

ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА
імені В. М. КОРЕЦЬКОГО
НАН УКРАЇНИ

Держава і право

ЗБІРНИК
НАУКОВИХ ПРАЦЬ

ЮРИДИЧНІ
І ПОЛІТИЧНІ НАУКИ

Випуск 88



Київ
Видавництво «Юридична думка»
2020

**Збірник затверджено Міністерством освіти і науки України
як наукове фахове видання, в якому можуть публікуватися результати
дисертаційних досліджень (категорія «Б»)**

**Збірник включено до міжнародної наукометричної бази
Index Copernicus International (Варшава, Польща).**

Статті збірника привірюються до публікацій у зарубіжних фахових виданнях

Редакційна колегія

академік НАН України **Ю. С. Шемшученко**, д.ю.н. **Г. П. Тимченко** (головний редактор), д.ю.н. **О. В. Скрипнюк** (відповідальний редактор), д.ю.н. **О. Ф. Андрійко**, д.ю.н. **О. В. Батанов**, д.ю.н. **У. Е. Батлер** (**W. E. Butler**, США), д.п.н. **О. В. Батрименко**, д.ю.н. **А. А. Бутирський**, д.п.н. **К. М. Вітман**, д.п.н. **В. П. Горбатенко**, д.ю.н. **В. Н. Денисов**, д.п.н. **Л. Донай** (**Lukasz Donaj**, Польща), д.ю.н. **В. В. Дудченко**, д.ю.н. **О. О. Кармаза**, д.ю.н. **О. О. Кваша**, д.і.н. **Л. І. Кормич**, д.ю.н. **С. О. Короед**, д.ю.н. **О. В. Кресін**, д.п.н. **І. О. Кресіна**, д.ю.н. **П. Ф. Кулинич**, д.п.н. **Л. В. Лешенко** (**Larysa Leszczenko**, Польща), д.п.н. **С. М. Наумкіна**, д.п.н. **А. І. Некряч**, д.п.н. **Д. В. Неліпа**, д.ю.н. **Н. М. Оніщенко**, д.ю.н. **Н. М. Пархоменко**, д.п.н. **Н. О. Піпченко**, д.ю.н. **Я. В. Сімутіна**, д.п.н. **М. В. Співак**, д.п.н. **О. М. Стойко**, д.п.н. **Н. М. Хома**, д.п.н. **А. Шептицький** (**Andrzej Szeptycski**, Польща), д.п.н. **В. А. Явір**.

Д36 **Держава і право:** Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Випуск 88 / Ін-т держави і права імені В. М. Корецького НАН України. Київ: Вид-во «Юридична думка», 2020. 346 с.

ISSN 1563-3349

У збірнику висвітлюються актуальні питання теорії та історії держави і права, порівняльного правознавства, державного управління, адміністративного, конституційного, міжнародного, цивільного, аграрного, кримінального та інших галузей права. Проблеми сучасної політичної науки розкриваються у розділах з теорії та методології політологічних досліджень, історії політичної думки, міжнародної, порівняльної та прикладної політології, політичних інститутів і процесів, етнополітології.

Видання розраховане на науковців, викладачів, аспірантів і студентів, усіх, хто прагне отримати знання з юридичних і політичних наук.

УДК 34; 32

Адреса редакції

Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України
01601, Київ, вул. Трьохсвятительська, 4, к. 211
E-mail: polit@ln.ua, polit4211@gmail.com
Тел. 279-73-96, факс 278-54-74
www.derzhava-i-pravo.com.ua

© Інститут держави і права
імені В. М. Корецького НАН України, 2020
© Автори статей, 2020
© Видавництво «Юридична думка», 2020

ВИДАТНИЙ ВЧЕНИЙ-ПРАВознаВЕЦЬ І ОРГАНІЗАТОР ВІТЧИЗНЯНОЇ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ

ДО 85-РІЧЧЯ АКАДЕМІКА Ю. С. ШЕМШУЧЕНКА

14 грудня 2015 р. виповнилось 85 років від дня народження Юрія Сергійовича Шемшученка – відомого в Україні та поза її межами вченого-правознавця, організатора української юридичної науки і освіти, директора Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, академіка НАН України і Національної академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України, лауреата Державної премії України в галузі науки і техніки.

Ю.С. Шемшученко народився 14 грудня 1935 р. у старовинному місті Глухові Чернігівської (тепер – Сумської) області в робітничій сім'ї (зараз він є почесним громадянином міста). З 1944 по 1954 р. навчався у Глухівській середній школі № 2. Потім була строкова військова служба, а далі – навчання на юридичному факультеті Київського державного університету імені Т.Г. Шевченка (1957–1962) і робота в органах прокуратури Сумської області.

З 1966 по 1969 р. Ю.С. Шемшученко навчався в аспірантурі Сектора (з червня 1969 р. – Інституту) держави і права АН УРСР, керівником якого був відомий вчений-міжнародник, академік АН УРСР В.М. Корецький. Після успішного захисту кандидатської дисертації Ю.С. Шемшученко своє життя пов'язав з Інститутом. Тут він пройшов шлях від молодшого наукового співробітника до директора цієї наукової установи (з 1988 р.).

На посаді директора Інституту вчений виявив здібності вмілого організатора юридичної науки з притаманним йому відчут-

тям нових, прогресивних ідей, спрямованих на розбудову української державності та правової системи України. Ю.С. Шемшученко впродовж багатьох десятиліть очолював Раду з координації фундаментальних правових досліджень НАН України. Під його керівництвом і за його редакцією видано праці другого президента Всеукраїнської Академії наук М.П. Василенка. Ю.С. Шемшученко чимало зробив і продовжує докладати зусилля для розвитку законодавства про наукову і науково-технічну діяльність, удосконалення правового статусу НАН України. Вчений був ініціатором і організатором підготовки та видання 6-томної «Юридичної енциклопедії» (1996–2004) та 10-томної «Антології української юридичної думки» (2002–2005), Великого енциклопедичного юридичного словника, фундаментальної 3-томної «Енциклопедії міжнародного права» та ін.

Ю.С. Шемшученко – активний учасник конституційного процесу. Він входив до складу Конституційної комісії Верховної Ради України і робочої групи з розробки проекту Конституції України 1996 р., а також був членом Комісії з підготовки змін до Конституції України, конституційних законопроектів (2000) та Національної конституційної ради (2008), Конституційної Асамблеї. Наразі Юрій Сергійович активно працює у складі Науково-консультативної ради при Конституційному Суді України. Протягом десяти років (1994–2004) очолював Комісію з питань громадянства при Президентові України. Ініціював утворення у 1995 р. Київського університету права НАН України і 10 років був його ректором. Ю.С. Шемшученко є членом Секції суспільних наук Комітету з Державних премій України в галузі науки і техніки (з 1993 р.).

Ю.С. Шемшученко – один із академіків-засновників Національної академії правових наук України (1993) і вже 25 років є членом її Президії, академіком-секретарем відділення екологічного, господарського та аграрного права. Активною є й міжнародно-правова діяльність Юрія Сергійовича. Він є експертом Ради Європи, членом Міжнародного арбітражного суду, Міжнародної ради з права навколишнього середовища, Комісії екологічного права Міжнародного союзу захисту природи,

почесним членом Інституту правових досліджень Польської академії наук, членом Міжнародної академії порівняльного права, учасником багатьох міжнародних наукових конференцій, членом делегації України на сесіях Генеральної Асамблеї ООН. У 2013 р. ученого обрано Послом миру. З 1998 р. Ю.С. Шемшученко очолює Міжнародний центр космічного права НАН України. За його редакцією видано багатотомник «Космічне законодавство країн світу». Він є автором підручника «Космічне право». Вченого обрано членом Міжнародної академії астронавтики (2006).

Ю.С. Шемшученко бере активну участь у політичному і громадському житті України. Він стояв біля витоків утвореної 1991 р. Української асоціації політологів і був першим її президентом. Ініціював і організував створення професійної громадської правничої організації – Співки юристів України (зараз – Союз юристів України), був першим її головою (1993).

Учений особисто підготував понад 30 докторів і кандидатів юридичних і політичних наук. Творчу спадщину Ю.С. Шемшученка становлять близько 950 наукових і публіцистичних праць, у тому числі понад 40 індивідуальних і колективних монографій з актуальних проблем конституційного, адміністративного, екологічного, космічного та деяких інших галузей права, теорії та історії держави і права, міжнародного права тощо.

Життя Юрія Сергійовича не обмежується професійною науковою та освітньою діяльністю. Він захоплюється історичною і мемуарною літературою, образотворчим мистецтвом, підтримує тісні зв'язки зі своїми земляками, очолює Глухівське відділення Сумського земляцтва у Києві.

Ю.С. Шемшученко є людиною широкого світогляду, демократичних поглядів і переконань. Він цілеспрямований і працьовитий, толерантний, але одночасно вимогливий у відносинах зі своїми друзями, колегами і учнями.

Плідна наукова, науково-організаційна і освітня діяльність Юрія Сергійовича відзначена багатьма державними та іншими нагородами. Він нагороджений орденом князя Ярослава Мудрого V, IV, III та II ступенів, орденом «За заслуги» III ступеня,

Почесною грамотою Верховної Ради України, Почесною грамотою Кабінету Міністрів України, орденом Володимира Мономаха, низкою відзнак Національної академії наук України та ін.

Колектив Інституту держави і права імені В.М. Корещького НАН України та редколегія часопису «Держава і право» сердечно вітають вельмишановного Юрія Сергійовича Шемшученка зі славним ювілеєм і зичать міцного здоров'я, благополуччя, невичерпної енергії, оптимізму, сил і наснаги для нових звершень на професійній ниві та подальших творчих успіхів.

Держава
і право Випуск 88

Частина 1
**ЮРИДИЧНІ
НАУКИ**

ІСТОРИЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

УДК 340.11

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-8

Н. В. ПИЛЬГУН
В. Е. ВЕРБІНЕЦЬ

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО НІГІЛІЗМУ В СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ

Розглянуто історичне підґрунтя масовості явища правового нігілізму. Зазначено, що воно залежить від рівня загальної культури та правосвідомості громадян держави. Встановлено причини прояву деформованого стану свідомості громадян та окреслено основні напрями роботи з удосконалення системи законодавства, навчання кадрів та профілактики правопорушень.

***Ключові слова:** правовий нігілізм, держава, правосвідомість, правова культура.*

Pylgun Natalia, Verbinets Veronika. Features of legal nihilism in Ukraine

The article considers the historical basis of the mass phenomenon of legal nihilism, it is noted that it depends on the level of general culture and legal awareness of citizens of the state. The reasons for the manifestation of the deformed state of consciousness of citizens are established and the main, most effective directions of work on improvement of the system of the legislation, training of personnel, and prevention of offenses are outlined.

***Key words:** legal nihilism, state, legal consciousness, legal culture.*

© ПИЛЬГУН Наталія Василівна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри теорії та історії держави і права юридичного факультету Національного авіаційного університету; ORCID: 0000-0003-2179-0833; e-mail: tidp.kaf.nau@gmail.com

© ВЕРБІНЕЦЬ Вероніка Едуардівна – студентка юридичного факультету Національного авіаційного університету; e-mail: verbinetsv@gmail.com

Культурна ситуація в сучасній Україні складна своєю суперечливістю. З одного боку (завдяки прагненню до європейських стандартів життя та бажанню стати частиною Європейської спільноти), пропагуються ідеї демократії, рівності, толерантності, гуманізму та активної громадянської позиції. З іншого боку, в суспільній свідомості ще глибоко вкорінені правовий нігілізм та неповага до права та законів, що не дає можливості належного розвитку правової свідомості та культури рівня країн Європи.

Дана тема знайшла відображення, зокрема, у численних наукових працях учених: В.В. Сухоноса, О.В. Волошенюк, О.М. Бандурки, С.С. Алексеєва, М.І. Панова, М.І. Матузова, К.Г. Волинки, В.С. Венедіктова, В.І. Щербини, О.Ф. Скакун, О.С. Бондарєва, І.С. Демченко, В.Г. Сафонова, В.І. Червонюк.

За визначенням О.Ф. Скакун, “правовий нігілізм – це деформований стан правосвідомості особи, суспільства, групи, який характеризується усвідомленим ігноруванням вимог закону, цінності права, зневажливим ставленням до правових принципів і традицій, однак виключає злочинний намір” [1, с. 486].

Правовий нігілізм у розумінні К.Г. Волинки – “це заперечення, ігнорування та негативне ставлення до права, закону та правових форм організації суспільних відносин, прав і свобод інших осіб” [2, с. 198].

На думку В.В. Сухоноса, “правовий нігілізм – це негативне ставлення до права, закону і правових форм організації суспільних відносин” [3, с. 434].

У загальному розумінні правовий нігілізм – деформація правової свідомості особи або групи осіб, яка проявляється у ігноруванні, запереченні, зневазі до права та закону.

Правовий нігілізм не є безпричинним. Багато років поспіль у соціумі панували нерівність населення перед законом, несправедливі судові вироки, безкарність органів влади та відсутність ґрунтовних знань у сфері права у звичайних громадян. Це все призвело до деформації свідомості осіб (у тому числі правової) та появи правового нігілізму [1, с. 486].

Яскравим прикладом правового нігілізму в сучасній Україні є ситуація з розповсюдженням вірусу COVID-19. Кабінет Міністрів виносить низку постанов щодо дотримання порядку само-

ізоляції під час карантину, перебування на обсервації для осіб, які повернулися з-за кордону, впроваджує та посилює штрафні санкції для порушників карантинних заходів, проте громадяни нехтують рекомендаціями. Навіть зважаючи на те, що ці норми впроваджуються задля безпеки здоров'я кожної людини, багато наших співвітчизників не дотримуються вимог: не надягають маски, створюють натовп у місцях скупчення людей, ходять на прогулянки в скверах великими компаніями чи взагалі тікають із лікарень.

Впродовж місяця (з 24.03. по 24.04.2020) кількість підтверджених хворих на коронавірус зростає від 114 до 8125. Наразі Україна продовжує кожен день набирати рекордні числа інфікованих. Досліджуючи статистику числа заражених за кожен день, можна зробити висновок, що населення нехтує правилами та законами, створеними задля регулювання подібних випадків та зменшення вірогідності масового зараження [4].

Ця ситуація виказує надто низький рівень правової свідомості та правової культури деяких наших громадян і демонструє необхідність змін у сприйнятті серйозності деяких обставин у нашому житті.

Говорячи про причини прояву правового нігілізму, варто зазначити:

1) Україна є доволі молодою державою, де наразі, з огляду на відсутність досвіду управлінської діяльності, немає чітко налагодженої системи законодавства, що призводить до незадовільної якості законів та їх нестабільності;

2) відсутність високого (іноді навіть достатнього) рівня правової свідомості та культури мешканців;

3) швидкий розвиток суспільства, який випереджає створення нормативно-правової бази, внаслідок чого законодавство не в змозі повною мірою регулювати сфери, на які воно направлено. Як результат – створення додаткових нормативних актів;

4) у період перебування України у складі СРСР життя, гідність, здоров'я та безпека індивіда не вважалися настільки вагомими цінностями, як влада та її апарат, що становило основу соціальних відносин та системи управління [5, с. 237; 6, с. 547].

В умовах поширеності в суспільстві правового нігілізму жодна з країн не зможе бути лідером у сфері безпеки життєдіяльності

свого населення, не буде на перших шаблях рейтингів високого рівня життя та достатку і ризикує у майбутньому втратити довіру на міжнародній арені в багатьох питаннях (наприклад, туризм та освіта). Держава з несвідомими громадянами має великий шанс стати осередком безкарної злочинності, стимулюючи своєю бездіяльністю кримінальні елементи [7, с. 48].

Отже, країна, яка прагне розвитку та благополуччя, має вирішувати питання деформованої свідомості свого населення. Які ж існують шляхи вирішення цієї проблеми? Дослідивши основні причини даного явища, можна сформулювати основну «траєкторію» боротьби з ним:

1) підвищення рівня загальної культури, правової свідомості, соціальної активності серед населення шляхом проведення освітніх, виховних заходів, вдосконалення правової бази;

2) методичне вдосконалення професійних навичок та культури суб'єктів правоохоронної діяльності;

3) визначення та ефективного впровадження антикорупційної політики в державі;

4) відновлення та зміцнення довіри до законів та державної влади серед громадян, зокрема в сфері утвердження правопорядку;

5) якісне вдосконалення законодавства, що відповідає вимогам сучасної правової держави;

6) посилення профілактичної роботи правоохоронних органів;

7) утвердження принципів демократії, законності, рівності та справедливості як основоположних для створення та ефективного функціонування громадянського суспільства [5, с. 238; 7, с. 49; 8, с. 124].

В Україні на сучасному етапі розвитку державності правове виховання займає головне місце у формуванні особистості державі потрібні громадяни з переконаннями та національною самосвідомістю. Щодо правового виховання особистості, то воно створює у суспільстві фундамент правосвідомості населення. Саме права культура суспільства і особи необхідна для зміцнення в суспільстві принципів правової законності і соціальної справедливості, створення такої моральної атмосфери, в якій людина може вільно жити і брати активну участь

у державотворенні. Вона виступає показником високої громадянської активності та відповідальності громадян. Тобто громадянин з високою правовою культурою — це людина, що має громадянську мужність і гідність, готова стати на захист основоположних цінностей демократичного відкритого суспільства, де пріоритетом є права та інтереси людини .

