідження. Кримінальний доказ отримує значення судового, коли він має юридичні ознаки, які вимагаються законом. Такі ознаки даються встановленими способами збирання й використання доказів [7, с. 133–134]. Отже, поняття доказу (доказування) принципово визначається не його пошуковою спрямованістю, а його призначенням – бути знаряддям обґрунтування встановленого.

На думку В. Арсеньєва, Я. Мотовиловкера, М. Михеєнка та інших, доказування має два різновиди: а) «процесуальне доказування», або доказування як дослідження фактичних обставин, тобто діяльність відповідних органів та осіб зі збирання, перевірки й оцінювання доказів; б) «логічне доказування», тобто логічне та процесуальне обґрунтування певної тези, твердження, висновків у справі.

Так, В. Савицький визначає сутність доказування виключно як обґрунтування певного твердження, тези, водночас уважаючи, що необхідно рахуватися також із традиційним ототожненням у юриспруденції доказування та практичної діяльності з формування й перевірки доказів, а також із тим, що в кримінальному процесі термін «доказування» вживається в обох значеннях [8, с. 149–153].

Отже, якщо в процесі формування й перевірки доказів метою є створення властивих засобів (доказів), то в процесі доказування обставин злочину ці засоби мають застосовуватися шляхом аргументації, обґрунтування ними певних тез (висновків, процесуальних рішень). Відбувається це під час доказування, у відмінних процесуальних формах (у постановах, обвинувальних актах, ухвалах, вироках суду) і лише за допомогою раціонального (опосередкованого) пізнання, через аналіз достатності сукупності доказів для прийняття процесуальних рішень та обґрунтування певних тез.

Під час збирання доказів і встановлення результатів слідчих дій слідчий (особа, яка провадить дізнання) здійснює пізнання для всієї системи суб'єктів, у якій є й сторона обвинувачення, і сторона захисту, і суд. Щодо переконання їх у правильності своїх висновків слідчим і проводяться вищевказані дії, що мають спрямування на переформатування «істини в собі» на «істину для всіх».

Отже, обґрунтування правильності висновків, тобто доказування в логічному (вузькому) аспекті, лише завершується складанням підсумкового процесуального акта (повідомлення про підозру, обвинувальний акт), воно бере свій початок і триває під час отримання знань, тобто в процесі збирання й перевірки доказів.

Оскільки процес доказування не обмежується лише логічними операціями з обґрунтування висновків, а містить у собі пізнавальну діяльність, що пов'язана з отриманням фактів для обґрунтування, тобто доказів, важливим є з'ясування того, як саме в кримінальному провадженні з'являються ці факти, тобто докази.

На думку С. Шейфера, формування доказів передусім має зміст у перетворенні первинної доказової інформації, тобто інформації, що вилучається суб'єктом доказування зі слідів, залишених подією [9, с. 33]. Тому можна стверджувати, що збирання, точніше, формування доказів – це комплекс операцій, що здійснюється суб'єктом доказування, що полягають у виявленні носіїв інформації, її сприйнятті й перетворенні в належну процесуальну форму (форму показань, висновків експерта тощо).

Фінальним елементом формування доказів є їх фіксація. Саме із цього моменту відбувається об'єктивізація сприйнятих суб'єктом доказування даних, вони закріплюються за допомогою передбачених законом засобів фіксації.

На думку М. Строговича, поки доказ не розглянутий і не закріплений процесуально, не можна стверджувати, що доказ дійсно виявлений, оскільки ще не відомо, що саме виявлено та чи дійсно є доказом те, що виявлено [10, с. 302].

Отже, доказування в кримінальному судочинстві – це врегульований нормами кримінально-процесуального права процес набуття істинних знань про подію та обставини злочину.

**Висновки**

Причин для перегляду сформованого в теорії кримінального процесу поняття, відповідно до якого доказування – це і є пізнання обставин справи, що проявляється в особливій процесуальній формі, немає. Доказування є специфічним юридичним, процесуальним терміном, що означає пізнавальну діяльність уповноважених суб'єктів. Саме завдяки такому визначенню кримінально-процесуального доказування відбувається запобігання як виключення з доказування практичних операцій з формування доказів (а отже, і їх недооцінка), так й ігнорування правил логіки доказування й зумовлені цим спроби визначити достатність доказів на рівні інтуїції, усвідомленні посадовою особою.

**Список використаних джерел:**

1. Теория доказательств в советском уголовном процессе / под ред. Н.В. Жогина. 2-е изд., доп. Москва : Юрид. лит., 1973. 735 с.
2. Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. Москва, 1981. 128 с.
3. Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1973. Т. 2. 401 с.
4. Стахівський С.М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування : монографія. Київ, 2005. 272 с.
5. Гродзинский М.М. Улики в советском уголовном процессе. Москва : Госюриздат, 1945. 227 с.
6. Бентам И. О судебныхъ доказательствахъ. Киев, 1876. 421 с.
7. Владимиров Л.Е. Учение об уголовных доказательствах. Тула, 2000. 464 с.
8. Савицкий В.М. Язык процессуального закона (вопросы терминологии). Москва, 1987. 286 с.
9. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования : монография. Москва : Норма, 2009. 239 с.
10. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Москва, 1971. Т. 1. 470 с.

**Oleksandr Ribalka. Theoretical ambush of proof in criminal process**

*The article analyzes the concept and structure of evidence, conceptual problems associated with evidence in criminal proceedings.*

*It was found that evidence, as a procedure for obtaining evidence and their application, aimed at reproducing the picture of the event under investigation, is a means of achieving the objectives of criminal proceedings, aimed at protecting the rights and legitimate interests of criminal proceedings, crime detection and inadmissibility of punishment innocent. The resolution of legal conflicts by the court outside the evidentiary activity makes it impossible to exercise judicial power. Thus, according to the vast majority of scholars, the institution of evidence and proof was and will remain one of the foundations of the criminal process.*

*It was also found that there are no objective reasons for changing the concept formed in the theory of criminal procedure, according to which proof is the knowledge of the circumstances of the case, which is determined in a special procedural form. Evidence means the cognitive activity of authorized subjects and is a specific legal, procedural term.*

*Evidence in criminal proceedings is a specific type of criminal procedural knowledge, and can be defined as the activities of the prosecutor, investigator, head of the investigative department, body of inquiry, person conducting the inquiry, based on practical actions and logical-analytical operations conducted for collection, verification and evaluation of evidence for appropriate substantiation and motivation of procedural decisions in order to determine the truth in criminal proceedings and solve the problems of criminal proceedings.*

*All subjects of legal relations that take part in criminal procedural evidence take part in different degrees. It can also be determined that at all stages of proving its subjects are only the relevant government agencies and officials, as well as those participants in the process, whose participation is due to their own interest in the case, as well as the defense (representatives of the parties). It is in connection with the activities of these subjects that the content of the process of criminal procedural evidence is formed.*

**Key words:** evidence, proving, criminal proceedings, subjects of evidence, collection of evidence, evaluation of evidence, verification of evidence.

УДК 343.132
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.47

***Станіслав Салтиков,***
*аспірант відділу аспірантури і докторантури*
*Національної академії Служби безпеки України*

***Дмитро Талалай,***
*докт. юрид. наук, доцент,*
*начальник наукової лабораторії з проблем оперативно-розшукової діяльності*
*та досудового розслідування*
*Національної академії Служби безпеки України*

# КОНФІДЕНЦІЙНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО ТА НЕГЛАСНІ СЛІДЧІ (РОЗШУКОВІ) ДІЇ

*У статті досліджується питання співвідношення конфіденційного співробітництва з такими процесуальними категоріями, як «негласні слідчі (розшукові) дії» та «слідчі (розшукові) дії». На основі аналізу численних наукових праць із досліджуваної теми окреслено основні доктринальні підходи до визначення правової природи конфіденційної співпраці в кримінальному процесі. Так, установлено, що, досліджуючи систему та класифікацію негласних слідчих (розшукових) дій, одні вчені зараховують установлення з особою конфіденційних відносин до допоміжних засобів, не вважаючи їх власне негласними слідчими (розшуковими) діями. На противагу цьому, інші науковці небезпідставно зараховують конфіденційне співробітництво до переліку негласних слідчих (розшукових) дій, результати якого використовуються як основні або допоміжні докази в кримінальному провадженні.*

*Обґрунтовано позицію стосовно відмінної правової природи, процесуальної форми, а також порядку проведення та мети використання конфіденційного співробітництва й негласних слідчих (розшукових) дій.*

*Виокремлено основні ознаки й сутнісні характеристики, притаманні негласним слідчим розшуковим діям, на основі яких проведено їх відмежування від конфіденційної співпраці в рамках кримінального провадження. Серед іншого запропоновано розрізняти вказані процесуально-правові категорії за ступенем зв'язку з оперативно-розшуковою діяльністю, суб'єктом ініціювання, правовою підставою і строком проведення, ступенем правової регламентації, фіксацією ходу проведення, повідомленням інших осіб про проведення, межами використання, доказовим значенням, ступенем обмеження конституційних прав (свобод) особи, метою проведення, характером дій уповноваженого на їх здійснення суб'єкта тощо. Підведено підсумок щодо необхідності зарахування «використання конфіденційного співробітництва» в кримінальному провадженні до процесуальних дій, які не є за своєю сутністю негласними слідчими (розшуковими) діями, однак спрямовані на забезпечення й досягнення максимальної процесуальної ефективності її проведення у випадках, коли відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб.*

**Ключові слова:** конфідент, залучення до конфіденційного співробітництва, процесуальні дії, слідчі (розшукові) дії, негласні слідчі (розшукові) дії, конфіденційне співробітництво.

**Постановка проблеми.** Варто констатувати, що з прийняттям у 2012 році Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) відбулася свого роду модернізація чинного кримінально-процесуального закону, у результаті якої суттєво посилено охорону прав і свобод людини, розширено процесуальні гарантії підозрюваного й обвинуваченого, збільшено обсяг прав потерпілого, удосконалено систему запобіжних заходів, загалом докорінно змінено підхід до організації та процедури проведення досудового розслідування.

Водночас чи не найбільш спірною новелою КПК України стало впровадження до інструментарію слідчого права на проведення та використання негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД), які, без сумніву, сприяють швидкому, повному, неупередженому дослідженню обставин учинення кримінального правопорушення. Однак, з іншого боку, за понад восьмирічний термін дії КПК України серед учених і юристів-практиків сформувалася достатня кількість зауважень до наведеного способу отримання доказів, передусім щодо правової регламентації НСРД, їх класифікації, співвідношення з іншими процесуальними механізмами доказування тощо. Чи не найбільше дискусій у цьому контексті викликає питання співвід-

© С. Салтиков, Д. Талалай, 2020

ношення НСРД та використання конфіденційного співробітництва слідчим.

Актуальність вибраної теми полягає у відсутності єдиного та цілісного уявлення щодо правової природи конфіденційного співробітництва як процесуального інструменту доказування та його місця в системі НСРД, адже, незважаючи на включення законодавцем норми щодо конфіденційної співпраці саме в главу 21 КПК України, серед учених-правників немає одностайної позиції щодо його зарахування як до НСРД, так і до слідчих розшукових дій (далі – СРД) загалом. У свою чергу, така правова невизначеність створює різну за своєю сутністю практику використання цього процесуального інструменту стороною обвинувачення. Наприклад, якщо вважати конфіденційне співробітництво видом НСРД, його проведення можна безперешкодно доручати оперативним співробітникам у порядку ч. 1 ст. 41 КПК України. В інакшому разі оперативні підрозділи не мають права (навіть за наявності відповідного доручення слідчого чи прокурора) залучати осіб до конфіденційного співробітництва, оскільки уповноважені проводити лише СРД та НСРД. Така нормативна неврегульованість однозначно не сприяє позитивному розвитку інституту НСРД, не тільки утворює нову площину для дискусій серед учених-юристів, а й спричиняє загрозу визнання недопустимими доказів, одержаних за допомогою залучення конфідентів (залежно від компетентного тлумачення слідчим, прокурором, захисником або казуального тлумачення судді за результатом судового розгляду кримінального провадження).

До проблематики співвідношення та зарахування конфіденційного співробітництва до системи НСРД опосередковано зверталися в роботах такі вчені, як Л.В. Сидоренко, В.М. Давидюк, Д.Б. Сергєєва, Є.Д. Скулиш, О.В. Музиченко, С.С. Кудінов, Р.М. Шехавцов, О.М. Дроздов, С.О. Гриценко, А.Б. Паршутін, С.Р. Тагієв, М.Л. Грібов, В.Ю. Шепітько, Р.С. Веприцький, М.В. Корнієнко, В.Г. Уваров, А.А. Коваль, В.О. Прядко, О.Б. Комарницька та інші. Незважаючи на це, сьогодні комплексному дослідженню правової природи конфіденційного співробітництва в розрізі інституту НСРД практично не приділялося уваги.

**Метою статті** є розкриття правової природи конфіденційного співробітництва на основі його зіставлення з інститутом НСРД.

**Виклад основного матеріалу.** Одним із перших учених, які звернули увагу на вказану проблематику, був колишній ректор Національної академії СБ України Є.Д. Скулиш. Досліджуючи систему та класифікацію НСРД, учений зараховував установлення з особою конфіденційних відносин саме до допоміжних засобів, метою яких є забезпечення їх організації та здійснення [1, с. 110]. Схожої позиції дотримується й О.В. Музиченко, на переконання якого основним завданням конфіденційного співробітництва є досягнення ефективності проведення конкретної НСРД, що може полягати в зашифруванні діяльності правоохоронних органів, пов'язаної з підготовкою та проведенням НСРД, з'ясуванні змісту інформації, що міститься на технічних засобах, тощо [2, с. 175].

Досить цікавою в цьому контексті видається позиція А.Б. Паршутіна, який виділяє три основні блоки засобів, які використовуються уповноваженими правоохоронними органами для втручання в приватне спілкування: 1) заздалегідь ідентифіковані (помічені) або несправжні імітаційні засоби; 2) спеціальні технічні засоби; 3) конфіденційне співробітництво [3, с. 175].

Подібних поглядів додержується й С.Р. Тагієв, який уважає, що конфіденційне співробітництво – це скоріше інструментарій проведення тієї або іншої НСРД (у якому найбільшою мірою виявляється негласна квінтесенція досліджуваних дій), ніж самостійна НСРД [4, с. 221]. При цьому Л.В. Сидоренко виділяє конфіденційну співпрацю як нематеріальний засіб досягнення результату НСРД [5, с. 217]

Водночас у наукових роботах, присвячених класифікації НСРД, низка вчених зараховує використання конфіденційного співробітництва до інших видів НСРД [6, с. 34; 7, с. 24; 8, с. 92; 9, с. 82], які можуть проводитися без ухвали слідчого судді в кримінальних провадженнях незалежно від ступеня тяжкості [10, с. 86–87]. Так, наприклад, М.В. Корнієнко вважає, що главою 21 КПК України передбачені та регламентовані всі НСРД, результати яких використовуються як основні або допоміжні докази. При цьому, на думку автора, використання конфіденційного співробітництва в кримінальному провадженні можливе лише під час розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів [11, с. 302]. Водночас, зараховуючи конфіденційне співробітництво до переліку НСРД, В.Г. Уваров наголошує, що такий засіб отримання інформації має бути виключений із системи слідчих дій та отримати окрему регламентацію поза межами процесуального законодавства як захід здобуття розвідувальної й контррозвідувальної інформації [12, с. 168].

Не маючи на меті порівнювати зміст, що вкладається в поняття «система», уважаємо

прийнятним положення, що під системою варто розуміти таку функціональну єдність елементів, що характеризується структурованою взаємозалежністю [13, с. 266]. Така позиція дає підстави говорити про систему НСРД як про цілісну структуровану сукупність взаємопов'язаних елементів (норм), що визначені законодавцем у главі 21 КПК України та згруповані в три основні параграфи: § 1. Загальні положення про НСРД; § 2. Втручання у приватне спілкування; § 3. Інші види НСРД (до якого, власне, і включено ст. 275 «Використання конфіденційного співробітництва»). У свою чергу, якщо зважати на відсутність чіткої фіксації переліку НСРД у КПК України та застосовувати буквальне тлумачення норм процесуального закону, можна зробити висновок про умовний їх поділ законодавцем на два блоки, залежно від параграфа розміщення норми, яка визначає загальні положення проведення конкретної НСРД.

Із цього приводу досить влучно зазначає А.А. Коваль, на переконання якого сьогодні в науковій літературі немає єдності точок зору з приводу визнання окремих процесуальних дій НСРД. При цьому думки із цієї проблематики є досить різноманітними й найчастіше ведуться дискусії з приводу таких процесуальних дій, як використання конфіденційного співробітництва та залучення осіб до конфіденційного співробітництва [14, с. 232].

Загалом варто констатувати, що серед наукової спільноти досі не визначено єдиної чіткої теоретичної концепції щодо розмежування дій, які здійснюють органи досудового розслідування. Однак натепер превалюючою є думка, що поняття «процесуальні дії» охоплює всі передбачені кримінально-процесуальним законодавством заходи [15, с. 49], включає в себе як «слідчі (розшукові) дії», так і «негласні слідчі (розшукові) дії» [16, с. 75]. Іншими словами, останні дві правові категорії співвідносяться з «процесуальними діями» як частина і ціле [17, с. 303], категорії видового та родового. У свою чергу, оскільки НСРД у КПК України визначено як різновид СРД, то їх сутнісні ознаки також є тотожним [18, с. 207].

Вищенаведене дає нам підстави стверджувати про необхідність дослідження правової природи конфіденційного співробітництва саме через призму його порівняння із сутнісними ознаками НСРД та СРД загалом.

Так, аналіз наявних публікацій і доктринальних досліджень кримінально-процесуальної категорії «слідчі (розшукові) дії» дає змогу виділити такі їх спільні основні ознаки:

1) мають нормативне вираження та закріплення в нормах КПК України;

2) спільна мета – отримання (збирання) доказів або перевірка вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні (ч. 1 ст. 223 КПК України);

3) володіють підвищеним рівнем процесуальної регламентації [19, с. 36];

4) характеризуються активною діяльністю слідчого, який самостійно організовує розслідування та провадить СРД [20, с. 174];

5) їх проведення, за винятком окремих випадків (наприклад, огляд місця події), можливе лише після початку досудового розслідування (ст. 214 КПК України);

6) мають сувору, детально розроблену процесуальну форму (ст. 104 КПК України) та забезпечені можливістю застосування державного примусу [20, с. 170] (наприклад, накладення на особу грошового стягнення чи застосування приводу за неприбуття без поважних причин за викликом слідчого, прокурора для проведення допиту – ст. 139 КПК України);

7) суб'єктом, уповноваженим на проведення СРД, є лише прокурор (п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України), слідчий (п. 2 ч. 2 ст. 40 КПК України) або відповідний співробітник оперативного підрозділу, який діє в межах доручення слідчого, прокурора (ст. 41 КПК України).

При цьому НСРД як різновиду СРД притаманні й особливі ознаки, які дають змогу їх систематизувати й відокремити від останніх. Не вдаючись до глибокого аналізу сутнісних характеристик, які притаманні НСРД, на наш погляд, варто звернути увагу на основні з них, що вироблені теорією та практикою кримінального процесу:

1) визначальною (ключовою) ознакою є негласність, яка включає спеціальні гарантії нерозголошення відомостей про проведення НСРД та означає таємність, прихованість, конфіденційність проведення слідчих (розшукових) дій від осіб, які в них не беруть участі [21, с. 554];

2) тісний зв'язок з ОРД [22, с. 121];

3) їх проведення, за загальним правилом, можливе лише під час розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів (ч. 2 ст. 246 КПК України);

4) усі НСРД пов'язані з обмеженням конституційних прав, свобод та інтересів людини та громадянина [14, с. 28];

5) здійснюються за допомогою специфічних форм і методів, що притаманні оперативно-розшуковій діяльності (далі – ОРД) і не підлягають розголошенню [14, с. 28];

6) проводяться лише у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб (ч. 2 ст. 246 КПК України).

Ураховуючи вищевикладене, зважаючи на норми кримінального-процесуального законодавства, а також доктринальні положення, вироблені провідними вітчизняними вченими, ми здійснили спробу виділити основні критерії відмежування (зіставлення) конфіденційного співробітництва з НСРД загалом.

**Висновки**

Вищевикладене дає підстави стверджувати, що явна відмінність між сутнісними характеристиками НСРД та конфіденційного співробітництва доводить їх різну процесуально-правову природу, а отже,

| Ознаки | НСРД | Конфіденційне співробітництво |
|---|---|---|
| *Ступінь зв'язку з ОРД* | Високий (ст. 8 Закону України «Про ОРД») | Високий (п. 14 ст. 8 Закону України «Про ОРД») |
| *Суб'єкт ініціювання проведення* | Слідчий, прокурор (п. 4 ч. 2 ст. 36, п. 2 ч. 2 ст. 40, ч. 6 ст. 218, ч. 6 ст. 246 КПК України) | Конфідент, який виявив бажання та надав добровільну згоду на його залучення до конфіденційного співробітництва [23] |
| *Правова підстава проведення* | Постанова слідчого, прокурора в порядку, передбаченому ст. 251 КПК України; ухвала слідчого судді, винесена в порядку, передбаченому ч. 3 ст. 246, ст. 251 КПК України | Постанова слідчого, винесена в порядку, передбаченому ст. 110 КПК України [23] |
| *Строк проведення* | За загальним правилом, 2 місяці (ч. 1 ст. 249 КПК України) | Не передбачено в КПК України |
| *Ступінь правової регламентації* | Високий (у т. ч. глава 21 КПК України) | Низький (ст. 275, ч. 6 ст. 246 КПК України) |
| *Фіксація ходу проведення* | За результатами проведення складається протокол (ч. 1 ст. 104, ч. 1 ст. 252 КПК України) | Факт використання конфідента фіксується в протоколі за результатами конкретної НСРД (наприклад, протокол контролю за вчиненням злочину) – ч. 1 ст. 252 КПК України |
| *Повідомлення інших осіб про проведення* | Повідомляються особи, конституційні права яких були тимчасово обмежені, підозрюваний, його захисник (ст. 253 КПК України) | Законодавча норма про повідомлення будь-яких осіб щодо участі конфідента в кримінальному провадженні в КПК України відсутня |
| *Межі використання* | Обмежуються завданнями, які стоять перед конкретною НСРД та визначені в КПК України (у т. ч. ч. 2 ст. 246 КПК України) | Обмежуються проведенням конкретної НСРД чи наданням інформації, яка має значення для кримінального провадження (ч. 1 ст. 275 КПК України) |
| *Доказове значення* | Є самостійним доказом – документом (п. 3 ч. 2 ст. 99 КПК України) | Не має самостійного доказового значення в розумінні ст. 84 КПК України (отримання слідчим певної інформації від конфідента лише дає можливість її перевірити [14, с. 33]; а власне встановлення з особою конфіденційного співробітництва не доводить в не спростовує жодних обставин, що мають значення для кримінального провадження) |
| *Ступінь обмеження прав (свобод) особи* | Високий (оскільки проводяться в разі крайньої необхідності, за умови спільномірного обмеження прав і свобод людини [14, с. 44]) | Низький (саме по собі встановлення конфіденційних взаємин із особою має добровільний та індивідуальний характер, а отже, такі правовідносини спричиняють виникнення прав та обов'язків тільки між двома суб'єктами: конфідентом і слідчим [23, с. 143–144]) |
| *Мета проведення* | Отримання доказів у випадках, коли відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб (ч. 2 ст. 246 КПК України) | Ураховуючи наявні напрацювання вчених і положення КПК України, створення процесуальної площини для отримання доказів; досягнення ефективності проведення конкретної НСРД у випадках, коли відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб |

і відмінну процесуальну форму, порядок проведення й мету використання. Отже, нами підтримується позиція вчених-процесуалістів щодо визначення конфіденційного співробітництва як процесуальної дії, яка не є НСРД, однак спрямована на їх забезпечення й досягнення максимальної процесуальної ефективності проведення конкретної НСРД у випадках, коли відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб.

**Список використаних джерел:**

1. Скулиш Є.Д. Система негласних слідчих (розшукових) дій за кримінальним процесуальним кодексом України. *Науковий вісник Чернівецького університету. Серія «Правознавство»*. 2012. Вип. 618. С. 108–114.

2. Музиченко О.В. Система негласних слідчих (розшукових) дій за кримінальним процесуальним законодавством України. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2014. № 3. Том 3. С. 171–176.

3. Паршутін А.Б. Теоретико-правове обґрунтування засобів, що використовуються під час втручання у приватне спілкування. *Держава та регіони. Серія «Право»*. 2018. № 3 (61). С. 170–176.

4. Тагієв С.Р. Негласні слідчі (розшукові) дії у кримінальному судочинстві України : монографія / Чернігівський національний технологічний університет. Київ : ВД «Дакор», 2015. 440 с.

5. Сидоренко Л.В. Конфіденційне співробітництво як засіб виконання завдань кримінального провадження. *Актуальні питання виявлення та розкриття злочинів Національною поліцією: вітчизняний та зарубіжний досвід :* матеріали Міжнар. наук.-практ. круглого столу (Київ, 19 лют. 2020 р.) / редкол. : В.В. Чернєй, С.Д. Гусарєв, С.С. Чернявський та ін. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2020. С. 215–219.

6. Негласні слідчі (розшукові) дії : курс лекцій / Д.Й. Никифорчук, С.І. Ніколаюк, В.В. Поливода та ін. ; за заг. ред. Д.Й. Никифорчука. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2012. 124 с.

7. Грібов М.Л. Прокурорський нагляд за виконанням доручень на проведення негласних слідчих (розшукових) дій при розслідувані грабежів та розбоїв. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 1. С. 23–28.

8. Веприцький Р.С. Використання негласних слідчих (розшукових) дій у протидії злочинності в регіоні. *Наше право*. 2015. № 2. С. 92–95. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nashp_2015_2_18 (дата звернення: 09.04.2020).

9. Негласні слідчі (розшукові) дії : навчально-наочний посібник / Ю.Г. Севрук, О.В. Шамара, А.В. Столітній та ін. Київ : Національна академія прокуратури України, 2017. 110 с.

10. Настільна книга професійного судді (кримінальне провадження) / Н.О. Марчук, В.В. Касько, Р.О. Куйбіда, М.І. Хавронюк та ін. ; за ред. Н.О. Марчук. Київ : Арт-Дизайн, 2015. 248 с.

11. Корнієнко М.В. Нормативно-правове регулювання негласних слідчих (розшукових) дій. *Порівняльно-аналітичне право :* електронне наукове видання. 2015. № 1. С. 301–303. URL: http://dspace.oduvs.edu.ua/handle/123456789/898 (дата звернення: 09.04.2020).

12. Уваров В.Г. Негласні слідчі (розшукові) дії: проблеми юридичної визначеності та ефективності. *Правова позиція*. 2016. № 2. С. 163–169.

13. Єськов С.В. Втручання у приватне спілкування як елемент системи слідчих (розшукових) дій. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія «Юридична»*. 2013. Вип. 2. С. 264–274.

14. Коваль А.А. Забезпечення прав людини при провадженні негласних слідчих (розшукових) дій : монографія / Чорноморський національний університет імені Петра Могили. Миколаїв : Вид-во ЧНУ ім. Петра Могили, 2019. 264 с.

15. Чорноус Ю.М. Слідчі дії: поняття, сутність, напрями розвитку та удосконалення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2005. 245 с.

16. Михайлик Д.О. Процесуальні дії суду у кримінально-виконавчому процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2018. 268 с.

17. Скрипа Є.В. Слідчі дії як основні засоби отримання доказів у кримінальних справах про незаконну легалізацію автотранспорту. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика) :* наук.-практ. журн. Київ, 2010. № 22. С. 300–306.

18. Сергєєва Д.Б. Негласні слідчі (розшукові) дії: поняття й сутність. *Оперативно-розшукове запобігання корупційним та пов'язаним з корупцією правопорушенням :* матеріали круглого столу (Київ, 24 червня 2015 року) / ред. кол. : С.С. Чернявський, М.М. Алексійчук, О.В. Хуторянський, І.М. Купранець, В.І. Василинчук. Київ : ФОП Кандиба Т.П., 2015. С. 207–209. URL: http://elar.naiau.kiev.ua/bitstream/123456789/7979/1/Оперативно-розшукове_p207-209.pdf (дата звернення: 03.05.2020).

19. Карпушин С.Ю. Проведення слідчих (розшукових) дій : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09 / Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2016. 210 с.

20. Терещенко Ю.В. Слідчі та інші процесуальні дії: правова регламентація. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2011. № 2 (2). С. 168–175.

21. Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар / за заг. ред. : В.Г. Гончаренко, В.Т. Нор, М.Є. Шумило. Київ : Юстініан, 2012. 1224 с.

22. Тагієв С.Р. поняття та зміст негласних слідчих (розшукових) дій. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. 2015. Вип. 1 (3). С. 117–121.

23. Салтиков С.М. До питання визначення понятійного апарату при використанні конфіденційного співробітництва у кримінальному провадженні. *Право і суспільство*. 2020. № 2. С. 139–146.

**Stanislav Saltykov, Dmytro Talalai. Confidential cooperation and covert (investigative) activities**

*The article deals with the question of correlation of confidential cooperation with such procedural categories as "private investigative (detective) procedures" and "investigative (detective) procedures". The main doctrinal approaches to the determination of the legal nature of confidential cooperation during the criminal proceeding based on analysis of many scientific works on the studied topic are outlined. It is defined that analysing system and private investigative (detective) procedures classification, some scientists refer establishing confidential relationships with a person to auxiliary means not considering them properly private investigative (detective) procedures. In contrast, other scholars rightly include confidential cooperation in the list of private investigative (detective) actions, which results are used as primary or supporting evidence in the criminal proceeding.*

*The position considering the excellent legal nature, procedural form, as well as the procedure and purpose of using confidential cooperation and private investigative (detective) procedures is substantiated.*

*The main features and essential characteristics inherent to private investigative detective procedures, on the basis of which they were separated from confidential cooperation within the criminal proceeding are highlighted. Among other things, it is proposed to distinguish these procedural and legal categories according to the degree of connection with operational and investigative activities, the subject of initiation, the legal basis and the term of realisation, the degree of legal regulation, fixation of the realisation process, the notification of other persons about realisation, limits of usage, probative value, the degree of restriction of the constitutional rights (freedoms) of the person, the purpose of realization, the nature of the actions of the authorised entity, etc. The need of referring the "usage of confidential cooperation" during the criminal proceeding to procedural actions, which are not private investigative (detective) procedures, however, they are aimed at ensuring and achieving the maximum procedural efficiency of its conducting in cases where information about the crime and the person who committed it, is impossible to obtain in any other way.*

**Key words:** confidant, involvement in confidential cooperation, procedural actions, investigative (detective) procedures, private investigative (detective) actions, confidential cooperation.