Щодо виховної функції права, то вона спрямована на розвиток і зміцнення правосвідомості й правової культури, виховання у всіх членів суспільства навичок правомірної поведінки.

Тільки об'єднаними зусиллями державних органів, громадських організацій, використанням комплексу різноманітних, взаємозалежних засобів, всемірним розширенням правового виховання громадян, підвищенням ролі суспільної думки в боротьбі зі злочинністю можна досягти успіху в забезпеченні ефективності виховної функції права та ліквідації правового нігілізму в суспільстві.

Тому, як висновок, можна стверджувати, що у системі наукових знань теорія виховного впливу поряд із такими теоріями, як теорія правової поведінки, теорія правових відносин, теорія юридичної відповідальності, посідає важливе місце, доповнюючи своїм змістом картину правового устрою суспільного життя.

Окремої уваги з боку науковців та державних органів і посадових осіб, що опікуються даними питаннями, потребує методика дослідження проблем виховної діяльності в державі, яка досі залишається недосконалою. Це виявляється у розбіжностях щодо визначення ознак, структури, змісту правового виховання, співвідношення з іншими правовими явищами.

Враховуючи складність поняття ефективності та необхідність вирішення відповідних методологічних завдань, вважаємо за доцільне це питання розглядати на двох рівнях, залежно від рівнів теоретичного узагальнення, на яких відбувається вивчення проблеми: на макрорівні (загальнотеоретичному) і мікрорівні, на якому ефективність правовиховного процесу визначається крізь призму діяльності колективних або індивідуальних суб'єктів.

1. Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник. О. Ф. Скакун; Пер. з рос. Харків: Консум, 2009. 656 с. 2. Волинка К. Г. Теорія держави і права: навч. посіб. Київ: МАУП, 2003. 240 с. 3. Сухонос В. В. Теорія дер-

жави і права: підручник. Суми: Університетська книга, 2014. 544 с. 4. МОЗ України. Інформація щодо коронавірусної інфекції 2019-NCOV. URL: <https://moz.gov.ua/koronavirus-2019-ncov>. 5. Шитий С., Бондаренко А. Причини правового нігілізму та шляхи його подолання в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. Вип. 2. С. 235-239. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2017/2/46.pdf>. 6. Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Харків: Право, 2009. 584 с. 7. Ляхович М., Павлович-Сенета Я. Правовий нігілізм в Україні: поняття, форми прояву та шляхи подолання. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. Вип. 2. С. 44-51. 8. Мороз Л. Мінімізація правового нігілізму як умова національної безпеки держави. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2012. Вип. 2. С. 117-126.

References

1. Skakun O.F. Teoriia derzhavy i prava: pidruchnyk. O.F. Skakun; Per. z ros. Kharkiv: Konsum, 2009. 656 s. 2. Volynka K.H. Teoriia derzhavy i prava: Navch. posib. Kyiv: MAUP, 2003. 240 s. 3. Sukhonos V.V. Teoriiaderzhavy i prava: Pidruchnyk. Sumy: Universytetska knyha, 2014. 544 s. 4. MOZ Ukrainy. Informatsiia shchodo koronavirusnoi infektsii 2019-NCOV. URL: <https://moz.gov.ua/koronavirus-2019-ncov>. 5. Shytyi S., Bondarenko A. Prynyny pravovoho nihilizmu ta shliakhy yoho podolannia v Ukraini. *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo*. 2017. Vyp. 2. S. 235-239. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2017/2/46.pdf>. 6. Zahalna teoriia derzhavy i prava: [Pidruchnyk dlia studentiv yurydychnykh vyshchyykh navchalnykh zakladiv] / M. V. Tsvik, O. V. Petryshyn, L. V. Avramenko ta in.; Za red. M. V. Tsvika, O. V. Petryshyna. Kharkiv: Pravo, 2009. 584 s. 7. Liakhovych M., Pavlovych-SenetaYa. Pravovyi nihilizm v Ukraini: poniattia, formy proiavu ta shliakhy podolannia. *Naukovyi visnyk Lvivskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav*. 2016. Vyp. 2. S. 44-51. 8. Moroz L. Minimizatsiia pravovoho nihilizmu yak umova natsionalnoi bezpeky derzhavy. *Naukovyi visnyk Lvivskoho derzhavnoho universytetu vnutrishnikh sprav*. 2012. Vyp. 2. S. 117-126.

Pylgun Natalia, Verbinets Veronika. Features of legal nihilism in Ukraine

The cultural situation in modern Ukraine is complicated by its contradictions. On the one hand, (due to the desire for European standards of living and the desire to become part of the European Community), the population of Ukraine promotes the ideas of democracy, equality, tolerance, humanism and active citizenship. On the other hand, legal nihilism and disrespect for law and rules have been established in our country at the moral level since its membership in the USSR, which does not allow for the proper development of legal consciousness and culture at the European level.

In a general sense, legal nihilism is a deformation of the legal consciousness of a person or group of persons, which is manifested in ignoring, denying, contempt for law and order.

The legal nihilism of the Ukrainian people is not without reason. For many years in a row, the society of the USSR was dominated by inequality of the population before the law, unjust court verdicts, impunity for the various branches of government, and a lack of thorough knowledge of the law among ordinary citizens. All this led to the deformation of the consciousness of individuals (including legal) and the emergence of legal nihilism.

Given the existence and spread of legal nihilism in society, none of the countries can be a leader in the safety of life of its population, will not be at the top of the rankings of high living standards and prosperity and risks losing confidence in the international arena in many issues (eg. tourism and education). A state with unconscious citizens has a great chance to become a center of impunity, stimulating criminal elements by its inaction.

The legal culture of the modern Ukrainian is on average quite low. Our state is currently moving towards meeting the moral, aesthetic, cultural and legal ideals of developed countries. Given the consciousness and moral standards of progressive states, our citizens, unfortunately, in most cases ignore them. Under the influence of the former Soviet Union and the mentality in general, legal nihilism has taken root in the people, which in no way supports the tendencies of striving for a civilized world. To achieve this goal, it is necessary to take a number of measures that optimize the disastrous position to the «golden mean». Correction is possible only under the condition of thorough approach to education of the population on the principles of good behavior, legal thinking, general awareness in the field of law, preventive work with the population, strengthening anti-corruption measures and reaching a new level of quality legislation. These measures cannot guarantee an immediate result, however, only systematic work to improve the culture and consciousness of our compatriots gives hope (and later quite concrete achievements) for the fruitful development of Ukraine, both domestically and internationally.

Key words: legal nihilism, state, legal consciousness, legal culture.

УДК 340.11

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-15

Zdeněk KOUDELKA
Aleš VÁŇA

THE LIMITS OF THE POWER OF JUDGES

The text is devoted to an attempt of judges, especially of the constitutional courts, to seize the right to disturb the constitutional laws and to create through the theory of transcendental source of law their own standards, often with a kind of transcendental support. Article stands on the position that the only transcendental legislator is God and everything else is the work of human hands, therefore changeable by people.

Key words: Judges, Power of law.

1. Crisis of the elected democratic representation in Bohemia, Moravia and Silesia

In the last decade there has been a parliamentary crisis of the elected democratic representation. The reason is partly the election system usually producing governments mostly based on wide unstable coalition. A government's average lifespan is less than two years*.

Petr Fiala sees the only solution in the change of the election system aiming at creating stable political government: *“If we do not do it... we should not wonder and be offended by the political performance (of both the government and the parliament), since it is simply not possible to*

© KOUDELKA Zdeněk – Masaryk University Brno, Ambis College, Czech Republic; e-mail: zdenek.koudelka@mail.muni.cz

© VÁŇA Aleš – attorney Karlovy Vary; e-mail: vana.ales@email.cz

* Since 1992, when the four-year parliamentary term and the subsequent governmental term was established, there have been 15 governments – the first government of Václav Klaus between 1992-96 the second government of Václav Klaus between 1996-98, the government of Josef Tošovský in 1998, of Miloš Zeman between 1998-2002, of Vladimír Špidla between 2002-04, of Stanislav Gross between 2004-05, of Jiří Paroubek between 2005-06, the first government of Mirek Topolánek between 2006-07, the second government of Mirek Topolánek between 2007-09, of Jan Fischer between 2009-10, of Petr Nečas between 2010-13, of Jiří Rusnok between 2013-14, of Bohuslav Sobotka between 2014-17, the first government of Andrej Babiš between 2017-18, and the second government of Andrej Babiš from 2018 until now. However only two governments governed the 4 years anticipated by the Constitution – the first government of Václav Klaus and the government of Miloš Zeman.

do it much better in the existing system.” [1]. In 2013, President Václav Klaus said: *“Not the power abuse, but weak governance has become the main problem of the Czech politics in the last more than fifteen years... The sticking point is also the election system contributing to the existence of weak governments... The system of proportional representation creates fragile and politically heterogenous coalitions that are exposed to permanent crises.”* [2].

Another fact is the permanent growth of medializing everything relating with politics. Politicians have come under such scrutiny of media that only the very strong individuals realize their political visions. Others are trying to hide behind somebody else not to be seen. This pressure is purposefully aimed at the elected politicians. If a politician gets drunks, it is in the news immediately. If a judge does the same, it usually remains without notice or the affair quickly fades away. Judges are not the subject of such media pressure as politicians are. Let me give you an example. Number of people in the academic sphere in Bohemia, Moravia and Silesia acquired associate professorship or professorship in Slovakia. If a judge from highest courts or the Constitutional Court obtained this title that way, it is not the subject of public debate. If this title is acquired by an academician, who is also a politician, immediately there are speculations as to whether it is a proper title. Of course, it is. It is usually the consequence of not good relations in the domestic workplace.

The afore-mentioned leads to the loss of authority of the elected representation in public sphere, that is to say of the parliament and the government, and to the passage of authority to courts, namely administrative courts and the Constitutional Court. This trend is supported by the weak political representation itself by taking the disputes over political direction, which should have been and should be decided primarily by the ballot boxes, to courtrooms, because the opposition regularly takes its loss in the Parliament to the Constitutional Court. An activist Constitutional Court does not hesitate to grasp the offered opportunity and under cover of constitutionality protection it enters the political arena of the opposition against the coalition.

Lenin’s words about the seizure of power by the Bolsheviks can be used here – Power was lying on the street, so we picked it up. It is now picked up by the constitutional courts. The Constitutional Court is however only one of the state authorities with an indirect bond to the

people as the source of power in a democratic state. Democracy may be weakened, but the government of elected forms its essence. And I see nothing better than democracy, at least for now.

The judiciary in a democratic state should not become a political tool in the sense of implementation of the objectives of power of its representatives. If that happens it is owing to the judicial activism, so to say owing to the judges alone.

These are constitutionally conforming tools of strengthening the power of judges. There will always be power in the state. If the power of the parliament and the government, either formally or informally, weakens, it is transferred somewhere else – to the judges and central bank councils, which are the bodies not primarily established by elections.

Even the New Testament contains the skeptical relationship to judges in the Gospel according to Luke in Jesus's words: *“In a certain town there was a judge who neither feared God nor cared about men. And there was a widow in that town who kept coming to him with the plea: “Grant me just against my adversary.” For some time, he refused. But finally, he said to himself: “Even though I do not fear God or care about men, yet because this widow keeps bothering me, I will see that she gets justice, so that she will not eventually wear me out with her coming!”* [3]. It is a picture of a judge who acts well only to set himself free from a party in the dispute.

2. Material core of the Constitution and cancellation of constitutional laws as an uncontrollable source of judicial power

However, a new element joined the game – theory of the material core of the Constitution and attempts of some judicial courts at seizing the cancellation of constitutional laws without the explicit constitution authorization. Even with the great factual power the judges in the continental law were considered as interpreters not establishers of the law. The truth is that an interpretation may be very extensive, but the judges were not those who grasped the roles of constitutional establishers. Material core of the law alone is nothing new. In the past the states expressly recognised the priority of right of God which is still binding for the believers nowadays. The contents of the right of God has been obvious for millennia and its interpretation cannot today be arbitrary. It is possible not to obey it, but then it is obvious

that it is not obeyed. Even the pope as the Christ's deputy on Earth, although there were the popes with great powers, is only an interpreter, never the creator of the right of God. That is his limit, restriction of his power. If a pope does something bad, his position as the pope does not change the nature of the deed. Even Alexander VI, the famous Rodrigo Borgia, could commit sins against the right of God, but he did not have the power to pronounce his sins the right – he was not the creator of the right of God as the material core or the transcendental source of the human right.

However, the theory of the material core independent of the right of God is newly applied, whereas it is factually created with reference to unchangeable and perpetual provisions of the constitution by the judges. Especially the judges of the constitutional courts through appropriation of the power to cancel the constitutional act [4]. This way they react to the fact that the human right may anytime be changed by the people and they search for its new transcendental basis. In the words of Ernst-Wolfgang Böckenförd: *“A free, secularized state lives from the presumptions that it is not able to guarantee.”* [5]. In the words of Petr Hájek: *“...a person who lost God is left to the mercy of – a person”* [6].

The creator of a rule is the lord of the rule, it is depending on them. A rule created by the people may always be changed by the people, although it pronounces itself to be eternal. A transcendental rule may only come from a transcendental legislator. If the transcendental source (creator) of a right is God, the judge is subject to it. If it is another material core (focus) of the constitution, it is created by the judge and the judge is superior to it, he plays the God himself. An attempt at a transcendental and thus unchangeable rule without God is an attempt at the third path in law. From the viewpoint of Christianity and Judaism it is an idol, since there is no God than the God, there is no other transcendental legislator [7].

Power is tasty and its tastiness was described by Ladislav Mňačko, a famous Slovakian and Moravian writer born in Valašské Klobouky in Moravia. The judges enjoy it, too. Thus they have higher responsibility to prevent themselves from unlimited disposal of this power, prevent themselves in the gradual process of connecting the power to interpret the law with the power to create constitutional rules by making themselves superior to the democratic constitution-maker.

3. Democratic point of view

There is no other legitimacy in secularized democracy than is the consensus of the majority. Although the government of the majority has its problem points as any other government, it is the essence of democracy that cannot be removed without the state losing its democratic regime. In democracy a citizen is the subject and object of the power. He/she is subject to the power, but he/she can wilfully co-create it, since he/she elects the one, who co-decide. During deciding by constitutional courts, central banks and similar institutions a citizen is the object of the power, its vassal. He/she cannot participate in the decision-making.

Most of the democratic states introduced the rigidity of the fundamental legal rules called constitutional. Thus, for their creation and change is not enough to have simple majority, but qualified majority. That secures a wider consensus of the society over constitutional rules in comparison with the lower consensus necessary for the adoption of ordinary acts. This wider consensus is accompanied by higher stability of constitutional rules. Nevertheless, the determination of constitutional rules remains in the hands of the parliament as a representative group elected by the people or is decided directly by the people in a referendum or there are various combinations possible. Everything remains within democracy, which of its essence does not and cannot have a different basis of the sovereign power than the people.

Democracy is based on trust in people, which is fully expressed in the words of Tomáš Garrigue Masaryk: *“...democracy is an opinion of life, it lies in trust in people, humanity and humanness, and there is not trust without love and no love without trust.”* [8]. The quality of a democratic government is dependent on the quality of the majority, who gave the power to govern to the power holders [9]. This quality either exists or does not exist, but the consent of the majority as the source of government in democracy cannot be replaced. Other sources of government are possible, but not in democracy.

If we accept the existence of a legally undefined material core of the constitution and thus the possibility of cancelling constitutional acts by the Constitutional Court for other reasons than is the defective procedure of their adoption, than in reality the superior state body becomes the Constitutional Court who takes off people s sovereignty

and seizes it by itself. Constitutional judge Jan Musil said: “... *adopted solution* (cancellation of the constitutional act – author’s note), *in my opinion, violates the subtle balance between the principles of democratic nature and lawfulness to the harm of the principle of democratic nature.*” Then he continues: “*This trend is the expression of the elitist conception of the “law interpretation key holders”, which has regularly repeated itself in human history. In my opinion it is a destructive conception not leading to good endings.*” He also reminds of Churchill’s sentence of democracy as the best of all bad governing models. The constitutional court gains the rule in the state, its sovereignty [10].

The extent of performance of the power based on the material core of the constitution depends only on the self-limitation of the Constitutional Court. That is in the situation, when it is secured by the material core of the constitution, however without its express defining by the constitution-maker, which leads to uncertainty as to the understanding of this concept by the Constitutional Court. The rule factually applies to each uncontrollable power holder. It can cancel whatever and explain it with the interpretation of the material core of constitutionality. Although at first each power holder argues with the necessity of a correct result before the correct process, it is only a question of time, when the result is arbitrariness. Radoslav Procházka talks about a “*gospel over freedom, the protection of which stops being, in the regime of a preferred correct result before the correct process, perceived as the first and the fundamental reason of existence of a state*” [11]. American judge Learned Hand says the to the desire of some judges to be superior to the parliament: “*I would have hopeless feeling, if I was to be ruled by a group of Platonic guards, even if I knew how to select them well, which I definitely do not know. If they were making decisions, I would lack the impulse contained in the possibility to live in the society, in which I at least have a theoretical participation in the administration of public affairs.*” [12].

Pavel Hasenkopf sees the doctrine of the material core of the constitution as deeply undemocratic: “*The doctrine of the material core of the constitution itself is very problematic... This vague basis can be used to reason basically everything regarded by the Constitutional court as incorrect, and any time it is given opportunity to do so. This doctrine is deeply undemocratic, in its very essence... In other words, the judicial power exceeds the borders of its own powers to the harm of the constitution-*

holder. ... And it is up to the responsibility of other state bodies not to make this approach, completely denying legal safeguards, a common method of legal interpretation.” [13].

The popularity of the theory of material core of the constitution may also be supported by the disappointment from the practice of parliamentary democracy and party politics, as well as the efforts at attaching to some other non-elected human authority – Constitutional Court. However, there is only the people and the God above constitution-maker in democracy. If somebody refuses God, only the people remain. If we replace the people with the Constitutional Court, we are replacing democracy with another regime. Trust in courts may lead to disillusion just as in the case of party politics. The people – judges are as good or bad as the people – deputies.

The USA example clearly shows how the Highest Court restricted the rights of the people and supported slavery in the 19th century. This issue was decided by the people to the disadvantage of the court in the civil war of the North against the South subsequently. But even then, the Highest Court promoted the preservation of racial segregation. In 1857, the U.S. Highest Court used the case of Scott, the slave, to determine that slaves are not parts of the people and citizens who have the right to freedom and cannot claim any rights whatsoever, including court protection. In addition it proclaimed unconstitutional the laws of the Congress, which forbade slavery in some states, which was the second case of applying the court’s possibility to proclaim the act unconstitutional and annul it after the first case in 1803 (*Marbury v. Madison*) [14]. After the war of the North against the South, constitutional amendments were adopted – the thirteenth amendment in 1865 forbidding slavery and serfdom, the fourteenth amendment in 1868 of equality of citizens and a regular court process, and the fifteenth amendment in 1870 forbidding election discrimination based on the race. In 1875, the Congress adopted an act on civil rights containing a ban on discrimination. A part of this act was proclaimed unconstitutional by the Highest Court, when the court admitted that a black man might be refused a job in public accommodation. In its following decisions it also admitted racial segregation in the education system, transport and other services. Its conception of equality was based on the statement that if there is segregation on railway, both the blacks and the whites must have the same services available, albeit

separated first classes and sleeping cars [15]. The decisions of the U.S. Highest Court made in the 19th century show that judges may fight with the democratic parliament based on the principles that we today see as unacceptable. Some anti-segregation decisions of the U.S. Highest Court from the second half of the 20th century are only remedies of the preceding undemocratic acts of this institution. And it was the U.S. Highest Court, who sanctified the mass internment of American citizens of Japanese origin during World War II for the reasons of their origin [16].

The desire of those who are not able or willing to enforce their ideas by a regular change in the law and by defending their issues in elections, but only use their power regardless of the law, is aptly characterized by the statement of the Nazi legal theoretician Carl Schmitt: *“We are changing the comprehension of legal concepts ... We are on the side of future things.”* [17]. In other words, if I lack democratic majority to properly change a legal rule in the parliament, I give it new contents through the court. But what are those future things? And do we want them all or only a certain group of us?

An example is the introduction of same-sex marriages. Sometimes the advocates of their legalization take the road of a political fight through parliaments and referendums. This road led to success in catholic Ireland on the 22nd May 2015, when the referendum accepted the possibility of a marriage of two people regardless of their sex, or in Finland, where this requirement was legalized in February 2015. Somewhere else these efforts are taken by a court fight. When the defenders of this understanding of marriage lost in their fight through political tools, they are trying to recover the change as their constitutional right [18]. The courts then change the comprehension of legal concepts. In 2015, the U.S. Highest Court pronounced the prohibition of homosexual marriages practiced in some states of the American union as unconstitutional [19]. Thus its close majority of 5 to 4 accepted the new conception of marriage as a union of two women or two men. I am positive that the originators of the American constitution in the 18th century would be surprised about what they are being told by the Highest Court in the 21st century. In those times, other marriage than bond of a man and woman was unthinkable. And are 5 people superior to the thousands of members of U.S. congresses and the member states, who have a constitutional right to a

constitutional change? And do the judges stop here? Certainly not. It is only a question of time, when somebody wants to recover polygamy. After all, USA have experience with the polygamy of the Mormons. The fundamental life questions should be decided by a sovereign. Even some judges realize so. The Chief Justice John G. Roberts as the member of a disagreeing minority of judges stated to the advocates of the change: *“They are not celebrating the Constitution. It does not have to do with it. (...) This court is not legislature. Whether a homosexual marriage is a good idea should not be our interest.”* [20]. Judge Antonin Scalia wrote: *“Today’s decision means that my ruler and the ruler of 320 million Americans from one coastline to another is the majority of nine lawyers of the Highest Court. This standpoint expands the court powers in such a manner, of which the Constitution or the amendments did not even think. The practice of such constitutional revision of the unelected committee of nine, always supported by a great appraisal of freedom, robs people of the most important freedom enforced in the Declaration of Independence and won in the revolution of 1776 – the freedom to be their own rulers.”* [21].

The sovereign in democracy is the people, who can decide directly or through its temporarily elected representatives. If the decisions are made by judges not elected by the people, who hold their offices for a lifetime or for a very long time, democratic quality given as the governing of the elected and the governing for time are reduced. Such change in the fundamental characteristics of the state is possible, however must be made by amending the constitution, not by its raping, pro-judicial interpretation of the judges as such.

4. Conclusion

Judges are people, their legal education does not make them any better. Even the judges are attracted by the power and try to adapt the rules to their advantages. That is corroborated by the President of the Constitutional Court in Brno Pavel Rychetský, who let himself reappointed not only the judge of the Constitutional Court in 2013, but also its President. This way, his act denied the reasoning of the finding of the Constitutional Court [22] preventing other court Presidents from repeating their functions. Rychetský’s words seem hypocritical after having himself reappointed the President of the Court: *“I have been a long-term permanent opponent of the possibility to repeat the*

mandate of a judge of the Constitutional Court. I reckon it should last longer but should not be repeated.” [23].

The assessment of judges and lawyers may suitably be used in the words of Jan Musil, the judge of the Constitutional Court in Brno: *“The idea that lawyers may be those, who in the final instance manage to solve the dispute between the right and the wrong, is absolutely incorrect and rebut in history countless times.... Or did the lawyers prevent totality regimes from existing and working? Did not the judges assist in the crimes of fascistic and communistic justice?”* [24].

4.1. How lawyers, not the law, may fail

“Judicial stated” existed in Bohemia and Moravia in times of World War II, when the state President of the Protectorate of Bohemia and Moravia was the emeritus President of the Highest Administration Court Emil Hácha and the long-term Prime Minister between 1942-45 was Jaroslav Krejčí, who from 1938 and during the Protectorate had held the function of the President of the Constitutional Court. Great lawyers, poor politicians, who remained in their functions even after the Lidice massacre. Regretfully, judges often fight for democracy and human rights in the time, when the state is democratic, not in the time, when it is needed to go to the barricades. How odd are in this relation the words of the President of the Constitutional Court Jaroslav Krejčí from the times when he was its secretary, when in reaction to the prevention from a scientific research in Germany and to defend the legality of the Night of the Long Knives by Carl Schmitt [25] he stated: *“It is natural that under such circumstances, when objective scientific work may not only be inconvenient, but also dangerous, decent lawyers become silent* [26]. Him, and others, did not stay silent as lawyers even after occupation in 1939, and collaborated with the Germans.

1. Fiala P. *Politika, jaká nemá být*. Brno 2010. P. 18, 26-29, 28.48 2. Klaus V. a kol. *Česká republika na rozcestí. Čas rozhodnutí*. Praha, 2013. P. 95, 96. 3. Luke 18, 2-5. 4. Koudelka Z. *Zrušení ústavního zákona Ústavním soudem. Státní zastupitelství 11/2011*. P. 9-23. 5. Bockenforde E.-W. *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt am Main, 2006. S. 112. Hollander P. *Ústavní změny: Mezi neurózou a surrealismem. Ústavné právo 20 rokov po páde komunizmu*. Plzeň, 2011. P. 8-9. 6. Hajek P. *Smrt v sametu*. Praha, 2012. P. 85. 7. Koudelka Z. *Transcendentální pramen práva. Trestní právo*. 2013. № 11-12. S. 10–21. 8. Čapek K. *Hovory s T. G. Masarykem*. Praha, 1990. Část 3. *Myšlení a život, kapitola Politika, podkapitola*

Demokracie. P. 328. **9.** Prochazka R. Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii. Plzeň, 2011. P. 55. **10.** Musil J. points 13, 17, 20 of part III. Změna paradigmatu demokratického a právního státu of his dissent standpoint to resolution of the Constitutional Court dated September 15, 2009, no. Pl.ÚS 24/09 in the matter of constitutional complaint against reduction of the term of Chamber of Deputies by a constitutional act. **11.** Prochazka R. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. Plzeň, 2011. P. 7. **12.** *Learned hand: The Contributionsofan Independent Judiciary to Civilization. The Spirit of Liberty*. New York 1952. P. 73-74. Prochazka R. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. P. 98-99, 105. **13.** Hasenkopf P. Jak to bylo s ratifikací Římského statutu Mezinárodního trestního soudu. *Právní rozhledy*. 2009. Vol. 20. P. 732. **14.** Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). Petruv H. Kruh americké koncepce rovnosti (Od diskriminace menšin k diskriminaci většiny). *Právník*. 2008. № 10. P. 1085-1086. Prochazka R. *Ľud a sudcovia v konštitučnej demokracii*. P. 5-6. **15.** The Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883). Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896). Mc.Cabe v. Atchison, Topeka&Santa FeRailway, 235 U.S. 151 (1914). Petruv H. Kruh americké koncepce rovnosti (Od diskriminace menšin k diskriminaci většiny). *Právník*. 2008. № 10. P. 1089-1093. **16.** Korematsu v. United States 323 U.S. 214 (1944). **17.** Schmitt C. Nationalsozialistisches Rechtsdenken. *Deutsches Recht*. 1934. P. 229. **18.** Banaszkiwicz B. Nová vlna zájmu o manželství v ústavním právu (úvahy o středoevropských zkušnostech). *Princípy konštitucionalizmu*. Plzeň, 2015. S. 219-288. **19.** Decision of the U.S. Highest Court from the 26 th June 2015. James Obergefell, et al., Petitioners v. Richard Hodges , Director, Ohio Department of Health , et al. **20.** Introduction of the dissent standpoint of the Chief Justice John G. Roberts, p. 2. URL: http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. **21.** Introduction of the dissent standpoints of the judges Antonio Scalia and Clarence Thomas, p. 2. URL: http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf. **22.** Část IV. výroku a část V.e, bod 65 of the reasoning of the finding no 294/2010 Coll. (Pl.ÚS 39/08). Koudelka Z. Funkcionáři justice a ústavnost. *Trestní právo*. 2013. № 2. P. 4-9. **23.** Rychetsky J. Šéf Ústavního soudu Rychetský o soumraku civilizace a Zemanovi. *Parlamentnilisty*. 2013. Cz 30. 10. URL: <http://www.parlamentnilisty.cz/arena/rozhovory/Sef-Ustavniho-soudu-Rychetsky-o-soumraku-civilizace-a-Zemanovi-291453>. **24.** Musil J. Změna paradigmatu demokratického a právního státu. Bod 23, část III of his dissent standpoint to resolution of the Constitutional Court dated September 15, 2009, no. Pl.ÚS 24/09 in the matter of constitutional complaint against reduction of the term of Chamber of Deputies by a constitutional act. **25.** Schmitt C. Der Führer schützt das Recht. *Deutsche Juristen-Zeitung*. 1934. № 15. P. 945. **26.** Krejci J. Problém právního postavení hlavy státu v demokracii. Praha, 1935. P. 7.

ЗДІЙСНЕННЯ «НЕГАТИВНОЇ ПРАВОТВОРЧОСТІ» В КРАЇНАХ РОМАНО-ГЕРМАНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ СИСТЕМИ

Розглянуто реалізацію «негативної правотворчості» на прикладах країн романо-германської правової системи, оскільки цей процес, як і багато інших, відбувається під впливом насамперед європейських правових стандартів. Тлумачення, що даються «негативними правотворцями» при розгляді справи про відповідність законодавчих актів Основному Закону, є своєрідною «добудовою права». Адже для того, щоб мати повне уявлення про зміст права в країнах романо-германської правової сім'ї, недостатньо лише знань про норми права, що містяться в офіційних джерелах, насамперед у нормативно-правових актах.

Виявлено, що запозичення позитивного зарубіжного досвіду в поєднанні з особливостями національної правової системи є запорукою успішного розвитку даного правового феномена, а здійснення «негативної правотворчості» є однією із складових формування судової системи України як самостійної гілки влади.

Ключові слова: *негативна правотворчість, визнання недійсним норми права, тлумачення, неконституційність, правотворча функція, ознаки нормативності.*

Bobrova Tatiana. Implementation of “negative lawmaking” in the countries of the romance-german legal system

The article considers the implementation of «negative lawmaking» on the examples of the Romano-Germanic legal system, as this process, like many other areas, is influenced primarily by European legal standards. Interpretations given by «negative lawmakers» when considering the case of compliance of legislation with the Basic Law is a kind of «completion of the law», because in order to have a complete picture of the content of law in the Romano-Germanic legal family, it is not enough to have knowledge of norms of law contained in official sources, first of all, in normative legal acts.

It was found that borrowing good foreign experience in combination with the peculiarities of the national legal system is the key to successful development of this legal phenomenon, and the implementation of «negative lawmakers» is one of the

components of the judicial system of Ukraine as an independent branch of government.

Key words: *negative law-making, invalidation of legal norms, interpretation, unconstitutionality, law-making function, signs of normativeness.*

Одними з характерних рис романо-германської правової сім'ї є наявність писаної Конституції, норми якої вважаються найбільш авторитетними, та відсутність правотворчої функції судової влади. Саме ці ознаки обумовлюють специфіку здійснення «негативної правотворчості» в країнах романо-германської правової системи, до якої належить Україна.

Здійснення «негативної правотворчості» є однією із складових формування судової системи держави як самостійної гілки влади, важливим завданням розвитку держави країни. Цей процес відбувається під впливом насамперед європейських правових стандартів. Саме тому важливого значення набуває порівняння діяльності «негативних правотворців» у провідних системах континентального права, що особливо важливо для вітчизняної юридичної практики. А запозичення позитивного зарубіжного досвіду в поєднанні з особливостями національної правової системи є запорукою успішного розвитку даного правового феномена.

Оскільки однією з провідних країн ЄС є Федеративна Республіка Німеччини, то розпочнемо аналіз «негативної правотворчості» саме на прикладі цієї держави. Погоджуємося з тим, що у Конституційного Суду ФРН простежуються правотворчі повноваження в частині скасування нормативних приписів. Так, якщо Федеральний Конституційний Суд зробить висновок, що федеральний закон не відповідає Основному закону або що закон землі не відповідає Основному закону чи іншому федеральному закону, то він оголошує закон таким, що не має сили. Так само при розгляді питання щодо відповідності закону чи іншого правового акта землі федеральному закону суд визнає такі акти недійсними [1, с. 124].

Суддя Федерального Верховного Суду Німеччини, член 8-го Сенату в цивільних справах Ральф Бюнгер звертає увагу на особливості історичного розвитку та сучасного стану правотворчості у Федеративній Республіці Німеччини: відповідно до законо-

давства ФРН правотворчість є одним із головних завдань суддів, але лише після перевірки закону за такими основними критеріями: відповідність законодавству, а також історичне та системне тлумачення. Лише після виявлення прогалин у законах судді можуть користуватися правом на правотворчість [2].

Австрійська Республіка при здійсненні негативної правотворчості відшукала дорогу, яка не забезпечує ще змісту законів, однак дає гарантії того, що право буде поважатися. Так, суддя Федерального адміністративного суду Австрії, відділення у Граці, Ева Вендлер зазначає, що Конституційний суд може визнати закон неконституційним і таким, що не має юридичної сили. Таке судове рішення зазвичай набирає чинності за принципом «*ex nunc*» (починаючи з цього моменту) і дійсне тільки на майбутнє, а всі колишні наслідки дії неконституційної норми або акта залишаються в силі. Однак Суд може відкласти таке набуття чинності на строк до 18 місяців, щоб дати законодавцеві можливість виправити дефектний закон. Протягом певного періоду часу закон, який був визнаний неконституційним, залишається чинним. Якщо Конституційний суд не ухвалює іншого рішення, скасування чинності закону не має зворотної сили, за винятком тієї справи, яка перебувала в процесі судового розгляду [3].