УДК 343.131(477)
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.48

***Марія Сіроткіна,***
*канд. юрид. наук,*
*докторантка кафедри правосуддя*
*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

# ІНІЦІЮВАННЯ УКЛАДЕННЯ УГОДИ ПРО ПРИМИРЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

*У статті на основі чинного кримінального процесуального законодавства, наукових досліджень і судової практики досліджуються особливості ініціювання під час укладення угоди про примирення в кримінальному провадженні.*

*Установлено, що законодавче закріплення та практична реалізація угоди про примирення в кримінальному процесуальному праві України є втіленням ідеї відновного або реституційного правосуддя. Саме концепція відновного правосуддя стала однією з вагомих і визначних тенденцій розвитку сучасного судочинства у світі. Результатом здійснення відновного правосуддя може стати укладення добровільної угоди про примирення, у якій задовольняються інтереси як потерпілої сторони, так й особи, що підозрюється чи обвинувачується в учиненні кримінального правопорушення.*

*Відповідно до положень національного кримінального процесуального законодавства (п. 1 ч. 1 ст. 469 КПК України), угода про примирення може бути укладена лише з потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим. Інші особи – їхні захисники, представники, законні представники – як убачається зі змісту цієї норми, сторонами угоди бути не можуть. Водночас у деяких випадках мають місце певні особливості.*

*Зокрема, угода про примирення також може укладатися, якщо її сторонами чи стороною є неповнолітні. У такому разі угода укладається за участю законних представників і захисників неповнолітніх. При цьому, якщо неповнолітній досяг шістнадцятирічного віку, він має право укладати угоду про примирення самостійно, але за наявності згоди його законного представника. Якщо ж неповнолітній не досяг шістнадцяти років, угоду про примирення за його згодою укладає законний представник неповнолітнього. Укладення угоди у випадку, якщо неповнолітній заперечує проти такої угоди, не допускається. Такий підхід варто використовувати й тоді, коли укладається угода про визнання винуватості з неповнолітнім підозрюваним або обвинуваченим. Однак у судовій практиці трапляються випадки, коли суди допускають помилки та не дотримуються цієї вимоги.*

*Зроблено висновок, що ефективним додатковим способом досягнення угоди може стати процедура медіації за участю професійних і спеціально підготовлених медіаторів за умови прийняття відповідного спеціального закону, які допоможуть віднайти бажаний шлях до компромісу для сторін кримінально-правового конфлікту.*

**Ключові слова:** компроміс, медіація, потерпілий, примирення, угода.

**Постановка проблеми.** Ефективним шляхом вирішення правового конфлікту під час учинення кримінального правопорушення стала можливість досягнути компромісу між потерпілим і підозрюваним (обвинуваченим) шляхом укладення угоди про примирення між ними.

Із запровадженням цього особливого порядку в кримінальному процесі передбачалося, що з появою глави 35 «Кримінальне провадження на підставі угод» у кримінальному процесуальному законодавстві значно спроститься процедура розгляду певної категорії кримінальних справ, скоротяться строки тримання осіб під вартою, загальні процесуальні строки розгляду справ. Перші результати реалізації цих положень Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) підтвердили такі очікування. Зі статистичної інформації вбачається збереження тенденції до подальшого активного застосування інституту угод у кримінальному судочинстві. Аналіз динаміки показників застосування положень КПК у судовій практиці ще на початку впровадження цих особливих порядків засвідчив, що кількість затверджених вироком угод за останні місяці є сталою, без суттєвих коливань, і становить у середньому майже 3000 затверджених угод на місяць. Натомість кількість постановлених судом судових рішень про відмову в затвердженні угоди коливається в межах

© М. Сіроткіна, 2020

від 70 до 250 ухвал на місяць і має незначну тенденцію до збільшення.

Водночас, незважаючи на позитивну динаміку затверджених вироків на підставі угод, з огляду на те що цей інститут є новим для кримінального судочинства, його механізм ще не відпрацьовано судовою практикою та достатньою мірою не досліджено науковою доктриною, а також беручи до уваги появу нових формулювань, підходів та оціночних категорій у новому КПК, актуальним і необхідним є подальше вдосконалення цього інституту та вивчення й узагальнення судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод [1].

Проблеми досягнення угоди про примирення в кримінальному провадженні України стали предметом уваги багатьох вітчизняних і зарубіжних науковців, серед яких – О.В. Александренко, І.В. Басиста, Р.Ф. Аракелян, І.В. Гловюк, М.Є. Дирдін, Є.О. Курта, В.Т. Маляренко, Ю.І. Микитин, Р.В. Новак, І.В. Паризький, І.А. Тітко, Н.О. Турман, Г.Є. Тюрін та інші. Однак варто наголосити, що окремих наукових досліджень на монографічному рівні за останні роки не проводилося, що вказує на актуальність і недостатню розробленість означеної теми та викликає низку запитань у практичній діяльності працівників слідчих підрозділів, прокуратури, суду й адвокатів.

**Мета статті** – на основі чинного кримінального процесуального законодавства, наукових досліджень і судової практики дослідити особливості ініціювання під час укладення угоди про примирення в кримінальному провадженні.

**Виклад основного матеріалу.** Як зазначає Н.О. Турман, законодавче закріплення та практична реалізація угоди про примирення в кримінальному процесуальному праві України є втіленням ідеї відновного, так званого реституційного, правосуддя. Саме концепція відновлювального правосуддя стала однією з вагомих тенденцій розвитку сучасного судочинства у світі. Результатом здійснення відновного правосуддя може стати укладення добровільної угоди про примирення, у якій задовольняються інтереси як потерпілої сторони, так й особи, що підозрюється чи обвинувачується в учиненні кримінального правопорушення. Отже, угода про примирення в кримінальному процесі покликана забезпечити якнайшвидше й повне відновлення прав потерпілого за рахунок дій обвинуваченої особи [2, с. 273].

Варто зазначити, що в багатьох країнах світу широко впроваджуються можливості застосування відновних процедур у кримінальному судочинстві, а також прийняті й використовуються міжнародні правові акти, що стосуються примирення потерпілого з винуватою особою. Зокрема, до них можна зарахувати Рамкове рішення Ради ЄС «Про місце жертв злочинів у кримінальному судочинстві» від 15 березня 2001 року; Резолюцію ПАРЄ «Укладання угод у кримінальному провадженні: необхідність мінімальних стандартів для систем відмови від судового розгляду» № 2245 (2018); Рекомендацію Комітету міністрів Ради Європи державам-членам стосовно заходів щодо недопущення і скорочення надмірного робочого навантаження на суди № R (86) 12; Рекомендацію Комітету міністрів Ради Європи державам-членам «Стосовно спрощення кримінального правосуддя» № 6 R (87) 18; Рекомендацію Rec (2005) 9 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо захисту свідків та осіб, які співпрацюють з правосуддям, ухвалену Комітетом Міністрів Ради Європи на 924-му засіданні заступників міністрів 20 квітня 2005 року; Рекомендацію Комітету міністрів державам-членам «Щодо положення потерпілого в рамках кримінального права та кримінального процесу» від 28 червня 1985 року № R (85) 11; Рекомендацію Комітету міністрів Ради Європи державам-членам від 15. вересня 1999 року № R (99) 19 тощо.

Інтеграція України у світову та європейську спільноту вимагає від нашої держави адаптування національного законодавства до міжнародних стандартів і зобов'язань. Особливо це стосується кримінального процесу, через який здійснюється охорона важливих конституційних прав, свобод та інтересів громадян, з урахуванням реалій розвитку українського суспільства. Сучасна міжнародна та європейська концепція захисту прав людини, яка відображена в низці міжнародних документів, свідчить про тенденції відмови світової спільноти від виключно каральної реакції на злочин, яка не може належним чином забезпечити права як осіб, що його вчинили, так і потерпілих. Це зумовлює необхідність закріплення нового підходу до кримінального процесу, який реалізується через концепцію відновного правосуддя [3, с. 4].

Згідно з вимогами кримінального процесуального закону, угода про примирення може бути укладена лише з переліченими в п. 1 ч. 1 ст. 469 КПК особами – потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим. Інші особи – їхні захисники, представники, законні представники – як убачається зі змісту цієї норми, сторонами угоди бути не можуть. Водночас у деяких випадках мають місце певні особливості.

Так, потерпілим у кримінальному провадженні, згідно зі ст. 55 КПК, може бути фізична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридична особа, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди [4].

Щодо особливостей ініціювання й укладення угоди про примирення юридичної особи-потерпілої від кримінального правопорушення та підозрюваного чи обвинуваченого свої роз'яснення надав ВССУ в Постанові від 11 грудня 2015 року № 13. Зокрема, угода про примирення може бути укладена з юридичною особою (потерпілим) незалежно від її організаційно-правової форми та форми власності за умови заподіяння останній кримінальним правопорушенням майнової шкоди. Представляє інтереси останньої в разі заподіяння кримінальним правопорушенням такої шкоди, в тому числі під час укладення угоди, представник юридичної особи (керівник юридичної особи, інша особа, уповноважена законом або установчими документами, працівник юридичної особи за дорученням керівника юридичної особи за довіреністю на представництво, а також особа, яка має право бути захисником у кримінальному провадженні, згідно з укладеною з нею угодою на представництво). До матеріалів кримінального провадження мають додаватися копії завірених належним чином документів, що підтверджують правомочність конкретної особи представляти інтереси першої, а в угоді, так само як і в судовому рішенні за результатами її розгляду, у вступній/резолютивній частині при посиланні на представника варто зазначати вид цих документів.

Угода про примирення також може укладатися, якщо її сторонами чи стороною є неповнолітні. У такому разі угода укладається за участю законних представників і захисників неповнолітніх. При цьому якщо неповнолітній досяг шістнадцятирічного віку, він має право укладати угоду про примирення самостійно, але за наявності згоди його законного представника. Якщо ж неповнолітній не досяг шістнадцяти років, угоду про примирення за його згодою укладає законний представник неповнолітнього. Про надання згоди неповнолітнім, його законним представником у наведених вище випадках обов'язково має бути зазначено в угоді про примирення та засвідчено їх підписом. Укладення угоди про примирення у випадку, якщо неповнолітній заперечує проти такої угоди, не допускається. Такий підхід варто використовувати й тоді, коли укладається угода про визнання винуватості з неповнолітнім підозрюваним/обвинуваченим [5]. Судова практика це положення розуміє як таке, що угода про примирення може бути укладена лише з неповнолітнім особисто. Згідно з ч. 4 ст. 58 КПК, представник користується процесуальними правами потерпілого, інтереси якого він представляє, за винятком процесуальних прав, реалізація яких здійснюється безпосередньо потерпілим і не може бути доручена представникові. Зважаючи на викладене, неправильною є практика укладення угод і, відповідно, їх затвердження з неналежними особами, зокрема з представником неповнолітнього потерпілого (наприклад, вирок Кремінського районного суду Луганської області від 6 лютого 2013 року в справі № 414/169/13-к) [6]. Однак, на нашу думку, у наведених випадках такі тлумачення вищезазначеної норми закону мають певні неточності, а саме: неповнолітній у віці 16 років усе ж таки не укладає угоду самостійно, а здійснює це de facto його законний представник. Вочевидь, «згоду» потерпілого варто розуміти як факт того, що він угоду укладає самостійно de jure.

Підозрюваним, відповідно до ч. 1 ст. 42 КПК і з урахуванням змісту ч. 5 ст. 469 КПК, варто розуміти особу, якій у порядку, передбаченому статтями 276–279 КПК, повідомлено про підозру, а обвинуваченим (підсудним) – особу, обвинувальний акт щодо якої передано до суду в порядку, визначеному законом (ч. 2 ст. 42 КПК). Статус особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження, законодавець пов'язав із відповідною стадією провадження: особа має статус підозрюваного на стадії досудового розслідування, обвинуваченого (підсудного) – під час судового провадження в суді першої та апеляційної інстанцій (у разі оскарження судового рішення). У зв'язку з наведеним неправильним є вживання терміна «обвинувачений» у змісті угоди (незалежно від її виду) чи обвинувального акта (наприклад, угода про примирення від 25 червня 2013 року в матеріалах кримінального провадження № 359/6662/13-к або угода про визнання винуватості від 12 червня 2013 року в матеріалах кримінального провадження № 359/6146/13-к Бориспільського міськрайонного суду Київської області); терміна «підозрюваний» у матеріалах судового провадження чи судових рішеннях суду першої інстанції, ухвалених за результатами чи під час судового провадження (наприклад, вирок Острозького районного суду Рівненської області від 30 серпня 2013 року в справі № 567/1115/13-к, вирок Великоолександрівського районного суду Херсонської області від 18 листопада 2013 року в справі № 650/1643/13-к) [1].

Окрім того, ініціаторами укладення угоди про примирення не можуть бути не лише представники потерпілого, підозрюваного або обвинуваченого, а й адвокати, прокурори, слідчі чи інші особи. Як роз'яснив Верховний Суд України в Постанові від 31 березня 2016 року № 5-27кс16, прокурор зобов'язаний здійснювати нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням (ст. 36 КПК), що покладає на нього відповідальність за додержання закону як під час досудового розслідування, так і за кінцеве законне рішення в кримінальному провадженні. Це, у свою чергу, має сприяти активній правовій позиції прокурора під час укладення відповідних угод у кримінальному провадженні. Але варто зазначити, що ступінь активності прокурора в процесі укладення відповідних угод залежить безпосередньо від виду угоди, яка укладається в кримінальному провадженні. Так, ініціювання й укладення угоди про примирення непідконтрольне прокурору, на відміну від угоди про визнання винуватості [7].

Також варто зауважити, що, згідно зі ст. 52 КПК, участь адвоката під час ініціювання укладення угоди про примирення не є обов'язковою, як і подальша його участь у процесі, на відміну від ініціювання угоди про визнання винуватості (п. 9 ч. 2 ст. 55 КПК). Отже, він також не може бути ініціатором укладення такої угоди.

Аналізуючи вищезазначене, варто констатувати, що в цьому випадку, якщо потерпілий, підозрюваний чи обвинувачений не досягли 16-річного віку, за їхньою добровільною згодою та клопотанням ініціатором укладення угоди може виступити їхній законний представник.

Законодавчо передбачено, що домовленості стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним чи обвинуваченим, захисником і представником або за допомогою іншої особи, погодженої сторонами кримінального провадження (крім слідчого, прокурора або судді) (ч. 1 ст. 469 КПК України).

У науковій літературі часто виникають дискусії з приводу того, хто може бути «іншою особою», зазначеною в ст. 469 КПК. У багатьох науковців така «інша особа» зазвичай асоціюється з медіатором [8, с. 823; 9, с. 12; 10, с. 90–92], а весь інститут примирення в кримінальному провадженні – з процедурою медіації. Медіація (з англ. *Mediation* – посередництво) – вид альтернативного врегулювання спорів, метод вирішення спорів із залученням посередника (медіатора), який допомагає сторонам конфлікту налагодити процес комунікації й проаналізувати конфліктну ситуацію так, щоб вони самі змогли обрати той варіант рішення, який би задовольняв інтереси й потреби всіх учасників конфлікту [11].

Робота уряду та Верховної Ради України щодо запровадження медіації в Україні не стоїть на місці. Запровадження медіації в Україні включено до плану дій щодо підвищення позиції України в рейтингу Світового банку «Ведення бізнесу» («Doing Business») (пункт 23), затвердженого Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 4 грудня 2019 року № 1413-р. Міністром юстиції України 7 серпня 2019 року підписано від імені України Конвенцію Організації Об'єднаних Націй про Міжнародні угоди щодо врегулювання спорів за результатами медіації (Сінгапурська конвенція про медіацію). Програмою діяльності Кабінету Міністрів України, прийнятою Постановою Уряду від 29 вересня 2019 року № 849 і схваленою Постановою Верховної Ради України від 4 жовтня 2019 року № 188-IX, передбачено мету 12.2 «Сторона договору захищена від його невиконання». Одним із механізмів досягнення вказаної мети, відповідно до положень зазначеної Програми, є створення, зокрема, ефективної системи медіації, що має значно розвантажити судову систему на користь інструментів, до яких у сторін договору буде довіра [12].

Варто зазначити, що суттєві якісні зміни в цьому напрямі є. Закону «Про медіацію» в Україні натепер немає, однак відповідний Законопроект від 19 травня 2020 року № 3504 15 липня 2020 року прийнятий Верховною Радою України в першому читанні [13], що є вкрай необхідним і доцільним.

На підставі аналізу положення КПК, згідно з яким угода про примирення в кримінальних провадженнях щодо злочинів, пов'язаних із домашнім насильством, може бути укладена лише за ініціативою потерпілого, його представника або законного представника (ч. 1 ст. 469), можна дійти висновку, що законодавець у цьому разі вчинив цілком правильно, оскільки потерпіла особа в разі заподіяння їй такого насильства потребує особливого захисту, так як її кривдником є особа, з якою вона спільно проживає або пов'язана спільним побутом. Тому саме потерпіла особа й повинна володіти не лише пріоритетом в ініціюванні угоди про примирення, а й виключним правом на таке ініціювання. Таким же правом володіє й представник потерпілої особи від домашнього насильства.

Як зазначалося вище, якщо потерпілий є неповнолітнім, недієздатним чи обмежено

дієздатним, таким правом наділяється законний представник. Якщо ж дії чи інтереси законного представника суперечать інтересам особи, яку він представляє, за рішенням прокурора, слідчого судді, суду такий законний представник замінюється іншим із числа осіб, визначених ст. 44 КПК, до яких належать батьки (усиновлювачі), а в разі їх відсутності опікуни чи піклувальники особи, інші близькі родичі чи члени сім'ї, а також представники органів опіки й піклування, установ та організацій, під опікою чи піклуванням яких перебуває неповнолітній, недієздатний чи обмежено дієздатний [4].

У пунктах 6 і 7 ст. 20 Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» додатково роз'яснюється, що питання надання допомоги постраждалим недієздатним особам вирішують їхні опікуни, а якщо опікуни є кривдниками постраждалих осіб або ухиляються від захисту їхніх прав та інтересів – органи опіки й піклування. Питання надання допомоги постраждалим дітям вирішують їхні батьки, інші законні представники дитини, а якщо батьки, інші законні представники дитини є кривдниками дитини або ухиляються від захисту прав та інтересів дитини – органи опіки та піклування, у тому числі за зверненням родичів дитини (баби, діда, повнолітніх брата, сестри), мачухи або вітчима дитини, якщо вони не є кривдниками [14].

**Висновки**

Як свідчить аналіз наукової літератури та судової практики, досягнення угоди про примирення між потерпілим і підозрюваним (обвинуваченим) є дієвим компромісним способом вирішення правового спору. Однак часто судами досі допускаються помилки під час її укладення, хоч в законі, здавалося б, досить чітко відображено процесуальний порядок і процедуру укладання. Водночас ефективним додатковим способом вирішення кримінально-правового конфлікту шляхом досягнення компромісу поряд з угодою про примирення потерпілого з підозрюваним (обвинуваченим), безумовно, може стати й процедура медіації з участю в ній професійних і спеціально підготовлених медіаторів за умови прийняття спеціального закону.

**Список використаних джерел:**

1. Узагальнення судової практики здійснення кримінального провадження на підставі угод : Лист Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 січня 2014 року. *Закон і бізнес*. 2014. № 28 (1170) ; № 29 (1171). URL: https://zib.com.ua/ua/print/92557uzagalnennya_vssu_sudovoi_praktiki_zdiysnennya_kriminalnogo_.html.

2. Турман Н. Поняття та значення угоди про примирення у кримінальному процесі України. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 12. С. 273–277.

3. Дубовик О.І. Теоретико-правові аспекти відновного правосуддя. *Право і громадянське суспільство*. 2015. № 2. С. 4–21.

4. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року № 4651-VI / *Верховна Рада України*. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17.

5. Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод : Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11 грудня 2015 року № 13. URL: https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-15.

6. Вирок Кремінського районного суду Луганської області від 6 лютого 2013 року в справі № 414/169/13-к (провадження № 1-кп/414/12/2013). URL: https://ips.ligazakon.net/document/SO9976.

7. Постанова Верховного Суду України від 31 березня 2016 року № 5-27кс16 у справі за заявою заступника Генерального прокурора України про перегляд ухвали колегії суддів судової палати у кримінальних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 8 грудня 2015 року. URL: https://sudpraktika.wordpress.com/%D1%81%D1%82% D0%B0%D1%82%D1%82%D1%8F-286.

8. Кримінальний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар / відп. ред. : С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Харків : Одіссей, 2013. 1104 с.

9. Басиста І.В. Практичні проблеми укладення угод про примирення у кримінальному провадженні. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 1. С. 11–19.

10. Саєнко Г.Ю. Провадження на підставі угод у кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ : НАВС, 2017. 243 с.

11. Юридична енциклопедія : у 6 т. / НАН України. Ін-т держави і права імені В.М. Корецького ; голова редкол. Ю.С. Шемшученко ; редкол. : М.П. Зяблюк, В.Д. Горбатенко. Київ : Вид-во «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана, 2001. Т. 3 : К – М. 792 с.

12. Висновок Комітету з питань правової політики ВРУ до проєкту Закону України «Про медіацію» від 28 грудня 2019 року № 2706. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67831.

13. Про медіацію : Проєкт Закону України від 19 травня 2020 року № 3504. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877.

14. Про запобігання та протидію домашньому насильству : Закон України від 7 грудня 2017 року № 2229-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/ show/2229-19.

**Mariia Sirotkina. Initiation of a conciliation agreement in criminal proceedings**

*On the basis of the current criminal procedure law, scientific research and judicial practice the article examines peculiarities of initiating and concluding a conciliation agreement in criminal proceedings.*

*It is established that the legislative consolidation and practical implementation of the conciliation agreement in the criminal procedure law of Ukraine is the embodiment of the idea of restorative, so-called restitution, justice. It was that the concept of restorative justice has become one of the distinctive trends in the development of modern justice in the world. Restorative justice can result in the conclusion of a voluntary conciliation agreement that satisfies the interests of both the victim and the person suspected or accused of committing a criminal offense.*

*According to the requirements of the national criminal procedure law (s.1 p. 1 Art. 469 CCP of Ukraine), a conciliation agreement shall be concluded only with the victim and the suspect or accused. Other participants – defenders, representatives, legal representatives thereof – as prescribed in the content of this provision, shall not be entitled to act. However, in some cases, there are some features.*

*In particular, a conciliation agreement may also be concluded if its parties or participant are minors. In this case, the agreement is concluded with participation of legal representatives and defenders of minors. Thus, if the minor has reached the age of sixteen, he has the right to enter into a conciliation agreement independently, but with the consent of his legal representative. If the minor has not reached the age of sixteen, the conciliation agreement with his consent is concluded by the legal representative of the minor. In the event that a minor objects to such an agreement the conclusion of an agreement is not allowed. This approach should also be used when entering into a plea agreement with a juvenile suspect or accused. However, courts often make mistakes and do not comply with this requirement.*

*It is concluded that an effective additional way to enter into an agreement will be facilitated by a mediation procedure with participation of professional and specially trained mediators, subject to the adoption of the relevant law.*

**Key words:** compromise, mediation, victim, reconciliation, agreement.

УДК 343.136
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.49

***Світлана Шаренко,***
*канд. юрид. наук, доцент, заслужений юрист України,*
*доцент кафедри кримінального процесу*
*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,*
*суддя, голова*
*Київського районного суду міста Харкова*

# ЩОДО ДОЦІЛЬНОСТІ ЗВУЖЕННЯ КОМПЕТЕНЦІЇ СЛІДЧОГО СУДДІ

*Статтю присвячено дослідженню питання оптимальності нормативного обсягу компетенції слідчого судді під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Під час дослідження проаналізовано теоретичні уявлення щодо предмета відання слідчого судді. Акцентовано на тому, що в процесі застосування запобіжних заходів обмежуються фундаментальні конституційні права та свободи людини. Правомірність такого правообмеження може бути забезпечена лише за рахунок зарахування прийняття рішення про їх застосування й продовження строку їх дії до предмета відання слідчого судді, який забезпечує змагальність сторін кримінального провадження під час вирішення цього питання. Піддано критичній оцінці пропозиції щодо звуження компетенції слідчого судді в частині застосування особистого зобов'язання й особистої поруки. Передання цих повноважень до предмета відання слідчого апріорі позбавляє елементів змагальності процес обрання, зміни та скасування вказаних запобіжних заходів. Нормативна вимога обов'язкового погодження клопотання слідчого про застосування заходів забезпечення кримінального провадження з прокурором є однією з гарантій законності правообмеження в спосіб, передбачений законом. Погодження клопотання слідчого з прокурором обумовлюється функцією прокурора, яку він здійснює на досудовому провадженні, а саме наглядом за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням.*

*У статті сформульовано висновки, що звуження компетенції слідчого судді за рахунок передання повноважень щодо застосування особистого зобов'язання й особистої поруки до предмета відання слідчого унеможливлює здійснення судового контролю на цьому етапі щодо наявності обґрунтованої підозри, яка є підставою застосування заходів забезпечення кримінального провадження.*

*Автор зазначає, що в основі сучасної нормативної моделі порядку застосування запобіжних заходів у досудовому провадженні міститься концептуальна ідея вирішення питання щодо застосування будь-якого запобіжного заходу в змагальному судовому розгляді на підставі ухвали слідчого судді. Такий порядок надає істотні переваги, що забезпечують об'єктивність і неупередженість прийнятого рішення, його відповідність стандартам захисту прав і свобод людини під час кримінального провадження. Часткове ж передання повноважень щодо застосування особистого зобов'язання й особистої поруки слідчому диференціює уніфікований порядок застосування запобіжних заходів, що може призвести до неправомірного обмеження конституційних прав і свобод підозрюваного.*

**Ключові слова:** заходи забезпечення кримінального провадження, компетенція слідчого судді, предмет відання слідчого судді, запобіжні заходи, особисте зобов'язання, особиста порука.

**Постановка проблеми.** Основним завданням кримінального провадження є захист особи, суспільства й держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження. На стадії досудового розслідування судовий контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів у кримінальному провадженні здійснює слідчий суддя. Прийняття рішення про застосування більшості заходів забезпечення кримінального провадження належить до виключної компетенції слідчого судді. У сучасному правозастосуванні цей сегмент компетенції слідчого судді є одним із найбільших за обсягом. Як відомо, практика реалізації чинного кримінального процесуального закону є основним верифікатором законодавчих напрацювань. Тому восьмирічний досвід функціонування інституту застосування заходів забезпечення кримінального провадження сьогодні дає змогу об'єктивно оцінити як позитивні надбання, так і недоліки нормативної регламентації компетенції слідчого судді в частині застосування цього процесуального інституту. При цьому автор далекий від спокуси ідеалізувати окремі напрями реалізації компетенції слідчого судді. Навпаки, з позиції власного

© С. Шаренко, 2020

досвіду роботи на посаді слідчого судді прагне критично й об'єктивно оцінити поточну ситуацію, вказати на наявні в цій сфері проблеми та можливі шляхи їх вирішення на законодавчому або правозастосовному рівнях.

У доктрині кримінального процесу проблематика компетенції слідчого судді, зокрема, у частині застосування заходів забезпечення кримінального провадження ставала предметом наукових досліджень багатьох учених. Так, А.Ф. Бондюк, О.В. Бурлака, І.В. Гловюк, Т.Г. Ільєва, В.А. Завтур, І.П. Зіньковський, М.А. Макаров, Р.І. Тракало, А.Р. Туманянц, В.І. Фаринник, Л.В. Удалова, О.Г. Шило й інші науковці присвятили праці аналізу комплексу питань, що стосуються правового статусу слідчого судді та реалізації ним його кримінальної процесуальної компетенції. Однак, незважаючи на широкий теоретичний базис з окресленого питання, в умовах постійного вдосконалення кримінального процесуального законодавства України ця проблематика набуває особливої актуальності, що зумовлює необхідність її подальшого дослідження з урахуванням наявної судової практики й законопроектних ініціатив, спрямованих на обмеження компетенції слідчого судді.

**Метою статті** є формування цілісного уявлення щодо оптимальної моделі компетенції слідчого судді під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження з урахуванням доктринальних позицій і наявних законопроектних ініціатив, спрямованих на обмеження його компетенції та зарахування повноважень щодо прийняття рішення про застосування окремих заходів забезпечення кримінального провадження до компетенції слідчого.

**Виклад основного матеріалу.** У сучасному кримінальному процесуальному законодавстві простежується «тенденція щодо поступового розширення предмета відання слідчого судді в кримінальному провадженні» [1, с. 86]. Однак у сегменті компетенції щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження чимало прихильників серед наукової спільноти знайшов вектор звуження предмета відання слідчого судді. Так, досягти цієї мети пропонується за рахунок передання повноважень слідчого судді в частині застосування окремих запобіжних заходів слідчому, прокурору. Наприклад, такі процесуалісти, як О.О. Кіпер [2, с. 12], В.А. Стокич [3, с. 196] відстоюють позицію щодо надання слідчому права самостійно застосовувати такий запобіжний захід, як особисте зобов'язання. О.С. Осадча вважає, що «необхідно надати прокурору процесуальні повноваження самостійно або ж за клопотанням слідчого приймати рішення про застосування особистого зобов'язання» [4, с. 98]. І.В. Рогатюк пропонує дозволити слідчому за погодженням із прокурором приймати рішення про обрання щодо підозрюваних запобіжних заходів у вигляді особистого зобов'язання й особистої поруки, пояснюючи свою позицію несуттєвим обмеженням прав і свобод підозрюваного під час їх застосування [5, с. 242]. На думку І.П. Зіньковського, за рішенням слідчого може застосовуватися більш широкий спектр заходів: особисте зобов'язання, особисту поруку, зобов'язання підозрюваного прибувати за кожною вимогою до суду або до іншого визначеного органу державної влади, додаткові обов'язки (за винятком обов'язку носити електронний засіб контролю). При цьому основним аргументом автора є не пов'язаність цих заходів із обмеженням права на свободу й особисту недоторканність [6, с. 57–58]. Т.Г. Ільєва обґрунтовує точку зору, відповідно до якої «слідчий суддя повинен приймати рішення тільки про застосування запобіжних заходів у вигляді тримання під вартою та домашнього арешту. Інші запобіжні заходи необхідно обирати за рішенням слідчого та прокурора» [7, с. 8]. Схожої позиції дотримується М.А. Макаров, указуючи, що «за ухвалою слідчого судді повинні застосовуватися лише запобіжні заходи у вигляді тримання під вартою, домашнього арешту та застави. Інші заходи мають обиратися за постановою слідчого, прокурора» [8, с. 27–28].