Щодо виконання рішень «негативних правотворців» І. К. Полховська та В. А. Пахомова зазначають, що Австрійська Республіка є однією з небагатьох країн, де визначаються особи, на яких покладається виконання рішень конституційних судів. Так, Конституція Австрії покладає виконання рішень Конституційного Суду на Президента. Виконання здійснюється уповноваженими за його вказівкою і на його розсуд органами федерації чи земель у тому числі федеральною армією [4, с. 216].

Дещо іншими є наслідки здійснення негативної правотворчості у Литві. Якщо закон скасовується як неконституційний, то з дня набрання сили цим рішенням, якщо в ньому не встановлено іншого, знову набувають чинності положення, які були змінені законом, визнаним неконституційним. Як зазначає А. А. Стрижак, основний аргумент на користь рішення про поновлення правових норм, які втратили законну силу через визнання їх неконституційними, полягає в тому, що «маються на увазі не

повноваження конституційних судів щодо поновлення юридичної сили норми, яка була скасована або змінена неконституційним правовим актом, а поновлення таких норм як юридичний наслідок рішення, яким констатується неконституційність правового акта, що скасував або змінив попереднє правове регулювання, прямо передбачене в Конституції (законах) держави [5].

Виконуючи свою місію із забезпечення конституційного правосуддя і гарантування верховенства Конституції у правовій системі, конституційні суди виконують особливі функції, визнаючи закони та підзаконні акти такими, що суперечать Основному закону і, таким чином, виконують обов'язки щодо усунення незаконних положень з правової системи. Виступаючи в якості негативних законодавців, конституційні суди засновують свою роль на двох стовпах: принцип верховенства закону і вимога нейтральності (Угорщина). У цьому контексті слід згадати позицію Іспанії: ліберальний принцип верховенства закону вимагає, щоб Конституційні суди були якомога більш нейтральними у своїй діяльності [6].

Іншим прикладом, де простежується розвиток негативної правотворчості, є Конституційний суд Румунії, що належить до європейської моделі й відходить від своєї традиційної ролі «негативного законодавця»: його актів полягає у вилученні з правової системи норм, що суперечать Основному закону, відтак суд стає певною мірою «позитивним законодавцем». Офіційні тлумачі Конституції іноді беруть на себе роль співзаконодавців, створюючи положення, які вони виводять із Конституції, контролюючи відсутність законодавства чи законодавчих прогалин, розкриваючи зміст конституційних і навіть неконституційних норм відповідно до Конституції в їхній судовій практиці, наслідками якої є не що інше, як конкретні форми «імпульсу» чи «примусу» законодавця діяти в певному сенсі, постійний розвиток яких спрямовує еволюцію всієї правової системи. Обрана прецедентна практика демонструє, як Конституційний суд Румунії асоціюється із законотворчою діяльністю, не мінімізуючи своєї традиційної ролі «негативного законодавця» [7].

Негативна правотворчість має вагомe значення за наявності прогалин та колізій у законодавчій базі будь — якої країни. Як правило, виявлення прогалин у законодавстві пов'язане з відсут-

ністю певних положень, які мають бути прийняті, або наявністю суперечливих норм. Відсутність такого правового регулювання (з недоліками) ставить під сумнів відповідність закону Основному закону держави. При виявленні таких випадків негативні правотворці застосовують своєрідну «методологію розслідування», тобто використовують різні методи тлумачення законів або їх комбінації.

Тільки за умови застосування всіх інструментів юридичної техніки розкривається зміст і сутність правового регулювання, закріпленого в нормативно – правових актах, виявляються його специфічні особливості та недоліки, відзначається відсутність правового регулювання, коли така відсутність суперечить Конституції.

Аналіз діяльності негативних правотворців країн романо-германської правової системи свідчить про існування різних засобів юридичної техніки, що використовується ними для уникнення прогалин у праві, які можуть виникнути у разі прийняття ними рішення про визнання закону або іншого правового акта (його окремого положення) таким, що суперечить конституції держави [8, с. 73].

С. Л. Вдовіченко серед правових засобів, що використовують зарубіжні конституційні суди задля уникнення прогалин, які можуть виникнути внаслідок прийнятих ними рішень, виокремлює такі:

– відтермінування офіційного опублікування рішення (Білорусь, Литва, Польща);

– встановлення рішенням пізнішої дати набрання ним законної сили (Вірменія, Естонія, Туреччина, Чеська Республіка);

– констатація конституційним судом того, що оспорюваний правовий акт тимчасово відповідає конституції, і вказівка на те, що цей акт суперечитиме конституції, якщо не буде змінений до визначеного терміну (Латвія, Словенія, Хорватія, Угорщина);

– визнання правового акта таким, що суперечить конституції внаслідок законодавчого упущення, без виключення його з правової системи, або оголошення акта недійсним (ця техніка застосовується, зокрема, конституційними судами Естонії, Іспанії, Німеччини, Хорватії);

— поновлення раніше чинного правового регулювання (Австрія, Болгарія, Латвія, Литва, Німеччина) тощо [8, с. 76].

В контексті того, чи є такі рішення Конституційного суду джерелом права, необхідно виявити способи впливу рішень «негативного правотворця» на правову систему і форму його прояву. Адже саме негативні правотворчі повноваження і відіграють головну роль у діяльності органу конституційного правосуддя із здійснення контролю за конституційністю нормативно-правових актів.

Є. Ю. Терюкова зазначає, що орган конституційного правосуддя проводить дослідження відповідності норм акта, який перевіряється нормам Конституції, і в разі виявлення суперечності акт, що перевірявся, скасовується, втрачає силу повністю або в частині, визнаній неконституційною. Таким чином, наслідком рішення органу конституційного правосуддя в разі визнання акта неконституційним є неминуча зміна в системі норм, тобто в праві держави. Оскільки правотворчістю є створення будь-якої нової сукупності норм — нового права (в тому числі скасування частини норм), то очевидно, що органи конституційного правосуддя при здійсненні подібної діяльності (контролю за конституційністю актів) одночасно є правотворцями [9].

З такою позицією погоджуються й інші вчені, проте відзначають, що рішення про визнання неконституційності актів є самодостатніми, і хоча формально ці акти або їх окремі положення залишаються недоторканими, *de-jure* вони позбавлені самої суті нормативно-правового акту — їх сили і фактично випадають із сукупності норм права [10]. Звичайно, якщо враховувати, що правотворчість — це не тільки створення нових норм права, їх зміна і доповнення, а й їх скасування, то можна дійти висновку, що конституційний суд у цій своїй якості виступає своєрідним правотворчим органом з негативною (такою, що скасовує) функцією, і його постанови про визнання нормативних актів неконституційними є джерелами права. Таку позицію обстоюють вчені й практики у більшості країн з романо-германською правовою системою.

Слід зазначити, що суд може позиціонуватися в якості тимчасового законодавця. Це означає, що зміни норм і статей закону

мають лише тимчасовий характер, поки парламент не перегляне або не внесе змін до законів, які були випробовані на підставі рішення конституційного суду [11].

Отже, для того, щоб мати повне уявлення про зміст права в країнах романо-германської правової сім'ї, недостатньо лише знань про норми права, що містяться в офіційних джерелах, насамперед нормативно-правових актах. Право в країнах романо-германської сім'ї становлять не тільки законодавчі норми, а й так звані «вторинні правові норми», що створюються у судовій практиці завдяки тлумаченню суддями законодавчих норм, уточнюють та доповнюють останні і містяться в судових актах. Норма, створена законодавцем, – це лише ядро, навколо якого обертаються «вторинні правові норми» [12, с. 96]. Таким чином, можна стверджувати, що акти «негативних правотворців» є такими, що мають вторинний характер і доповнюють та вдосконалюють нормативно – правову базу країн з континентальною системою права.

Слід погодитися з тим, що будь-яка система права є полем герменевтичного дискурсу, в межах якого суддя доповнює і розвиває право. Судові правотлумачні акти є самостійними результатами інтерпретаційної діяльності судових органів – джерелами права. Герменевтичний аналіз самої природи і механізму здійснення різних форм судової правотворчості дає змогу розв'язати філософську проблему щодо гнучкості, креативності, унікально-практичної корисності закону, його співвідносності зі справедливістю, а також ролі судді у процесі його застосування й створення [13, с. 127].

Суддя як «негативний правотворець» повинен пізнати право в його цілісності й доконаності, підтримувати ієрархію нормативно-правових актів. Дане твердження відповідає позиції вітчизняних учених В. В. Дудченко, М. Р. Аракеяна, В. В. Завальнюка, які наголошують: «... цілісністю права є джерела права в їх ієрархії, а доконаністю – справедливість. Термінами «ідея» або «дух» права й позначають зазначену цілісність і доконаність. В ідеї права закорінені його першоджерело, субстанційна сутність, істина, смисл, цінність, значення і мета. Для юриста ідея права є передумовою пізнання феномена права [14, с. 106]

Тлумачення, що дається негативними правотворцями при розгляді справи про відповідність законодавчих актів Основ-

ному Закону є своєрідною «добудовою права». Ці конституційно-правові рішення мають офіційний, об'єктивний і обов'язковий зміст та являють собою справжній зразок продукту герменевтичної практики в галузі права [13, с. 128].

Отже, не зважаючи на те, що всі країни, досвід яких наведено у даній статті, належать до однієї правової системи, здійснення «негативної правотворчості» в кожній державі має свої особливості. Характерною рисою є відсутність правотворчої функції у судової гілки влади відповідно до принципу поділу влади. Так, у процесі реалізації негативної правотворчості зникають одні правила та видозмінюються інші з метою врегулювання суспільних відносин та вдосконалення наявної системи права. Функція зі здійснення «негативної правотворчості» у країнах романо-германської правової системи є додатковою, що нібито доповнює правозастосовну чи інтерпретаційну діяльність судів, компенсує недоліки формально-юридичних джерел права, насамперед нормативно-правових актів.

1. Стечик Н. В. Судова правотворчість у правовій системі Федеративної Республіки Німеччини. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2010. № 4. С. 124 – 128. 2. Судова правотворчість у механізмі забезпечення принципу верховенства права в умовах реформування правосуддя. URL: <https://court.gov.ua/sud0590/pres-centr/news/310283/>. 3. Юридичні наслідки визнання нормативного акта неконституційним: семінар-практикум. URL: <https://sud.ua/ru/news/sud-info/175449-yuridichni-naslidki-viznannya-normativnogo-akta-nekonstitutsiyrim-vidbuvsya-seminar-praktikum>. 4. Полховська І.К., Пахомова В.А. Проблемні аспекти виконання рішень Конституційного Суду України. *Філософія права*. 2016. № 3. С. 213 – 218. 5. Стрижак А. Порухення процедури внесення змін до Основного Закону знову може мати наслідком визнання їх нелегітимними. *Закон і Бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ua/129256-golova_ksu_20072010_rr_andriy_strizhak_porushennya_proceduri.html. 6. General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. URL: <https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf>. 7. Marieta Safta. Developments In The Constitutional Review. Constitutional Court Between The Status Of Negative Legislator And The Status Of Positive Co-Legislator / Perspectives of Law and Public Administration, Societatea de Stiinte Juridice si Administrative (Society of Juridical and Administrative Sciences). URL: https://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=229993. 8. Вдовіченко С. Л. Відновлення дії попередньої редакції нормативно –

правового акта внаслідок визнання Конституційним Судом України внесених до нього змін неконституційними. *Вісник Конституційного Суду України*. 2011. № 2. С. 73-81. **9.** Терюкова Є. Ю. Правові акти у процесі здійснення конституційного правосуддя. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=86296>. **10.** Таги Э. Конституционный нормоконтроль. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/10724/1/Sidorenko_98-100.pdf. **11.** Pan Mohamad Faiz The Relevance of the Negative Legislator's Doctrine / *Constitutional Magazine Opinion Column* No. 108 February 2016. // URL: <https://panmohamadfaiz.com/2016/03/17/relevansidoktrin-negative-legislator/>. **12.** Погребняк С. Вплив судової практики на юридичні акти в романі – германській правовій сім'ї. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/4963/1/Pogrebnaк_92.pdf. **13.** Мелякова Ю. В. Правотворчість у прецедентному і континентальному праві: герменевтичний аналіз. *Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого*. 2012. № 2 (12). С. 126 – 143. **14.** Дудченко В.В., Аракелян М.Р., Завальнюк В.В. Герменевтика права: розвиток юриспруденції: навч. посіб. Одеса: Фенікс, 2014. 184 с.

References

1. Stetsyk N. V. Sudova prevotvorchist u pravoviy systemi Federatyvnoyi Respubliki Nimechyny. *Naukovyi visnyk Lvivskoho derzhavnoho universitetu Vnutrishnih sprav*. 2010. № 4. S. 124-128. **2.** Sudova pravotvorchist u mehanizmi zabezpechena pryncypu verhovenstva prava v umovah reformyvanaya pravosudya. URL: <https://court.gov.ua/sud0590/pres-centr/news/310283/>. **3.** Urydychni naslidky vyznannya normatyvnoho akta nekonstytutsiynomu: seminar-praktykum. URL: <https://sud.ua/ru/news/sud-info/175449-yuridichni-naslidki-viznannya-normativnogo-akta-nekonstitutsiynim-vidbuvsya-seminar-praktikum>. **4.** Polhovska I. K., Pahomova V.A. Problemni aspekty vykonanya rishen Constytutsiynogho Sudu Ukrayinu. *Filosofia prava*. 2016. № 3. С.213-218. **5.** Stryzhak A. Porushenya protsedury vnesenya zmin do Osnovnoho Zakonu znovu mozhe maty naslidkom vyznannya yih nelegitymnyy. *Zakon i Biznes*. URL: https://zib.com.ua/ua/129256-golova_ksu_20072010_rr_andriy_strizhak_porushennya_proceduri.html. **6.** General Report of the XIVth Congress of the Conference of European Constitutional Courts on Problems of Legislative Omission in Constitutional Jurisprudence. URL:<https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-legislative-omission-e.pdf>. **7.** Marieta Safta. Developments In The Constitutional Review. Constitutional Court Between The Status Of Negative Legislator And The Status Of Positive Co-Legislator / *Perspectives of Law and Public Administration, Societatea de Stiinte Juridice si Administrative (Society of Juridical and Administrative Sciences)*. URL: https://hrcak.srce.hr/index.php?show=clanak&id_clanak_jezik=229993. **8.** Vdovichenko S. L. Vidnovlenya diyi poperednyoyi redactsiyi normatyvno – pravovoho acta vnaslidok vyznannya Constytutsiynym Sudom Ukrainy vnesenyh do nyogho zmin neconstytutsiynymy. *Visnyk Constytutsiynogho Sudu Ukrayinu*. 2011. № 2. С. 73-81. **9.** Terukova I. U. Pravovi acty u protsesi zdiysnenya constytutsiynogho pravosydy. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=86296>. **10.** Tagt E. Constitutsiyniy normocontrol. URL: <http://>

dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/10724/1/Sidorenko_98-100.pdf. **11.** Pan Mohamad Faiz The Relevance of the Negative Legislator's Doctrine/ Constitutional Magazine Opinion Column No. 108 February 2016. URL: <https://panmohamadfaiz.com/2016/03/17/relevansi-doktrin-negative-legislator/>. **12.** Pogrebnyak S. Vplyv sudovoi praktyky na yurydychni acty v romano – germanskiy pravoviy simyi. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/4963/1/Pogrebnaк_92.pdf. **13.** Melyakova U. V. Pravo-tvorchist u pretsedentnomu i contynentalnomu pravi: germenevtychnyi analiz. *Visnyk Natsionalnoi urydychnoi academiyi imeni Yaroslava Mudrogo*. 2012. № 2 (12). S. 126-143. **14.** Dudchenko V. V., Arakelyan M. R., Zavalnuk V.V. Germenevtyka prava: rozvytok urisprudentsiyyi: navch. posib. Odesa: Fenix, 2014. 184 s.

Bobrova Tatiana. Implementation of “negative lawmaking” in the countries of the romance-german legal system

The article considers the implementation of «negative lawmaking» on the examples of the Romano-Germanic legal system, as this process, like many other areas, is influenced primarily by European legal standards. Interpretations given by «negative lawmakers» when considering the case of compliance of legislation with the Basic Law is a kind of «completion of the law», because in order to have a complete picture of the content of law in the Romano-Germanic legal family, it is not enough to have knowledge of norms of law contained in official sources, first of all, in normative legal acts.

It was found that borrowing good foreign experience in combination with the peculiarities of the national legal system is the key to successful development of this legal phenomenon, and the implementation of «negative lawmakers» is one of the components of the judicial system of Ukraine as an independent branch of government. It is clear that as in the case law of the «negative lawmakers», and in the legislative practice of parliament, there are different forms of their relationship. It is clear that this is not just a consequence of the desire of positive and negative legislators to behave in this way, but primarily a consequence of their activities to exercise their powers in order to perform their tasks.

Key words: negative law-making, invalidation of legal norms, interpretation, unconstitutionality, law-making function, signs of normativeness.

ДЕРЖАВНА ДОПОМОГА СУБ'ЄКТАМ ГОСПОДАРЮВАННЯ: ПРАВОВИЙ АСПЕКТ РОЗУМІННЯ СУТНОСТІ ПОНЯТТЯ

Розглядається питання розуміння сутності та змісту поняття «державна допомога суб'єктам господарювання». Зазначається, що зміст цього поняття розкривається як у межах відповідних доктринальних пошуків, так і в законодавстві України. Звертається увага на окремі недоліки дефініції даного поняття. Обґрунтовується авторська дефініція поняття «державна допомога суб'єктам господарювання». Робиться висновок, що державна допомога суб'єктам господарювання не є антиподом ринку та породжуваних ним механізмів саморегуляції економічних відносин.

Ключові слова: державна допомога суб'єктам господарювання, державна підтримка суб'єктів господарювання, правове регулювання, законодавство, ринкова економіка, конкуренція.

Zvonkov Yevgen. State aid to economic entities: the legal aspect of understanding the essence of the concept

In the proposed article the author considers the understanding of the essence and content of the concept of «state aid to economic entities». It is noted that the concepts of «state aid to economic entities» and «state support of economic entities» are part of state regulation of the economy as a whole, the purpose of which in modern market realities is to ensure stable socially useful functioning of economic relations in society in conditions of limited market mechanisms of their self-regulation.

Key words: state aid to economic entities, state support of economic entities, legal regulation, legislation, market economy, competition.

Система державної допомоги суб'єктам господарювання є одним із визначальних чинників розвитку економіки, у тому числі формування економіки інноваційного типу. При цьому створення максимально комфортних умов для ведення господарської діяльності суб'єктами господарювання, окрім, власне, важливого економічного значення, має також суттєвий соціальний смисл, який полягає у тому, що такі умови дають можли-

вість підвищувати якість відповідної діяльності і тих результатів, на досягнення яких вона спрямована. Адже очевидним слід визнати, що невдоволеність громадян якістю товарів і послуг, які виробляються та надаються суб'єктами господарювання, їх екологічними характеристиками та ціновими пропозиціями тощо, як правило, формує у них негативне ставлення до відповідних суб'єктів господарювання, а нерідко навіть і до підприємницької діяльності загалом.

Необхідність надання державної допомоги суб'єктам господарювання обумовлюється значною кількістю об'єктивних чинників або передумов, які виходять за межі системи економічних відносин в суспільстві. У вказаному контексті йдеться, зокрема, про такі чинники, як недобросовісна конкуренція окремих суб'єктів господарювання, повільне впровадження результатів науково-технічного прогресу в економічну діяльність, наявність численних адміністративних бар'єрів для здійснення господарської діяльності, низький рівень дохідності багатьох суб'єктів господарювання, який не надає можливості вкладати матеріальні та фінансові ресурси у їх розвиток, залежність діяльності деяких суб'єктів господарювання від відповідних природних умов, недосконалість податкової системи в державі тощо. Очевидно, що ці та багато інших проблем вимагають певного втручання держави в економічну сферу суспільства, у тому числі шляхом надання державної допомоги визначеним суб'єктам господарювання, які з тих чи інших причин її потребують.

Водночас слід звернути увагу на те, що питання надання державної допомоги суб'єктам господарювання мають міждисциплінарний характер, а тому досліджуються в межах різних галузей наукового знання, у тому числі в межах юридичної науки, яка вивчає ті чи інші правові аспекти такої допомоги, зокрема, на загальнотеоретичному рівні. З огляду на це, надзвичайно актуальним, на нашу думку, видається теоретичне осмислення сутнісних засад правової природи поняття «державна допомога суб'єктам господарювання», його змісту та структурної побудови, юридичних механізмів її практичного впровадження тощо.

Проблематика інституту державної допомоги суб'єктам господарювання вже стала предметом доктринального осмислення багатьох вітчизняних та зарубіжних вчених, причому

здебільшого з боку представників економічної науки. Зокрема, різноманітні аспекти розвитку інституту державної допомоги суб'єктам господарювання, у тому числі правових засад її надання, досліджувалися такими вченими, як К. Бліщук, Г. Знаменський, О. Колосова, Д. Лічак, В. Мамутов, О. Прокопов, Н. Саніахметова, Д. Стігліц, Г. Третьак, І. Феофанова, В. Щербина тощо. Не применшуючи величезної ролі та значення наукового доробку цих та багатьох інших учених, спробуємо системно осмислити сутність та зміст поняття «державна допомога суб'єктам господарювання» у контексті правових засад регулювання економічних відносин у сучасних реаліях.

Дослідження теоретичних засад державної допомоги суб'єктам господарювання передбачає насамперед визначення співвідношення змісту даного поняття з такими категоріями, як «державна підтримка суб'єктів господарювання» та «державне регулювання економіки». Слід відзначити, що найбільш широким є поняття «державне регулювання економіки», яке, на нашу думку, можна визначити як комплекс або систему заходів, за допомогою яких здійснюється організаційний та регулятивний вплив держави на соціально-економічні відносини з метою забезпечення їх належного впорядкування та підвищення ефективності, що передбачає підвищення рівня якості матеріального та духовного життя громадян і суспільства в цілому. Як наголошується у сучасній літературі, «стратегією державного регулювання економіки є створення сприятливих умов для її розвитку та зростання добробуту мешканців кожного регіону, а також всебічний розвиток людини як особистості, підвищення якості її життя, сталий еколого-орієнтований економічний розвиток і охорона культурної спадщини»[1]. У такий спосіб державне регулювання економіки здійснюється за допомогою системи заходів законодавчого, виконавчого та контрольного характеру, які реалізуються уповноваженими органами державної влади з метою забезпечення стабілізації прогресивного розвитку соціально-економічних процесів у суспільстві та досягнення конкретних соціально корисних результатів провадження економічної (господарської) діяльності відповідних суб'єктів.

Такий широкий обсяг змісту поняття «державне регулювання економіки» цілком узгоджується, зокрема, з положеннями ст. 12

Господарського кодексу України (далі — ГК України), в якій встановлено, що для реалізації економічної політики, виконання програм економічного і соціального розвитку держава застосовує різноманітні засоби і механізми регулювання господарської діяльності. При цьому основними засобами регулятивного впливу держави на діяльність суб'єктів господарювання є державне замовлення; ліцензування, патентування і квотування; технічне регулювання; застосування нормативів та лімітів; регулювання цін і тарифів; надання інвестиційних, податкових та інших пільг; надання дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій.

Відтак очевидно, що поняття «державна допомога суб'єктам господарювання» та «державна підтримка суб'єктів господарювання» є складовими державного регулювання економіки в цілому, метою якого у сучасних ринкових реаліях є забезпечення стабільного соціально корисного функціонування системи економічних відносин у суспільстві в умовах недосконалості та обмеженості ринкових механізмів їх саморегуляції. Адже, наприклад, питання надання інвестиційних, податкових та інших пільг, дотацій, компенсацій, цільових інновацій та субсидій, за допомогою яких надається підтримка або допомога суб'єктам господарювання, вирішується насамперед на законодавчому рівні, й лише після прийняття необхідних законів та інших нормативно-правових актів починається відповідна виконавчо-розпорядча та інша діяльність, спрямована на реалізацію правових приписів.

Погоджуючись із тим, що державне регулювання економіки є однією з форм державного впливу на дану сферу суспільного життя, проте, на нашу думку, її не можна зводити лише до нормотворчої діяльності уповноважених органів держави із встановлення правил поведінки у господарських відносинах [2], оскільки державно-правова регуляція включає динамічний аспект реалізації нормативних приписів у визначених відносинах, за допомогою якого досягається конкретний результат, тобто відбувається вирішення тих чи інших життєвих ситуацій [3], для належного розв'язання яких потрібен владно-організаційний вплив держави.

Водночас, незважаючи на певну синонімічність понять «державна допомога суб'єктам господарювання» та «державна під-

тримка суб'єктів господарювання», їх не слід ототожнювати, оскільки змістовні особливості кожного з них можна прослідкувати як на прикладах із відповідної соціально-економічної практики, так і доктринальних розробок вітчизняних та зарубіжних учених, які наводять ті чи інші критерії їх розмежування.

Не вдаючись до численних доктринальних дискусій з приводу змісту понять «державна допомога суб'єктам господарювання» та «державна підтримка суб'єктів господарювання», зазначимо, що останнє слід розглядати як ширшу категорію. Адже воно передбачає створення державою необхідних умов для розвитку господарської діяльності у цілому в межах конкретних галузей або сфер. Як зазначається у науковій літературі, державна підтримка суб'єктів господарювання є механізмом стимулювання суб'єктів господарювання до здійснення ефективної, раціонально та економічно обґрунтованої господарської діяльності [4]. Іншими словами, державна підтримка суб'єктів господарювання передбачає наявність певної сукупності чинників, які спонукають їх до належної господарської діяльності у конкретних умовах.

На думку деяких зарубіжних дослідників, поняття «державна допомога суб'єктам господарювання» передбачає використання певних державних ресурсів для сприяння розвитку окремих підприємств за визначених умов, у той час як поняття «державна підтримка суб'єктів господарювання» поєднує в собі засоби, спрямовані на розвиток економіки або, принаймні, її окремих галузей в цілому, не створюючи при цьому привілеїв для окремих підприємств [5]. Такий підхід цілком узгоджується з сучасною європейською практикою державного регулювання економіки та обґрунтовано підтримується деякими вітчизняними науковцями.

Так, Г. Знаменський в якості критерію розмежування понять «державна допомога суб'єктам господарювання» та «державна підтримка суб'єктів господарювання» пропонує виділяти цілі, держави в процесі впливу на економічну діяльність. При цьому метою державної підтримки суб'єктів господарювання є розвиток тих напрямів економічних відносин, які необхідні державі й суспільству. Відтак державна підтримка спрямована на посилення зацікавленості суб'єктів господарювання у підвищенні

ефективності своєї діяльності в пріоритетних галузях соціально-економічного розвитку. На відміну від державної підтримки допомога держави суб'єктам господарювання застосовується у виняткових випадках, коли підприємства опиняються в складних економічних ситуаціях, а метою її застосування є компенсація втрат у господарській діяльності [6].

Крім цього, у науковій літературі зазначається, що державна допомога суб'єктам господарювання, на відміну від державної підтримки, завжди має грошову форму вираження (пряму або опосередковану), конкретну мету її надання, передбачає наявність чітко визначеного кола суб'єктів – адресатів такої допомоги, певні наслідки її використання, а також економічні переваги окремим підприємствам чи суб'єкту господарювання стосовно їх впливу на конкуренцію і торгівлю. Відтак державна допомога – це «економічне втручання держави в діяльність суб'єктів господарювання, що являє собою надання переваг окремим підприємствам, яких вони не змогли б досягти за нормальних ринкових умов та які можуть спотворювати або загрожувати спотворенням економічної конкуренції» [7].

У контексті зазначеного слід зауважити, що будь-які форми та різновиди державної допомоги суб'єктам господарювання, як і державної підтримки, визначаються на законодавчому рівні, тобто конкретних законів та інших нормативно-правових актів, які регламентують відносини держави і суб'єктів господарювання з питань здійснення останніми своєї діяльності. Саме законодавчими актами, а також відповідними цільовими програмами економічного та соціального розвитку встановлюються умови та порядок реалізації окремих видів державної допомоги, визначаються правові режими здійснення тієї чи іншої господарської діяльності, пільги, переваги, а також додаткові обтяження щодо окремих категорій суб'єктів господарювання тощо.

Зокрема, як вбачається зі змісту окремих статей ГК України, законодавець також розрізняє поняття «державна підтримка суб'єктів господарювання» та «державна допомога суб'єктам господарювання», хоча у Кодексі відсутні їх легальні дефініції та не наводяться чіткі критерії їх розмежування, що при тлумаченні відповідних правових норм є надійною основою для уникнення можливих зловживань на практиці. Наприклад, у ст. 16

ГК України «Дотації та інші засоби державної підтримки суб'єктів господарювання» встановлюється, що держава може надавати дотації суб'єктам господарювання: на підтримку виробництва життєво важливих продуктів харчування, на виробництво життєво важливих лікарських препаратів та засобів реабілітації осіб з інвалідністю, на імпорتنі закупівлі окремих товарів, на послуги транспорту, що забезпечують соціально важливі перевезення, а також суб'єктам господарювання, що опинилися у критичній соціально-економічній або екологічній ситуації, з метою фінансування капітальних вкладень на рівні, необхідному для підтримання їх діяльності, на цілі технічного розвитку, що дають значний економічний ефект, а також в інших випадках, передбачених законом. Крім цього, держава може також здійснювати компенсації або доплати сільськогосподарським товаровиробникам за сільськогосподарську продукцію, що реалізується ними в державі. При цьому підстави та порядок застосування засобів державної підтримки суб'єктів господарювання визначаються законом.

З огляду на зміст вказаної статті ГК України, неможливо чітко розрізнити поняття «державна підтримка суб'єктів господарювання» та «державна допомога суб'єктам господарювання», оскільки в ній відсутні чітко визначені умови застосування засобів державної підтримки суб'єктів господарювання, а наведені у нормі засоби такої підтримки (дотації та компенсації) за наявності відповідних умов можуть бути віднесені до державної допомоги суб'єктам господарювання. Також слід звернути увагу на те, що в Україні відсутній закон про державну підтримку суб'єктів господарювання, наявність якого передбачена частиною 3 статті 16 ГК України.

Крім цього, ст. 26 ГК України «Державна допомога суб'єктам господарювання» закріплено, що правові засади проведення моніторингу державної допомоги суб'єктам господарювання та здійснення контролю за допустимістю такої допомоги для конкуренції встановлюються законодавством про державну допомогу суб'єктам господарювання. В Україні Закон «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» від 01.07.2014 р. (далі – Закон), встановлює правові засади проведення моніторингу державної допомоги суб'єктам господарювання, здійснення

контролю за допустимістю такої допомоги для конкуренції, спрямований на забезпечення захисту та розвитку конкуренції, підвищення прозорості функціонування системи державної допомоги та дотримання міжнародних зобов'язань України у сфері державної допомоги.

У ст. 1 вказаного Закону дається дефініція поняття «державна допомога суб'єктам господарювання», яка, на думку законодавця, являє собою підтримку у будь-якій формі суб'єктів господарювання за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів, що спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції, створюючи переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності [8]. З огляду на законодавчий статус цієї дефініції її зміст, на відміну від будь-яких доктринальних визначень, повинен вже обов'язково враховуватися при реалізації відповідних норм, пов'язаних із наданням державної допомоги суб'єктам господарювання.

Як вбачається зі змісту наведеної дефініції даного поняття, законодавець вважає, що надання державної допомоги суб'єктам господарювання — це скоріше негативне явище, яке вимушено застосовується у зв'язку із певною об'єктивною необхідністю, оскільки воно, по-перше, потребує державних чи місцевих матеріальних ресурсів, тобто фактично бюджетних витрат, по-друге, «спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції», яка є основою ринкової (капіталістичної) економіки. Іншими словами, Закон, по суті, беззаперечно характеризує державну допомогу як таку, що завжди спотворює конкуренцію або, принаймні, загрожує спотворенням економічної конкуренції. Проте, чи можна вважати таку допомогу завжди саме спотворенням конкуренції чи загрозою такого спотворення, тобто тим, що негативно впливає на неї та порушує її нормальний перебіг, сприяючи перекрученню її справжнього змісту?

У зазначеному контексті не можна не приділити певної уваги питанню природи економічної конкуренції, яка являє собою своєрідну «рушійну силу» ринкової економіки, заснованої здебільшого на господарській (підприємницькій) ініціативі та відповідних механізмах саморегуляції. У сучасній науковій літературі можна знайти декілька загальних теоретичних підходів, які покладаються в основу розуміння сутності та природи еконо-

мічної конкуренції. Зокрема, І. Чіков на підставі аналізу відповідних доктринальних джерел виокремлює три основні підходи до визначення поняття «конкуренція», а саме: 1) конкуренція являє собою елемент ринкового механізму, який дає можливість зрівноважити попит і пропозицію; 2) конкуренція — це критерій, за яким визначається тип галузевого ринку; 3) конкуренція розуміється як змагальність, суперництво на певному сегменті ринку між окремими суб'єктами, зацікавленими в досягненні однакових цілей [9].

Таким чином, конкуренція — це багатоаспектне поняття, яке можна розглядати під визначеним кутом зору залежно від поставленої дослідником мети, у тому числі як регулятор темпів і обсягів виробництва, як змагання між виробниками товарів, надавачами послуг і виконавцями робіт за ринки збуту, як стимул до запровадження інновацій у господарсько-виробничу діяльність, підвищення продуктивності праці тощо. Проте у, власне, юридичному вимірі змісту даного поняття особливої значущості набуває так званий його «поведінковий» аспект, оскільки право виступає регулятором людської поведінки або взаємовідносин між відповідними суб'єктами. При цьому саме цей аспект поняття «конкуренція» відповідає його етимологічному значенню та, що цілком логічно, відтворено у дефініції поняття «економічна конкуренція» в Законі України «Про захист економічної конкуренції».