На звуження компетенції слідчого судді за рахунок передання слідчому, прокурору повноважень у частині застосування інших заходів забезпечення кримінального провадження, зокрема здійснення тимчасового доступу до речей і документів, спрямовані й наукові пропозиції М.А. Макарова [8, с. 28–29], І.В. Рогатюка [5, с. 21], С.С. Чернявського, В.О. Фінагеєва [11, с. 184]. У свою чергу, О.С. Луньова вважає, що «немає потреби в судовому контролі та прокурорському нагляді за слідчим під час накладення тимчасового обмеження у користуванні спеціальним правом, тимчасового доступу до речей і документів, отримання зразків для експертизи, тимчасового вилучення майна, арешту майна, застосування таких запобіжних заходів, як особисте зобов'язання та особиста порука» [12, с. 227].

Ключові аргументи наукової спільноти в напрямі звуження компетенції слідчого судді під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження сприйняті законотворцями. Так, фактичним результатом стала розробка Законопроекту

України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо спрощення та удосконалення діючих норм Закону з метою уникнення покарання винними особами та розвантаження судових органів» [13]. Проте, на наше переконання, указана законодавча ініціатива є досить неоднозначною. Так, з одного боку, новітні законодавчі ідеї спрямовані на розвантаження судових органів через спрощені механізми, які допоможуть прискорити кримінальне провадження (що, власне, випливає із самої назви Законопроекту). З іншого боку, містять потенційну небезпеку неправомірного обмеження прав і свобод осіб позасудовим контролем. Так, пропонована редакція ч. 4 ст. 176 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України передбачає: «Запобіжні заходи у вигляді особистого зобов'язання та особистої поруки застосовуються під час досудового розслідування слідчим. Інші запобіжні заходи застосовуються під час досудового розслідування слідчим суддею за клопотанням слідчого або за клопотанням прокурора, а під час судового провадження всі запобіжні заходи – судом за клопотанням прокурора». Критично оцінюючи вказану законодавчу пропозицію (як і доктринальні напрацювання в цьому напрямі [14]), автор дослідження виходить принаймні з п'яти ключових позицій.

По-перше, концептуальна ідея розглядуваного Законопроекту полягає у спрощенні процедури застосування більш м'яких запобіжних заходів (особисте зобов'язання й особиста порука) шляхом їх передання до предмета відання слідчого. З високою долею ймовірності можна прогнозувати, що логіка міркувань розробників Законопроекту (як і ключові аргументи процесуалістів, які відстоюють таку позицію) зводиться до простого умовиводу: застосування таких запобіжних заходів пов'язано з мінімальним ступенем обмеження прав і свобод підозрюваного й, відповідно, використання функції судового контролю є недоцільним. Для оцінювання обґрунтованості наведеної тези насамперед визначимося з таким питанням: чи правомірно стверджувати, що особисте зобов'язання, особиста порука мають несуттєвий (мінімальний) правообмежувальний характер? На наше переконання, відповідь має бути заперечною. Наприклад, під час застосування особистого зобов'язання (найбільш м'якого запобіжного заходу, як випливає з ч. 3 ст. 176 КПК України) у конкретних ситуаціях ступінь правообмежень може бути більш суворим порівняно з іншими запобіжними заходами. На підтвердження реалістичності цієї на перший погляд алогічної тези наведемо правову позицію ЄСПЛ у рішенні у справі «Котій проти України» від 05.03.2015, у якому Суд зауважив, що до заявника застосовано підписку про невиїзд (найбільш м'який запобіжний захід за КПК 1960 р., який був свого роду аналогом сучасного особистого зобов'язання) та в нього вилучено закордонні паспорти. Однак «обраний запобіжний захід зобов'язував заявника проживати за конкретною адресою в Україні і не передбачав можливості продовження проживання у Німеччині, де заявник здійснював свою професійну діяльність і куди він переїхав разом зі своєю родиною кількома роками раніше. Навіть нерегулярні поїздки за кордон були неможливими, оскільки закордонні паспорти заявника було вилучено. Відповідно за конкретних обставин справи підписка про невиїзд не була мінімально обтяжливим заходом, як про це стверджував Уряд, а насправді становила собою значне втручання у приватне та сімейне життя заявника... Разом з тим, національні органи влади не здійснили оцінку інших запобіжних заходів, передбачених у національному законодавстві і не пов'язаних з триманням під вартою (таких як, наприклад, застава), які були б менш негативними для приватного та сімейного життя заявника» [15, п. 72]. Як бачимо, наведене рішення ЄСПЛ яскраво демонструє, що застосування найбільш м'яких запобіжних заходів за характером правообмежень може суттєво обмежувати конституційні права і свободи особи залежно від конкретних обставин кримінального провадження. Наведена теза ставить під сумнів однозначність визначеної ч. 1 ст. 176 КПК України ієрархії запобіжних заходів у порядку збільшення суворості правообмежень, які з ними пов'язані (зокрема, як випливає із зазначеного рішення, застосування застави до пана Котія могло бути менш суворим варіантом, ніж підписка про невиїзд). Тому під час застосування запобіжного заходу слідчому судді варто не лише керуватися ієрархією запобіжних заходів, установленою ч. 1 ст. 176 КПК України, а й визначати конкретний запобіжний захід з урахуванням того, що в межах кожного запобіжного заходу (крім тримання під вартою) характер правообмежень є різним. У цьому контексті справедливою є позиція, відповідно до якої «нормативна модель окремих запобіжних заходів надає можливість посилювати характер правообмежень, з якими вони пов'язані, не змінюючи при цьому обраний запобіжний захід» [16, с. 242]. Продемонструємо наведену тезу на прикладі застосування особистого зобов'язання (оскільки в Законопроекті пропонується передати цей запо-

біжний захід до відання слідчого). Як випливає з ч. 1 ст. 179 КПК України, особисте зобов'язання полягає в покладенні на підозрюваного зобов'язання виконувати покладені на нього слідчим суддею обов'язки, передбачені ст. 194 КПК України. Однак кількість таких обов'язків може бути різною й залежить від доведення прокурором необхідності їх покладення [17; 18; 19]. Доволі ілюстративним прикладом є ухвала слідчого судді Солом'янського суду м. Києва про застосування до особи запобіжного заходу у вигляді особистого зобов'язання з покладенням на підозрюваного таких обов'язків: 1) прибувати за кожним викликом детектива, прокурора, суду залежно від стадії кримінального провадження; 2) не відлучатися з населеного пункту, у якому він зареєстрований, проживає чи перебуває, без дозволу детектива, прокурора або суду залежно від стадії кримінального провадження; 3) повідомляти детектива, прокурора чи суд про зміну свого місця проживання та/або місця роботи; 4) утримуватися від спілкування зі свідками й іншими підозрюваними в цьому кримінальному провадженні; 5) здати на зберігання до державної міграційної служби України свій паспорт (паспорти) для виїзду за кордон, інші документи, що дають право на виїзд з України й в'їзд в Україну; 6) носити електронний засіб контролю [20]. Наведений перелік обов'язків яскраво демонструє варіювання суворості особистого зобов'язання, адже ступінь правообмежень під час його застосування залежить як від кількості покладених обов'язків, так і від їх якісної характеристики. Зокрема, наприклад, покладення обов'язку носити електронний засіб контролю суттєво обмежує конституційне право особи на свободу й особисту недоторканність.

Отже, законодавча ієрархія запобіжних заходів (ч. 1 ст. 176 КПК України) є найбільш загальним орієнтиром, який може корегуватися конкретними ситуаціями. Тому з метою ухвалення правомірного рішення щодо застосування конкретного запобіжного заходу слідчий суддя має виходити не лише з ієрархії запобіжних заходів, установленої ч. 1 ст. 176 КПК України, а й оцінювати ступінь правообмежень у межах кожного окремого запобіжного заходу (винятком є тримання під вартою, оскільки цей запобіжний захід не передбачає варіативності його «змістового наповнення»). Це дає змогу індивідуалізувати застосування запобіжного заходу й обрати той, що забезпечить дотримання пропорційності між інтересами кримінального провадження і ступенем правообмежень, яких зазнає підозрюваний.

Отже, оскільки під час застосування запобіжних заходів обмежуються фундаментальні конституційні права та свободи особи, правомірність такого правообмеження може бути забезпечена лише за рахунок їх зарахування до предмета відання слідчого судді. Тому виглядає невиправданою пропозиція розробників Законопроекту щодо звуження компетенції слідчого судді в частині застосування особистого зобов'язання й особистої поруки.

По-друге, як випливає із запропонованої редакції статті, інші запобіжні заходи (крім особистого зобов'язання й особистої поруки) застосовуються під час досудового розслідування слідчим суддею за клопотанням слідчого або за клопотанням прокурора. У кримінальному процесуальному законодавстві України інститут погодження клопотання слідчого з прокурором «є своєрідним процесуальним «фільтром», що має на меті не допустити до розгляду слідчим суддею ті клопотання, що не мають судової перспективи» [21, с. 134]. Як підкреслює І.В. Рогатюк, «кримінальна процесуальна діяльність прокурора у цьому механізмі полягає у вивченні всіх обставин кримінального провадження та тих пропозицій, які йому надає слідчий у клопотанні про застосування таких заходів. Відповідно до цього він приймає рішення про підтримку вказаного заходу забезпечення або ж ні» [22, с. 194].

Поділяючи наведені позиції процесуалістів, зауважимо, що нормативна вимога обов'язкового погодження клопотання слідчого про застосування заходів забезпечення кримінального провадження з прокурором є гарантією законності рішення слідчого судді. На нашу думку, перспектива втілення в КПК України законодавчої ініціативи щодо безпосереднього звернення слідчого до слідчого судді з клопотанням про застосування окремих запобіжних заходів заслуговує на критичну оцінку. Відсутність «процесуального фільтру» створить потенційну небезпеку спрямування до слідчого судді необґрунтованих клопотань, що не сприятиме процесуальній економії часових ресурсів. Погодження клопотання слідчого з прокурором обумовлюється функцією прокурора, яку він здійснює на досудовому провадженні, а саме наглядом за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням [23, с. 387–388]. Тож запропонована новація необґрунтовано звузить повноваження прокурора та призведе до негативних наслідків.

По-третє, розгляд слідчим суддею клопотання про застосування запобіжного заходу

здійснюється на основі змагальності сторін. У свою чергу, передання повноважень щодо застосування особистого зобов'язання й особистої поруки до предмета відання слідчого апріорі позбавляє елементів змагальності процес обрання, зміни та скасування вказаних запобіжних заходів.

По-четверте, додатковим аргументом проти запропонованих законодавчих новел є обов'язкове дослідження слідчим суддею наявності обґрунтованої підозри в учиненні особою кримінального правопорушення як підстави застосування запобіжного заходу (ч. 2 ст. 177 КПК України). Незважаючи на те що в українському кримінальному процесуальному законодавстві поняття «обґрунтована підозра» не визначено, воно міститься в прецедентній практиці ЄСПЛ, яка є джерелом права в Україні (згідно зі ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 [24]). Так, термін «обґрунтована підозра» означає, що існують факти або інформація, які можуть переконати об'єктивного спостерігача в тому, що особа, про яку йдеться, могла вчинити правопорушення (рішення ЄСПЛ у справах: «Нечипорук і Йонкало проти України» (п. 175) [25]; «Малик проти України» (п. 24) [26]; «Кавала проти Туреччини» (п. 127) [27]; «Фокс, Кемпбелл і Гартлі проти Сполученого Королівства» (п. 32) [28]; «Расул Джафаров проти Азербайджану» (п. 117) [29] тощо).

Підкреслюючи вагомість дослідження слідчим суддею наявності обґрунтованої підозри, І.В. Гловюк, Ю.А. Жовтан, Д.К. Пономаренко визнають, що «перевірка слідчим суддею саме обґрунтованості підозри має стати бар'єром для необґрунтованого кримінального переслідування та засобом належної реалізації загальних завдань кримінального провадження» [26]. Безумовно, підтримуючи позицію науковців, маємо констатувати, що застосування окремих запобіжних заходів за рішенням слідчого, по суті, нівелює механізм перевірки обґрунтованості підозри під час застосування запобіжного заходу. Нескладно спрогнозувати результат розвитку подій у такому напрямі правозастосування: ураховуючи, що автором повідомлення про підозру є слідчий або прокурор, перевірка обґрунтованості власного процесуального рішення виглядає нелогічною. Як влучно зауважує Т.В. Безпалий, «у разі надання повноважень обирати запобіжний захід слідчому запобіжник у вигляді перевірки обґрунтованості підозри зникне» [27].

Отже, варто визнати, що звуження компетенції слідчого судді за рахунок передання повноважень щодо застосування особистого зобов'язання й особистої поруки до предмета відання слідчого нівелює дослідження питання наявності обґрунтованої підозри, яка є підставою застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

По-п'яте, нагадаємо, що до компетенції слідчого судді під час застосування запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою, входить покладення на підозрюваного процесуальних обов'язків, передбачених ч. ч. 5, 6 ст. 194 КПК України, на строк не більше ніж два місяці, якщо така необхідність доведена прокурором. Якщо ж припустити можливість застосування окремих запобіжних заходів слідчим або прокурором, то звуження компетенції слідчого судді буде полягати не лише в частині покладення процесуальних обов'язків під час застосування особистого зобов'язання й особистої поруки, а й у частині продовження строку їх дії. При цьому зазначимо, що втрата слідчим суддею частини компетенції в сегменті застосування окремих запобіжних заходів турбує не з погляду звуження загального обсягу повноважень слідчого судді. Справа в тому, що визначені ст. 194 КПК України процесуальні обов'язки мають примусовий характер, оскільки тією чи іншою мірою обмежують конституційні права та свободи підозрюваного. Тому їх покладення й продовження строку їх дії має залишатися предметом відання слідчого судді.

Підводячи загальний підсумок аналізу перспектив звуження компетенції слідчого судді, закладених у Законопроекті «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо спрощення та удосконалення діючих норм Закону з метою уникнення покарання винними особами та розвантаження судових органів» від 03.04.2020 № 3303, констатуємо таке. В основі сучасної нормативної моделі порядку застосування запобіжних заходів у досудовому провадженні міститься концептуальна ідея вирішення питання щодо застосування будь-якого запобіжного заходу в змагальному судовому розгляді на підставі ухвали слідчого судді. У свою чергу, часткове передання повноважень слідчому щодо застосування особистого зобов'язання й особистої поруки диференціює комплексний уніфікований порядок застосування запобіжних заходів у кримінальному провадженні. Потенційна небезпека такого законодавчого кроку очевидна. Під ілюзорно-позитивним лозунгом – розвантаження судових органів через спрощені механізми, які допоможуть прискорити кримінальне провадження, може бути прихована загроза засто-

сування слідчим окремих запобіжних заходів за відсутності як обґрунтованої підозри, так і згоди прокурора, що неминуче призведе до неправомірного обмеження конституційних прав і свобод підозрюваного.

**Висновки**

Проведеним дослідженням установлено, що чинна нормативна модель компетенції слідчого судді під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження та продовження строку їх дії є оптимальною.

Обмеження компетенції слідчого судді за рахунок надання слідчому повноважень щодо прийняття рішення про застосування до підозрюваного запобіжних заходів у вигляді особистого зобов'язання й особистої поруки є недоцільним з огляду на таке:

– під час застосування цих запобіжних заходів обмежуються конституційні права і свободи людини;

– під час вирішення слідчим суддею питання про застосування цих запобіжних заходів здійснюється судовий контроль стосовно наявності обґрунтованої підозри;

– змагальна форма судово-контрольного провадження створює оптимальні умови для ухвалення законного, обґрунтованого та справедливого рішення безстороннім і неупередженим суб'єктом (слідчим суддею).

Подальше вдосконалення кримінального процесуального законодавства України в частині регулювання повноважень слідчого та прокурора має здійснюватися з урахуванням загальних засад кримінального провадження, зокрема верховенства права, що створюють фундамент сучасної системи кримінального процесуального законодавства України.

**Список використаних джерел:**

1. Шило О.Г. Компетенція слідчого судді в кримінальному провадженні: теорія, нормативна модель і тенденції розвитку законодавства. *Право України*. 2018. № 3. С. 79–91.

2. Кіпер О.О. Процесуальна самостійність слідчого як гарантія всебічного, повного й неупередженого розслідування у кримінальному провадженні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2017. 20 с.

3. Стокич В. А. Процесуальний порядок застосування особистого зобов'язання як запобіжного заходу. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2017. № 3. С. 194–197.

4. Осадча О.С. Процесуальна діяльність прокурора при застосуванні особистого зобов'язання у кримінальному провадженні. *Європейські перспективи*. 2015. № 1. С. 94–99.

5. Рогатюк І.В. Теоретичні, правові та праксеологічні основи кримінальної процесуальної діяльності прокурора у досудовому розслідуванні : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2018. 604 с.

6. Зіньковський І.П. Повноваження слідчого при обранні, зміні та скасуванні заходів забезпечення кримінального провадження : дис. ... докт. філософії : 081. Одеса, 2019. 281 с.

7. Ільєва Т.Г. Функція судового контролю у кримінальному процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2014. 20 с.

8. Макаров М.А. Судовий контроль у кримінальному процесі: теоретичні та правові основи : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2018. 38 с.

9. Чернявський С.С., Фінагеєв В.О. Проблеми тимчасового доступу до інформації, яка знаходиться в операторів та провайдерів телекомунікацій. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 179–185.

10. Луньова О.С. Проблемні питання удосконалення взаємодії слідчого з іншими учасниками кримінального провадження. *Проблеми законності*. 2015. С. 224–232.

11. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо спрощення та удосконалення діючих норм Закону з метою уникнення покарання винними особами та розвантаження судових органів : Проект Закону України від 3 квітня 2020 року № 3303. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511 = 68529.

12. Котій проти України (Kotiy v. Ukraine) : рішення Європейського Суду з прав людини від 5 березня 2015 року № 28718/09. URL: https://zakon.rada. gov.ua/laws/show/974_a82.

13. 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.

14. Ухвала слідчого судді Устинівського районного суду Кіровоградської області від 19 травня 2020 року (справа № 403/207/20). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89313609.

15. Ухвала слідчого судді Галицького районного суду м. Львова від 15 лютого 2019 року (справа № 461/742/19). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79849004.

16. Ухвала слідчого судді Приморського районного суду м. Одеси від 22 травня 2020 року (справа № 522/9221/19). URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89377551.

17. Суд у справі Олександра Авакова і «рюкзаків МВС» : Обрання запобіжного заходу Олександру Авакову у справі про постачання рюкзаків МВС (Київ, Солом'янський суд). *Стріми 5 каналу та «Радіо Свобода»*. URL: https://www.youtube.com/watch?v=IxMiZODT7ZI.

18. Завтур В.А. Особливості доказування при розгляді та вирішенні слідчим суддею та судом клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження : дис. ... докт. філософії : 12.00.09. Одеса, 2017. 237 с.

19. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. /

О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль та ін. Харків : Право, 2012. Т. 1. 768 с.

20. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 року № 3477-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text.

21. Нечипорук і Йонкало проти України (*Nechiporuk and Yonkalo v. Ukraine*) : рішення Європейського суду з прав людини від 21 квітня 2011 року № 42310/04. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_683.

22. Малик проти України (*Malik v. Ukraine*) : рішення Європейського Суду з прав людини від 29 січня 2015 року № 37198/10. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a61.

23. Case of Kavala v. Turkey, application no. 28749/18 judgment of 10 December 2019. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-199515.

24. Case of Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, application no. 12244/86; 12245/86; 12383/86 judgment of 30 August 1990. URL: http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57721.

25. Case of Rasul Jafarov v. Azerbaijan, application no. 69981/14 judgment of 17 March 2016. URL: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161416.

26. Гловюк І., Жовтан Ю., Пономаренко Д. Перевірка слідчим суддею обґрунтованості підозри як засіб протидії необґрунтованому кримінальному переслідуванню. URL: https://unba.org.ua/publications/print/5251-perevirka-slidchim-suddeyu-obuntovanosti-pidozri-yak-zasib-protidii-neobuntovanomu-kriminal-nomu-peresliduvannyu.html.

27. Безпалий Т. Законопроект 3303 або більше прав слідчим та прокурорам. URL: https://blog.liga.net/user/tbezpalyy/article/zakonoproekt-3303-abo-bilshe-prav-slidchim-ta-prokuroram.

**Svitlana Sharenko. On the expedience of narrowing the competence of the investigating judge**

*The article is devoted to the study of the optimality of the normative scope of competence of the investigating judge in the application of measures to ensure criminal proceedings. During the research, theoretical ideas about the subject of the investigating judge were analyzed. Emphasis is placed on the fact that the application of precautionary measures restricts fundamental constitutional human rights and freedoms. The legitimacy of such a restriction can be ensured only by referring the decision on their application and extending their validity to the jurisdiction of the investigating judge, who ensures the adversarial nature of the parties to the criminal proceedings in resolving this issue. The proposal to narrow the competence of the investigating judge in the application of personal obligation and personal guarantee has been critically evaluated. The transfer of these powers to the subject of the investigator's a priori deprives the elements of competition of the process of election, change and cancellation of these precautionary measures. Regulatory requirement for the investigator's request to be approved on the application of measures to ensure criminal proceedings with the prosecutor is one of the guarantees of the legality of the restriction in the manner prescribed by law. The approval of the investigator's request with the prosecutor is conditioned by the function of the prosecutor, which he performs in the pre-trial proceedings, namely – supervision of compliance with the law during the pre-trial investigation in the form of procedural guidance of the pre-trial investigation.*

*The article concludes that the narrowing of the competence of the investigating judge due to the transfer of authority to apply personal obligations and personal bail to the subject of the investigator's jurisdiction makes it impossible to exercise judicial control at this stage on the existence of reasonable suspicion, which is the basis for criminal proceedings.*

*The author notes that the modern normative model of the procedure for applying precautionary measures in pre-trial proceedings is based on the conceptual idea of resolving the issue of applying any precautionary measure in adversarial proceedings on the basis of a decision of an investigating judge. This procedure provides significant advantages that ensure the objectivity and impartiality of the decision, its compliance with the standards of protection of human rights and freedoms in criminal proceedings. The partial transfer of authority to apply a personal obligation and a personal guarantee to the investigator differentiates the unified procedure for the application of precautionary measures, which may lead to unlawful restriction of the constitutional rights and freedoms of the suspect.*

**Key words:** measures to ensure criminal proceedings, subject of jurisdiction of the investigating judge, precautions, legal restrictions, personal commitment, personal guarantee.

УДК 343.3
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.50

***Михайло Балан,***
*заступник військового прокурора Західного регіону України,*
*здобувач*
*Національної академії Державної прикордонної служби України*
*імені Богдана Хмельницького*

# ТАКТИЧНІ ПРИЙОМИ ОГЛЯДУ МІСЦЯ ПОДІЇ ПРИ РОЗСЛІДУВАННІ ПОРУШЕНЬ ДЕРЖАВНОГО КОРДОНУ УКРАЇНИ

*Стаття присвячена дослідженню окремих питань щодо значення та стану криміналістичного забезпечення огляду місця події у разі порушення державного кордону України між пунктами пропуску, зокрема його тактичних прийомів. Звернуто увагу на те, що тактика огляду місця події у криміналістичній теорії залишається не досить розробленою, а тактичні прийоми огляду місця події підмінюються стадіями, методами або способами організації і підготовки до нього. Констатовано, що натепер науковцями приділено недостатньо уваги цілісному викладу систем тактичних прийомів, які відповідають певним ситуаціям залежно від характеру відображення на місці злочинного посягання на недоторканість державного кордону України. Визначено відповідні слідчі ситуації та погляди на особливості тактичних прийомів для їх вирішення, які можуть бути реалізовані під час огляду місця події у разі порушення державного кордону України між його пунктами пропуску, при дійсному відображенні, неповному відображенні, відсутності явного відображення, фальшивому відображенні порушення державного кордону України. Наведено результати узагальненого опитування слідчих, у практиці яких мало місце справжнє відображення порушення державного кордону у 12,3 % випадків, неповне відображення – у 73 %; не мало явного відображення – у 24,4 %; мало фальшиве відображення події – у 61,1 %. Сформульовано систему тактичних прийомів з огляду на особливості кожного різновиду слідчих ситуацій, які згідно з результатами опитування слідчих, мають потребу у відповідному практичному застосуванні. Звернуто увагу на особливості негативних обставин як результат інсценування незаконного перетинання кордону України та визначено тактичні прийоми їх розпізнавання. Запропоновано класифікацію інсценувань під час порушення кордону за метою, часом та змістом. При цьому інсценування не матиме місця, якщо воно не застосовувалось та/або за характером негативні обставини є результатом дій сторонніх до порушення кордону осіб, сил природи тощо. За підсумками дослідження окреслено напрями подальших наукових розробок, які мають сприяти ефективній протидії злочинності на державному кордоні України.*

**Ключові слова:** розслідування порушень державного кордону, огляд місця події у разі порушення державного кордону, слідча ситуація, тактичний прийом, інсценування, негативні обставини.

**Постановка проблеми.** В основі реалізації слідчим оптимальних рекомендацій протидії злочинності криміналістичними способами та засобами лежать науково обґрунтовані положення криміналістичної тактики, які мають інноваційний характер, не є застиглими, мають різні прояви та відрізняються динамічністю. Створення (розробка) і пропозиції щодо застосування нових тактичних прийомів спричинені модернізацією злочинності та все більшим її пристосуванням до нових умов. А тому й ефективність застосування засобів криміналістичної тактики передбачає їх вдосконалення, впровадження новітніх розробок, належне наукове обґрунтування [1]. Основою тактичного забезпечення виступає сукупність засобів криміналістичної тактики, які дозволяють слідчому більш якісно й ефективно проводити слідчі дії, зокрема тактичний прийом (найбільш раціональний та ефективний спосіб дій або найбільш доцільна лінія поведінки слідчого у процесі збирання, дослідження і використання доказів з урахуванням слідчої ситуації на певному етапі досудового розслідування), тактичну рекомендацію (науково обґрунтована й апробована практикою порада, що стосується вибору і застосування тактичних прийомів) [2, с. 210], а також слідчі дії, у рамках яких вони реалізуються. Однак найбільш раціональний спосіб дій або найбільш доцільна лінія поведінки слідчого у процесі збирання, дослідження і використання доказової інформації, реалізується у рам-


© М. Балан, 2020

ках тактичного прийому [3, с. 122]. Аналіз літератури, яка присвячена розслідуванню порушень ДКУ, свідчить, що увага цілісному викладу систем тактичних прийомів, які відповідають певним ситуаціям залежно від характеру відображення на місці злочинного посягання на недоторканість ДКУ (незаконне перетинання ДКУ, незаконне переправлення осіб через ДКУ тощо), науковцями приділена недостатньо [4; 5; 6]. На необхідність розробки тактики ОМП у разі порушення ДКУ вказали опитані слідчі: у зв'язку з відсутністю відповідних розробок – 46,4 %; невідповідністю наявних розробок потребам практики – 63,3 %; загальним характером наявних розробок, які не враховують особливості злочинних посягань на недоторканість ДКУ, системи захисту ДКУ, ділянок ДКУ та відносин із сусідньою країною, – 79,1 %.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Проблемам тактичного забезпечення огляду місця події присвячували свої наукові дослідження вчені нашої держави та інших країн, такі як Р. С. Белкін, А. О. Бульбачова, О. Й. Дворкін, С. Ф. Денисюк, Т. Ф. Дмітрієва, М. І. Єнікеев, Є. П. Іщенко, Є. І. Макаренко, В. П. Колмаков, В. К. Лисиченко, Є. М. Ліфшіц, В. С. Мамонов, В. Ю. Шепітько, В. В. Степанов, І. І. Когутич, К. О. Чаплинський, І. М. Якімов та інші. Аналіз наукових публікацій останніх десятиліть, присвячених питанням криміналістичного забезпечення розслідування порушень ДКУ та тактичним прийомам ОМП в рамках даного розслідування, свідчить, що цьому питанню приділяли увагу як науковці, так і практики В. П. Бахін, О. М. Брисковська, А. А. Вознюк, Л. Ю. Капітанчук, Ю. В. Кот, Ю. І. Літвін, В. Ф. Лисаковський, О. І. Онисько, І. Б. Похіла, А. М. Притула, А. С. Саінчин, В. О. Сич, С. С. Чернявський, однак сучасний стан криміналістичних рекомендацій не повною мірою задовольняє потреби практики, а тому потребує додаткової уваги.

**Метою статті** є представлення результатів аналізу тактичного забезпечення ОМП у разі порушення ДКУ та внесення пропозицій щодо відповідної системи тактичних прийомів ОМП залежно від характеру відображення порушення ДКУ на місці події.

**Виклад основного матеріалу.** У криміналістичній теорії тактика ОМП дотепер залишається не досить розробленою, а тактичні прийоми ОМП підмінюються стадіями, методами або способами організації і підготовки до нього [5, с. 199-200; 6, с. 139; 7; 8]. Залежно від характеру відображення на місці події (МП) вчинення злочину вчені-криміналісти пропонують поділяти слідчі ситуації на такі, що мають дійсне відображення, не мають повного відображення, не знаходять явного відображення, мають фальшиве відображення [8, с. 206; 12, с. 355-363; 13]. Кожній із них притаманна найдоцільніша система тактичних прийомів, що має досить загальний характер. А подальша деталізація відповідних тактичних прийомів зумовлюється типовими ознаками злочину (індивідуальними особливостями), їх видами, способами вчинення та приховування, що, відповідно, й впливає на специфіку ОМП. Відповідно до класифікації типових слідчих ситуацій результати узагальненого опитування слідчих, які проводили ОМП у разі порушення ДКУ, свідчать, що у їхній практиці подія злочину: мала справжнє відображення – у 12,3 %; мала неповне відображення – у 73 %; не мала свого явного відображення – у 24,4 %; мала фальшиве відображення події – у 61,1 %. Дані ситуації не є постійними, на їх стан та співвідношення впливають особливості функціонування каналів нелегальної міграції та іншої протиправної діяльності, воєнно-політична обстановка, стан відносин із сусідніми країнами та системи заходів протидії протиправній діяльності на ДКУ тощо.