Так, відповідно до ст. 1 вказаного Закону економічна конкуренція (конкуренція) — це змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку [10].

Як бачимо, у наведеній законодавчій дефініції поняття «конкуренція» акцентується увага лише на її позитивних функціях, які виявляються, зокрема, у тому, що конкуренція змушує постійно підвищувати якість відповідної продукції суб'єктів господарювання, у неможливості останніх самостійно визначати умови обороту товарів на ринку, у реальному виборі між кіль-

кома продавцями та покупцями тощо. Адже з огляду на те, що стимулом, який спонукає суб'єкта господарювання до конкурентної боротьби, є його прагнення бути кращим за інших, слід визнати також і той факт, що це змушує їх розвивати і поглиблювати свої виробничі й технологічні потужності, переймати найкращий досвід і стратегії у інших підприємств, виявляти ті складові господарської діяльності, які потребують удосконалення.

Водночас, як переконливо свідчить досвід останніх десятиліть стрімкого розвитку ринкової економіки на ліберальних засадах в умовах нових інформаційно-технологічних реалій, конкуренція між суб'єктами господарювання нерідко призводить до негативних соціальних наслідків. Останнє пов'язано з тим, що в основу конкуренції закладено прагнення суб'єкта отримати якомога більші прибутки або доходи, зайняти домінуюче або монопольне положення на відповідному ринку. Це, у свою чергу, обумовлює той факт, що нерідко конкуренція перетворюється на суперництво або боротьбу між суб'єктами господарювання, що усвідомлено та цілеспрямовано здійснюється на шкоду іншим учасникам ринку та громадянам, зокрема шляхом застосування методів так званої недобросовісної конкуренції.

Наприклад, задля досягнення відповідних переваг на ринку тієї чи іншої продукції суб'єкти господарювання нерідко прагнуть з'ясувати комерційні таємниці конкурентів у неправомірний спосіб, використати або розкрити їх ноу-хау (секрети виробництва), створити умови для порушення господарських договорів, укладених конкурентами, сприяти таким порушенням, поширювати неправдиву рекламу про свої товари та їх переваги щодо іншої подібної або аналогічної продукції тощо. При цьому споживачам, тобто насамперед громадянам, також завдається відповідна шкода подібними недобросовісними діями, оскільки виробники однакової продукції нерідко прагнуть «перемогти» конкурентів не за допомогою підвищення якості пропонованих товарів, що, як правило, викликає необхідність здійснення більших витрат при їх виробництві, а за допомогою маркетингу і реклами. У подібних непоодиноких випадках конкуренція перетворюється на напружені, недовірливі відносини між відповідними суб'єктами та колективами людей, що не може не

позначатися на якості їх діяльності та погіршувати ті чи інші її показники.

Саме тому останнім часом дедалі більше дослідників звертають увагу на позитивні та негативні функції конкуренції, її переваги та недоліки, а також на способи протидії її небажаним соціальним наслідкам. Зокрема, Л. Юрчишина виділяє позитивні функції конкуренції, які, на її думку, можуть проявлятися лише у тому випадку, якщо суперництво між суб'єктами господарювання відбувається на добросовісній основі, а саме:

- 1) конкуренція сприяє випуску більш якісної продукції та вивиманню з ринку збуту неякісних товарів;
- 2) конкуренція є стимулом для більш якісної і продуктивної діяльності як одного працівника, так і підприємства в цілому;
- 3) конкуренція сприяє демонополізації економіки;
- 4) конкуренція стимулює підвищення рівня кваліфікації та професіоналізму працівників підприємств;
- 5) конкуренція сприяє вдосконаленню і успіху не тільки підприємств і організацій, але й економіки в цілому.

Серед негативних функцій конкуренції науковець виокремлює такі:

- 1) конкуренція передбачає статус переможеного, що, як правило, призводить до негативних емоційних станів значної кількості людей;
- 2) конкуренція може провокувати конфліктну взаємодію;
- 3) конкуренція виникає на бажанні задовольнити насамперед власні інтереси на шкоду інтересам інших суб'єктів;
- 4) конкуренція посилює невпевненість та страх невідповідності її жорстким умовам, сприяє зниженню самооцінки суб'єктів;
- 5) конкуренція сприяє руйнуванню довірчих відносин, що є вагомим чинником особистого зростання та впевненості у своїх силах та діях;
- 6) конкуренція допускає використання будь-яких методів для досягнення своєї мети [11].

Таким чином, конкуренція, як ринковий механізм саморегуляції відповідних соціально-економічних процесів, об'єктивно вимагає відповідного зовнішнього регулювання, у тому числі з боку держави, яка може і повинна використовувати різноманітні правові та організаційні засоби свого управлінського (владного)

впливу на цю надважливу сферу взаємовідносин у суспільстві. Одним із таких надзвичайно актуальних способів позитивного впливу держави на конкуренцію, спрямованого на мінімізацію її негативних наслідків для певних суб'єктів господарювання, є державна допомога суб'єктам господарювання. Її, на нашу думку, не можна вважати такою, що «спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції», оскільки насправді її призначення полягає у наданні певних переваг підприємствам і організаціям, які з об'єктивних причин не можуть досягти їх в умовах функціонування ринкових механізмів чи інших відповідних реалій. У вказаному контексті мова повинна йти не про «спотворення конкуренції», а про один із важливих елементів правової охорони суб'єктів господарювання від недобросовісних дій інших учасників ринку і тих негативних наслідків, які можуть настати в результаті таких дій (наприклад, банкрутство підприємства).

Відтак вважаємо, що конкуренція не може і не повинна розглядатися як самоціль розвитку економічної системи суспільства; вона повинна сприяти підвищенню якості життя, яке включає не лише матеріальне благополуччя громадян, а й їх творчу активність та чимало інших важливих соціальних показників розвитку суспільства (наприклад, підвищення соціальних виплат). Досягнути цього неможливо за відсутності розвиненої системи правових інститутів, які повинні захищати права всіх учасників соціально-економічних відносин. Одним із таких інститутів є, безумовно, державна допомога суб'єктам господарювання, яка, з одного боку, є альтернативою механізмам ринкової саморегуляції економічних відносин, а з іншого — важливим конститутивним елементом самого ринку, спрямованим на нормалізацію діяльності учасників відповідних відносин, у тому числі шляхом подолання негативних наслідків надмірного впливу одних суб'єктів, який здійснюється на шкоду правам інших осіб.

Отже, державна допомога суб'єктам господарювання — це одна із форм втручання держави в діяльність окремих суб'єктів господарювання, яка надається їм з метою, визначеною на підставі компетентної оцінки необхідності надання такої допомоги, передбачає надання економічних переваг та певні наслідки

їх використання на визначений строк, яких вони не зможуть або не змогли досягти в конкретних умовах, що фактично склалися.

Державна допомога суб'єктам господарювання не є антиподом ринку та породжуваних ним механізмів саморегуляції економічних відносин. Навпаки, така допомога є необхідним конститутивним елементом ринкової економіки, який спрямований на мінімізацію негативних наслідків недобросовісних конкурентних дій учасників ринку, а також подолання об'єктивної неспроможності конкуренції позитивно впливати на динаміку розвитку соціальної (неприбуткової) сфери життєдіяльності суспільства. Саме тому ринкові механізми координації дій суб'єктів господарювання повинні доповнюватися державною регуляцією відповідних відносин, що має здійснюватися на чітких та прозорих правових засадах.

Світовий досвід державного регулювання економіки переконливо доводить, що збалансоване поєднання встановлених у законодавстві механізмів державного втручання в економіку та ринкової саморегуляції економічних відносин дає можливість ефективно розвиватися всій системі соціально-економічних відносин у суспільстві.

1. Третяк Г. С., Бліщук К. М. Державне регулювання економіки та економічна політика: навч. посіб. Львів: ЛРІДУ НАДУ, 2011. С. 18.
2. Саниахметова Н. А. Регулирование предпринимательской деятельности в Украине: организационно-правовые аспекты: монография. Одесса, 1998. С. 121.
3. Тарахонич Т. І. Правове регулювання та правовий вплив як юридичні категорії: співвідношення понять. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 4. С. 12.
4. Лічак Д. В. Проблеми визначення поняття «державна підтримка суб'єктів господарювання». *Актуальні проблеми держави і права*: зб. наук. праць. 2009. Вип. 50. С. 407.
5. Пивоварова Н. Развитие методов субсидирования хозяйствующих субъектов. *Вестник ОГУ*. 2008. № 8 (90). С. 94.
6. Правовые основы государственной поддержки бизнеса: монография / Г. Д. Знаменский, С. М. Андросов, И. В. Головань и др.; отв. ред. Г. Д. Знаменский. Донецк: Юго-Восток, 2011. С. 31.
7. Колосова О. Е. Поняття державної допомоги суб'єктам господарювання. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Сер. Право. 2014. Вип. 27. Т. 2. С. 9-10.
8. Про державну допомогу суб'єктам господарювання: Закон України від 01.07.2014 р. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1555-18#Text>.
9. Чіков І. А. Конкуренція: теоретичні підходи до розуміння сутності поняття. *Агросвіт*. 2019. № 10. С. 79.
10. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 р. *Офіційний сайт*

Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text>. 11. Юрчишина Л. І. Аналіз концептуальних підходів до розуміння природи конкуренції та конкурентоспроможності. *Інвестиції: практика та досвід*. 2011. № 18. С. 44.

References

1. Tretiak H. S., Blishchuk K. M. Derzhavne rehuliuвання ekonomiky ta ekonomichna polityka: navch. posib. Lviv: LRIDU NADU, 2011. 128 s.
2. Saniahmetova N. A. Regulirovanie predprinimatel'skoj deyatel'nosti v Ukraine: organizacionno-pravovye aspekty: monografiya. Odessa, 1998. 233 s.
3. Tarakhonch T. I. Pravove rehuliuвання ta pravovyi vplyv yak yurydychni katehorii: spivvidnoshennia poniat. *Chasopys Kyivskoho universytetu prava*. 2009. № 4. S. 10-14.
4. Lichak D. V. Problemy vyznachennia poniattia «derzhavna pidtrymka subiektiv hospodariuvannia». *Aktualni problemy derzhavy i prava: zbirnyk naukovykh prats*. 2009. Vyp. 50. S. 403-411.
5. Pivovarova N. Razvitie metodov subsidirovaniya hozyajstvuyushchih sub'ektov. *Vestnik OGU*. 2008. № 8 (90). S. 93-99.
6. Pravovye osnovy gosudarstvennoj podderzhki biznesa: monografiya / G. D. Znamenskij, S. M. Androsov, I. V. Golovan' i dr.; otv. red. G. D. Znamenskij. Doneck: Yugo-Vostok, 2011. 170 s.
7. Kolosova O. E. Poniattia derzhavnoi dopomohy subiektam hospodariuvannia. *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu*. Ser. Pravo. 2014. Vyp. 27. T. 2. S. 7-10.
8. Pro derzhavnu dopomohu subiektam hospodariuvannia: Zakon Ukrainy vid 01.07.2014 r. *Ofitsiynyi sait Verkhovnoi Rady Ukrainy*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1555-18#Text>.
9. Chikov I. A. Konkurentsiia: teoretychni pidkhody do rozuminnia sutnosti poniattia. *Ahrosvit*. 2019. № 10. S. 79 (S. 74-80).
10. Pro zakhyt ekonomichnoi konkurentsii: Zakon Ukrainy vid 11.01.2001 r. *Ofitsiynyi sait Verkhovnoi Rady Ukrainy*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text>.
11. Yurchyshyna L. I. Analiz konseptualnykh pidkhodiv do rozuminnia pryrody konkurentsii ta konkurentospromozhnosti. *Investytsii: praktyka ta dosvid*. 2011. № 18. S. 41-47.

Zvonkov Yevgen. State aid to economic entities: the legal aspect of understanding the essence of the concept

In the proposed article the author considers the understanding of the essence and content of the concept of «state aid to economic entities». It is noted that the concepts of «state aid to economic entities» and «state support of economic entities» are part of state regulation of the economy as a whole, the purpose of which in modern market realities is to ensure stable socially useful functioning of economic relations in society in conditions of limited market mechanisms of their self-regulation.

The concept of «state aid to economic entities» involves the use of certain state resources to promote the development of individual enterprises under certain conditions, while the concept of «state support of economic entities» combines tools aimed at economic development or at least its individual industries as a whole, without creating privileges for individual enterprises. State aid to economic entities, in contrast to state support, always has a monetary form of expression (direct or indirect), the specific purpose of its provision, provides for a clearly defined range of entities – recipients of such assistance, certain consequences of its use, and economic advantages of

individual enterprises or economic entities in terms of their impact on competition and trade.

The Law of Ukraine «On State Aid to Economic Entities» establishes the legal basis for monitoring state aid to business entities, as well as monitoring the admissibility of such aid for competition. Art. 1 of this Law provides a definition of «state aid to economic entities», which, according to the legislator, is support in any form of economic entities at the expense of state or local resources, which distorts or threatens to distort economic competition, creating benefits for the production of certain types of goods or certain types of economic activity. As can be seen from the content of the above legal definition of this concept, the legislator believes that the provision of state aid to economic entities – is rather a negative phenomenon, which is forced to apply in connection with a certain objective need, because it is, firstly, requires state or local material resources, that is in fact budget losses, and, secondly, «distorts or threatens to distort economic competition», which is the basis of a market (capitalist) economy.

At the same time, in this definition, the legislator does not take into account that competition, as a market mechanism of self-regulation of relevant socio-economic processes, objectively requires appropriate external regulation, including by the state, which can and should use various legal and organizational means of managerial (authoritarian) influence on this crucial area of relations in society. One of such extremely important ways of positive state influence on competition, aimed at minimizing its negative effects on certain economic entities, is state aid to economic entities, which, in our opinion, cannot be considered as «distorting or threatening to distort economic competition», because in fact its purpose is to provide certain advantages to enterprises and organizations that for objective reasons cannot achieve them in the functioning of market mechanisms or other relevant realities. In this context, it should not be a question of «distortion of competition», but one of the important elements of legal protection of economic entities from unfair actions of other market participants and the negative consequences that may result from such actions (for example, bankruptcy).

Thus, state aid to economic entities is a form of state intervention in the activities of individual economic entities, which is provided to them for the purpose determined on the basis of a competent assessment of the need for such assistance, provides economic benefits and certain consequences of their use, which they will not be able or could not achieve in the specific conditions that actually prevailed. State aid to economic entities is not the antithesis of the market and the mechanisms of self-regulation of economic relations generated by it. On the contrary, such assistance is a necessary constitutive element of a market economy, which aims to minimize the negative consequences of unfair competitive actions of market participants, as well as overcoming the objective inability of competition to positively affect on the dynamics of social (non-profit) society.

Key words: state aid to economic entities, state support of economic entities, legal regulation, legislation, market economy, competition.

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

УДК 342:352

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-51

Е. Р. ІБРАГІМЗАДЕ

АДМІНІСТРАТИВНЕ ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ, ДІЙ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

Розглядаються особливості адміністративного оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів місцевого самоврядування в їх посадових осіб як позасудової процедури, яка сприяє забезпеченню законності у їх діяльності. Розглядається порядок подання скарги відповідно до Закону України «Про звернення громадян». Сформульовано висновки щодо необхідності більш детального регулювання такого порядку. Визначено правову природу і перспективи реформування цього адміністративного провадження з урахуванням зарубіжного досвіду. Звертається увага на функціонування апеляційних комісій у зарубіжних країнах і доцільність створення окремого підрозділу для роботи зі скаргами громадян, що виникають у діяльності органів місцевого самоврядування.

Ключові слова: адміністративне оскарження, органи місцевого самоврядування, позасудова процедура, законність, скарга, адміністративне провадження.

Ibrahimzade Elshad. Administrative appeal of decisions, actions or inactivity of local government bodies

The article considers the peculiarities of administrative appeal of decisions, actions or inaction of local governments and their officials as an out-of-court procedure that helps to ensure the legality of their activities. The procedure for filing a complaint in accordance with the Law of Ukraine «On Citizens' Appeals» is considered; conclusions are drawn on the need for more detailed regulation of this procedure. The legal nature and prospects of reforming this administrative

proceedings are determined taking into account foreign experience. Attention is drawn to the functioning of appeal commissions in foreign countries and the expediency of creating a separate unit to deal with complaints of citizens that arise in the process of carrying out activities of local governments.

Key words: *administrative appeal, local self-government bodies, extrajudicial procedure, legality, complaint, administrative proceedings.*

Статтею 40 Конституції України закріплено право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, які зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк. Це конституційне положення реалізується, в тому числі, шляхом закріплення порядку адміністративного оскарження рішень, дій і бездіяльності органів публічної влади.