На підставі викладеного визначимо відповідні слідчі ситуації та погляди на особливості тактичних прийомів для їх вирішення, які можуть бути реалізовані під час ОМП у разі порушенні ДКУ між його пунктами пропуску.

Слідча ситуація при дійсному відображенні порушення ДКУ має місце, коли у слідчого до виїзду на МП немає сумніву щодо характеру події та осіб, які причетні до неї. Однак під час проведення ОМП до початку кримінального провадження можуть мати місце труднощі щодо визначення об'єктів, які необхідно оглядати. Дану ситуацію охоплює система тактичних прийомів, яка включає: зіставлення первісних даних і обстановки місця події з метою виявлення слідів злочину; аналіз окремих слідів на місці події; моделювання події, що відбулася. Під час опитування 64,3 % слідчих вказали, що у разі дійсного відображення порушення ДКУ у них виникає потреба у використанні зазначених тактичних прийомів. У цій ситуації у слідчого не повинні виникати суперечності та невідповідності між інформацією, яку він отримав до виїзду на місце порушення ДКУ та безпосередньо на місці порушення ДКУ. Важливим тактичним прийомом у даній системі виступає аналіз окремих слідів на місці порушення ДКУ.

Об'єкти, що виявляються під час ОМП, спочатку розглядаються та аналізуються з точки зору звичайної субстанції та призначення, а після цього – з точки зору ознак, які свідчать про відношення до порушення ДКУ. Подальший аналіз передбачає встановлення інших даних щодо ролі та місця об'єкта, його використання та способів застосування у порушенні ДКУ. Об'єктами огляду, типовими для розслідування незаконного переправлення осіб через ДКУ, виступають: ділянки місцевості і приміщення, де виявлена чи припинена злочинна діяльність, яка пов'язана з безпосереднім незаконним переправленням осіб через ДКУ; «зелені» ділянки кордону, ділянки автодоріг; ділянки місцевості, де здійснювалась злочинна діяльність організаторів, керівників та осіб, які сприяли незаконному переправленню осіб через ДКУ [14, с. 30, 45-46]. Аналіз слідів на місці порушення ДКУ – це перший захід, який дає можливість встановити причинні зв'язки між ними та спрямовувати зусилля слідчого до пошуку інших слідів/предметів. А тому даний тактичний прийом дозволяє: виявити більш широке коло слідів, що стосуються порушення ДКУ; визначити залежності між ними; не брати до уваги сліди, які не стосуються події порушення ДКУ. Моделювання (відтворення) події як тактичний прийом припускає певний ступінь ймовірності, що притаманно будь-якій категорії злочинів, оскільки сприяє поясненню вже відомих та виявленню нових властивостей зв'язків, об'єкта, які не можуть бути встановленні під час його безпосереднього вивчення. Уявна модель порушення ДКУ у цій слідчій ситуації повинна збігатися з інформацією, яку виявлено на місці події. Розбіжності між ними свідчать про те, що ситуацію ОМП ще до його початку визначено неправильно. Повнота моделі суттєво полегшує визначення шляхів виявлення складників, які перетворюють уявну модель порушення ДКУ у дійсно встановлені обставини цієї події.

Ситуація при неповному відображенні має місце, коли порушення ДКУ повністю не відобразилась на місці події або виникли зміни в об'єктах огляду (слідах, речових доказах). Істотна неповнота відображення порушення ДКУ не передає усіх змін середовища, на підставі яких можна судити про відображений об'єкт. Несуттєва неповнота має місце, коли відображення (сліди ніг, взуття порушників ДКУ, транспортних засобів, які використовувались для доставки/переправлення порушників до/через ДКУ) не досить точно передає зміни, а тому може бути компенсована інформацією з інших відображень доказів. Система тактичних прийомів при неповному відображенні порушення ДКУ включає такі прийоми, як: аналіз окремих слідів (предметів), їхніх ознак, розташування; використання уявної реконструкції окремих елементів події; моделювання з метою відтворення події, яка відбулася; зіставлення модельованої події і реальної картини місця події. 71,4 % опитаних слідчих показали, що при неповному відображенні порушення ДКУ вони мають потребу у застосуванні зазначених тактичних прийомів. Вказана система прийомів використовується у разі, коли на місці порушення ДКУ виявлено окремі предмети (особисті речі порушників ДКУ, знаряддя, які використовувались для подолання інженерних засобів охорони ДКУ, чи сліди злочину (незаконного переправлення осіб через ДКУ/незаконного перетинання ДКУ) і механізм події не досить виражений. А тому ОМП при неповному відображенні доцільно розпочинати з аналізу окремих слідів (предметів) порушників ДКУ, їхніх ознак та локалізації. Особлива увага при цьому звертається на сліди, які не перетинають лінію ДКУ, а також сліди транспортних засобів, оскільки їх співвідношення зі слідами, які проходять через лінію кордону або не проходять у зв'язку із затриманням порушників, є визначальними у формуванні доказової бази щодо об'єктивної сторони діянь переправників порушників ДКУ. Даний тактичний прийом дозволяє: визначити об'єкти, які мають значення у розслідуванні; встановити зв'язки між окремими слідами одного та/або кількох порушників (переправників) ДКУ; встановити їх можливе місцезнаходження (напрям руху); диференціювати сліди порушників ДКУ, за якими – способи перетинання; встановити сліди осіб, які причетні до переправлення порушників, що перетинали лінію ДКУ разом із ними; встановити сліди осіб, які причетні до переправлення порушників, однак не перетинали лінії ДКУ; визначити сліди, які свідчать про застосування технічних/транспортних засобів, тощо. Неповнота відображення порушення ДКУ викликає необхідність у слідчого використовувати уявну реконструкцію [15, с. 82-83] його окремих елементів на підставі відображень наявних образів, що виникають у слідчого як наслідок сприйняття певних об'єктів на місці події та /або їх опису, яка (реконструкція) можлива після ретельного аналізу окремих слідів на місці порушення ДКУ. Вона надає можливості слідчому висунути припущення (робочі версії) щодо відсутніх елементів порушення ДКУ та дозволяє відновити (уявно) їх деталі.

Застосування тактичного прийому «моделювання» забезпечує відтворення порушення ДКУ у формі динамічних моделей (ситуацій) порушення ДКУ у процесі виявлення та оцінки доказової інформації. Криміналістична модель, яка створюється на основі даних, що отримані зі слідів та обстановки МП, здатна служити не тільки засобом отримання і впорядкування інформації про розшукувану особу, але й ефективним засобом управління діяльністю щодо розшуку та викриття винного. Застосування моделювання доцільне лише у тих випадках, коли у слідчого виникає необхідність в отриманні інформації опосередкованим шляхом [15, с. 79]. Мета моделювання у даній ситуації під час огляду місця порушення ДКУ визначається особливостями розслідування та полягає в одержанні нових доказів, перевірці наявних, виявленні та дослідженні слідів осіб, причетних до порушення ДКУ. При неповному відображенні порушення ДКУ таке моделювання може стосуватися: окремих елементів порушення ДКУ (часу, застосування заходів протидії виявленню порушення ДКУ); найбільш загальних рис (кількості порушників, способу перетинання/переправлення через ДКУ); кількох передбачених моделей (переправлення осіб через ДКУ, незаконне перетинання ДКУ). Контрольну функцію, яка дозволяє встановити наявність невідповідностей між моделлю та реальною картиною порушення ДКУ або підтвердити їх збіг, виконує їх порівняння.

Слідча ситуація при відсутності явного відображення порушення ДКУ виникає у разі: знищення/пошкодження слідів відображення на МП (зміни у середовищі, які виникли у результаті порушення ДКУ, зникли у результаті погодних умов, знищені порушниками/співучасниками порушення ДКУ) та неможливості їх встановлення; знищення інформації на місці порушення ДКУ (слідів і речових доказів), що передбачає наявність іншої інформації – слідів їх знищення; відсутності порушення на даній ділянці ДКУ. Система тактичних прийомів при відсутності явного відображення порушення ДКУ включає такі прийоми, як: зіставлення первісних даних з інформацією МП; залучення до участі в огляді осіб, які виявили порушення ДКУ, брали участь у затриманні порушників ДКУ, а також їх у разі затримання на момент проведення ОМП; аналіз ознак знищення слідів порушення ДКУ; аналіз іншої інформації з МП та її зіставлення зі встановленими фактами. 89,7 % опитаних слідчих показали, що у даній слідчій ситуації у них виникає потреба у використанні зазначених тактичних прийомів. Відсутність явного відображення події порушення ДКУ передбачає необхідність використання тактичного прийому, який полягає у зіставленні первісних даних, що надходять від очевидців із числа місцевого населення прикордоння, посадових осіб ДПСУ, з інформацією щодо порушення ДКУ. Таке зіставлення надає слідчому можливість припустити, могло чи не могло мати місце порушення ДКУ на цій його ділянці, які сліди повинні були б залишитися та яка їх локалізація. У процесі зіставлення можуть бути встановлені й певні суперечності та неточності в описі порушення ДКУ очевидцем (свідком, іншою особою) і реальним МП. Як свідчить опитування слідчих, для уточнення обставин порушення ДКУ, вжитих заходів щодо затримання порушників та їх результативності, змін, які були внесені в обстановку МП до початку ОМП, у 96,3 % випадків вони звертались до посадових осіб ООДКУ, у 98,7 % випадків – до очевидців, учасників виявлення порушення ДКУ та затримання порушників ДКУ.

Система тактичних прийомів при фальшивому відображенні порушення ДКУ повинна бути спрямована на виявлення негативних обставин, що несуть у собі інформацію не про істинну подію порушення ДКУ, а про дані, які порушують природне співвідношення причини і наслідку, – про інсценування незаконного перетинання ДКУ [16]. У криміналістичній літературі, присвяченій ОМП, майже всі автори визнають завданням огляду встановлення та фіксацію негативних обставин. Попри те, що чимало негативних обставин виявляють у процесі огляду місця події, деякі з них (до їх перевірки) тимчасово залишаються невстановленими, а для їх виявлення необхідно здійснити інші С(Р)Д [17, с. 153]. У цій слідчій ситуації система прийомів може бути запропонована у вигляді зіставлення: інформації місця порушення ДКУ з традиційним, природним перебігом порушеннями ДКУ, які мали місце у практиці ООДКУ; інформації місця порушення ДКУ з типовими аналогами відображення слідів під час подібних порушень ДКУ; слідів (предметів) з довідковими даними; слідів (предметів), виявлених на місці події, між собою; даних місця порушення ДКУ з доказами, точно встановленими у справі (отриманими з інших джерел, у тому числі матеріалів ОРД). Фальшиве відображення порушення ДКУ може бути встановлено шляхом зіставлення інформації місця порушення ДКУ з традиційним, природним перебігом, що визначається уявленням слідчого про її закономірний розвиток, шляхом зіставлення

слідів (предметів), які виявлені на місці порушення ДКУ, між собою, що дозволяє визначити відсутність причинних зв'язків між окремими слідами, а також сприяє виявленню й таких слідів, які суперечать іншим, тобто встановити негативні обставини. Із різновидів класифікації інсценувань, запропонованих О. Ф. Волинським [18, с. 247-248], як свідчить практика розслідування та затримання порушників ДКУ, інсценування: за метою – приховування злочинів та некримінальних правопорушень – здійснювалось у 94,2 % випадків; за часом – під час формування груп нелегальних мігрантів, їх забезпечення, транспортування і переправлення їх через ДКУ – 92,1 %; за змістом – інсценування матеріальних слідів події у разі перетинання лінії ДКУ: порушниками без переправників – 23,7 %, порушниками разом із переправниками, які не повертались на територію України, – 42,7 %, порушниками разом із переправниками, які повертались / мали намір повертатись на територію України – 86,2 % [19, с. 128-132]. Інсценування не матиме місце, якщо: воно не стосувалось порушення механізму злочинної події (порушення ДКУ); за характером негативні обставини є результатом дій сторонніх до порушення ДКУ осіб, сил природи тощо. Тобто інсценування порушення ДКУ повинно бути спрямоване на відображення / слідову картину (їх «спотворення»), які утворюються у результаті порушення ДКУ та вчиняються «безпосередніми» порушниками (перетинають лінію ДКУ) та/або «опосередкованими» – пособниками (переправниками), організаторами тощо. Як свідчить аналіз протоколів ОМП про порушення «зеленої ділянки» ДКУ, негативні обставини, які свідчать про внесення змін у механізм незаконного перетинання ДКУ у 81,3 % виникли у результаті інсценування осіб, причетних до порушення ДКУ, 14,6 % – у результаті затримання порушників, у тому числі збройного, 2,5 % – у результаті впливу сил природи, 1,6 % – дії сил природи. Тактичний прийом зіставлення інформації місця порушення ДКУ дозволяє виявити негативні обставини, що суперечать природному перебігу події порушення ДКУ. Велике значення має тактичний прийом, який полягає у зіставленні інформації місця події з типовими аналогами. Типовими аналогами можуть виступати: типові ознаки певного виду порушення ДКУ (адміністративного чи кримінального делікту, передбаченого, зокрема, ст. 204-1 КУпАП, ст. 332, 332-2 КК України та ін.); типові способи вчинення та приховування порушення ДКУ; типові ознаки слідів, які виникають у разі порушення ДКУ тощо. У процесі зіставлення слідів, предметів, ознак із типовими аналогами можуть бути виявлені й такі фактичні дані (або їх відсутність), яких не повинно бути або вони мають обов'язково бути у разі незаконного перетинання ДКУ (сліди на КСС, у тому числі на суміжній території, спрацювання сигнальних комплексів, технічних засобів фотовідео фіксації тощо). Ці негативні обставини виступатимуть своєрідними сигналами фальшивого відображення порушення ДКУ.

**Висновки**

Таким чином, підтримуючи думку вчених-криміналістів про те, що тактичні прийоми, які застосовуються під час ОМП, виступають найважливішим джерелом криміналістично значущої інформації про подію, аналіз криміналістичного забезпечення ОМП у разі порушення ДКУ свідчить, що сучасний стан криміналістичних рекомендацій не повною мірою задовольняє потребу практиків, а тому розробка, вдосконалення та підтримання у «робочому стані» відповідної системи тактичних прийомів повинно визначати подальші напрями криміналістичних досліджень. На нашу думку, система тактичних прийомів ОМП, яка потребує розробки, повинна враховувати особливості ділянок порушення ДКУ (між пунктами пропуску, у пунктах пропуску на шляхах сполучення) на кордоні із країнами ЄС та РФ та інші фактори, які впливають на їх розробку та практичну реалізацію.

**Список використаних джерел:**

1. Тонков Е.Е., Комаров И.М. Основные тенденции развития криминалистики и судебной экспертизы на современном этапе. Обзор международной научно-практической конференции. *Научные ведомости. Серия «Философия. Социология. Право»*. 2011. № 8 (103). Выпуск 16. С. 362-371.

2. Чаплинський К. О. Поняття та сутність тактичного забезпечення судового розслідування. *Право і суспільство*. 2011. № 6. С. 207–212.

3. Бахин В.П. Криминалистика. Проблемы и мнения (1962-2002). Киев, 2002. 268 с.

4. Саінчин А.С., Похіла І.Б., Притула А.М. Методика розкриття незаконного переправлення осіб через державний кордон України (криміналістичні та оперативно-розшукові аспекти) : монографія. Одеса : Фенікс, 2008. 368 с.

5. Купрієнко Д.А. Концептуальні основи охорони державного кордону в сучасних геополітичних умовах. *Охорона державного кордону України в сучасних геополітичних умовах: організаційні та правові проблеми* : монографія / О. В. Андрушко, Л. Ю. Капітанчук, А. З. Сорока та ін. Хмельницький : Видавництво НАДПСУ, 2017. 296 с.

6. Бахін В.П, Капітанчук Л.Ю., Літвін Ю.І. Виявлення та розслідування нелегальної міграції :

монографія. Хмельницький : Видавництво Національної академії прикордонної служби України імені Б. Хмельницького, 2013. 164 с.

7. Кашперук С.Г. Методика розслідування злочинів, пов'язаних з порушенням державного кордону України. *Основи криміналістики : курс лекцій*. Хмельницький : Видавництво НАДПСУ, 2016. 92 с.

8. Шепітько В.Ю. Криміналістична тактика (системно-структурний аналіз) : монографія. Харків : Харків юридичний, 2007. 432 с.

9. Белкин Р.С., Лифшиц Е.М. Тактика следственных действий. Москва, 1967. 176 с.

10. Ищенко Е.П., Топорков А.А. Криминалистика. 2-е изд., испр., доп. и перераб. Москва: Контракт, ИНФРА-М, 2010. 784 с.

11. Огляд місця події при розслідуванні окремих видів злочинів : науково-практичний посібник / за ред. Н. І. Клименко. Київ: Юрінком Інтер, 2005. 216 с.

12. Когутич І.І. Криміналістика: Курс лекцій. Київ: Атіка, 2008. 888 с.

13. Денисюк С.Ф. Співвідношення тактики та організації проведення слідчої дії. *Право і Безпека*. 2010. № 4. С. 176-179.

14. Розслідування незаконного переправлення осіб через державний кордон України : метод. рекомендації / Чернявський С. С., Вознюк А. А., Брисковська О.М. та ін. Київ: Нац. акад. внутр. справ, 2017. 64 с.

15. Лукашевич В.Г., Юнацький О.В. Моделювання у криміналістці та пізнавальній діяльності слідчого : монографія. Київ: КНТ, 2008. 184 с.

16. Литвин Ю.И. Негативные обстоятельства, устанавливаемые при осмотре места происшествия в связи с нарушением государственной границы : збірник наукових праць. Хмельницький. АПВУ, 1998. № 6. Ч. 2. С. 34-38.

17. Груздь О. І. Розслідування умисних вбивств, учинених при перевищенні меж необхідної оборони : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2018. 247 с.

18. Криминалистика : учебник для вузов / А.Ф. Волынский, Т.В. Аверьянова, И.Л. Александрова и др.; под ред. проф. А.Ф. Волынского. Москва: Закон и право, ЮНИТИ – ДАНА, 1999. 615 с.

19. Балан М. В. Особливості тактичних прийомів огляду місця події при порушенні державного кордону України. *Проблеми вдосконалення правового забезпечення прав та основних свобод людини і громадянина:* матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Запоріжжя, 26–27 червня 2020 року. Запоріжжя : Запорізька міська громадська організація «Істина», 2020. 140 с.

**Mykhailo Balan. Tactical techniques of crime scene examination when investigating violations of the state border of Ukraine**

*The article is devoted to the study of certain issues concerning the significance and state of forensic inspection of the scene in violation of the state border of Ukraine between checkpoints, in particular its tactics. Attention is drawn to the fact that the tactics of site inspection in forensic theory remain insufficiently developed, and the tactics of site inspection are replaced by stages, methods or ways of organizing and preparing for it. It is stated that at present, scientists do not pay enough attention to the holistic presentation of tactical systems that correspond to certain situations, depending on the nature of the reflection on the place of criminal encroachment on the inviolability of the state border of Ukraine. Relevant investigative situations and views on the features of tactics for their solution, which can be implemented during the inspection of the scene in violation of the state border of Ukraine between its checkpoints with actual reflection, incomplete reflection, lack of explicit reflection, false reflection of violation of the state border of Ukraine. The results of a generalized survey of investigators are given, in the practice of which there was a real reflection of the violation of the state border – in 12.3% of cases, incomplete reflection – in 73%; had no clear reflection – in 24.4%; had a false reflection of the event – in 61.1%. A system of tactics has been formulated, taking into account the peculiarities of each type of investigative situations, which, according to the survey of investigators, need appropriate practical application. Attention is paid to the peculiarities of negative circumstances as a result of staging an illegal crossing of the border of Ukraine, and tactics for their recognition are identified. The classification of stagings in violation of the border by purpose, time and content is proposed. In this case, the staging will not take place if it did not relate to and / or by the nature of the negative circumstances are the result of actions of outsiders to violate the boundaries of persons, forces of nature and so on. According to the results of the study, the directions of further scientific developments that should contribute to the effective fight against crime at the state border of Ukraine are outlined.*

**Key words:** investigation of violations of state boundary, a review of place of event is at violation of state boundary, investigation situation, tactical reception, staging, negative circumstances.

УДК 343.985.7
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.51

***Тетяна Давченко,***
*суддя*
*Господарського суду Миколаївської області*

# ТАКТИКА ДОПИТУ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ ДОВЕДЕННЯ ДО БАНКРУТСТВА (СТ. 219 КК УКРАЇНИ)

*Економічна діяльність підприємств регламентується низкою законодавчих актів, які певною мірою, з огляду на неузгодженість та наявні прогалини, зумовлюють можливість вчинення протиправних дій, спрямованих на заволодіння майном шляхом умисного доведення до банкрутства. Загроза економічній безпеці полягає в тому, що стратегічні промислові об'єкти держави, підприємства територіальних громад у незаконний спосіб потрапляють до рук злочинців, які не мають наміру продовжувати вид діяльності, а мають на меті збут обладнання, захоплення землі, здійснення забороненої або шкідливої для екології діяльності тощо. Господарські оборудки здійснюються професійно підготовленими особами, обізнаними в створенні ускладнених схем доведення до банкрутства, такий процес є тривалим у часі. Вчинення злочину є латентним, наслідки стають відомі тоді, коли складно зібрати докази доведення до банкрутства (знищені документи, закінчився строк їх зберігання тощо). Основним способом формування доказової бази є допит, який ускладнений обізнаністю з економічними закономірностями учасників кримінального провадження, їхньою згуртованістю, що вимагає від слідчого ретельної розробки тактики.*

*На вибір тактики допиту впливає низка факторів, серед яких – галузь економіки, вид діяльності підприємства, його організаційна форма, вид правління, вид діяльності, структура, наявність філій, їх розташування, особливості підпорядкування та звітності, наявність міжнародної економічної діяльності, розміри інвестування, кредитування тощо. Для встановлення контакту з допитуваним слідчий використовує інформацію щодо фаху особи, досвіду роботи, позитивні якості (принциповість, вболівання за результати роботи підприємства), родинні зв'язки з іншими співробітниками підприємства, або наявність попередньої судимості, або попередній досвід роботи на підприємстві, яке зазнало банкрутства (навіть, якщо не відкрите кримінальне провадження, а є рішення господарського суду). Допит таких осіб супроводжується протидією розслідуванню (відмова від показань, надання неправдивих показань, погрози та залякування свідків, підкуп, знищення доказів тощо). Розробка тактики допиту у розслідуванні економічних злочинів сприятиме ефективності розслідування.*

**Ключові слова:** вербальна інформація, гала-ефект під час допиту, планування допиту, тактичні прийоми, консультація спеціаліста.

**Постановка проблеми.** Найпоширенішою слідчою (розшуковою) дією в кримінальних провадженнях є допит, проведення якого має процесуальні та тактичні особливості залежно від його виду. Критеріями класифікації допиту є процесуальне становище допитуваного (підозрюваний, обвинувачений, свідок, потерпілий тощо), послідовність проведення (первинний, додатковий, повторний), спосіб одержання інформації особою (безпосереднє сприйняття та показання з чужих слів), режим допиту (безпосереднє надання інформації та в режимі відеоконференції) та інше. Планування допиту, перш за все, визначається складом кримінального правопорушення. Низький рівень розкриття злочинів у сфері господарювання, зокрема доведення до банкрутства, зумовлює необхідність розробки рекомендацій щодо проведення допиту у провадженнях даної категорії, оскільки доказова інформація формується та перевіряється переважно у вербальний спосіб. Окрім того, вчинення злочинів особами, які мають високі професійні знання в галузі економіки, інвестування, розуміються на фонді цінних паперів, фахово орієнтуються в питаннях міжнародної економіки, потребує використання слідчим консультацій спеціалістів, письмових висновків з питань, які є предметом дослідження.

Одержання доказів, що свідчать про вчинення доведення до банкрутства, досягається завдяки допиту підозрюваних, свідків, потерпілих, осіб, які вступали в службові


© Т. Давченко, 2020

контакти з керівництвом (підозрюваними), але не були співробітниками цього підприємства. Фундатор сучасної криміналістичної тактики В. Ю. Шепітько визначив, що допит – це процесуальна дія, яка являє собою регламентований кримінально-процесуальними нормами інформаційно-психологічний процес спілкування осіб, котрі беруть у ньому участь, спрямований на одержання інформації про відомі допитуваному факти, що мають значення для встановлення істини у справі [1, с. 187].

На особливу пізнавальну роль допиту вказує О. В. Гриненко, зазначаючи, що допит – це комплекс передбачених кримінально-процесуальним законом пізнавальних та посвідчу вальних операцій, які виконуються слідчим у кримінальній справі з метою одержання та закріплення показань про обставини, що мають значення у справі. Сутність допиту полягає в тому, що в ході виконання пізнавальних операцій слідчий спонукає особу, якій можуть бути або повинні бути відомі певні обставини, прямо або опосередковано пов'язані з подією, що розслідується, дати про них свідчення, вислуховує інформацію та фіксує її в установленому законом порядку задля того, щоб вона могла бути використана в якості доказу в кримінальній справі [2, с. 409].

Як зазначають А. В. Кофанов, О. Л. Кобилянський, С. В. Хільченко, підготовка до проведення допиту включає: визначення кола осіб, які підлягають допиту; визначення послідовності їх допиту; визначення предмета допиту та вивчення матеріалів кримінального провадження; вирішення питання щодо часу та місця допиту, способу виклику на допит; отримання спеціальних знань, які можуть знадобитися під час допиту; визначення переліку необхідних технічних засобів фіксації допиту та їх підготовку; визначення учасників проведення допиту; складання плану допиту [3, с. 226].

Багато вчених присвятили свої фундаментальні дослідження проблемам тактики допиту, серед них Л. М. Карнєєва, С. С. Ординський, С. Я. Розенбліт, М. І. Порубов, В. Є. Богинський, В. О. Коновалова, А. Р. Ратінов, В. Б. Бахін, В. К. Весельський, В. Ю, Шепітько, Р. С. Бєлкін, Е. М. Лівшиц, І. А. Жалдак та інші. Нині ці питання знайшли своє продовження в аналізі тактики на стадії судового провадження (Я. П. Зейкан).

Ефективність допиту визначається достовірністю одержаних показань та пояснень. Водночас достовірність не можна плутати з правдивістю, оскільки надані особою показання можуть бути суб'єктивно правдивими, але недостовірними. Причини добросовісного надання недостовірної інформації можуть бути різними, а це вимагає особливої обережності під час оцінки показань, які одержуються під час допитів [4, с. 507-508]. Особливого значення це набуває під час розслідування злочинів у сфері господарювання, коли складно однозначно оцінити характер дій посадових осіб, які є свідками. Наприклад, такі питання виникають за наявності попереднього договору оренди нерухомого майна [5, с. 98-101] (чи могло це призвести до неможливості здійснення оплати, чи вимагалось укладання такого договору інтересами виробництва тощо).

Під час розслідування доведення до банкрутства значний обсяг інформації одержується в результаті проведення допиту. Допит підозрюваних, які для вчинення злочину використовували своє службове становище, характеризується тим, що слідчий має ставити запитання особі, яка володіє спеціальними знання в галузі економіки, має професійну підготовку та досвід роботи. Для ефективного результату слідчому доцільно ретельно підготуватися, вивчити ґрунтовно матеріали кримінального провадження, ознайомитися з довідкової літературою, нормативними актами, дослідити особливості технологічного процесу, бухгалтерського обліку тощо. Корисною буде перед допитом консультація спеціалістів тієї галузі, в якій відбувся злочин. З урахуванням цього, особливо в даній категорії проваджень, як зазначав, В.Л. Васильєв, необхідно слідчому вміти використовувати *діалог* для пошуку та встановлення обставин справи, що може свідчити про високий рівень культури розслідування. Це вимагає від слідчого хороших знань чинного законодавства, уміння ефективно взаємодіяти відповідно до процесуального закону, дотримуючись етичних правил. Перемогти в цій боротьбі слідчому допомагають спеціальні наукові знання в галузі психології та тактики допиту, майстерність [6, с. 447]. Досвідчений слідчий під час допиту цілеспрямовано впиває на особу допитуваного в рамках закону, вміло вибирає єдиний ключ, який відкриває інтимний світ людини, його душу. Визначальною характеристикою цього процесу визнається закономірність його динаміки, встановлення послідовних етапів, виявлення особливостей кожного з них, розкриття зовнішніх та внутрішніх (психологічних) факторів, що характеризують особливості кожного з етапів. Є. Є. Подголін рекомендує проводити допит за участю обізнаних осіб, які володіють спеціальними знаннями (наприклад, з бухгалтерському обліку, технології виробництва тощо) [7, с. 43].

Одним із тактичних прийомів у загальній теорії криміналістики є оголошення показань свідків. Особливістю даного виду допиту, з огляду на фах та посаду підозрюваного, є те, що такий тактичний прийом не діє. Службові особи мають досвід роботи з офіційними документами, тому доказове значення для них мають виключно такі аргументи. Слідчий під час допиту може скористатися наявними підробленими документами, підробленими або безтоварними накладними, підробленими актами виконаних робіт, змінами в угодах.

Допит підозрюваного доцільно розпочинати зі з'ясування характеристики підприємства, на якому він працює, виду діяльності, коли воно було створено, ким, його структури, підпорядкування, засновників, органу управління, наглядової ради, хто є членами керівних органів, з якими підприємствами пов'язані технологічно, які результати діяльності, які фактори впливають на ефективність показників діяльності.