Забезпечення законності у діяльності органів місцевого самоврядування тісно пов'язане з ефективністю гарантування права громадян, які проживають на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці, на оскарження рішень, дій чи бездіяльності цих органів. Право оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів місцевого самоврядування є правом, яке забезпечує участь особи в управлінні місцевими справами, можливість впливу на роботу органів місцевого самоврядування. За допомогою адміністративного оскарження особа може захистити свої права, порушені неправомірним актом органу публічної влади, не звертаючись до суду. Завдяки цьому знижується навантаження на судову систему, а захист порушених прав громадянина здійснюється оперативніше.

Метою статті є з'ясування засад та специфічних особливостей адміністративного оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів місцевого самоврядування і їх посадових осіб на підставі аналізу доктринальних та нормативних джерел, а також визначення шляхів удосконалення такого провадження.

Проблеми адміністративного оскарження досліджуються у працях таких вчених, як В. Авер'янов, О.Ф. Андрійко, О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, І.Л. Бородін, І.П. Голосніченко, І. Грибко, Л. Іванова, Л. Кисіль, М. Костенніков, В.К. Колпаков,

О.В. Кузьменко, Д.М. Лук'янець, М.В. Лошицький, В. Полюхович, Я. Рябченко, В. Тимошук та ін.

У Рекомендації Res(2001)9 Комітету Міністрів держав-членам про альтернативні методи врегулювання спорів між адміністративними органами і приватними особами від 05.09.2001 р. [1] (далі – Рекомендація Res (2001)9) наголошується на необхідності застосування позасудових способів вирішення публічно-правових спорів між органами публічної влади та приватними особами. Відзначається, що судова процедура на практиці не завжди є найбільш доцільним способом урегулювання адміністративних спорів, а широке застосування альтернативних способів може допомогти врегулюванню адміністративних спорів і наблизити адміністративні органи до населення. В Україні серед позасудових засобів оскарження саме адміністративне оскарження є основним порядком розв'язання адміністративно-правового спору з органом публічної влади. Рекомендація Res (2001)9 визначає такі основні положення регулювання внутрішнього розгляду справ: 1) у принципі внутрішній перегляд можливий щодо будь-якого акта. Він може охоплювати питання доцільності та/або законності адміністративного акта; 2) внутрішній перегляд у деяких випадках може бути обов'язковим як попередня умова судового процесу; 3) розгляд результатів внутрішнього перегляду мають проводити й ухвалювати за ними рішення компетентні органи.

Важливість розвитку інституту адміністративного оскарження зумовлена тим, що суд, навіть визнавши оскаржуване рішення незаконним, не може прийняти позитивне рішення замість адміністративного органу. Визнання незаконним відповідного рішення не завжди тягне за собою реальний захист прав особи, що звернулася до суду. Часто постає питання прийняття іншого адміністративного рішення, проте суд не вправі приймати рішення замість відповідного органу публічної влади. Так, велика частина рішень, що приймаються органами місцевого самоврядування, є актами індивідуальної дії, юридичне значення яких вичерпується їх виконанням. Відповідно лише визнання такого акту незаконним не сприятиме реальному відновленню порушених прав особи, яка звернулася до суду. Виходячи із цього, адміністративне оскарження є додатковою гарантією

оперативного захисту прав і законних інтересів приватних осіб [2, с. 247].

Причому за українським законодавством використання порядку адміністративного оскарження не є обов'язковим для можливості звернення до адміністративного суду. Відповідно до частини 1 статті 16 Закону України «Про звернення громадян» [3] подання скарги не позбавляє громадянина права звернутися до суду відповідно до законодавства, а в разі відсутності такого органу або незгоди громадянина з прийнятим за скаргою рішенням – безпосередньо до суду. Втім для певної категорії справ доцільним є встановлення такої вимоги з метою зменшення навантаження на судову систему й ефективнішого та швидшого вирішення адміністративних спорів із органом місцевого самоврядування.

Адміністративне оскарження є окремим способом захисту прав, яке не завжди передує і тягне за собою необхідність звернення до суду. В літературі провадження з розгляду скарг осіб розглядають як самостійне провадження в межах адміністративного процесу і як юрисдикційну складову провадження за зверненнями громадян. Зокрема, «адміністративні провадження щодо вирішення звернень громадян у вигляді скарг» визначаються як самостійна група норм, що регулюють адміністративно-правовий порядок поновлення прав і свобод людини і громадянина; та за суб'єктом вирішення можуть бути двох підвидів: провадження в справах за скаргами, що вирішуються в органах виконавчої влади чи органах місцевого самоврядування, посадовими особами органів управління, і провадження за скаргами, що вирішуються в судовому порядку, – адміністративна юстиція [4, с. 30-31]. Р.С. Мельник і В.М. Бевзенко під адміністративним оскарженням розуміють свідому, вольову, цілеспрямовану законну поведінку фізичної або юридичної особи, яка полягає у зверненні до суб'єкта публічної адміністрації з вимогою захистити її публічні права, свободи, інтереси від незаконної діяльності (бездіяльності) підпорядкованого суб'єкта [5, с. 348].

Право громадян на звернення до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій різних форм власності, громадських об'єднань у літературі справедливо називають одним із найважливіших заходів

забезпечення законності й дисципліни в державному управлінні [6, с. 279]. Адміністративне оскарження є дієвим механізмом запобігання та усунення порушень законності в діяльності органів місцевого самоврядування. Відмінність адміністративного оскарження від інших засобів забезпечення законності полягає у суб'єкті, який ініціює такий порядок перевірки. Він вимагає активної участі осіб, що мешкають на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці. Реалізуючи своє право на оскарження, особа може своєчасно виявити порушення законності в роботі органів місцевого самоврядування. Як зазначає В.М. Гаращук, громадяни, звертаючись до компетентних органів із заявами та скаргами, сигналізують про виявлені ними порушення законності та дисципліни, даючи змогу повноважним державним органам розібратися в суті справи, притягнути до відповідальності винних [7, с. 181].

Провадження, які ініціюються скаргами осіб, слід розглядати як юрисдикційну складову проваджень за зверненнями осіб. Згідно із статтею 1 Закону України «Про звернення громадян» громадяни України мають право звернутися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності, засобів масової інформації, посадових осіб відповідно до їх функціональних обов'язків із зауваженнями, скаргами та пропозиціями, що стосуються їх статутної діяльності, заявою або клопотанням щодо реалізації своїх соціально-економічних, політичних та особистих прав і законних інтересів та скаргою про їх порушення.

Подання скарги є юридичним фактом, на підставі якого виникають адміністративно-правові охоронні відносини, пов'язані з ухваленням органом місцевого самоврядування протиправного рішення або вчинення дій чи бездіяльності, які суперечать законодавству. Вони припиняються з ухваленням уповноваженим суб'єктом правозастосовного акта за наслідками розгляду скарги. Призначення скарги як форми звернення громадян істотно відрізняється від тих, якими характеризується заява та пропозиція. Скаргою є звернення з вимогою про поновлення прав і захист законних інтересів громадян, порушених діями (бездіяльністю), рішеннями державних органів, органів

місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, об'єднань громадян, посадових осіб (стаття 3 Закону України «Про звернення громадян»). Виходячи зі статті 4 Закону України «Про звернення громадян», оскарженню підлягають рішення, дії (бездіяльність) органів місцевого самоврядування, внаслідок яких: 1) порушено права і законні інтереси чи свободи громадянина (групи громадян); 2) створено перешкоди для здійснення громадянином його прав і законних інтересів чи свобод; 3) незаконно покладено на громадянина які-небудь обов'язки або його незаконно притягнуто до відповідальності. Така скарга виконує також сигналізаційну функцію, звертаючи увагу на порушення законодавства посадовими особами органів місцевого самоврядування.

Нормативно визначені вимоги до звернення особи. На підставі статті 5 Закону України «Про звернення громадян» можна сформулювати такі вимоги до скарги на рішення, дії чи бездіяльність органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб: адресується органам місцевого самоврядування або посадовим особам, до повноважень яких належить вирішення порушених у зверненнях питань; може бути подано окремою особою (індивідуальне) або групою осіб (колективне); має бути зазначено прізвище, ім'я, по батькові, місце проживання громадянина, викладено суть порушеного питання, зауваження, пропозиції, заяви чи скарги, прохання чи вимоги; може бути усним чи письмовим; письмове звернення повинно бути підписано заявником (заявниками) із зазначенням дати. Особливою формою колективного звернення громадян до органу місцевого самоврядування є електронна петиція.

Проте суб'єктом оскарження відповідно до українського законодавства можуть виступати лише фізичні особи. Громадянин може подати скаргу особисто або через уповноважену на це іншу особу. До скарги додаються наявні у громадянина рішення або копії рішень, які приймалися за його зверненням раніше, а також інші документи, необхідні для розгляду скарги, які після її розгляду повертаються громадянину.

Нормативна визначеність процедури адміністративного оскарження рішень органів місцевого самоврядування чи їх посадових осіб дозволяє особі належним чином використати її,

запустивши контрольний механізм за діяльністю таких суб'єктів. Закон України «Про звернення громадян» закріплює порядок оскарження рішень, дій і бездіяльності у межах загальної процедури розгляду звернень громадян у досить загальних рисах і без урахування специфіки діяльності органів місцевого самоврядування і їх посадових осіб.

Відповідно до частини 1 статті 16 Закону України «Про звернення громадян» скарга на дії чи рішення органу державної влади, органу місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, об'єднання громадян, засобів масової інформації, посадової особи подається у порядку підлеглих вищому органу або посадовій особі.

Над представницькими органами місцевого самоврядування (місцевими радами) та над міськими, сільськими, селищними головами немає органів чи посадових осіб вищого рівня. Проте вони також уповноважені приймати рішення, які впливають на права та інтереси громадян. Тому оскарження шляхом звернення до посадової особи вищого рівня можливе лише щодо рішень, дій чи бездіяльності службовців виконавчих органів місцевої ради. В такому випадку доцільним є формування комісій з розгляду скарг при відповідних органах, які діють на громадських засадах.

У частині визначення уповноваженого суб'єкта доцільно розрізняти делеговані та власні повноваження місцевого самоврядування. Так, адміністративним органом вищого рівня при оскарженні рішень, дій і бездіяльності щодо виконання делегованих повноважень може виступати орган виконавчої влади, на який покладено повноваження з нагляду за діяльністю органів місцевого самоврядування.

Для попереднього розгляду і вирішення скарг можуть залучатися апеляційні комісії. Крім того, до їх повноважень можуть бути віднесені розгляд скарг на рішення, дії чи бездіяльність тих органів, над якими немає вищих органів. Так, деякі українські міста створюють апеляційні комісії для більш об'єктивного вирішення спорів. Їх статус при органах місцевого самоврядування регламентується рішенням відповідної місцевої ради [8, с.16].

Щодо суб'єктів, уповноважених розглядати скарги, подані у порядку адміністративного оскарження, то універсальні євро-

пейські стандарти відсутні. За загальним підходом це може бути керівник органу, посадова особа якого ухвалила оскаржуване рішення, вчинила дію чи бездіяльність, або вищі органи відповідної галузі державного управління, або спеціальні апеляційні структури, які, по суті, відносять до квазісудових установ [9, с. 103]. Зокрема, у Нідерландах в муніципалітетах утворюються спеціальні дорадчі комісії, до складу яких входять мешканці міста, які обираються муніципальним парламентом на строк його повноважень. Комісії складаються із 20–25 осіб, які працюють у підгрупах за галузевою спеціалізацією справ. Скарги розглядаються колегіями в складі 2–3 членів комісії один-два рази на місяць. У разі відмови у задоволенні скарги таке рішення є остаточним. У випадку задоволення скарги проект рішення направляється уповноваженому суб'єкту (відповідно бургомістрові, виконавчому органу муніципалітету чи муніципальному парламенту) для прийняття рішення [9, с.17]. Причому предметом перегляду комісією є не лише законність, а й справедливість рішення.

У Польщі процедура подання і розгляду скарг визначається у Кодексі адміністративного провадження [10]. Скарги подаються до апеляційних колегій самоврядування (стаття 17), Голові Ради Міністрів або відповідним міністрам (стаття 18). Склад таких колегій змішаний: вони включають як штатних членів (професіоналів у галузі права або публічної адміністрації) та позаштатних членів, які працюють за відповідну грошову винагороду, що сприяє вирішенню кадрових проблем таких органів.

Статтею 19 Закон України «Про звернення громадян» визначені обов'язки органів місцевого самоврядування у процедурі оскарження, які в цілому відповідають європейським стандартам. Проте більш доцільним видається підхід, за якого такі обов'язки визначаються через окремі стадії адміністративного провадження: 1) відкриття провадження за ініціативою особи на підставі поданої скарги; 2) розгляд справи; 3) прийняття рішення та здійснення заходів за наслідками розгляду скарги. В разі незгоди з рішенням, прийнятим у справі за скаргою, громадянин може оскаржити його до вищого органу публічної адміністрації або до суду. Гарантією прав громадян є нормативне визначення строку подання скарг на рішення, що вже оскаржувалося. Згідно

із статтею 17 Закону України скарга на рішення, що оскаржувалось, може бути подана до органу або посадовій особі вищого рівня протягом одного року з моменту його прийняття, але не пізніше одного місяця з часу ознайомлення громадянина з прийнятим рішенням. Скарги, подані з порушенням зазначеного терміну, не розглядаються. Пропущений з поважної причини термін може бути поновлений органом чи посадовою особою, що розглядає скаргу.

Скарги розглядаються і вирішуються у термін не більше одного місяця від дня їх надходження, а ті, які не потребують додаткового вивчення, — невідкладно, але не пізніше п'ятнадцяти днів від дня їх отримання. Якщо в місячний термін вирішити порушені у скарзі питання неможливо, керівник відповідного органу або його заступник встановлюють необхідний термін для його розгляду, про що повідомляється особі, яка подала скаргу. При цьому загальний термін вирішення питань, порушених у зверненні, не може перевищувати сорока п'яти днів.

Скарга повинна вважатися вирішеною за умов розгляду всіх порушених особою питань, здійснення всіх необхідних заходів і надання обґрунтованих відповідей скаржнику по всіх порушених питаннях. В Україні актуальною є робота в напрямку прийняття мотивованих рішень, без шаблонних відповідей при розгляді скарг осіб на порушення прав актом органу місцевого самоврядування. Крім того, необхідне визначення варіантів рішень за скаргами та закріплення порядку обов'язкового інформування громадян про наслідки розгляду скарги та процедури її розгляду.

Для підвищення ефективності адміністративного оскарження доцільним є створення окремого підрозділу для роботи зі скаргами громадян, що виникають у процесі здійснення діяльності органами місцевого самоврядування. На нього може бути покладені також повноваження із перевірки роботи окремих посадових осіб, пов'язаної з оскарженням. На основі вивчення матеріалів про розгляд скарг такий орган може розробляти пропозиції щодо усунення умов порушення вимог законності в діяльності органів місцевого самоврядування.

Актуальним для України є прийняття кодифікованого акта щодо адміністративних процедур для посилення правової визначеності в процесі оскарження рішень органів публічної

влади. Так, Верховна Рада України ухвалила в першому читанні проект закону № 3475 «Про адміністративну процедуру» [11], в якому пропонується врегулювати процедури, які застосовуватимуться у відносинах органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів, які згідно із законом уповноважені здійснювати владні управлінські функції, з фізичними та юридичними особами щодо забезпечення реалізації та захисту прав і законних інтересів осіб та виконання ними визначених законом обов'язків, а також регламентувати процедури розгляду адміністративних справ. Законопроект складається з преамбули та дев'яти розділів, зокрема «Адміністративне оскарження» (розділ VI, ст. 80-87), в якому регламентується оскарження адміністративних актів у позасудовому порядку. Законопроект визначає обов'язок мотивувати свої рішення та зазначати порядок їх оскарження безпосередньо в адміністративному акті. Крім того, у зазначеному законопроекті регулюються взаємовідносин адміністративних органів не лише з фізичними, а й юридичними особами.

Отже, адміністративне оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів місцевого самоврядування та їхніх посадових осіб являє собою позасудовий нормативно визначений порядок вчинення процесуальних дій уповноваженими суб'єктами розгляду, спрямований на об'єктивний розгляд справ, ініційованих скаргами фізичних і юридичних осіб. Таке провадження із розгляду скарг є гарантією дотримання законності, оскільки спрямоване на усунення наслідків порушень законодавчих норм, які були допущені органами місцевого самоврядування чи їх посадовими особами. Для підвищення ефективності необхідне більш детальне визначення процедури розгляду скарг громадян.

1. Рекомендації Rec(2001)9 Комітету Міністрів державам-членам про альтернативні методи врегулювання спорів між адміністративними органами і приватними особами від 05.09.2001 р. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Rec_2001_9_2001_09_05.pdf. 2. Принцип верховенства права: Проблеми теорії та практики: у двох книгах / за заг. ред. Ю.С. Шемчушенка / книга друга: *Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві* / Відп. ред. В.Б. Авер'янов. Київ: Конус-Ю, 2008. 314 с. 3. Про звернення громадян : Закон України від 2 жовтня 1996 р. № 352. *Відомості Верховної. Ради України*. 1996. № 47.