Під час допиту встановлюються дії (бездіяльність) уповноважених осіб, при цьому ці самі питання з'ясовуються шляхом огляду документів, які стосуються прийняття фінансово-господарських рішень, організаційних заходів. Звертається увага на підписи, дати, надписи чи резолюції для уточнення того, кому належить підпис, чи даною особою завізовано документ, ким дана вказівка на його виконання (якщо немає резолюції), якою є технологія розпоряджень та проходження документації до виконання, чи потрібно для виконання колегіальне рішення, чи складаються протоколи таких засідань, чи зберігаються такі документи, де і впродовж якого часу; який порядок внесення змін та доповнень до документів (хто це перевіряє), які наслідки внесення несанкціонованих змін у документи; чи потребують конкретні види документів відтиску печатки; де вона зберігається. Відповіді на ці запитання можуть слугувати підставою для призначення почеркознавчої та інших експертиз.

На переконання В. П. Бахіна, тактика допиту – це вміння «грати» на обставинах більш широких, ніж розказує допитуваний [8, с. 25]. Якщо підозрюваний визнає один факт, то доцільно поставити запитання: «Чи всі випадки ви назвали?» Такий прийом називається «гра на враженні додаткових даних».

Вчинення доведення до банкрутства супроводжується низкою інших кримінальних правопорушень, їх кількість, як встановлено на підставі аналізу слідчої практики, корелює із суб'єктом злочину або формою співучасті (зокрема, вчинення злочину організованою групою або злочинною організацією зумовлює більшу кількість кримінальних правопорушень, у тому числі транснаціональних). А отже, доцільно погодитися з думкою вчених, які вважають, що в таких випадках предмет допиту є дворівневим: на першому рівні збирається доказова інформація існування злочинної організації (організованої групи), другий рівень охоплює безпосередньо її діяльність. При цьому обидва ці рівні взаємопов'язані й повинні досліджуватися в комплексі [9, с. 180]. Встановлення особливостей технологічного процесу дозволяє встановити пов'язані підприємства, які забезпечують сировиною, надають логістичні послуги.

Підозрюваний у ході вільної розповіді може повідомити про наявність конфліктів у керівному органі, що потребує деталізації для уточнення слідчим можливих мотивів виведення частки капіталу з підприємства та доведення його до банкрутства з метою помсти тощо. У випадку доведення до банкрутства необхідно встановити місця збереження сировини, інших матеріальних цінностей, які можуть бути визнані неліквідними, під які укладені завідомо збиткові угоди (надані кредити, відпущена продукція).

Підозрювані можуть давати правдиві показання щодо фінансових операцій та юридичних дій (договірної активності) з боку керівництва за умови наявності у слідчого документів, що це підтверджують. Підозрювані щиро та детально повідомляють про організацію діяльності на підприємстві, але пояснюють це виробничою необхідністю. Підтверджують, що рішення приймалось колегіально, надаючи на підтвердження документи. Ю. І. Цвіркун у своєму дослідженні вказує на особливості процесуального розсуду суду за результатами оцінки рішень, дій чи бездіяльності колегіальних суб'єктів публічної адміністрації [10, с. 208-214]. Водночас під час такого відвертого надання показань підозрюваний перевіряє слідчого на предмет володіння ним інформацією як щодо операцій юридичної особи, так і щодо технологічного процесу, специфіки взаємодії з органами влади, банківською системою, порядку бухгалтерського обліку задля того, щоб надалі використати його необізнаність на свою користь. Підозрюваний може під час допиту самостійно демонструвати слідчому теки документів, щоб заплутати слідство (частина документів, вірогідно, підроблені, або взагалі не стосуються конкретних операцій); обтяження слідчого додатковими даними збільшує тривалість ознайомлення з ними, що дає змогу підозрюваному розробляти тактику захисту.

Підозрюваний намагається під час допиту встановити рівень обізнаності слідчого щодо учасників організованої групи, що брала участь у кримінальному правопорушенні, змісту їхніх показань. Якщо цих осіб не встановили або ще вони не були допитані, то підозрюваний наполягає (рекомендує) їх допитати, оскільки переконаний, що після спілкування з головним підозрюваним такі свідки дійсно підтвердять його показання. Тобто підозрюваний проводить так звану розвідку для створення варіантів обґрунтування правомірності дій. Такі дії можуть супроводжуватися пропозицією надання неправомірної вигоди. Одним зі способів є здійснення тиску на слідчого через засоби масової інформації.

Підозрюваному, який дає неправдиві показання, можуть бути пред'явлені речові докази, документи, висновки ревізій та експертів; деталізація показань.

З метою деталізації обставин здійснення фінансово-господарських операцій варто ґрунтовно готуватися до допиту головного бухгалтера, оскільки доведення до банкрутства не може здійснюватися без участі даної службової особи (вона може бути поєднана єдиним злочинним умислом або бути очевидцем-виконавцем всіх операцій та стадій виведення капіталу з підприємства). Оскільки така особа, вочевидь, не є організатором процесу доведення до стійкої фінансової неспроможності, доцільно застосувати прийоми переконання надати повну інформацію.

План допиту передбачає такі питання: яким чином було організовано облік на підприємстві, як довго головний бухгалтер є працівником даного підприємства, перебуває на цій посаді; за чиєю ініціативою здійснено призначення, яка кваліфікація даної особи, чи вбачались у діяльності підприємства ризики для фінансової стабільності; якщо так, то в чому вони виражалися; чим були зумовлені; як діяв головний бухгалтер у таких випадках; чи повідомлялось це керівнику підприємства, раді директорів чи наглядовій раді; чи є цьому підтвердження; у який спосіб процедурно розглядались ці доповідні; які були результати; чи здійснювався тиск на головного бухгалтера задля підписання фіктивних платіжних документів (погрози звільненням тощо); які фактори змусили головного бухгалтера вчиняти неправомірні дії (особисті чи інші); які стосунки були з іншими особами, причетними до вчинення кримінального правопорушення; чи змінилися вони після відкриття кримінального провадження?

Необхідно уточнити, чи дійсно на підприємстві склалася об'єктивно складна фінансова ситуація, яка зумовила укладання угод, пов'язаних з економічним ризиком; якщо так, то в чому це виразилось, які фактори до цього призвели. Вказані питання необхідно поставити для перевірки показань керівника підприємства.

В одному кримінальному провадженні було допитано двох осіб, які були у певні послідовні періоди головними бухгалтерами підприємства, – мати та її дочка, що дало можливість використати родинні зв'язки для з'ясування обставин справи. Так, *особа, що працювала в період з 23.12.1996 року по 17.06.2002 року на посаді головного бухгалтера ВАТ, дізнавшись про те, що у генерального директора ВАТ виник конфлікт з головою наглядової ради ВАТ, звернулася до нього з проханням звільнити з посади головного бухгалтера ВАТ – її дочку, побоюючись, що виниклий конфлікт може позначитися на кар'єрі доньки. Генеральний директор, перебуваючи у своєму робочому кабінеті, відмовився виконувати прохання і повідомив останній про злочинний план <...>, метою якого була зміна власника ВАТ через процедуру доведення до банкрутства в суді [11].*

Допиту підлягають юристи (керівники юридичних департаментів тощо) для встановлення обставин, за яких склалися вочевидь невигідні для підприємства угоди, визначались ризиковані строки для оплати послуг та товарів, предметом угоди ставала некондиційна продукція, неліквідні товари, об'єкти, які не пов'язані зі специфікою виробництва; хто давав вказівки на укладання таких угод, за яких обставин; чи брали юристи участь в обговоренні умов під час попередніх зустрічей керівників підприємств (коли, де, в якому складі). Заступник директора підприємства, яке мало довести до банкрутства іншу юридичну особу та захопити його активи, на допиті повідомив: *«Звернулися до юристів. За їхньою рекомендацією складена претензія на суму <...>, яка була визнана підприємством – боржником. Після цього звернулися до суду із заявою про порушення справи про банкрутство. Чому саме такий шлях був вибраний, пояснити не можу, оскільки не компетентний в юриспруденції» [12].*

В якості свідків необхідно допитати працівників підприємства: співробітників, керівників підрозділів, працівників автотранспортного підрозділу, маркетингової групи, служби охорони; ревізорів, контролерів на предмет того, чи підозрювали вони керівництво у вчиненні протиправних дій (чи виплачувалась заробітна плата, чи вчасно здійснювались виплати; чи відбулося скорочення виробничого процесу, чи супроводжувалося

це звільненням робітників, чи погіршилися умови праці, чи були випадки порушення умов безпеки виробництва). Перед допитом треба одержати відомості щодо стосунків певних осіб з підозрюваними, оскільки хоча працівники й мають відношення до оформлення певних документів у межах своїх посадових інструкцій та володіють інформацією, але наявність дружніх відносин завадить надати правдиві свідчення або спотворить обставини подій.

Найскладнішим визнають у теорії криміналістики допит підозрюваних та обвинувачених, проте на практиці допит свідка є не менш не передбачуваним та ускладненим системою факторів, особливо у разі розслідування кримінальних правопорушень, які вчиняються в трудовому колективі (у сфері господарювання). Л. М. Карнєєва, С. С. Ординський та С. Я. Розенблит писали, що показання свідків у цих випадках наче цементують всю решту доказів. Без показань свідків інші докази часто залишаються розрізненими, не досить переконливими для вирішення головного питання – чи вчинено злочин, та за умови позитивної відповіді – чи є вина обвинуваченого у його скоєнні [13, с. 3].

Особи, які є працівниками, пов'язані не лише суто трудовими обов'язками – існує чітка ієрархія, конкуренція, заздрість, підтримка, підступність. Франсіс Веллман із цього приводу зазначав: «Свідок рішуче (на ваше звернення) повернеться до Вас, її вигляд свідчитиме, що вона готова зруйнувати вас першою ж своєю відповіддю. Це сигнал до того, що треба трішки почекати із запитанням. Доброзичливо подивіться на неї, начебто ви не впевнені, а чи взагалі варто її допитувати» [14, с. 99].

Слідчий має зосередити увагу свідка на певних фактах, обставинах, щодо яких він має дати показання або відповісти на запитання, задля уникнення переповідання загальних фактів або емоційної оцінки подій на підприємстві. Американські юристи застосовують цю техніку, її сутність полягає у тому, що вони вибирають (визначають) певний факт або обставину, про яку має повідомити свідок, а потім включають цей факт у свої наступні питання. Професор юридичної школи університету Мен (США) Джуді Поттер наголошує, що під час постановки питань особі необхідно враховувати та використовувати з тактичних міркувань такий соціально-психологічний фактор, як вплив попередньої відповіді на зміст наступного запитання [15]. Такий соціально-психологічний фактор в психології називається «гало-ефектом». Порядок питань треба заздалегідь продумувати. Варто звернути увагу на те, що важливим є не тільки правильна постановка запитань, але й вміння їх вислухати (дослухати уважно), почути нову інформацію, посилання на джерело інформації

У деяких випадках свідок досить добре розуміє факти та деталі, про які запитує слідчий, але не хоче про них говорити взагалі або дає неправдиві показання. Мотиви такого вчинку – замовчування або хибності – можуть бути різноманітними: небажання свідка оприлюднити свої неправомірні дії, у тому числі такі, наслідком яких стане дисциплінарна, адміністративна, кримінальна або цивільно-правова відповідальність; побоювання за власну репутацію (певні вчинки можуть зашкодити кар'єрі); побоювання нашкодити близькому родичу чи члену сім'ї, які працюють на цьому підприємстві та залучені до певних дій, що призвели до фінансової неспроможності; хибне уявлення про те, що керівництво здійснювало правомірні дії, а відкриття кримінального провадження є не що інше, як тиск з боку влади чи зацікавлених осіб; побоювання втратити роботу; страх помсти з боку керівництва та інших причетних до злочинної діяльності осіб; небажання надалі бути учасником кримінального провадження. Така поведінка свідків-співробітників може бути результатом попередньої змови.

Для повного одержання інформації щодо причетності певних осіб до вчинення злочинів у сфері господарської діяльності доцільно допитувати сусідів, друзів, знайомих про спосіб життя, плани на майбутнє, наявність цінностей тощо. Допит має бути спрямований на виявлення не лише фактичних дій певних посадових осіб (укладання угод, підписання актів виконаних робіт, створення маркетингових груп), а й мотиву – виправданого економічного ризику чи злочинного наміру.

Дії підозрюваних у вчиненні даного виду злочину характеризуються корисливим мотивом і прямим наміром, тобто намір підсудних повинен бути спрямований саме на доведення до стійкої фінансової неспроможності (та заволодіння майном шляхом зловживання особою своїм службовим становищем). Так, у виправдувальному вироку суд зазначив: «Досудове слідство вказувало *суб'єктивну сторону* як здійснення дій, спрямованих на штучне доведення підприємства до банкрутства шляхом зловживання службовим положенням, здійснення посадових фальсифікацій і заволодіння майном з тим, щоб зрештою добитися судових рішень про визнання підприємства банкрутом і передачі майна цього підприємства в рахунок відшкодування штучно створених боргів перед ТОВ «Е» у власність керівників

злочинної групи. З такого формулювання суб'єктивної сторони злочину випливає, що органом досудового слідства конкретно *не встановлена суб'єктивна сторона* злочину. З формулювання не зрозуміло, на що ж був спрямований намір: 1) на доведення підприємства до банкрутства; 2) на погашення наявної заборгованості перед ТОВ «Е»; 3) на передачу майна у власність організованої групи. Як пояснили обвинувачені в ході судового слідства, ніхто з них не мав на меті заволодіти майном підприємства-банкрута. Кожен із них працював і виконував свої службові обов'язки. Державному обвинуваченню не вбачалося можливим її встановити і в ході судового слідства, оскільки досудовим слідством не представлено доказів, що в результаті процедури банкрутства обвинувачені мали можливість заволодіти майном. До того ж обвинувачення вважає, що немає й можливості отримання будь-яких або додаткових доказів звинувачення, враховуючи ще і той факт, що від часу подій сплило багато часу, тобто 13 років». З приводу обв'язку доведення суб'єктивної сторони кримінального правопорушення В. Д. Спасович наголошував, що без встановлення мотивів злочину кримінальна справа, «ніби статуя без голови, або без рук, або без тулуба» [16].

Це має особливе значення для обвинувачення. За браком достовірних доказів по кожному елементу складу кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа, по кожному епізоду звинувачення у суду виникають сумніви, які перешкоджають формуванню внутрішнього переконання про винуватість.

Коли доведення до банкрутства вчиняється організованою групою або злочинною організацією, першими варто допитувати тих членів організованої групи, які займають у ній невисоке, підпорядковане становище, які не мають судимості (раніше не притягалися до відповідальності), які перебувають у конфронтації з лідером (керівником) та іншими найбільш активними членами групи, зокрема, ображені через несправедливий розподіл фінансів (долі в статутному капіталі), обсяг покладених обов'язків, можливі ризики. У таких випадках також варто враховувати суттєвий тиск на учасників кримінального провадження, протидію розслідуванню. Здебільшого злочинці спонукають свідка приховувати інформацію від правоохоронних органів; тоді, коли вчинення злочину є очевидним (підприємство фактично перебуває на межі банкрутства), злочинці використовують свідків для руйнації ланцюжка доказів. Особи, причетні до вчинення злочину, такий незаконний вплив на свідків намагаються замаскувати під робочі зустрічі, трудові відносини, при цьому намагаються звести витік інформації (предмета спілкування) до мінімуму (не спростовується сам факт спілкування, без уточнення змісту), інколи видають таке спілкування за нібито зустріч, яка виникла з виробничої ініціативи співробітника.

Варто погодитися зі слушним зауваженням В. Ю. Шепітька, який визнав, що необґрунтовано забутою є тактика злочинної діяльності (кримінальна тактика), яка визначає типові способи вчинення та приховання злочинів, форми поведінки злочинця, його психологічний портрет, особливості протидії зацікавлених осіб, створення інсценувань та фальсифікацій. Сучасна криміналістична теорія не має достатньої кількості досліджень у галузі тактики злочинної діяльності та не виділяє її у своїй структурі. Разом із тим особливості кримінальної тактики необхідно враховувати судово-слідчим працівникам під час провадження процесуальних дій, виявлення слідів злочину, встановлення свідомо неправдивих показань [1, с. 132].

**Висновки**

З метою підвищення ефективності розслідування злочинів, що вчиняються у сфері господарювання, зокрема доведення до банкрутства, необхідно узагальнити слідчу практику у даній категорії проваджень, розробити рекомендації щодо допиту з урахуванням професійних, психологічних особливостей учасників кримінального провадження, вірогідних корупційних зв'язків, політичних переконань, віросповідання, наявності міжнародних зв'язків тощо. Розслідування вимагає певного навику в маневруванні всіма вказаними способами задля розкриття сутності досліджуваного злочину, вимагає вміння вибрати та застосувати саме ті методи, які в даному конкретному випадку є найбільш доцільними та можуть дати найбільш ефективний результат.

**Список використаних джерел:**

1. 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. Харків : Право, 2008. 464 с.

2. Руководство по расследованию преступлений : науч.-практ. пособие / А.В. Гриненко, Т.В. Каткова, Г.К. Кожевников и др. Харьков: Консум, 2001.

3. Кофанов А.В., Кобилянський О.Л., Хільченко С.В. Криміналістика: методичне забезпечення : навчальний посібник / за заг. ред. П.Д. Білечука. Київ: «АТОПОЛ», 2010. С. 226.

4. Орленко Б.В. Правові проблеми попереднього договору оренди нерухомого майна: господарсько-правовий аспект. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. Випуск 54. Ужгород, 2019. 368 с.

5. Организованная преступность: Законодательные, уголовно-процессуальные, криминалистические аспекты: Курс лекций / автор. кол. К.В. Птулько, М.С. Гурев, Н.А. Данилова, В.В. Каминский, В.В. Коряковцев, Е.Б. Серова. СПб. : ООО «Питер Принт», 2002. 289 с.

6. В.Л. Васильев. Юридическая психология : учебник для вузов. 6-е изд. СПб: Питер, 2009. 608 с.

7. Подголин Е.Е. Тактика следственных действий : учебное пособие / под общ. ред. И. Е. Быховского. 2-е изд., перераб. Л., 1986. 190 с.

8. Бахин В.П. Тактика – профессионализм и мастерство в общении : учебное пособие. Киев : Изд-во Семенко Сергея, 2006. 108 с.

9. Криміналістика. Академічний курс : підручник. / Т.В. Варфоломеєва, В.Г. Гончаренко, В.І. Бояров, С.В. Гончаренко, В.О. Попелюшко. Київ : Юрінком Інтер, 2011. С. 504 с.

10. Цвіркун Ю.І. Деякі особливості процесуального розсуду суду за результатами оцінки рішень, дій чи бездіяльності колегіальних суб'єктів публічної адміністрації. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. Випуск 54. С. 208-214.

11. Справа № 10-275. 2007 рік. URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/2151140 (дата звернення: 07.07.2020).

12. Провадження № 1/229/16/2015. URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/47328118 (дата звернення: 07.07.2020).

13. Карнеева Л.М., Ордынский С.С., Розннгблит С.Я. Тактика допроса на предварительном следствии. Москва : Юридическая литература, 1958. 207 с.

14. Веллман Франсиси Л. Искусство перекрестного допроса. Киев : Центр учебной литературы, 2017. 304 с.

15. Джуди Поттер. Представление и перекрестный допрос свидетелей в ходе уголовного суда присяжных. Цит.: Трунов И.Л. Искусство речи в суде присяжных : учеб.-практ. пособие / И. Л. Трунгов, В. В. Мельник. 2-е изд., перераб и доп. Москва : Издательсьво Юрайт ; ИД Юрайт, 2012. 662 с.

16. Спасович В.Д. Судебные речи известных русских юристов. Москва, 1952. URL : http://az.lib.ru/s/spasowich_w_d/text_0030.shtml (дата звернення: 07.07.2020).

**Tetiana Davchenko. Tactics of interrogation in criminal proceedings of bringing to bankruptcy (Article 219 of the Criminal Code of Ukraine)**

*The economic activity of enterprises is regulated by a number of legislative acts, which to some extent, taking into account inconsistencies and existing gaps, determine the possibility of committing illegal actions aimed at seizing property by deliberately bankrupting. The threat to economic security is that the strategic industrial facilities of the state, enterprises of territorial communities illegally fall into the hands of criminals who do not intend to continue their activities, but pursue the purpose of selling equipment, seizing land, carrying out prohibited or harmful activities. etc. Business transactions are carried out by professionally trained persons who are familiar with the creation of complex schemes of bankruptcy, such a process is time consuming. The commission of a crime is latent, the consequences become known when it is difficult to collect evidence of bankruptcy (destroyed documents, expired, etc.). The main way of forming the evidence base is interrogation, which is complicated by the awareness of economic patterns of participants in criminal proceedings, their cohesion, which requires the investigator to carefully develop tactics.*

*The choice of interrogation tactics is influenced by a number of factors, including the industry, type of enterprise, its organizational form, type of board, type of activity, structure, presence of branches, their location, features of subordination and reporting, availability of international economic activity, investment, lending, etc. To establish contact with the interviewee, the investigator uses information about the person's profession, work experience, positive qualities (principledness, sympathy for the results of the enterprise), family ties with other employees of the enterprise, or previous criminal record, or previous work experience at the enterprise. bankruptcy (even if there are no criminal proceedings, but there is a decision of the commercial court). The interrogation of such persons is accompanied by opposition to the investigation (refusal to testify, giving false testimony, threats and intimidation of witnesses, bribery, destruction of evidence, etc.). The development of interrogation tactics in the investigation of economic crimes will contribute to the effectiveness of the investigation.*

**Key words:** verbal information, gala effect during interrogation, interrogation planning, tactics, specialist consultation.

УДК 340.132.626
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.52

***Олена Копитова,***
*канд. юрид. наук,*
*старший науковий співробітник відділу організації наукової діяльності*
*та захисту права інтелектуальної власності*
*Національної академії внутрішніх справ,*
*суддя*
*Північного апеляційного господарського суду України*

# ПРОДУКТИВНІСТЬ СУБСИДІАРНОГО ХАРАКТЕРУ СУДОВОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ ПІД ЧАС СУДОВОГО ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

*Стаття присвячена дослідженню загальнотеоретичних засад місця і значення судової правотворчості як субсидіарного правового явища правозастосувальної діяльності судів після судової реформи 2016 року у загальнотеоретичному аспекті. Обґрунтовується, що у сучасний період правосуддя продовжує асоціюватися виключно із правозастосувальною діяльністю. У доктрині превалює позиція про застосування судом абстрактних норм права, котрі містяться в законах і підзаконних актах, до конкретних ситуацій як предмета судового розгляду. Констатовано, що суд здійснює контроль за правильністю їх застосування іншими державними органами (як вже було нами досліджено у попередніх розділах роботи). З'ясовано, що після судово-конституційної реформи щодо правосуддя 2016 року ВС відмовився від надання позапроцесуальних роз'яснень судам нижчого рівня: постанов Пленуму ВС; інформаційних листів про надання роз'яснень з окремих спірних питань, що виникають у судовій практиці, узагальнень судової практики. Встановлено, що судова правотворчість пов'язується із розкриттям, як правило, не тільки змісту правової норми, яка (на думку суду) має бути застосована до спірних відносин, а й відшуканням інколи внутрішнього смислу норми: яка саме ідея і воля законодавця була закладена під час прийняття цієї норми, чи дотримуються вони у правозастосуванні. Окремі спірні питання з приводу правильного застосування процесуальних норм ВС намагається висловити у його постановах. Зроблено висновок, що у цілому комунікація ВС із юридичною спільнотою та громадянами у позапроцесуальний спосіб сьогодні побудована на оприлюдненнях дайджестів (підбірок) постанов ВП ВС і конкретних касаційних судів у складі ВС, а також дайджестів стосовно практики ЄСПЛ (позиції, переклад яких здійснюється ВС). Обґрунтовується, що нині результатами судової правотворчості в Україні є квазіпрецеденти, створені ВС, їх ще можна віднести до так званих переконливих прецедентів. Судові рішення у певних випадках виступають результатом судової правотворчості. Однак не всі, а тільки ті, в яких простежується судовий активізм і творчий характер вирішення спору, і наслідки такого рішення загальнообов'язкові для суб'єктів права. Доведено, що судова правотворчість може мати субсидіарний характер під час судового правозастосування, і це може бути продуктивним. За допомогою судової правотворчості суддя може коректно поєднувати різнопорядкові категорії: конституційні принципи і норми, законодавчо визначені правові норми, а також роз'яснення на різних підзаконно-нормативно-правових рівнях із дотриманням меж судового розсуду і недопущення створення нової норми.*

**Ключові слова:** правосуддя, судова правотворчість, правові висновки, переконливий прецедент, судовий розсуд, судовий активізм.

**Постановка проблеми.** Концепція суду як виключно правозастосовного органу історично ґрунтується на теорії поділу влади, відповідно до якої в державі мають існувати і функціонувати відносно незалежно законодавча, виконавча і судова гілки державної влади, а отже, суди мають виключні повноваження на здійснення правосуддя, що і становить їхню основну функцію [5, с. 28].

Разом із тим, значне посилення ролі судової влади у державі останніми десятиріччями не викликає сумнівів. Судова влада все частіше розглядається не тільки як частина державного механізму, але й скоріше як окремий, незалежний від інших влад, орган контролю громадянського суспільства й одночасно як основний гарант захисту прав і свобод громадян у тому числі і від неналежного утиску політичною владою [14, с. 92] (який, на жаль, дедалі більше актуалізується в Україні – *О.К.*). Тобто відбувається певна автономія суду від інших

© О. Копитова, 2020

елементів державного механізму. У зв'язку з цим можна говорити про відокремлення судової влади від політичної (законодавчої та виконавчої), що замінює класичний поділ влад [14, с. 92]. Викладене дає підстави вважати, що судова влада у сучасному вимірі отримує нові функції.

Питаннями судової правотворчості в Україні та країнах континентальної системи права (спільність підходів до визначення джерел права та питання поділу влад) приділяли увагу періодично такі вчені, як: С. Л. Дегтярев, А. Г. Карапетов, М. І. Козюбра, С. П. Головатий, Л. А. Луць, Б. В. Малишев, А. В. Малько, Н. М. Марченко, Н. М. Оніщенко, С. П. Погребняк, Н. В. Стецик, С. В. Шевчук та інші. Водночас ця проблема після судової реформи щодо правосуддя 2016 року та прийняття процесуальних кодексів у новій редакції у 2017 році ще не отримала належного наукового пізнання на загальнотеоретичному монографічному рівні, тому, враховуючи загальну мету нашого дослідження, в межах цієї статті спробуємо заповнити цю прогалину.

Викладене зумовлює необхідність визначити **мету** наукової статті: розкрити місце і значення судової правотворчості як субсидіарного правового явища правозастосувальної діяльності судів після судової реформи 2016 року у загальнотеоретичному аспекті.

**Виклад основного матеріалу.** Однією із нових функцій, що вимагає адекватної реакції законодавця та узгоджених дій суддів, є правотворча функція у судовій владі. Особливо важливим це представляється у класичній континентальній правовій сім'ї, якій згадана функція абсолютно не властива. Застосування історичного методу дослідження еволюції становлення судової правотворчості у згаданій системі права дозволяє стверджувати, що судова правотворчість, по суті, була привласнена магістратурою за мовчазного схвалення суспільства і самої держави [14, с. 93].

Суд у своїй діяльності досягає мети правосуддя внаслідок дії двох взаємопов'язаних процесів, що позначається спеціальними категоріями. Першою категорією є правозастосування як реалізація судом норм права для вирішення правового спору. Другою – професійна правосвідомість судді, яка наповнює процес розгляду справи аксіологічним змістом, саме завдяки їй судочинство стає правосуддям [10, с. 261]. Судова правотворчість може бути третім елементом вказаної моделі. На думку Б. В. Малишева, судова правотворчість не лише нормально співіснує із правозастосуванням і професійною правосвідомістю, але й надає суддям нових можливостей для досягнення мети правосуддя і навіть виводить суд на новий, більш високий рівень суспільного значення. Здійснення судом правотворчості у формі судового прецеденту та квазіпрецеденту під час безпосереднього розгляду справи жодним чином не вступає у конфлікт з процесом правозастосування, оскільки норма, яка створюється судом, відразу стає предметом судового тлумачення і застосування до конкретних правовідносин у рамках спору, що розглядається [10, с. 261].

Враховуючи обмеженість обсягу дослідження, не вдаючись у детальний аналіз різноманітних підходів різних історичних епох до розуміння судової правотворчості, зупинимося на слушних концентрованих висновках Н. В. Стецика про належність до результатів судової правотворчості різних правових явищ (не тільки власне судових рішень), сформованих за підсумками аналізу ряду загальнотеоретичних праць провідних українських та зарубіжних теоретиків [13, с. 60]. Так, М. М. Марченко вважає, що до них належить судова практика, судовий прецедент, правові позиції суду, судовий розсуд [7, с. 99]. С. В. Шевчук до результатів судової правотворчості включає судову практику, судовий прецедент, правові позиції, правоположення, роз'яснення вищих судів [16]. Б. В. Малишев актами судової правотворчості називає судові прецеденти, квазіпрецеденти та нормативно-правові акти [6, с. 30]. На думку О. М. Верещагіна, пише Н. В. Стецик, формами судової правотворчості є судові прецеденти, правила судів, роз'яснення вищих судів, судові звичаї [2, с. 137-182]. С. П. Чередніченко до результатів судової правотворчості відносить судові прецеденти, акти роз'яснення судової практики, правоприпиняючі акти [15, с. 19]. Є. В. Сем'янов актами судової правотворчості вважає нормативно-правові акти, акти нормативного тлумачення, роз'яснення пленумів вищих судів, правоприпиняючі акти, акти квазіпрецедентного права [12, с. 163-164]. О. В. Попов, як підкреслює Н. В. Стецик, актами судової правотворчості називає судові прецеденти та постанови [9, с. 156, 206; 13, с. 60].

Наведені висновки Н. В. Стецика видаються корисними для цілей нашого дослідження. Водночас вони сформовані вченим до проведеної судово-конституційної реформи щодо правосуддя 2016 року. З цього часу відбулися певні зміни: найвищий судовий орган в системі судоустрою – ВС – відмовився від надання позапроцесуальних

роз'яснень судам нижчого рівня: постанов Пленуму ВС; інформаційних листів про надання роз'яснень з окремих спірних питань, що виникають у судовій практиці, узагальнень судової практики. Щодо останнього зауважимо, що у цьому напрямі ВС ведеться робота, однак результати узагальнень використовуються у внутрішній роботі суддями ВС для їх підготовки до судових засідань тощо. Узагальнення судової практики за окремими категоріями судових справ чи з конкретних процесуальних питань щодо, зокрема, правильного застосування норм процесуального законодавства нині не оприлюднюються для широкого загалу. Тому результатами судової правотворчості в Україні є квазіпрецеденти, створені ВС. Їх ще можна віднести до так званих переконливих прецедентів.

Окремі спірні питання з приводу правильного застосування процесуальних норм ВС намагається висловити у його постановах. У цілому комунікація ВС із юридичною спільнотою та громадянами у позапроцесуальний спосіб натепер побудована на оприлюдненнях дайджестів (підбірок) постанов ВП ВС і конкретних касаційних судів у складі ВС, а також дайджестів стосовно практики ЄСПЛ (позиції, переклад яких здійснюється ВС).

Таким чином, можна сказати, що нині судова правотворчість ґрунтується на судовому рішенні, точніше на його мотивувальній частині, де формулюються певні суддівські стандарти пояснення, чому саме так вирішена справа [16, с. 15]. Причому простого посилання на формальні джерела права (закон, кодекс, міжнародний договір) або «простого нормозастосування» (застосування чітких та однозначних для розуміння норм права) для наявності судової правотворчості недостатньо, позаяк суд має або здійснювати для цього розширене тлумачення, або виводити з первинних норм права їх додатковий зміст, який прямо не передбачений у текстах нормативно-правових актів. Іншими словами, суд формулює у своїх рішеннях нові правоположення або правові позиції, які стають обов'язковими насамперед для самих суддів під час прийняття аналогічних рішень. Тобто ці правоположення набувають прецедентного характеру [16, с. 15].

Отже, судові рішення у певних випадках виступають результатом судової правотворчості. Однак не всі, а тільки ті, в яких простежується судовий активізм і творчий характер вирішення спору, і наслідки такого рішення загальнообов'язкові для суб'єктів права. Якщо зазначити лаконічно, це судові рішення вищих судів, які у загальному розмінні скеровують судову практику у єдине русло (що буде досліджено нами нижче).

Також судова правотворчість пов'язується із розкриттям, як правило, не тільки змісту правової норми, яка (на думку суду) має бути застосована до спірних відносин, а й відшуканням інколи внутрішнього смислу норми: яка саме ідея і воля законодавця була закладена під час прийняття цієї норми, чи дотримуються вони у правозастосуванні. Крім того, суддя має дослідити і динамічний аспект застосування норми, яка була прийнята за інших суспільно-політичних умов, наприклад приписи Житлового кодексу УРСР, і зіставити ці приписи з нормами інших законодавчих актів, а також конституційними принципами і правами людини і громадянина.

В. Д. Гончаров із цього приводу наголошує, що «часто динамічне тлумачення застосовується з плином часу після ухвалення первинного рішення у справі. Нерідко причиною є те, що відбулися зміни у складі суду, а новий інтерпретатор, звичайно ж, не може бути просто семіотичним клоном свого попередника. Загалом динамічне тлумачення може траплятися, якщо попередній та новий інтерпретатори а) застосовують різну методологію тлумачення або б) по-різному застосовують одну й ту саму методологію. Якщо перша обставина видається самоочевидною, то друга може потребувати пояснень. Річ у тому, що способи (правила) тлумачення являють собою правила для правил. Якщо об'єктним правилам (юридичним нормам) властива невизначеність, то вона може бути характерна і для мета-правил» [3, с. 130]. Одна і та сама методологія може застосовуватися по-різному у зв'язку зі зміною обставин тлумачення чи суспільного контексту. Суди нерідко пояснюють зміну тлумачення виникненням нових обставин. Причому йдеться не про те, що попередній суд помилився в ланцюжку своїх міркувань (для свого часу його тлумачення може бути обґрунтованим та цілком відповідати потребам тогочасного суспільства). Ідеться про невідповідність попереднього тлумачення новому горизонту розуміння [3, с. 130].

Прикладом може бути одне із нещодавніх рішень КСУ у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої статті 135 Житлового кодексу Української РСР від 20 грудня 2019 року № 12-р/2019, у якому Конституційний Суд України, серед іншого, звертає увагу на те, що «Кодекс прийнято до набуття чинності Конституцією України, а тому ряд його положень

є такими, що нівелюють сутність конституційного права кожної особи на житло, не відповідають й іншим конституційним засадам соціального, економічного розвитку Українського суспільства та держави, унеможливлюють вільне набуття кожним права приватної власності на житлові об'єкти відповідно до закону; положення преамбули Кодексу суперечать частинам першій, другій статті 15 Конституції України, згідно з якими суспільне життя в Україні ґрунтується на засадах політичної, економічної та ідеологічної багатоманітності, жодна ідеологія не може визнаватися державою як обов'язкова, тож їх слід привести у відповідність до вимог Основного Закону України» [11].

Незважаючи на те, що КСУ за Конституцією не перебуває у системі правосуддя, наведений приклад може стосуватися і діяльності судів системи судоустрою, але в дещо іншому аспекті і с формуванням іншого висновку: яка саме норма має бути застосована під час вирішення судової справи без встановлення природи її конституційності, а лише йдеться про правильний вибір суддею норми, коли їх декілька і сторони обґрунтовують власні аргументи по-своєму.

Наприклад, під час встановлення нормативної бази справи, за якою буде вирішуватися судовий спір (у позовному провадженні так званого «цивілістичного процесу»), суддя в аналогічному до цитованого рішення випадку повинен вирішити хронологічні колізії, встановити пріоритет між спеціальною нормою у загальному акті та загальною нормою у спеціальному законі. Йдеться про правило «lex posterior derogat priori» [8, с. 241], відоме ще з римського права, яке ґрунтується не на прямо виявленій волі законодавців (хоч відомі випадки законодавчого закріплення цього правила тлумачення і застосування нормативно-правових актів), а на логіці законодавця, яке хоч і складається із численних окремих нормативно-правових актів, утворює певну єдину систему. За наявності суперечності між нормативно-правовими актами одного й того ж ієрархічного рівня, прийнятими у різний час, перевага надається акту, прийнятому пізніше. Це право за своїм юридичним значенням поступається правилам про перевагу у правозастосуванні нормативно-правових актів вищої юридичної сили і про перевагу спеціальної правової норми [8, с. 241]. Спеціальна правова норма, встановлена раніше прийнятим нормативно-правовим актом, підлягає переважному застосуванню перед загальною правовою нормою, встановленою пізніше прийнятим нормативно-правовим актом того ж ієрархічного рівня [8, с. 254]. При цьому складнощі у судовому правозастосуванні викликають хронологічні колізії у нормативно-правових актах, сфери застосування яких частково не збігаються. У такому випадку суддя має зважати на те, що колізії між текстуально закріпленими несумісними правовими нормами, які встановлені нормативно-правовими актами одного й того ж ієрархічного рівня, прийнятими у різний час, і сфери дії яких частково збігаються, вирішуються за правилами про перевагу правових норм, що встановлені пізніше прийнятим нормативно-правовим актом [8, с. 262].

Окремим питанням у дослідженні судової правотворчості є проблема її самостійного чи субсидіарного характеру під час судового правозастосування. Зокрема, якщо звернутися до напрацювань практики ЄСПЛ стосовно визначення принципу субсидіарності, то слід навести позицію секретаря-канцлера ЄСПЛ М. де Сальва: «Загальна гарантія прав і свобод заснована в Європі на розподілі компетенції між двома рівнями суверенітету: національного рівня, на якому здійснюється вихідний суверенітет держав, щоб об'єднують раду Європи та на наднаціональному рівні, у вигляді системі контролю, утвореного європейською Конвенціє, де укорінився суверенітет моралі і права» [17, с. 373; 4, с. 91]. У сфері захисту прав людини наднаціональний рівень не може бути автономним, оскільки він здійснює власні цілі лише у взаємодії із національним правозахисною системою, на яку він повинен спиратися, якщо має на меті досягнення ефективних гарантій прав і свобод, закріплених у Конвенції. У цій діалектичній взаємодії і полягає смисл принципу субсидіарності: система національного контролю є додатковою (субсидіарною) по відношенню до національної [4, с. 91]. А. І. Ковлер із цього приводу наголошує, що на державу покладається відповідальність за результат, а ось вибір засобів досягнення результату Конвенція віддає на розсуд держави [4, с. 91].

Адаптуючи наведену тезу судді ЄСПЛ у відставці, зауважимо, що саме на суд покладається функція, завдання та обов'язок вирішити спір і ухвалити законне, обґрунтоване рішення, що відповідатиме верховенству права. А ось методи, якими суд досягає цієї мети, можуть бути різними, однак такими, що охоплюються процесуальним і судоустрійним законодавством. Тобто саме ці акти виступають певними «рейками», в межах яких суд має здійснити судове правозастосування і може певним чином творити, якщо обставини конкретної справи вимагають застосування судової правотворчості (прогалини в праві і законі, застосування аналогії, наявність від-

носно визначених, так званих каучукових чи «еластичних» правових, норм).

Специфікація судової правотворчості детермінована системою ознак, що визначають її місце в загальній системі правотворчості. Насамперед судова правотворчість виступає додатковим результатом правосуддя, оскільки вона не є, по суті, самостійною формою судової діяльності і не може бути відокремлена від головної судової функції – здійснення правосуддя, а крім того, судова правотворчість реалізується в цій же процедурної формі. Судова правотворчість, яка є базовою функцією судової влади, тісно пов'язана зі здійсненням правосуддя. Відповідно, судова правотворчість відрізняється від правотворчості, здійснюваної законодавчим (представницьким) органом влади, вже в силу того, що правотворчість для законодавців (представників) є незалежною і основною функцією [1, с. 173].

**Висновки**

Проблема судової правотворчості в Україні та країнах континентальної системи права після судової реформи щодо правосуддя 2016 року та прийняття процесуальних кодексів у новій редакції у 2017 році ще не отримала належного наукового пізнання на загальнотеоретичному монографічному рівні. Виключно у практичній площині правосуддя продовжує асоціюватися із правозастосовчою діяльністю, що полягає у вирішенні судами спорів про право на засадах і в рамках чинного законодавства. Превалює позиція про застосування судом абстрактних норм права, котрі містяться в законах і підзаконних актах, до конкретних ситуацій як предмета судового розгляду. Суд здійснює контроль за правильністю їх застосування іншими державними органами. Після судово-конституційної реформи щодо правосуддя 2016 року ВС відмовився від надання позапроцесуальних роз'яснень судам нижчого рівня: постанов Пленуму ВС; інформаційних листів про надання роз'яснень з окремих спірних питань, що виникають у судовій практиці, узагальнень судової практики. Окремі спірні питання з приводу правильного застосування процесуальних норм ВС намагається висловити у його постановах. У цілому комунікація ВС із юридичною спільнотою та громадянами у позапроцесуальний спосіб сьогодні побудована на оприлюдненнях дайджестів (підбірок) постанов ВП ВС і конкретних касаційних судів у складі ВС, а також дайджестів стосовно практики ЄСПЛ (позиції, переклад яких здійснюється ВС). Отже, нині результатами судової правотворчості в Україні є квазіпрецеденти, створені ВС, їх ще можна віднести до так званих переконливих прецедентів.

Судові рішення у певних випадках виступають результатом судової правотворчості. Однак не всі, а тільки ті, в яких простежується судовий активізм і творчий характер вирішення спору, і наслідки такого рішення загальнообов'язкові для суб'єктів права. Якщо говорити лаконічно, це судові рішення вищих судів, які у загальному розмінні скеровують судову практику у єдине русло.

Судова правотворчість може мати субсидіарний характер під час судового правозастосування, і це може бути продуктивним. За допомогою судової правотворчості суддя може коректно поєднувати різнопорядкові категорії: конституційні принципи і норми, законодавчо визначені правові норми, а також роз'яснення на різних підзаконно-нормативно-правових рівнях, зокрема, шляхом застосування такого прийому тлумачення, як «висновок від попереднього». Ключовим у цьому є, звичайно, дотримання меж судового розсуду і недопущення створення нової норми. Тобто має бути забезпечена функція правосуддя, а не уявлення судді про те, що насправді мав на увазі законодавець і в чому мала би полягати найбільш мудра позиція законодавця у минулому. Особливо небезпечним у цьому сенсі може бути тлумачення волі законодавця із перекручуванням історичного аспекту чи формування власних завдань для окремої сфери регулювання сфери відносин. Зокрема, таке може трапитися у разі необхідності застосування законодавчого акта, що дістався Україні у правонаступництво чи дещо морально застарілий, але є чинним. У таких випадках судова правотворчість в разі надмірного судового активізму може призвести до порушення меж судового розсуду, що може стати підставою як для оскарження, так і для відкриття дисциплінарного провадження щодо судді.

**Список використаних джерел:**

1. Валитов Д. В. Понятие и признаки судебного правотворчества. *Международный научный журнал «Символ науки». 2016. № 10-1.* С. 172– 174.

2. Верещагин А. Н. Судебное правотворчество в России. Сравнительно-правовые аспекты. Москва : Междунар. отношения, 2004. 344 с.

3. 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 /* редкол.: П.М. Рабінович (голов. ред.) та ін. Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 27. Львів: СПОЛОМ, 2013. 252 с.

4. Ковлер А. Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм.

*Сравнительное конституционное обозрение*. 2010. № 6.(79). С. 90–100.

5. Кузнєцова Н.С. Еволюція поглядів на проблему судової правотворчості у європейській континентально-правовій доктрині. *Право України*. 2016. № 10. С. 28–37.

6. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії. Київ : Праксіс, 2008. 344 с.

7. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судейское право. Москва : ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. 512 с.

8. Новітнє вчення про тлумачення правових актів : навчальний посібник з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / В. Г. Ротань, І. Л. Самсін, А. Г. Ярема та ін. ; відп. ред., кер. авт. кол. В. Г. Ротань. Харків : Право, 2013. 752 с.

9. Попов О. В. Теоретико-правовые вопросы судебного правотворчества в РФ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Тольятти, 2004. 221 с.

10. Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення : колективна монографія / А. М. Бернюков, В. С. Бігун, Ю. П. Лобода, Б. В. Малишев, С. П. Погребняк, С. П. Рабінович, В. С. Смородинський, О. В. Стовба ; відп. ред. В. С. Бігун. Київ, 2009. 316 с.

11. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої статті 135 Житлового кодексу Української РСР від 20 грудня 2019 року № 12-р/2019. URL: http://www.ccu.gov.ua/docs/2951 (дата звернення: 05.07.2020).

12. Семьянов Е. В. Судебное правотворчество (вопросы общей теории права) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2005. 193 с.

13. Стецик Н. В. Технологія судової правотворчості: загальнотеоретична характеристика : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Львів, 2011. 205 с.

14. Суд и государство / под ред. Л. В. Головко., Б. Матьё. Москва: Статут. 2018. 272 с.

15. Чередниченко С. П. Судебное правотворчество: сравнительно-правовое исследование : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Москва, 2005. 203 с.

16. Шевчук С.В. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ : Реферат, 2007. 640 с.

17. De Salvia M. Contrфle europйen et principe de subsidiaritй: faut-il encore (et toujours) йmarger a la *marge d'apprйciation*? Protection des droits de l'homme: la perspective europйenne: Mйlanges a la mйmoire de Rolv Ryssdal. Kцln, 1998. P. 373. Цит. по: Ковлер Анатолий. Сцилла и Харибда Европейского Суда: субсидиарность или правовой активизм. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2010. № 6.(79). С. 90–100.

**Olena Kopytova. Productivity of subsidiary nature of judicial legislation during judicial enforcement**

*The article is devoted to the study of general theoretical principles of the place and importance of judicial lawmaking as a subsidiary legal phenomenon of the courts after the judicial reform of 2016. It is substantiated that in the modern period justice continues to be associated exclusively with law enforcement activities. The prevailing position in the doctrine is that the court applies the abstract rules of law contained in laws and bylaws to specific situations as a subject of court proceedings. The court monitors the correctness of their application by other government agencies (as we have examined in previous sections). It was found that after the judicial and constitutional reform of justice in 2016, the Supreme Court refused to provide out-of-court explanations to lower courts: resolutions of the Plenum of the Supreme Court; information letters on the provision of explanations on certain controversial issues arising in judicial practice, generalizations of judicial practice. It is established that judicial lawmaking is associated with the disclosure not only of the content of the legal norm that should be applied to the disputed relationship. Judicial law-making is associated with finding sometimes the inner meaning of the norm: what exactly is the idea and will of the legislator was laid down during the adoption of this rule, whether they are observed in law enforcement. The Supreme Court tries to express certain controversial issues concerning the correct application of procedural norms in its rulings. It is concluded that in general the communication of the Supreme Court with the legal community and citizens in a non-procedural way is currently based on the publication of digests of decisions of the Supreme Court and specific courts of cassation within the Supreme Court, as well as digests of ECHR practice. It is substantiated that today the results of judicial lawmaking in Ukraine are quasi-precedents created by the Supreme Court, they can still be attributed to the so-called convincing precedents. Judicial decisions in certain cases are the result of judicial lawmaking. However, not all, but only those that show judicial activism and the creative nature of dispute resolution and the mandatory consequences of such a decision for the subjects of law. It has been proven that judicial lawmaking can be subsidiary in the course of judicial enforcement and it can be productive. With the help of judicial lawmaking, a judge can correctly combine different categories: constitutional principles and norms, legally defined legal norms, as well as explanations at various bylaws with respect to the limits of judicial discretion and prevent the creation of a new rule.*

**Key words:** judicial law enforcement, justice, judicial lawmaking, legal conclusions, convincing precedent, judicial discretion, judicial activism.

УДК 341.1/8
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.53

***Інна Бойко,***
*канд. політ. наук, доцент,*
*доцент кафедри морського права*
*Національного університету «Одеська морська академія»*

# МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПУБЛІЧНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА, ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ТА РЕФОРМА ПОРТОВОЇ ГАЛУЗІ УКРАЇНИ

*Автор статті систематизувала досвід правового регулювання публічно-приватного партнерства та його реалізації у процесі реформування портової галузі зарубіжними країнами з метою визначення переваг та ризиків впровадження моделі управління «порт-лендлорд» морськими портами України.*

*З'ясовано, що в Україні пілотні проєкти концесії реалізуються в портах без вирішення основної проблеми, що має передувати початку цього процесу, тобто наразі відсутня правова база для регулювання взаємин між АМПУ та землевласниками портів.*

*На прикладах нових країн-членів ЄС доведено, що вибір на користь корпоративного управління портами, відповідно до настанов Організації економічної співпраці та розвитку та найкращої міжнародної практики, призводить до успішного результату. Акцентується на перевагах корпоратизованих портових адміністрацій: інвестиціях в інфраструктуру, орієнтованих на попит; максимізації доходу від наявних активів; ринковому ціноутворенні; раціоналізації та покращенні контролю за операціями.*

*Розглянуто досвід Естонії та Словенії, який підтверджує, що ефективне управління може бути як у випадку класичної моделі «порт-лендлорд», так і моделі порту послуг, при цьому, щоби зробити управління портами більш незалежним, є два основні варіанти реформи: корпоратизація та приватизація.*

*Зроблено висновки, що: а) модель управління та експлуатація великих вантажних портів «порт-лендлорд» передбачає наявність портової адміністрації, яка здійснює контроль над портовим майном, розробляє політику використання земель, передає доступ до майна постачальникам послуг та інвесторам шляхом укладання довгострокових договорів (наприклад, концесійних угод); б) для здійснення завдань щодо управляння портові адміністрації мають стати автономними; в) управління української системи морських портів має здійснюватися відповідно до адаптованої до національного контексту моделі управління «порт-лендлорд», при цьому конкретний порт має розвиватись як окремий проєкт; г) перехід до моделі «порт-лендлорд» потребуватиме децентралізації, оскільки повноваження, які наразі розподілені між обласними адміністраціями, Міністерством інфраструктури України, ДП «АМПУ», стримують корпоративне управління портами.*

**Ключові слова:** концепція публічно-приватного партнерства, модель управління портом, «порт-лендлорд», концесія, корпоратизація.

**Постановка проблеми.** Фахівцями визнано, що сталий розвиток України у довгостроковій перспективі як постачальника основних продовольчих товарів, як імпортера та експортера контейнерних вантажів значною мірою залежить від здатності України планувати розвиток портів таким чином, щоб стимулювати ефективне використання земель, балансувати інтереси приватного та державного секторів та сприяти залученню приватних інвестицій [1, с. 7]. 26 червня 2020 року був підписаний перший в історії незалежної України концесійний договір між Міністерством інфраструктури України, ДП «Адміністрація морських портів України», ТОВ «Рисоіл-Херсон» і ТОВ «Проєктна компанія Рисоіл-Херсон». Відповідно до договору концесіонеру ТОВ «Рисоіл-Херсон» протягом 30 років надається виключне право створювати, будувати і управляти Херсонським морським торговельним портом з метою його модернізації та подальшого розвитку. МІУ та ДП «АМПУ», передавши активи ДП «ХМТП» у концесію, стверджують, що таким чином проблема інвестування, модернізації об'єктів концесії, кваліфікованого управління

© І. Бойко, 2020

ними та зростання бюджетних надходжень як від сплачених податків, так і від концесійних платежів вирішується [2].

Проаналізувавши досвід зарубіжних країн щодо реалізації завдань державно-приватного партнерства, фахівці (М. Бахуринська [3], А. Бакстер [13], П. Верховен [12], В. Власова [4], С. Грищенко [5], Н. Дутко [6], О. Карпенко [7], Л. Ніколаєва [8, с. 250], Т. Ноттебоум [12], О. Родіонова [9], Дж. Стартін [13], М. Фонтане [12], Н. Хардінг [13], Л. Шарінген [10], В. Шемаєв [11]) вважають, що концесія як форма партнерства держави та приватного капіталу в морських портах є одним із найважливіших способів підвищення ефективності інфраструктури, який дозволяє швидко залучати значні інвестиції в економіку. Вченими розроблена класифікація моделей правових режимів державно-приватного партнерства за критерієм структури правового забезпечення державно-приватного партнерства (публічно-приватне партнерство або приватна фінансова ініціатива), аналіз яких доводить, що необхідно враховувати не лише ефективність апробації певних моделей в інших країнах, але і національні особливості (нормативно-правова база; соціально-економічний розвиток країни; рівень добробуту населення, який включає платоспроможність; рівень корупції) [9; 14, с. 179].

**Мета статті** – систематизувати досвід правового регулювання публічно-приватного партнерства та його реалізації у процесі реформування портової галузі зарубіжними країнами та визначити переваги та ризики впровадження моделі управління «порт-лендлорд» морськими портами України.

**Виклад основного матеріалу.** Міжнародна практика постійно уточнює концепцію державно (публічно)-приватного партнерства (далі – ДПП) завдяки правотворчій діяльності міжнародних інституцій, таких як Європейська комісія, Комісія ООН з міжнародного торгового права (UNCITRAL). Визначення ДПП, сформульоване Європейською комісією в «Зеленій книзі» ЄС щодо ДПП, акцентує, що державно-приватне партнерство – це різноманітні «форми співпраці між органами державної влади та діловим співтовариством, метою якої є забезпечення фінансування, будівництва, реконструкції, управління й обслуговування інфраструктури чи надання послуг» [15]. UNCITRAL надає визначення різнім формам контрактів, які застосовуються у реалізації проєктів ДПП: концесії, ліцензії, лізинг, BOT (build-operate-transfer/будівництво-експлуатація-передача), BTO (build-transfer-operate/будівництво-передача-експлуатація), BROT (build-rent-operate-transfer/будівництво-оренда-експлуатація-передача) або BLOT (build-lease-operate-transfer/будівництво-винаєм-експлуатація-передача), BOOT (build-own-operate-transfer/будівництво-власність-експлуатація-передача). Крім абревіатур, які використовуються для виділення конкретного режиму власності, інші можуть бути використані для підкреслення одного або декількох зобов'язань концесіонера. У деяких проєктах навявні інфраструктурні об'єкти передаються приватним структурам для модернізації або реконструкції, експлуатації та обслуговування, постійно або протягом певного періоду часу. Залежно від того, чи буде приватний сектор власником такого інфраструктурного об'єкта, ці домовленості можуть називатися «оновлення-експлуатація-передача»/«refurbish-operate-transfer» (ROT) або «модернізація-експлуатація-передача»/«modernize-operate-transfer» (MOT) в першому випадку, або «оновлення-власність-експлуатація»/«refurbish-own-operate» (ROO) або «модернізація-експлуатація»/«modernize-own-operate» (MOO) – в останньому. Вираз «проєктування-будування-фінансування-експлуатація»/«design-build-finance-operate» (DBFO) іноді використовується для підкреслення додаткової відповідальності концесіонера за проєктування об'єкта та фінансування його будівництва [16, p. 20].

У травні 2019 року Секретаріатом Європейської організації морських портів (ESPO) прийнятий Меморандум по портові галузі європейських країн [17]. Враховуючи, що Україна реформує портову галузь, орієнтуючись ннасамперед на досвід цих держав, охарактеризуємо зміст десяти принципів розвитку портової галузі, які закріплює Меморандум. Відповідно до пріоритету № 1 адміністрації портів у Європі є ключовим елементом портової системи, оскільки є комунікаторами між клієнтами, портовим співтовариством та широким рядом стейкхолдерів. Оновлене регулювання портових послуг встановлює принципи прозорого фінансування, що надходить від державного бюджету, та передбачає базові умови залучення стейкхолдерів та суб'єктів господарювання в портах. У тому числі передбачається право адміністрації порту самостійно визначати розмір та структуру зборів для розвитку портової інфраструктури та можливість вести індивідуальні перемови зі своїми клієнтами. Пріоритет № 2 фіксує, що портові адміністративні органи продовжують бути гібридними: з одного боку, вони стають більш автономними та комер-

ційно орієнтованими, з іншого – виконують громадські завдання та беруть на себе більше соціальних зобов'язань. При цьому мала частина європейських портів належить приватним суб'єктам, більша частина управляється адміністраціями, акції яких належать різним рівням влади. Структура портових доходів складається з портових зборів, концесійних платежів, доступу до причалу та іноді від надання послуг з операційної діяльності. У зв'язку з цим портові збори повинні розглядатися як суттєві доходи для адміністрацій портів, оскільки вони становлять до половини доходів портів. Тому знижки, що надаються портовими адміністраціями на портові збори для певних категорій суден у межах своїх фінансових можливостей, повинні тлумачитись як добровільне, індивідуальне рішення адміністрацій портів відповідно до стратегії порту, регіональних пріоритетів (наприклад, екологічних проблем). Пріоритетом № 3 визначається, що інвестування в європейські порти є інвестуванням у конкурентоздатність Європи. Нині інвестиційні потреби європейських портів сягають 48 млрд на найближчі десять років, при цьому 65 % інвестицій потребують основні інфраструктурні об'єкти, включаючи інфраструктуру морського доступу та транспортне сполучення з внутрішніми територіями Європи. Відповідно до пріоритету № 4 ключовим зв'язком між портами та логістичними центрами країн є мультимодальне сполучення. Базуючись на керівних принципах Транс'європейської транспортної мережі (TEN-T) до 31 грудня 2030 року, основні морські порти повинні бути з'єднані із залізницею, автомобільною дорогою та, де це можливо, внутрішнім водним транспортом. У зв'язку з цим 18 % інвестиційних проєктів, запланованих адміністраціями портів у найближчі десять років, є проєктами транспортного сполучення із внутрішніми територіями та розвитку інфраструктури для безперешкодного мультимодального сполучення в порту. Додаткові 5 % проєктів стосуються інвестицій в інтермодальні/мультимодальні термінали в портовій зоні та за її межами. Пріоритетом № 5 визначено роль та значущість діджіталізації у забезпеченні захисту, безпеки, екологічної тощо. Крім того, одним із пріоритетів діджиталізації є впровадження European Maritime Single Window Environment у співробітництві між владою, морськими та митними органами на національному та на рівні ЄС, що унормує та спростить взаємозв'язок між учасниками логістичних ланцюжків постачання. Пріоритет № 6 пов'язаний з необхідністю проведення заходів щодо декарбонізації. Зокрема, зазначається, що Міжнародна морська організація (IMO) повинна розробити стратегію та заходи для переходу до відновлювальної енергетики, енергоефективного та сталого розвитку, що зменшить викиди вуглекислого газу та використання невідновлюваних енергоресурсів. Додатково планується посилити інвестиції в порти, які сприяють зміцненню ролі та впровадженню альтернативних видів палива та джерел енергії в економіці та суспільному житті. Для портового сектора важливим є розгортання заходів щодо скорочення викидів відповідно до програм, цілей та планів щодо декарбонізації. Крім того, програма енергетичного переходу може запропонувати нові можливості для бізнесу в певних портах (відновлювані джерела енергії, біопромисловість, розвиток біоелектростанцій з уловлювання та зберігання вуглецю). Окремо визначено зміст наступного пріоритету: якість повітря в центрі відносин між портами та містами. Протягом останніх чотирьох років якість повітря є головним екологічним пріоритетом європейських адміністрацій портів у відносинах з містами. З огляду на зниження викидів SOx, NOx та CO2, необхідно розробити поступовий, але обов'язковий план переходу до більш чистих видів палива, що забезпечує як якість повітря, так і декарбонізацію. Пріоритет № 8 стосується завдання портів щодо сприяння відкритому торговому середовищу, оскільки через морські порти здійснюється близько 75 % торгівлі Європи зі світом та більше однієї третини внутрішньо-європейської торгівлі. ESPO вважає, що опубліковані 12 березня 2019 року принципи та умови взаємодії між ЄС та Китаєм є конкретною стратегією, що повинна бути реалізована найближчим часом для сприяння двосторонній торгівлі. Відповідно до пріоритету № 9 порти і громадяни повинні мати право на діяльність, тобто європейські порти можуть функціонувати і розвиватися лише в тому разі, якщо вони отримують право на діяльність від місцевої громади. Щоб отримати це право, вони повинні бути прозорими щодо своєї діяльності, впливу на навколишнє середовище, а також щодо їхньої ролі та внеску у вирішення наявних проблем. Сьогодні все більше і більше європейські порти демонструють свою прозорість та природоохоронну діяльність через незалежну оцінку третьої сторони та аудит. Пріоритетом № 10 наголошується необхідність узгодження та координації дій щодо розробки та впровадження транспортної політики на рівні ЄС (навколишнє середовище, митниця, конкуренція, енергетика, морські справи, дослідження) [17].

Досвід реформування портової діяльності та державного регулювання щодо створення сприятливих умов із розвитку

портової інфраструктури портів Гамбург (Німеччина), Роттердам (Нідерланди), Антверпен (Бельгія), Ле Гавр (Франція) заслуговує на запозичення, зокрема, з метою створення сприятливих умов щодо розвитку портової інфраструктури відповідні держави використовують такий інструмент, як модель земельних концесій «порт-лендлорд», коли портова адміністрація виступає в ролі лендлорда, у розпорядженні якого перебувають землі в межах акваторій портів. Окрім цього, портові адміністрації несуть відповідальність за стратегічні об'єкти інфраструктури (доки, мости, шлюзи, причали, землі), безпеку судноплавства та навігацію в порту, стимулювання міжнародної торгівлі та маркетингову діяльність. При цьому приватні портові оператори здійснюють стивідорну діяльність на землях і причалах, отриманих у концесію терміном до 40 років із правом її подальшого продовження [11, с. 122].

Більшість портів у світі можна класифікувати за моделлю управління та віднести до однієї з чотирьох категорій: (а) державні порти, де держава одночасно є власником або іншим чином контролює використання портових земель, інфраструктури і термінальних потужностей та надає послуги з обробки вантажів (наприклад, словенський порт Копер); (б) порти-інструменти, де держава є власником або іншим чином контролює використання портових земель, інфраструктури та термінальних потужностей, але передає надання послуг операторам приватного сектора (наприклад, порт Читтагонг у Бангладеш); (в) порти-лендлорди, де держава є власником або іншим чином контролює використання портових земель і передає право на розвиток термінальних потужностей порту, іноді й інфраструктури, та укладає договори щодо надання послуг з перевезення вантажів із приватним сектором або корпоративними операторами на підставі довгострокових домовленостей, як правило, це концесійна угода (приклади портів Сінгапуру та Роттердама); (г) приватні порти, де приватні інвестори володіють портовими землями, інфраструктурою та термінальними потужностями, а також надають послуги з обробки вантажів і транспортних засобів (наприклад, Британський порт Фелікссстоу). Серед цих моделей управління поширеною в міжнародній практиці є модель «порт-лендлорд». Модель «порт-лендлорд» передбачає, що портові адміністрації не беруть безпосередньої участі в наданні операційних послуг, а виконують функції землевласника, регулятора та менеджера громади. Основна особливість ролі оператора полягає у наданні та нагляді за концесіями, договорами оренди та/або ліцензіями незалежним постачальникам послуг. Фахівцями Світового банку підраховано, що майже 90 % світових контейнерних терміналів організовані як порти-лендлорди, де державні органи управління портами та приватні оператори контейнерних терміналів функціонують відповідно до концесійних угод або за довгостроковою орендою [1, с. 12].

За даними консультантів Світового банку, ситуація в українських портах не вкладається в жодну з чотирьох класичних моделей функціонування портової галузі. На прикладі порту Південний експерти проілюстрували, що земельні відносини при реалізації інвестиційних проєктів у портах можуть бути ускладненими тим, що перспективні ділянки для забудови належать різним органам місцевої влади (комунальні), обласній адміністрації (державні), приватним суб'єктам [1, с. 14]. Земельні концесії у європейських портах віддалено нагадують орендні відносини в українських портах; різниця в тому, що в Україні у процедурі передачі земельних ділянок і майна вітчизняні портові адміністрації (ДП «АМПУ» та її філії) виконують другорядну роль [11, с. 123].

В Україні пілотні проєкти концесії реалізуються в портах без вирішення основної проблеми, що має передувати початку цього процесу, вважають експерти [1, с. 13]. Суть справи полягає у взаєминах між АМПУ та нинішніми землевласниками. Приклади нових країн-членів ЄС ілюструють успіх внаслідок зробленого вибору на користь корпоративного управління відповідно до настанов Організації економічної співпраці та розвитку (OECD) та найкращої міжнародної практики [19]. Випадки Естонії та Словенії доводять, що ефективне управління може статися як у випадку класичної конфігурації землевласника, так і моделі порту послуг. Досвід Словенії, єдиний торговельний порт якої інтегрально керується акціонерним товариством «Лука Копер», при цьому держава – Республіка Словенія – виступає мажоритарним акціонером, заслуговує на вивчення. Акціонерне товариство має довгострокову концесію від держави. Концесійний договір «Лука Копер» був укладений у 2008 році терміном на 35 років, як це передбачено Морським кодексом Словенії [20]. Концесійна угода стосується питань, пов'язаних з портовою діяльністю, управлінням, розвитком та обслуговуванням портової інфраструктури. Узгоджений концесійний збір становить 3,5 % від виручки від продажу «Лука Копер», виключаючи дохід від портових зборів. Також концесійний збір включає право на користування водою, плату за воду та інші мита, пов'язані з використанням акваторії, що належить дер-

жаві. ТОВ «Лука Копер» сплачує загальний концесійний збір Республіці Словенія, яка потім виділяє половину суми двом місцевим громадам: муніципалітету Копер та муніципалітету Анкаран (з 1 січня 2015 р.). Крім того, дочірні компанії ТОВ «Лука Копер» керують внутрішнім терміналом у Сежані та логістичним центром і контейнерним терміналом в Араді (Румунія), надають приватні залізничні послуги для ринків Словенії, Австрії та Німеччини, а також виконують роботи з днопоглиблення [21].

Діяльність естонських портів (реєстр державних портів Естонії включає 217 портів і гаваней) регулюється Законом про порти, який набув чинності 10 липня 2009 р. [22]. Більшість портів не є комерційними, вони включають пристані для яхт, риболовецькі порти або це порти, що забезпечують місцеве транспортне сполучення. Таллінн є найбільшим (складається з п'яти окремих портових зон) і найрозвиненішим торговельним портом в Естонії: на нього припадає близько 60 % усіх комерційних вантажів. Він був уперше реструктурований в середині 1990-х років з метою перетворення його з державного порту на порт-лендлорд. У 1999 році останній перевантажувальний термінал був приватизований. Сьогодні порт Таллінна працює за моделлю порту-лендлорду. Основна мета портової адміністрації – розвиток базової та експлуатаційної інфраструктури, передача портових земель операторам для стимулювання інвестицій у термінальні потужності та технології [23]. Портова адміністрація була корпоратизована у 2018 році. Сьогодні акції портового відомства котируються на Талліннській фондовій біржі, 67 % акцій належать урядові Естонії, решта – інвестиційним та пенсійним фондам та приватним інвесторам. Порт розвивається згідно з Генеральним планом, який включає детальне планування всіх портових територій з урахуванням економічних, соціальних та екологічних інтересів Таллінна. Промислові та логістичні парки розташовані та функціонують в окремих портових зонах [24].

Як бачимо, для того щоб зробити управління портами більш незалежним, є два основні варіанти реформи: корпоратизація та приватизація. Завдяки корпоратизації власність портової адміністрації залишається в руках уряду, який стає акціонером. Приватизація передає фактичну власність приватному підприємству або у формі повної власності на портове майно, або через довгострокову основну концесію. Вибір між корпоратизацією та приватизацією буде залежати від обрисів, яких захоче набути портова адміністрація, що, своєю чергою, залежить від експлуатаційної конфігурації та типу порту [18]. Основні ознаки та переваги корпоратизованих портових адміністрацій узагальнено: а) ознаки (фінансова самоокупність; відданість ідеї розвивати порти на підставі потреб бізнесу; широка операційна діяльність відповідно до моделі «порт-лендлорд»; наділення повноваженнями вести переговори та підписувати довгострокові договори оренди чи концесії; б) переваги (інвестиції в інфраструктуру, орієнтовані на попит; максимізація доходу від наявних активів; ринкове ціноутворення; раціоналізація та покращення контролю за операціями) [1, с. 25].

Міжнародні експерти визнають потенційними ризиками, які пов'язані із моделлю управління «порт-лендлорд», таке: а) якщо портові адміністрації неналежним чином оцінюють пропозиції, ініційовані інвесторами, то вони ризикують прийняти занадто багато проєктів, що може призвести до надмірної «терміналізації» або фрагментації портової зони; б) портові адміністрації повинні юридично визнати межі своїх повноважень і співпрацювати з муніципальними, регіональними та національними урядовими структурами; в) слід враховувати, що ця модель заохочує розвиток на рівні окремих портів, тому необов'язково вона може бути найкращою моделлю для національної мережі портів, а отже, потрібні інституційні механізми для урівноваження місцевих та державних інтересів (наприклад, створення провідного агентства для портів на рівні держави); г) для впровадження моделі може знадобитися регулятор, особливо коли в системі відсутня конкуренція між портами і/або всередині портів: регулятор необов'язково може бути тим самим органом, що й провідне державне агентство, а виконання цієї ролі потребує накопичення досвіду з плином часу заради отримання легітимності на ринку; ґ) ця модель не заважає концесіонерам самим бути державними підприємствами (наприклад, це поширено в Азії).

**Висновки**

Отже, можна дійти таких висновків: а) модель управління та експлуатація великих вантажних портів «порт-лендлорд» передбачає наявність портової адміністрації, яка здійснює контроль над портовим майном, розробляє політику використання земель, передає доступ до майна постачальникам послуг та інвесторам шляхом укладання довгострокових договорів (наприклад, концесійних угод); б) для здійснення завдань щодо управляння портові адміністрації мають стати автономними; в) управління української системи морських портів має

здійснюватися відповідно до адаптованої до національного контексту моделі управління «порт-лендлорд», при цьому конкретний порт має розвиватись як окремий проєкт; г) перехід до моделі «порт-лендлорд» потребуватиме децентралізації, оскільки повноваження, які наразі розподілені між обласними адміністраціями, Міністерством інфраструктури України, ДП «АМПУ», стримують корпоративне управління портами.

**Список використаних джерел:**

1. Вдосконалення управління портовою галуззю України. *Звіт Світового банку*. Київ, 2020. 76 с.

2. Підписано перший договір концесії морського порту в Україні. URL: https://investinkherson.gov.ua/news/pidpisano-pershij-dogovir-konczesi%D1%97-morskogo-portu-v-ukra%D1%97ni/ (дата звернення: 15.06.2020).

3. Бахуринська М. Порівняльний аналіз правового регулювання процедури вибору приватного партнера на умовах ДПП на прикладі Польщі. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 5. С. 81–85;

4. Власова В.П. Світовий досвід та перспективи впровадження державно-приватного партнерства в морських торговельних портах України. *Збірник наукових праць Таврійського державного агротехнологічного університету* (економічні науки). 2014. № 4(28). С. 24–27.

5. Грищенко С. Підготовка та реалізація проектів публічно-приватного партнерства : практичний посібник для органів місцевої влади та бізнесу. Київ : ФОП Москаленко О., 2011. 140 с.

6. Дутко Н.Г. Концесія, як перспективна форма державно-приватного партнерства. *Державне управління: удосконалення та розвиток*. 2020. № 3. URL: http://www.dy.nayka.com.ua/?op=1&z=1597. DOI: 10.32702/2307-2156-2020.3.31 (дата звернення: 15.06.2020).

7. Карпенко О.О. Аналіз європейського досвіду впровадження концесійної форми державно-приватного партнерства у морських портах. *Бізнес Інформ*. 2015. № 6. С. 43–47.

8. Ніколаєва Л.Л. Розвиток портів України: організаційне та інвестиційне забезпечення. *Вісник Приазовського державного технічного університету. Серія «Економічні науки»*. 2017. Вип. 34. С. 2 45–251.

9. Родионова О.Ю. Зарубежный опыт и модели правового регулирования публично-правового партнерства. *Вестник РУДН*. 2014. № 2. С. 221–228.

10. Шарингер Л. Новая модель инвестиционного партнерства государства и частного сектора. *Российский экономический журнал*. 2004. № 9/10. С. 41–52.

11. Шемаєв В.В. Від Антверпена до Роттердама: європейський досвід управління розвитком портової інфраструктури для морегосподарського комплексу України). *Стратегічні пріоритети*. № 2 (43), 2017. С. 120–128

12. Notteboom T.E., Verhoeven P. and Fontanet M. Current practices in European ports on the awarding of seaport terminals to private operators: towards an industry good practice guide. *Maritime Policy & Management*. 2012. № 39 (1). P. 107–123.

13. Startin J., Baxter A, and Harding N. Comparing public–private partnerships for highway projects in the USA and the UK/EU: Applying lessons learned. *Journal of Public Works&Infrastructure*. 2009. Vol. 1. №. 4. P. 329–348.

14. Хусаінов Р. Моделі державно-приватного партнерства: закордонний досвід та перспективи для України. *Науковий вісник Одеського економічного університету*. 2015. № 1 (4).С. 177–191.

15. Green Paper on public-private partnerships and Community law on public contracts and concessions Brussels, 30.4.2004. COM(2004) 327 final. URL: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e/language-en (дата звернення: 15.06.2020).

16. UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects. URL: https://https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf (дата звернення: 15.06.2020).

17. Priorities of European Ports for 2019–2024. What ports do for Europe.What Europe can do for ports URL: https://www.espo.be/media/ESP-2484%20(Memorandum%20ESPO%202019)_DEF_LR.pdf (дата звернення: 15.06.2020).

18. Patrick Verhoeven & Thomas Vanoutrive. A quantitative analysis of European port governance. *Maritime Economics & Logistics*. 2012. Vol. 14. P. 178–203.

19. Strategic Transport Infrastructure Needs to 2030 Main Findings. International Futures Programme. OECD, 2011. URL: https://www.oecd.org/futures/infrastructureto2030/49094448.pdf (дата звернення: 25.06.2020).

20. Maritime Code (PZ). Official Gazette of the Republic of Slovenia No 26 of 12 April 2001, page 2677. URL:https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/SVN_2001_maritimecode.pdf (дата звернення: 25.06.2020).

21. Port of Koper is fully operational. April 3, 2020. URL: https://www.portseurope.com/port-of-koper-is-fully-operational-april-3-2020/ (дата звернення: 25.06.2020).

22. Ports Act. Passed 15.06.2009, entry into force 10.07.2009. URL: https://www.riigiteataja.ee/en/eli/523052018004/consolide (дата звернення: 25.06.2020).

23. Development plans Port of Tallinn aims to become the most innovative port on the shores of the Baltic Sea by offering its customers the best environment and development opportunities. URL: https://www.ts.ee/en/development-plans/ (дата звернення: 25.06.2020).

24. Port of Tallinn. We develop attractive real estate and industrial parks in our harbour areas. URL: https://www.ts.ee/en/real-estate-development/ (дата звернення: 18.06.2020).

**Inna Boyko. International legal regulation of public-private partnership, foreign experience and reform of the port industry in Ukraine**

*The author of the article systematized the experience of legal regulation of public-private partnership and its implementation in the reform of the port industry by foreign countries in order to determine the benefits and risks of implementing the management model "port -landlord" seaports of Ukraine.*

*The examples of the new EU member states have shown that the choice in favor of corporate port management in accordance with the guidelines of the Organization for Economic Cooperation and Development and best international practice, leads to a successful outcome. Emphasis is placed on the advantages of corporatized port administrations: demand-oriented infrastructure investments; maximizing income from available assets; market pricing; streamlining and improving control over operations.*

*The experience of Estonia and Slovenia is considered, which confirms that effective management can occur both in the case of the classic model "port landlord" and the model of the port of services, there are two main reform options to make port management more independent: corporatization and privatization.*

*It is concluded that a) the model of management and operation of large cargo ports "Port Landlord" provides for the presence of the port administration, which controls port property, develops land use policy, transfers access to property to service providers and investors by concluding long-term contracts (eg, concession agreements); b) port administrations must become autonomous to carry out management tasks; c) the management of the Ukrainian seaport system should be carried out in accordance with the port-land management model adapted to the national context, while a specific port should be developed as a separate project; d) the transition to the "port-landlord" model will require decentralization, as the powers currently distributed between the regional administrations, the Ministry of Infrastructure of Ukraine, and the State Enterprise "Ukrainian Sea Ports Authority" constrain the corporate management of ports.*

**Key words:** concept of public-private partnership, private finance initiative, port management model, "port-landlord", concession, corporatization.

УДК 327.7:341.1(4-11):005.334
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.54

***Віктор Дубовик,***
*канд. юрид. наук*

# БОРОТЬБА З ТЕРОЗИЗМОМ, ЕКСТРЕМІЗМОМ ТА РАДИКАЛІЗАЦІЄЮ ЯК НАПРЯМ ДІЯЛЬНОСТІ ОБСЄ

*У статті проаналізовано підходи ОБСЄ до боротьби з тероризмом, екстремізмом та радикалізацією, що не обмежуються традиційними військовими та правоохоронними діями для досягнення максимального пом'якшення загрози тероризму в довгостроковій перспективі. Участь у цьому процесі держав-учасниць ОБСЄ. Визначено, що на державу покладено обов'язок і основна відповідальність щодо запобігання та боротьби з тероризмом. Однак державі потрібно скористатися підтримкою суспільства в цілому, включаючи громадянське суспільство та бізнес, щоб успішно протистояти цьому явищу. Держави-учасниці ОБСЄ визнали корисність таких спільних зусиль у формі державно-приватних партнерств у боротьбі з тероризмом. З'ясовано, що сьогодні зростає визнання, що громадськість та громади є зацікавленими сторонами та партнерами в боротьбі з тероризмом, а не просто пасивним об'єктом діяльності правоохоронних органів. Відповідно, деякі держави-учасниці ОБСЄ розробляють орієнтовані на громаду підходи до боротьби з тероризмом, які підкреслюють підтримку та участь громадськості з метою підвищення підзвітності та ефективності. Ці підходи складаються з місцевих ініціатив, які спираються на партнерські стосунки широкого кола суб'єктів, окрім традиційних практиків безпеки, включаючи інші органи державної влади, а також організації громадянського суспільства, підприємства та/або засоби масової інформації. Зроблено висновок, що поліцейська діяльність у громаді, зосереджена на встановленні поліцейсько-громадських партнерських відносин між поліцією, іншими державними органами та громадами для активного вирішення проблем, також може внести вагомий і міцний внесок у більш широкі стратегічні зусилля щодо запобігання тероризму та протидії насильницькому екстремізму та радикалізації, що призводять до тероризму. Однак у політиків та керівників поліції повинні бути реалістичні очікування щодо результатів, які може забезпечити поліцейська діяльність у відповідь на те, що часто є низькою частотою, дуже складною та багатовимірною проблемою. Спосіб та ступінь того, в якому правопорядку може випадково принести користь контртероризм, залежать від рівня довіри та співробітництва між поліцією та громадськістю.*

**Ключові слова:** безпека, конфлікт, тероризм, екстремізм, радикалізація, ОБСЄ, поліція.

**Постановка проблеми.** ОБСЄ засуджує тероризм у всіх його формах та проявах, підкреслюючи, що жодна обставина чи мотив не можуть виправдати тероризм. Держави-учасниці підтверджують, що боротьбу з тероризмом завжди слід вести у відповідності до принципу верховенства права, загальних приписів міжнародного права в галузі прав людини та своїх зобов'язань у рамках ОБСЄ. Так, у грудні 2001 р. держави-учасниці визнали, що вони не можуть обмежитися традиційними військовими та правоохоронними діями щоб максимально пом'якшити загрозу тероризму в довгостроковій перспективі. Приймаючи Бухарестський план дій боротьби з тероризмом, вони підкреслили необхідність вирішення «різних соціальних, економічних, політичних та інших факторів, включаючи насильницький сепаратизм та екстремізм, які породжують умови, в яких терористичні організації можуть вербувати та отримувати підтримку» [1].

Згідно з положеннями Бухарестського плану держави-учасниці також підкреслили, що комплексний та спільний підхід Організації до безпеки забезпечує порівняльні переваги в боротьбі з тероризмом шляхом виявлення та вирішення цих факторів через усі відповідні інструменти та структури ОБСЄ. Цей багатоаспектний підхід підкреслює, що поряд із політико-військовими аспектами безпеки захист та просування прав людини, а також економічний розвиток та екологічна стійкість є нерозривними частинами безпеки та стабільності. Підхід ОБСЄ також передбачає взаємодію багатьох зацікавлених сторін на всіх рівнях із метою подолання загроз та проблем, пов'язаних із безпекою, через кордони, а також у межах країн між урядовими та неурядовими суб'єктами [1].

Відтак **метою статті** є аналіз особливостей підходів ОБСЄ до боротьби з тероризмом, екстремізмом та радикалізацією.


© В. Дубовик, 2020

**Виклад основного матеріалу дослідження.** Держави, зокрема, через свої поліцейські відомства, зобов'язані вжити всіх необхідних заходів для захисту прав всіх людей, що перебувають у їхній юрисдикції від тероризму, як частину їхніх позитивних зобов'язань щодо забезпечення права на життя, права на фізичну недоторканність та інших прав людини і основоположних свобод. Як результат, їм потрібно зробити акцент на запобіганні тероризму і одночасно підтримувати права людини та верховенство закону. Оскільки країни шукають чіткі способи запобігти тероризму більш ефективним чином, докладаються більші зусилля, щоб визначити, чому і коли люди звертаються до тероризму, як це відбувається, і шляхи цього можна запобігти на ранніх термінах.

Із цією метою ОБСЄ було розроблено основні засади, на яких має будуватись способи боротьби з тероризмом, екстремізмом та радикалізацією [1], зокрема:

*1. Протидія тероризму та захист прав людини як взаємно посилюючі цілі.*

Тероризм за своєю характеристикою є заперечення демократії та прав людини, які є основою діяльності ОБСЄ. Держави-учасниці ОБСЄ налаштовані на боротьбу з усіма терористичними актами, без винятку, як з найбільш серйозними злочинами. Держави, зокрема, через свої поліцейські відомства, зобов'язані захищати всіх осіб, що знаходяться в їх юрисдикції, від тероризму, як частини своїх зобов'язань із забезпечення дотримання прав людини, гарантуючи право на життя, право на безпеку та інші основні свободи. Це вимагає застосування комплексного підходу до протидії тероризму, з особливим акцентом на запобігання та протидію насильницькому екстремізму та радикалізації, що призводять до тероризму (VERLT (далі – ВЕРЛТ)), дотримуючись прав людини та верховенства закону.

Ефективність та легітимність дій держави проти тероризму будуть підірвані, якщо держава через будь-який свій орган використовуватиме свою владу в порушення міжнародних стандартів прав людини. Оскільки поліція відіграє центральну роль у боротьбі з тероризмом, особливо важливо, щоб поліція відповідала за свої дії з метою забезпечення законності, довіри та підтримки з боку громадськості [2].

*2. Протидія насильницькому екстремізму та радикалізації, що призводять до тероризму.*

Радикалізація сама по собі не є загрозою для суспільства, якщо вона не пов'язана з насильством чи іншими протиправними діями, такими як розпалювання ненависті, як законодавчо визначено у відповідності з міжнародним правом про права людини. Радикалізація насправді може стати силою для корисних змін. Наприклад, люди, які виступають за скасування рабства або підтримують загальне виборче право, свого часу вважалися радикальними, оскільки стояли в опозиції до панівних поглядів у їхніх суспільствах [3].

Натомість терористична радикалізація – це динамічний процес, завдяки якому людина сприймає терористичне насильство як можливий, навіть законний, курс дій. Не існує єдиного профілю, який би охоплював усіх терористів, і немає чіткого шляху, який веде людей до тероризму. Радикалізація різноманітна і складна і поєднується унікальним чином у кожному конкретному випадку. Профілі, побудовані на стереотипних припущеннях на основі релігії, раси, етнічної приналежності, статі, соціально-економічного статусу тощо, є не лише дискримінаційними, але й неефективними. ОБСЄ рішуче відкидають ідентифікацію тероризму з будь-якою національністю, релігією чи етнічною приналежністю.

Протидія ВЕРЛТ вимагає складного, всебічного реагування. Це повинно включати як ефективні кримінально-правові дії, відповідно до цього міжнародні стандарти в галузі прав людини та верховенство права, проти тих, хто підбурює інших до тероризму і прагнуть привернути інших до тероризму, та багатопрофільні зусилля щодо подолання умов, що сприяють тероризму.

Є багато питань, актуальних, але не специфічних для тероризму, які потребують справжнього вирішення, самі по собі та без зайвих упереджeностей щодо безпеки. Поліція відіграє ключову роль у реагуванні на кримінальне правопорушення на VERLT, але їхня роль має бути обмежена в активних зусиллях щодо запобігання.

*3. Розробка орієнтованих на громаду підходів до боротьби з тероризмом.*

На державу покладені обов'язок і основна відповідальність щодо запобігання та боротьби з тероризмом. Однак державі потрібно скористатися підтримкою суспільства в цілому, включаючи громадянське суспільство та бізнес, щоб успішно протистояти цьому явищу. Держави-учасниці ОБСЄ визнали корисність таких спільних зусиль у формі державно-приватних партнерств у боротьбі з тероризмом.

Зростає визнання, що широка громадськість та окремі громади є зацікавленими сторонами та партнерами у боротьбі з тероризмом, а не просто пасивним об'єктом діяльності правоохоронних органів. Деякі держави-учасниці ОБСЄ розробляють орієнтовані на громаду підходи до боротьби з тероризмом, які підкреслюють підтримку громадськості та участь з метою підвищення підзвітності та ефективності. Ці підходи складаються з місцево розроблених та міс-

цевих ініціатив, які спираються на партнерські стосунки широкого кола суб'єктів, окрім традиційних практиків безпеки, включаючи інші органи державної влади, а також організації громадянського суспільства, підприємства та / або засоби масової інформації [4].

*4. Правоохоронна діяльність – частина всеосяжної стратегії щодо запобігання тероризму, що відповідає правам людини.*

Поліцейська діяльність в громаді зосереджена на встановленні поліцейсько-громадських партнерських відносин між поліцією, іншими державними органами та громадянами для активного вирішення проблем, що може внести відчутній і довготривалий ефект у більш широкі стратегічні зусилля щодо запобігання тероризму та протидії ВЕРЛТ.

Однак у політиків та поліцейських керівників повинні бути реальні очікування щодо результатів, які може забезпечити поліцейська діяльність у відповідь на те, що часто є низькою частотою, дуже складною та багатовимірною проблемою. Поліція в громадах не може функціонувати як окремий інструмент для запобігання тероризму та протидії ВЕРЛТ. Він повинен бути закладений у всебічну, цілісну і сумісну з правами стратегію боротьби з тероризмом у всіх його формах та проявах [5].

*5. Потенційні переваги громад у запобіганні тероризму.*

Існують деякі притаманні ризики, які слід пам'ятати правоохоронним органам та намагатися мінімізувати, застосовуючи підхід, орієнтований на громадськість. До таких ризиків належать:

– надмірна залежність від спільної громадської діяльності;

– стигматизація конкретних спільнот шляхом вибіркового залучення;

– сек'юритизація їх відносин із громадами;

– «шпигування» за громадами;

– ризики для осіб, які займаються правоохоронною діяльністю;

– поліція має підтримувати окремих осіб чи груп а не всю спільноту.

Поліція також повинна проявляти велику обережність у встановленні партнерських відносин з окремими особами, групами чи організаціями, коли є докази того, що ці особи чи групи не є однозначно прихильними до ненасильства та поваги до загальних прав людини [2].

Поліція під керівництвом розвідки та громадська поліція – це взаємодоповнюючі, але чіткі підходи. Розвідка може стати побічним продуктом ефективного співтовариства правоохоронних органів, де громадськість виробила довіру до поліції. Правоохоронна діяльність громади не є і не повинна бути цілеспрямованим збором розвідки для боротьби з тероризмом [4].

*6. Необхідність ретельного планування та підготовки.*

Використання засобів поліції для запобігання тероризму та протидії ВЕРЛТ має бути ретельно сплановано та підготовлено, щоб не підірвати самі принципи громадської діяльності та довіру громадськості та підтримку, яку вона прагне породити. Зокрема, поліції потрібно:

– впроваджувати міжнародні стандарти прав людини на всіх рівнях та підвищувати відповідальність поліції за свої дії проти тероризму з метою підвищення прозорості та уникнення порушень прав людини, таких як дискримінаційне профілювання;

– передбачити та пом'якшити ризики, пов'язані із застосуванням підходу до громадської діяльності;

– забезпечити чітке розмежування між антитерористичними операціями та поліцейською роботою, а також забезпечити ефективну координацію між цими операціями;

– уточнити політику та стандартні операційні процедури щодо залучення працівників поліції до зусиль щодо запобігання тероризму та протидії ВЕРЛТ, включаючи протоколи обміну інформацією, записом та звітністю;

– забезпечити належну підготовку працівників поліції щодо їх очікуваної ролі у запобіганні тероризму та протидії ВЕРЛТ;

– розвивати регулярну, ініціативну та двосторонню комунікацію з громадськістю щодо загрози тероризму – ні перебільшуючи, ні мінімізуючи – та ролі поліції та громадськості у протидії тероризму;

– бути готовим до своєчасного та відповідного спілкування з громадськістю та засобами масової інформації в разі конкретної антитерористичної діяльності чи терористичного інциденту;

– уточнити параметри та забезпечити регулярне, прозоре, всеохоплююче та взаємне спілкування поліції із громадянами та конкретними громадами;

– розробити свою комунікаційну діяльність та взаємодію на основі точного розуміння особливостей різних громад та груп, включаючи внутрішню динаміку, проблеми, пов'язані з тероризмом та антитероризмом, та ставлення до поліції;

– оцінити вплив поліції на шляху запобігання тероризму та протидії ВЕРЛТ, зберігаючи середньо- та довгострокові зобов'язання та ресурси [5].

**Висновки**

Таким чином, держави, зокрема через свої поліцейські установи, зобов'язані забезпечувати захист від тероризму для всіх осіб, що знаходяться в межах їх юрисдикції, а також пова-

жати та захищати права людини. Це вимагає, щоб вони застосовували комплексний підхід до боротьби з тероризмом, з особливим акцентом на запобіганні та протидії ВЕРЛТ, а також шляхом відстоювання прав людини та верховенства права. Ефективність та легітимність дій держави проти тероризму буде підірвана, якщо держава через будь-яке своє агентство використовуватиме свою владу всупереч міжнародним стандартам прав людини. Оскільки поліція відіграє центральну роль у протидії тероризму, особливо важливо, щоб вони несли ефективну відповідальність за свої дії з метою забезпечення законності, довіри та підтримки з боку громадськості.

Сьогодні зростає визнання, що громадськість та громади є зацікавленими сторонами та партнерами в боротьбі з тероризмом, а не просто пасивним об'єктом діяльності правоохоронних органів. Відповідно, деякі держави-учасниці ОБСЄ розробляють орієнтовані на громаду підходи до боротьби з тероризмом, які підкреслюють підтримку та участь громадськості з метою підвищення підзвітності та ефективності. Ці підходи складаються з місцевих ініціатив, які спираються на партнерські стосунки широкого кола суб'єктів, окрім традиційних практиків безпеки, включаючи інші органи державної влади, а також організації громадянського суспільства, підприємства та/або засоби масової інформації.

Поліцейська діяльність в громаді, зосереджена на встановленні поліцейсько-громадських партнерських відносин між поліцією, іншими державними органами та громадами для активного вирішення проблем, також може внести вагомий і міцний внесок у більш широкі стратегічні зусилля щодо запобігання тероризму та протидії ВЕРЛТ. Однак у політиків та керівників поліції повинні бути реалістичні очікування щодо результатів, які може забезпечити поліцейська діяльність у відповідь на те, що часто є низькою частотою, дуже складною та багатовимірною проблемою.

Спосіб та ступінь того, в якому правопорядку може випадково принести користь контртероризм, залежать від рівня довіри та співробітництва між поліцією та громадськістю. Це потребує часу для розбудови, а найкращий спосіб його досягти є залучення громади до питань безпеки.

**Список використаних джерел:**

1. OSCE Ministerial Council, "The Bucharest Plan of Action for Combating Terrorism", 4 December 2001.

2. Guidebook on Democratic Policing by the Senior Police Adviser to the OSCE Secretary General (Vienna: OSCE, 2nd ed., 2008), SPMU Publication Series Vol. 1.

3. Good Practices in Building Police-Public Partnerships by the Senior Police Adviser to the OSCE Secretary General (Vienna: OSCE, 2008), SPMU Publication Series Vol. 4.

4. 22 July Commission, "Rapport fra 22. julikommisjonen", Oslo: Norges Offentlige Utredninger, 13 August 2012. URL : https://www.regjeringen.no/contentassets/bb3dc76229c64735b4f6eb4dbfcdbfe8/no/pdfs/nou201220120014000dddpdfs.pdf.

5. Bjørgo, T. and Carlsson, Y., "Early Intervention with Violent and Racist Youth Groups", Oslo: Norwegian Institute of International Affairs, Research paper No. 677, 2005.

**Viktor Dubovyk. Fight against terrorism, extremism and radicalization as a direction of the OSCE**

*The article analyzes the OSCE's approaches to the fight against terrorism, extremism and radicalization, which are not limited to traditional military and law enforcement actions in order to achieve the maximum mitigation of the threat of terrorism in the long perspective. Participation in this process of OSCE Member States. It is determined that the state has the duty and the main responsibility for the prevention and fight against terrorism. However, the state needs to use the support of society as a whole, including civil society and business, to successfully counter this phenomenon. OSCE participating States have recognized the usefulness of such joint efforts in the form of public-private partnerships in the fight against terrorism. It has been found that today there is a growing recognition that the public and communities are stakeholders and partners in the fight against terrorism, and not just a passive object of law enforcement. Accordingly, some OSCE participating States are developing community-based approaches to the fight against terrorism, emphasizing public support and participation in order to increase accountability and efficiency. These approaches consist of local initiatives that build on partnerships with a wide range of actors, in addition to traditional security practices, including other public authorities, as well as civil society organizations, businesses and/or the media. It is concluded that community policing, focused on establishing police-public partnerships between the police, other government agencies and communities to actively address issues, can also make a significant and lasting contribution to broader strategic efforts to prevent terrorism and combat violent extremism and radicalization leading to terrorism. However, politicians and police chiefs must have realistic expectations about the results that policing can deliver in response to what is often a low frequency, very complex and multidimensional problem. The manner and extent to which the rule of law may accidentally benefit counterterrorism depends on the level of trust and cooperation between the police and the public.*

**Key words:** security, conflict, terrorism, extremism, radicalization, OSCE, police.

УДК 343.33
DOI https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.8.55

***Уляна Коруц,***
*канд. юрид. наук,*
*начальник відділу міжнародних зв'язків*
*Тернопільського національного економічного університету*

# ІНФОРМАЦІЙНА ВІЙНА ЯК ІНСТРУМЕНТ ПРОПАГАНДИ ВІЙНИ: ПРАВОВІ ПІДСТАВИ ПРОТИДІЇ

*У статті актуалізується питання протидії російській агресії та переслідування винних осіб у скоєнні такого злочину, як пропаганда війни, зокрема складність ідентифікації, а головне доведення того факту, що особою здійснювалася саме пропаганда. Відзначається, що під пропагандою слід розуміти всю сукупність інформаційних посилів з боку Росії, російських ЗМІ, навіть українських російськомовних ЗМІ, які мають негативний щодо України контекст. Констатовано, що інформаційна війна є основним інструментом російської агресії проти України, а на даному етапі в цій війні основним видом зброї є пропаганда.*

*Автор наголошує на необхідності розширювати сприйняття окремих елементів ведення інформаційної війни, гібридної війни як конкретних проявів кримінально-караного діяння пропаганда війни. Для уникнення ситуації необхідно на законодавчому рівні чітко визначати ті елементи протиправної поведінки, які можуть бути в кінцевому випадку ідентифіковані в сукупності чи поодинці як способи пропаганди війни або як відносини, спрямовані на її пропаганду. І в цьому контексті засобів та інструментів кримінально-правової науки замало. Існує потреба розширення меж сприйняття доктриною кримінального права сукупності обставин, дій, фактів, що формують об'єктивну сторону складу такого злочину як пропаганда війни. А для цього існує потреба розширення правового поля, в межах якого буде всебічно визначатися такий феномен, як «російська агресія», «пропаганда війни Росією», «протидія російській агресії» тощо.*

*Автор відзначає, що дієвими є формування юридичного, правового та концептуального забезпечення трансформації сектору національної безпеки і оборони та правоохоронної сфери в контексті не тільки протидії та захисту, але й певного наступу, зокрема політики повернення територій. Правове підґрунтя протидії пропаганди війни постійно формується, але засобами Постанов Верховної Ради України. У них звертається увага, констатується та уточнюються обставини пропаганди війни проти України, фіксуються відповідні випадки. Тобто створюється необхідне підґрунтя для подальшого притягнення до відповідальності винних осіб.*

*У статті розглянуто та наведені Постанови Верховної Ради України як елемент доказової бази російської агресії проти України для світової спільноти, і зокрема доказової бази для цілей кримінально-правового переслідування. Це не лише підбірка фактів, а реальний інструмент протидії, який має стратегічне значення. Визначено цінність саме такого інструментарію, в тому числі і для цілей кримінально-правового переслідування. Постанови Верховної Ради України встановлюють юридичні факти і мають відповідні юридичні наслідки; вони створюють стратегічний базис для подальшої розробки нормативно-правового забезпечення окремих інструментів протидії, які невідомі або не можуть бути реалізовані в межах існуючого законодавства; засобами підзаконної нормотворчості Верховна Рада України фактично тестує той обсяг допустимих заходів та засобів протидії російській агресії та пропаганді війни, який згодом отримуватиме відповідне втілення в законі.*

*Для ефективної реалізації положень кримінального законодавства необхідно створити організаційно-правове забезпечення виявлення фактів пропаганди, їх ідентифікації, фіксації, викриття виконавців та замовників тощо.*

*Протидія пропаганди війни з боку Росії в контексті притягнення її до відповідальності повинна відбуватися також засобами ЄСПЛ. Зокрема, звертає на себе увагу справа Mozer v. the Republic of Moldova and Russia від 23 лютого 2016 р.*

*Даний висновок у зазначеному рішенні можна екстраполювати на вітчизняну правову дійсність та зауважити, що у випадку отримання подібного рішення відносно громадян України в ЄСПЛ рішення ЄСПЛ можна буде розглядати як юридичний факт, встановлений судовою інстанцією, юрисдикцію якої визнають національні суди України. А встановленим юридичним фактом слід вважати порушення не лише прав і свобод людини і громадянина, але і ворожі дії Росії з агресії проти України, в тому числі і шляхом пропаганди війни. Таке рішення значно спростить процедуру кримінально-правового переслідування винних у такому злочині осіб.*

**Ключові слова:** інформаційна війна, агресія, пропаганда війни, ЄСПЛ, кримінальна відповідальність.


© У. Коруц, 2020

**Постановка проблеми.** Україна фактично знаходиться у стані інформаційної війни, оскільки постійно є об'єктом інформаційної агресії, пропаганди (навіть невійськового але негативного соціально-економічного та суспільно-політичного характеру) та тиску в усіх сферах суспільних відносин з боку Росії. Саме тому в таких умовах розробка та одночасна апробація механізмів і засобів протидії такі пропаганді відзначатимуть їх ефективність/неефективність. Це створюватиме новий інструментарій протидії російській агресії, який при відповідному рівні узагальнення та уніфікації можна перетворювати на алгоритм протидії інформаційним загрозам, в тому числі інформаційній війні та відображати на рівні міжнародно-правових актів. Це підвищуватиме міжнародно-правовий авторитет України, оскільки ініціатива щодо закріплення на міжнародному рівні тих чи інших інструментів протидії інформаційним загрозам означатиме ефективне їх застосування Україною, а отже, її здатність реалізовувати власний суверенітет, виступати самостійним повноцінним суб'єктом міжнародних відносин, протидіяти зовнішній агресії. Усе це підвищуватиме і рівень довіри до України з боку міжнародної спільноти та відновлюватиме той рівень підтримки у протидії всім проявам агресії з боку РФ, який українська держава мала на період 2014–2015 років.

Російська агресія у відношенні України є беззаперечним фактом, який не викликає сумнівів, але потребує відповідної реакції. На сьогодні така реакція є недостатньою головним чином через те, що агресія однієї держави проти іншої вимагає, як мінімум, таких речей: по-перше, чіткої ідентифікації характеру, обсягів та причин такої агресії, оскільки це потребує реагування з боку держави на іншу державу, яка є суб'єктом міжнародного права, а отже, потребує творення необхідного правового підґрунтя для застосування комплексу заходів з протидії агресії; по-друге, необхідним є не лише протидія самій агресії, але і запобігання її поширенню в тому числі в середині країни, проти якої таку агресію було застосовано, що вимагає створення відповідної організаційно-правової системи в межах національного пава, що, знову ж таки, вимагає визначеності на рівні категоріального та термінологічного апарату.

Україна, на жаль, не досягла необхідного рівня термінологічної визначеності, оскільки акт війни, тобто сукупність дій Росії, яка за всіма ознаками відповідно до міжнародно-правових договорів підпадає під визначення акту війни, вітчизняне політичне керівництво трактує терміном, невідомим міжнародному праву, – «гібридною війною».

**Стан дослідження.** Міжнародно-правові аспекти пропаганди війни та інформаційної війни виступили предметом наукового аналізу вітчизняних та зарубіжних дослідників, таких як Я. Малик, О. Фролова, С. Люлько, М. Зінченко, М. Керні, Т. Макгонагл, Г. Майкл, Д. Скринька. Разом із цим потребують подальшого з'ясування питання протидії інформаційній війні як інструменту пропаганди на національному рівні.

**Мета дослідження** полягає в тому, щоб на основі норм міжнародного права та національного законодавства та практики його реалізації проаналізувати значення та вплив інформаційної війни як інструменту пропаганди війни та на підставі проведеного дослідження надати науково обґрунтовані пропозиції до чинного законодавства.

**Виклад основного матеріалу.** Варто взяти до уваги висновки, зроблені Н.Ф. Семен в ході дослідження проблем інформаційної війни Росії проти України та протидії таким діям з боку України. Дослідниця зазначає, що ефективність протидії військовій агресії буде лише тоді, коли Україна створить необхідне праве підґрунтя протидії російській пропаганді. Причому авторка вважає, що під пропагандою слід розуміти всю сукупність інформаційних посилів з боку Росії, російських ЗМІ, навіть українських російськомовних ЗМІ, які мають негативний щодо України контекст. «Для того щоб ефективно протистояти в інформаційній війни та адекватно відповідати російській стороні, слід чітко усвідомити, що формат інформаційної війни вже давно вийшов за рамки насильства» [1, с. 18]. Ми повністю погоджуємося із таким твердженням про те, що інформаційна війна є основним інструментом російської агресії проти України, а на даному етапі в цій війні основним видом зброї є пропаганда.

Мета кожної інформаційної кампанії полягає в необхідності переконати світову та українську суспільну думку в тому, що правлячий режим в Україні, незалежно від правлячої партії, є недемократичним, або корумпованим або авторитарним. Вибір сентенцій неважливий, важливим є завдання шкоди таким позиціонуванням України як країни, в якій при владі режим, який має бути змінений.

У 2014–2019 рр. така інформаційна війна велася найбільш агресивно і фактично формувала необхідне пропагандистське підґрунтя для виправдання агресії військової [2]. Конкретна ця форма інформаційного протистояння може кваліфікуватися як злочин проти порядку управління, як заклик до

зміни політичного режиму насильницьким шляхом, що також є кримінально караним діянням, але не підпадає під ознаки пропаганди війни. І саме в цьому ми вбачаємо найбільший ризик ефективності протидії російській агресії – розуміння пропаганди війни в контексті «війни» як міжнародно-правової категорії, що втілює в собі поняття агресії проти держави. Але в умовах протистояння з Росією Україна повинна усвідомлювати, що протистояння відбувається на території України, а його учасниками є громадяни України, які фінансуються, утримуються та забезпечуються з боку Росії. Це не концепція війни, це як раз та ситуація, яка охоплюється рамковим визначенням «гібридної війни», але яке повинно отримати власну криміналізацію.

Правові підстави протидії російській агресії важливі ще й тому, що Росія постійно порушує норми міжнародного права, вона нехтує принципами, на яких вибудовані сучасна система міжнародних відносин, а тому норми міжнародно-правового переслідування нею не визнаються. За таких умов необхідно сформувати власне організаційно-правове забезпечення притягнення до відповідальності осіб, винних у пропаганді війни, що дасть змогу суттєво розширити можливості для застосування міжнародно-правового тиску на Росію в контексті протидії її агресії проти України.

Значно дієвішим є формування юридичного, правового та концептуального забезпечення трансформації сектору національної безпеки і оборони та правоохоронної сфери в контексті не тільки протидії та захисту, але й певного наступу, зокрема політики повернення територій.

Кримінально-правові засади протидії пропаганді війни повинні доповнюватися публічно-правовими, економіко-правовими тощо [3, с. 94–95]. Так, наприклад, у Постанові Верховної Ради України «Про Рекомендації парламентських слухань на тему: «Стратегія реінтеграції в Україну тимчасово окупованої території АРК та міста Севастополь: проблемні питання, шляхи, методи та способи» прямо вказується на те, що Україна повинна реагувати на те, що «Росія веде інформаційно-психологічну війну, принижує українську мову і культуру, фальшує українську історію, формує російськими ЗМІ альтернативну до дійсності, викривлену інформаційну картину світу. Зважаючи на військове вторгнення Російської Федерації на територію суверенної держави Україна та незаконну окупацію території Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, стратегія повернення Криму має базуватися передусім на концепції відновлення територіальної цілісності України» [4].

Отже, правове підґрунтя протидії пропаганди війни постійно формується, але засобами Постанов Верховної Ради України. У них звертається увага, констатується та уточнюються обставини пропаганди війни проти України, фіксуються відповідні випадки. Тобто створюється необхідне підґрунтя для подальшого притягнення до відповідальності винних осіб.

Подібну практику ми оцінюємо як вдалу, оскільки розглядаємо наведені вище Постанови Верховної Ради України як елемент доказової бази російської агресії проти України для світової спільноти і, зокрема, доказової бази для цілей кримінально-правового переслідування. Це не лише підбірка фактів, а реальний інструмент протидії, який має стратегічне значення. Ми вбачаємо цінність саме такого інструментарію, в тому числі і для цілей кримінально-правового переслідування в тому, що:

по-перше, Постанови Верховної Ради України встановлюють юридичні факти і мають відповідні юридичні наслідки;

по-друге, вони створюють стратегічний базис для подальшої розробки нормативно-правового забезпечення окремих інструментів протидії, які невідомі або не можуть бути реалізовані в межах наявного законодавства;

по-третє, засобами підзаконної нормотворчості Верховна Рада України фактично тестує той обсяг допустимих заходів та засобів протидії російській агресії та пропаганді війни, який згодом отримуватиме відповідне втілення в законі.

Необхідно зауважити, що, окрім прийняття Постанов, Верховна Рада України повинна зосередитися на законодавчому забезпеченні захисту «інформаційного простору та національної безпеки України, для чого необхідною є зміна інформаційної політики з доповненням законодавчої та нормативно-правової бази, а також вироблення стратегії та тактики ведення боротьби в інформаційному полі для протидії агресору» [5, с. 39–40].

У межах такого законодавства повинні розширюватися межі допустимості доказової бази щодо кримінального переслідування за пропаганду війни. Прийняття законів, а також інших нормативно-правових актів повинно сприяти конкретизації фактів пропаганди, проявів пропаганди у будь-яких вербальних, невербальних діях, маніпуляціях, інформаційних повідомленнях тощо. Усі ці елементи повинні ідентифікуватися як пропаганда війни за певними родовими ознаками, які не повинні обмежуватися, але пови-

нні мати чіткі критерії та параметри визначення. Саме тому ми повинні звернути увагу, на ту сукупність нормативно-правових актів, які вже прийняті на сьогодні в Україні та які реалізують завдання протидії пропаганді війни з боку Росії:

Закон України «Про припинення дії Договору про дружбу, співробітництво і партнерство між Україною і Російською Федерацією» від 06.12.2018 № 2643-VIII, який обґрунтовує необхідність розриву дружніх стосунків із Росією, саме через її агресію проти України, з-поміж іншого засобами пропаганди війни [6];

Указ Президента України від 25.02.2017 № 47/2017 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 грудня 2016 року», яким затверджено Доктрину інформаційної безпеки України. Ця Доктрина містить конкретні засади визначення інформаційних ризиків, а також загроз, що можуть виникати в інформаційному просторі. Усі ці загрози та ризики з боку Росії ми повинні ідентифікувати як засоби прямої та опосередкованої пропаганди війни [7];

Указ Президента України від 15.03.2016 № 96/2016 «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27 січня 2016 року», яким затверджено Стратегію кібербезпеки України. Ця стратегія за своїм призначенням є цінною, оскільки вона дозволяє проводити моніторинг інформаційного кіберпростору на предмет пошуку проявів пропаганди війни. Засоби такого пошуку є ефективними, оскільки вони фіксують весь масив даних, які використовуються для реалізації злочинної діяльності, навіть якщо ці дані мають видозмінені параметри та кінцевий вираз, однак їх конфігурація, ключові слова, зміст та інші риси – все це дає змогу встановити, що саме в такий спосіб здійснюється злочинна поведінка конкретними користувачами інформаційних ресурсів [8].

Із цього приводу О.М. Фролова зауважує на тому, що для ефективної реалізації положень кримінального законодавства необхідно створити організаційно-правове забезпечення виявлення фактів пропаганди, їх ідентифікації, фіксації, викриття виконавців та замовників тощо [9, с. 71].

Говорячи про протидію російській агресії та переслідування винних осіб у скоєнні такого злочину, як пропаганда війни, необхідно усвідомлювати складність ідентифікації, а головне доведення того факту, що особою здійснювалася саме пропаганда. У конкретних умовах правової дійсності України, особливо ситуації, яка склалася з окупацією Донбасу, інтерпретація тих гасел, висловлювань та взагалі вся риторика Росії може нею ж розцінюватися як заклики до миру та врахування інтересів населення України. Із точки ж зору національного законодавства необхідно уникати подібних випадків через те, що завжди кримінальне переслідування за пропаганду війни Росії проти України буде мати відповідне інформаційне висвітлення. Росія намагатиметься використовувати таку ситуацію як елементи антидемократичних заходів, залякування, тиску через політичні уподобання, а також як елемент недружньої до Росії політики українського Уряду.

Протидія російській агресії на етапі кримінального переслідування повинна супроводжуватися не лише політичною та суспільною доцільністю, рівень якої сьогодні є надзвичайно високим, але і ґрунтуватися на засадах кримінального права та процесу, принципах кримінального правосуддя. Тому, приймаючи рішення про розширення можливостей криміналізації окремих складів злочинів чи окремих діянь, необхідно розширити і відповідні можливості для судів щодо доведення юридичних фактів та обставин злочинної поведінки.

Протидія пропаганди війни з боку Росії в контексті притягнення її до відповідальності повинна відбуватися також засобами ЄСПЛ. Зокрема, звертає на себе увагу справа Mozer v. the Republic of Moldova and Russia від 23 лютого 2016 р. Суть рішення полягало в тому, що до особи були застосовані неправомірні заходи впливу, нелегітимними органами, але на території, над якою визнано суверенітет Республіки Молдови. ЄСПЛ виробив чітку позицію стосовно того, що права, які гарантуються Конвенцією, повинні дотримуватися на всій території, на яку поширюється міжнародно-визнаний суверенітет країни. Тому ЄСПЛ визнав винною Росію підтвердивши, що в умовах тривалої економічної, політичної, військової та ідеологічної підтримки нею Придністровської Молдавської Республіки, остання не набуває статусу суб'єкту міжнародного права. Натомість такі дії свідчать про щонайменше порушення основоположних прав та свобод людини і громадянина [10]. Даний висновок ми екстраполюємо на вітчизняну правову дійсність та зауважимо, що у випадку отримання подібного рішення відносно громадян України в ЄСПЛ, то рішення ЄСПЛ можна буде розглядати як юридичний факт, встановлений судовою інстанцією, юрисдикцію якої визнають національні суди України. А встановленим юридичним фактом слід вважати порушення не лише прав і свобод людини і громадянина, але і ворожі дії Росії з агресії проти України, в тому числі і шля-

хом пропаганди війни. Таке рішення значно спростить процедуру кримінально-правового переслідування винних в такому злочині осіб.

Власне такий приклад із рішенням ЄСПЛ – лише поодинокий випадок із практика застосування міжнародних механізмів протидії пропаганді війни в Україні.

**Висновки**

На підставі вищевикладеного матеріалу, резюмуючи, відзначимо необхідність на законодавчому рівні чітко визначати ті елементи протиправної поведінки, які можуть бути в кінцевому випадку ідентифіковані у сукупності чи поодинці як способи пропаганди війни або як відносини спрямовані на її пропаганду. І в цьому контексті засобів та інструментів кримінально-правової науки замало. Існує потреба розширення меж сприйняття доктриною кримінального права сукупності обставин, дій, фактів що формують об'єктивну сторону складу такого злочину, як пропаганда війни. А для цього існує потреба розширення правового поля, в межах якого буде всебічно визначатися такий феномен, як «російська агресія», «пропаганда війни Росією», «протидія російській агресії» тощо. Тобто необхідно розширювати сприйняття окремих елементів ведення інформаційної війни, гібридної війни як конкретних проявів кримінально-караного діяння «пропаганда війни».

Ми розуміємо, що головна проблема полягає в обмеженості можливостей застосовувати категорію «пропаганда війни» до тих дій, того змісту та контенту інформаційних посилань, які використовуються Росією через російські ЗМІ та засоби масової комунікації й соціальні мережі. Важко визначити пряму шкоду, завдану такими діями, а отже, важко ідентифікувати постраждалу особу, але якщо абстрагуватися від шкоди та акцентувати увагу на самому характері дії – протиправному втручанні у внутрішні справи Української держави з метою дестабілізації ситуації, створенні негативного іміджу, дезінформації, пропаганді будь-якої форми ворожості – все це необхідно розуміти як пропаганда війни з боку Росії.

Ми розуміємо, що в певному сенсі це може вважатися політичним рішенням, але йдеться про протидію російській агресії як комплекс заходів та механізмів протистояння агресії. Доктрина інформаційної безпеки за своїм негативним впливом та значення для українського суспільства прирівнює інформацію, що пропагує війну до інших видів інформації, яка несе в собі розпалювання ворожнечі за будь-якою ознакою, підриває територіальну цілісність або державний суверенітет тощо.

**Список використаних джерел:**

1. Семен Н.Ф. Російські інтернет-ресурси як чинник інформаційної війни проти України (на прикладі сайтів «Правда.Ру» та «Российский диалог») : ареф. дис. к. н. соц. комун; спеціальність 27.00.01. Дніпро : Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара, 2018. 23 с.

2. Малик Я. Інформаційна війна і Україна. *Науковий вісник*. 2015. Вип. 15. URL : http://www.lvivacademy.com/vidavnitstvo_1/visnyk15/fail/Malyk.pdf.

3. Люлько С.П. Окремі юридичні аспекти протидії російській агресії в умовах гібридної війни. *Невідкладні заходи з протидії російській агресії з Криму: політичні, юридичні, економічні, управлінські та соціальні аспекти : матеріали науково-практичної конференції* (4 вересня 2018 р., м. Київ). Київ-Одеса : Фенікс, 2018. С. 91–98.

4. Про Рекомендації парламентських слухань на тему: Стратегія реінтеграції в Україну тимчасово окупованої території Автономної Республіки Крим та міста Севастополь: проблемні питання, шляхи, методи та способи : Постанова Верховної Ради України; Рекомендації від 22.09.2016 № 1602-VIII. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1602-19.

5. Зінченко М.О., Плугова О.Б, Драглюк О.В. Інформаційна війна, засоби реалізації та протидії. Інформаційний вимір гібридної війни: досвід України: матеріали міжнародної науково-практичної конференції. Київ : НУОУ, 2017. С. 38–40.

6. Про припинення дії Договору про дружбу, співробітництво і партнерство між Україною і Російською Федерацією : Закон України від 06.12.2018 № 2643-VIII. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2643-19.

7. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 29 грудня 2016 року «Про Доктрину інформаційної безпеки України» : Указ Президента України від 25.02.2017 № 47/2017. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/47/2017.

8. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 27 січня 2016 року «Про Стратегію кібербезпеки України» : Указ Президента України від 15.03.2016 № 96/2016. URL : https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/96/2016.

9. Фролова О.М. Нормативно-правові аспекти протидії інформаційним впливам РФ. *Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції «Деокупація і реінтеграція інформаційного простору Криму: міжнародно-правові та медіа комунікативні інструменти»*. Київ : Інституту міжнародних відносин. 2019. С. 69–74.

10. Mozer v. the Republic of Moldova and Russia, 23.02.2016. URL : http://hudoc.echr.coe.int/eng#{«documentcollectionid2»:[«GRANDCHAMBER»,»CHAMBER»],»itemid»:[«001-161263».

**Uliana Koruts. Information war as an instrument for war propaganda: legal grounds for controversy**

*The article raises the issue of counteracting Russian aggression and persecution of perpetrators of such crimes as propaganda of war, in particular the complexity of identification, and the main proof of the fact that the person carried out propaganda. It is noted that propaganda should be understood as a whole set of information messages from Russia, Russian media, even Ukrainian Russian-language media, which have a negative context towards Ukraine. It is stated that the information war is the main tool of Russian aggression against Ukraine, and at this stage in this war the main weapon is propaganda.*

*The author emphasizes the need to expand the perception of certain elements of information warfare, hybrid warfare as specific manifestations of criminal manifestations of war propaganda. To avoid the situation, it is necessary at the legislative level to clearly define those elements of illegal behavior that can ultimately be identified together or individually as ways of propagating war or as relations aimed at its propaganda. And in this context, the means and tools of criminal law are not enough. There is a need to expand the boundaries of the doctrine of criminal law of the set of circumstances, actions, facts that form the objective side of such a crime as the propaganda of war. And for this there is a need to expand the legal field within which such a phenomenon as "Russian aggression", "propaganda of war by Russia", "counteraction to Russian aggression", etc. will be comprehensively defined.*

*The author notes that the formation of legal, legal and conceptual support for the transformation of the national security and defense sector and law enforcement in the context of not only counteraction and protection, but also a certain offensive, including the policy of return of territories, is effective. The legal basis for counteracting the propaganda of war is constantly being formed, but by means of Resolutions of the Verkhovna Rada of Ukraine. They draw attention, state and clarify the circumstances of the propaganda of the war against Ukraine, record the relevant cases. That is, the necessary basis is created for further prosecution of the perpetrators.*

*The article considers and presents the Resolutions of the Verkhovna Rada of Ukraine as an element of the evidence base of the Russian aggression against Ukraine for the world community, and in particular the evidence base for the purposes of criminal prosecution. This is not just a selection of facts, but a real tool of counteraction, which is of strategic importance. The value of such tools has been determined, including for the purposes of criminal prosecution. Resolutions of the Verkhovna Rada of Ukraine establish legal facts and have corresponding legal consequences; they create a strategic basis for further development of regulatory and legal support of certain instruments of counteraction, which are unknown or cannot be implemented within the existing legislation; by means of by-law regulation, the Verkhovna Rada of Ukraine actually tests the amount of permissible measures and means of counteracting Russian aggression and propaganda of war, which will later be properly embodied in the law.*

*For the effective implementation of the provisions of criminal law, it is necessary to create organizational and legal support for the detection of propaganda, their identification, recording, exposing the perpetrators and customers, etc.*

*Russia's opposition to the propaganda of war in the context of bringing it to justice must also be done by means of the ECtHR. In particular, the case of Mozer v. the Republic of Moldova and Russia dated February 23, 2016.*

*This conclusion in this decision can be extrapolated to domestic legal reality and note that in case of such a decision on citizens of Ukraine in the ECtHR, the decision of the ECtHR can be considered as a legal fact established by a court whose jurisdiction is recognized by national courts of Ukraine. And the established legal fact should be considered a violation not only of human and civil rights and freedoms, but also Russia's hostile actions of aggression against Ukraine, including through the propaganda of war. Such a decision will greatly simplify the procedure of criminal prosecution of persons guilty of such a crime.*

**Key words:** information war, aggression, war propaganda, ECtHR, criminal liability.

**Увага!**

**Триває передплата на журнал «Підприємництво, господарство і право», яку можна оформити в будь-якому відділенні поштового зв'язку ПАТ «Укрпошта».**

**Наш передплатний індекс – 74576.**