Ст. 256. **4.** Голосніченко І.П. Адміністративний процес: навч. посіб. / за заг. ред. І.П. Голосніченка. Київ: ГАН, 2003. 256 с. **5.** Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право: навч. посіб. / за заг. ред. Р.С. Мельника. Київ: Ваїте, 2014. 376 с. **6.** Адміністративне право: підручник / [Ю.П. Битяк (кер. авт. кол.), В.М. Гаращук, В.В. Богуцький та ін.; за заг. ред. Ю.П. Битяка, В.М. Гаращука, В.В. Зуй. Харків: Право, 2010. 624 с. **7.** Гаращук В.М. Теоретико-правові проблеми контролю та нагляду у державному управлінні: дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2003. 412 с. **8.** Куйбіда Р., Руда Т., Лиско Г., Школик А. Що треба знати службовцям місцевого самоврядування про суди: практ. посіб. для керівників органів місцевого самоврядування та юридичних служб / Швейцарсько-український проект «Підтримка децентралізації в Україні – DESPRO». Київ: ТОВ «Софія-А». 2012. 112 с. **9.** Лученко Д.В. Про позасудове оскарження в адміністративному праві та перспективи його розвитку в Україні. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія: Економічна теорія та право / редкол.: А. П. Гетьман та ін. 2012. № 3 (10). С. 97-105. **10.** ACT of 14 June 1960 Code of Administrative Procedure Poland. URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/en-act-14-june-1960-code-administrative-procedure-poland-ustawa-z-dnia-14-czerwca-1960>. **11.** Проект Закону про адміністративну процедуру № 3475 від 14.05.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68834.

References

1. Rekomendatsii Rec(2001)9 Komitetu Ministriv derzhavam-chlenam pro alternatyvni metody vrehuliuvannia sporiv mizh administratyvnymy orhanamy i pryvatnymy osobamy vid 05.09.2001 r. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Rec_2001_9_2001_09_05.pdf. **2.** Pryntsyp verkhovenstva prava: Problemy teorii ta praktyky: u dvokh knykhakh / Za zah. red. Yu.S. Shemchushenka / knyha druha: *Pryntsyp verkhovenstva prava u diialnosti derzhavy ta v administratyvnomu pravi* / Vidp. red. V.B. Aver'ianov. K.: Konus-Iu, 2008. 314 s. **3.** Pro zvernennia hromadian: Zakon Ukrainy vid 2 zhovt. 1996 r. № 352. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 47. St. 256. **4.** Holosnichenko I.P. Administratyvnyi protses: navch. posib. / za zah. red. I.P. Holosnichenka. Kyiv: HAN, 2003. 256 s. **5.** Melnyk R.S., Bevzenko V.M. Zahalne administratyvne pravo: Navchalnyi posibnyk / za zah. red. R.S. Melnyka. Kyiv: Vaite, 2014. 376 s. **6.** Administratyvne pravo: pidruchnyk / Iu.P. Bytiak (ker. avt. kol.), V.M. Harashchuk, V.V. Bohutskyi ta in.; za zah. red. Yu.P. Bytiaka, V.M. Harashchuka, V.V. Zui. Xarkiv: Pravo, 2010. 624 s. **7.** Harashchuk V.M. Teoretyko-pravovi problemy kontroliu ta nahliadu u derzhavnomu upravlinni: dys. ... dokt. yuryd. nauk: 12.00.07. Xarkiv, 2003. 412 s. **8.** Kuibida R., Ruda T., Lysko H., Shkolyk A. Shcho treba znaty sluzhbovtiam mistsevoho samovriaduvannia pro sudy: praktychnyi posibnyk dlia kerivnykiv orhaniv mistsevoho samovriaduvannia ta yurydychnykh sluzhb; Shveitsarsko-ukrainskyi projekt «Pidtrymka detsentralizatsii v Ukraini – DESPRO». Kyiv: TOV «Sofiiia-A». 2012. 112 s. **9.** Luchenko D.V. Pro pozasudove oskarzhennia v administratyvnomu pravi ta perspektyvy yoho

rozvytku v Ukraini. *Visnyk Natsionalnoho universytetu «Iurydychna akademiia Ukraini imeni Yaroslava Mudroho»*. Seriia: Ekonomichna teoriia ta pravo / redkol.: A. P. Hetman ta in. 2012. № 3 (10). S. 97-105. **10.** ACT of 14 June 1960 Code of Administrative Procedure Poland. URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/en-act-14-june-1960-code-administrative-procedure-poland-ustawa-z-dnia-14-czerwca-1960>. **11.** Proekt Zakonu pro administratyvnu protseduru № 3475 vid 14.05.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68834.

***Ibrahimzade Elshad.* Administrative appeal of decisions, actions or inactivity of local government bodies**

The article considers the peculiarities of administrative appeal as an out-of-court procedure that helps to ensure the legality. Administrative appeal against decisions, actions or omissions of local governments and their officials is an out-of-court normatively defined procedure for committing procedural actions by authorized subjects of review, aimed at objective consideration of cases initiated by complaints of individuals and legal entities. Such complaints proceedings is a guarantee of compliance with the law, as they are aimed at eliminating the consequences of violations of legislation that have been committed by local governments or their officials. In order to increase efficiency, a more detailed regulation of the procedure for reviewing citizens' complaints is needed.

There are no universal European standards for entities authorized to deal with complaints filed through administrative appeals. According to the general approach, this may be the head of the body whose official adopted the contested decision, committed an act or omission, or higher bodies of the relevant branch of government, or special appellate structures, which are essentially quasi-judicial institutions.

The legal nature and prospects of reforming this administrative proceedings are determined taking into account foreign experience. There are no higher-level bodies or officials over the representative bodies of local self-government (local councils) and over city, village and settlement mayors in Ukraine. However, they are also empowered to make decisions that affect the rights and interests of citizens. Administrative appeal by appeal to a higher-level official is possible only in respect of decisions, actions or omissions of employees of the executive bodies of the local council. In this case, it is advisable to form commissions to review complaints with the relevant bodies that operate on a voluntary basis.

The procedure for filing a complaint in accordance with the Law of Ukraine «On Citizens' Appeals» is considered; conclusions are drawn on the need for more detailed regulation of this procedure.

Key words: administrative appeal, local self-government bodies, extrajudicial procedure, legality, complaint, administrative proceedings.

ЦИВІЛЬНЕ, ПІДПРИЄМНИЦЬКЕ
ТА ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

УДК 347.626.6

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-63

С. О. КОРОЄД

**ПОДІЛ СПІЛЬНИХ БОРГОВИХ (КРЕДИТНИХ)
ЗОВОВ'ЯЗАНЬ ПОДРУЖЖЯ В СУДОВОМУ ПОРЯДКУ**

Розглядаються питання поділу спільного майна подружжя, а також спільних діючих боргових зобов'язань на майбутнє. З'ясовується зміст правової категорії «майно» в аспекті включення майнових зобов'язань. Аналізується судова практика в справах про поділ між подружжям боргових зобов'язань. Визначаються способи поділу боргових зобов'язань, які були погашені одним із подружжя, та аргументується, що в цьому випадку позивач має право на зворотну вимогу до іншого з подружжя про відшкодування половини сплачених за кредитним договором коштів. Обґрунтовується, що діючі боргові зобов'язання подружжя, оформлені на одного з них, при поділі майна подружжя теж підлягають поділу, причому без згоди кредитора, оскільки поділ майна здійснюється згідно з законом, а склад подружжя як солідарних боржників залишається незмінним.

Ключові слова: сумісна власність подружжя, поділ спільного майна подружжя, поділ боргів подружжя, позика, кредит, зобов'язання, договір позики (кредиту), солідарні боржники, згода кредитора, суд.

Koroied Serhii. Division of joint debt (credit) obligations of spouses in court

The issues of division of joint property of spouses, as well as division of their joint current debt obligations for the future are considered. The content of the legal category “property” in terms of the inclusion of property obligations is clarified. Judicial practice on the division of debts between spouses is analyzed. The methods of division of debt obligations that were repaid by one of the spouses are determined and it is argued that in this case the plaintiff is entitled to a claim against the other

spouse for reimbursement of half of the funds paid under the loan agreement. It is substantiated that the current debt obligations of the spouses, arranged to one of them, in the division of property of the spouses are also subject to distribution, without the consent of the creditor, as the division of property is carried out in accordance with the law, and the composition of the spouses as joint debtors remains unchanged.

Key words: *joint property of spouses, division of joint property of spouses, division of debts of spouses, loan, credit, obligations, loan agreement (credit), joint debtors, consent of creditor, court.*

Розгляд і вирішення судами цивільних справ щодо поділу спільного майна подружжя завжди спричиняли труднощі в судовій практиці не лише в частині доведення сукупності обставин, які дозволяють надати спірному майну статус спільної сумісної власності подружжя (зокрема, часу набуття такого майна; джерел і спільності коштів його придбання; мети придбання тощо), а й взагалі правильності тлумачення відповідних положень Сімейного кодексу України, які визначають предмет доказування та підлягають застосуванню до спірних правовідносин сторін у таких спорах.

Ускладнюються такі справи в окремих випадках додатковими вимогами здійснити поділ не лише спільного майна як активів — речей, майнових прав, а й зобов'язань повернути борг — кошти, які отримані в позику (кредит) одним із подружжя за згодою іншого подружжя та використані в інтересах сім'ї на придбання спільних речей, які підлягають поділу, або використані на інші цілі (на ремонт, лікування, навчання, відпочинок тощо). Адже принцип невіддільності пасивів (боргів, інших зобов'язань) від активів (речей, майнових прав) вимагає врахування таких пасивів при поділі між сторонами активів як головне правило універсального правонаступництва. Іншими словами, ділити боргові зобов'язання (зобов'язання з повернення позики чи кредиту) без поділу іншого майна (речей, майнових прав), тобто активів, на наше переконання, не можна. До речі, в окремих судових рішеннях теж зауважується, що боргові зобов'язання окремому поділу не підлягають, а можуть бути враховані лише при безпосередньому поділі майна, наявного в натурі (наприклад, ухвала апеляційного суду Луганської області від 29.04.2013 в справі № 428/729/13-ц). Тобто поділу підлягає все майно

подружжя, у тому числі їх боргові зобов'язання, а не окрема його частина (постанова Верховного Суду від 11.07.2018 в справі № 717/1140/15-ц).

Поділ між подружжям боргових зобов'язань (точніше, їх врахування), які на момент вирішення судом спору про поділ спільного майна були погашені (сплачені) одним із подружжя (як безпосереднім позичальником за договором позики чи кредиту), не викликає труднощів, адже в цьому випадку ми маємо суму коштів, сплачених одним із подружжя, в рахунок погашення позики (кредиту) за “обох”, а тому половина сплачених коштів підлягає врахуванню при поділі спільного майна подружжя або стягненні з іншого подружжя. В таких випадках сума боргу, який було сплачено одним із подружжя, є чітко визначеною, і не виникає проблем з її поділом шляхом присудження такому подружжю більшої частини майна (з урахуванням половини суми сплаченого ним боргу) або шляхом стягнення з іншого подружжя половини вартості вже сплаченого боргу. Адже внаслідок укладення кредитного договору в подружжя виникає зобов'язання в інтересах сім'ї у вигляді повернення кредитних коштів, виконання якого подружжя здійснює як солідарні боржники (така правова позиція викладена у постанові Верховного Суду України від 27.04.2016 у справі № 6-486цс16, а також постанові Верховного Суду від 13.05.2019 у справі № 638/1962/17), а тому той із подружжя, який виконав зобов'язання (сплативши самостійно борг), що виникло з кредитного договору або договору позики, в силу ст. 544 ЦК України має право на зворотну вимогу до іншого з подружжя про відшкодування частини (з урахуванням присудженої частки) сплачених за таким договором коштів (така можливість визнається й судовою практикою, наприклад в ухвалі апеляційного суду Миколаївської області від 19.05.2016 в справі № 490/5405/13-ц).

Так, у справі № 490/6024/16-ц позивач (який після розірвання шлюбу самостійно виконував зобов'язання за кредитним договором та повністю погасив кредит) просив стягнути з відповідача на його користь частину погашених після розірвання шлюбу кредитних зобов'язань перед банком за кредитним договором в розмірі 30 тис. доларів США. Верховний Суд у своїй постанові від 13.03.2019 р. зробив висновок, що при поділі майна врахо-

вуються також борги подружжя та правовідносини за зобов'язаннями, що виникли в інтересах сім'ї. При цьому, внаслідок укладення кредитного договору, в подружжя виникає зобов'язання в інтересах сім'ї у вигляді повернення кредитних коштів, виконання якого подружжя здійснює як солідарні боржники. А оскільки позивачем у період перебування у шлюбі з відповідачем укладено кредитний договір для придбання квартири, право власності на частину якої визнано за відповідачем, та після розірвання шлюбу ним погашено вказаний кредит, тому суди дійшли правильного висновку про наявність підстав для поділу боргового зобов'язання порівну між колишнім подружжям.

В іншій справі № 183/3265/14-ц про поділ майна подружжя позивач за зустрічним позовом просив стягнути з іншого подружжя частину сплачених боргових зобов'язань подружжя з тих підстав, що після припинення шлюбних відносин він самотійно сплатив грошові кошти у рахунок погашення основної заборгованості за кредитним договором. Верховний Суд у своїй постанові від 17.07.2019 р. погодився із рішенням суду першої інстанції, який стягнув з іншого подружжя кошти у рахунок сплачених боргових зобов'язань подружжя.

Причому, незважаючи на те, що борги подружжя та правовідносини за зобов'язаннями, що виникли в інтересах сім'ї, мають враховуватися при поділі майна (пункти 23, 24 постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 р. № 11 “Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя”, постановою Верховного Суду від 28.03.2018 р. в справі № 750/9693/15-ц), судова практика при розгляді справ про поділ між подружжям нерухомого майна, придбаного за рахунок кредиту, оформленого на ім'я одного з подружжя, який самотійно погасив всі суму (або її частину) заборгованості по ньому особистими коштами, йде таким чином, що самотійна сплата одним із подружжя кредиту особистими коштами після розірвання шлюбу не впливає на розмір частки (половини) нерухомого майна, придбаного в шлюбі за рахунок кредитних коштів. Одночасно судами зазначається, що право на частину нерухомого майна у іншого подружжя виникло в момент придбання такого майна в період шлюбу, і ст. 70

СК України не передбачає такої підстави для зміни частки у спільній сумісній власності подружжя, як наступна участь кожного з них у погашенні кредиту. Крім того, зміна рівних часток подружжя залежно від їх внеску в погашення кредиту суперечить правилам ст. 65 СК України про рівні обов'язки подружжя за договорами, укладеними в інтересах сім'ї, в тому числі після розірвання шлюбу. Правова позиція, згідно з якою майно, придбане подружжям у кредит, є спільною сумісною власністю чоловіка та дружини і їх частки є рівними незалежно від внеску в погашення кредиту, неодноразово висловлювалася Верховним Судом України у постановках від 19 травня 2010 року (справа № 6-17630св09), від 20 січня 2010 року (справа № 6-8860св09) тощо. Водночас виконання кредитних зобов'язань, які виникли в обох із подружжя, за рахунок коштів одного з них (у тому числі частково) може бути підставою для вимог до іншого подружжя, в тому числі за правилами ст. 544 ЦК України (така правова позиція висловлена, зокрема, в ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 06.10.2016 та рішенні апеляційного суду Миколаївської області від 27.05.2016 у справі № 490/205/16-ц).

Отже, у випадку поділу спільного майна (речей), яке було придбано за кошти кредиту, повністю (або частково) погашеного одним із подружжя (позивачем), єдиним варіантом “врахування” такої заборгованості може бути вимога одного із подружжя (як солідарного боржника, який повністю або частково виконав перед кредитором солідарне зобов'язання подружжя) до іншого з подружжя (яке теж є солідарним боржником за кредитним зобов'язанням) у порядку ст. 544 ЦК України про відшкодування частини (половини) сплачених за таким договором коштів.

Проте такі випадки навряд чи можна назвати “поділом боргових зобов'язань подружжя”, оскільки боргове зобов'язання перед кредитором на момент вирішення спору між подружжям вже є припиненим внаслідок його повного виконання одним із подружжя (на якого було оформлено договір позики або кредитний договір), тобто “боргу подружжя” вже не існує, тому фактично судом вирішується питання відшкодування одному із подружжя половини (або частки іншого розміру) сплачених на виконання боргового зобов'язання коштів. А відтак до таких

випадків, на наше переконання, неможливо застосувати правило, згідно з яким борги подружжя та правовідносини за зобов'язаннями, що виникли в інтересах сім'ї, мають “враховуватися” при поділі майна (пункт 24 постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 № 11 “Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя”).

Іншим чином виглядає ситуація, коли на момент поділу спільного майна подружжя у них залишається невиконане (діюче) боргове зобов'язання, оформлене на одного з подружжя (договір позики, кредитний договір), яке підлягає виконанню перед позикодавцем (кредитором) у майбутньому.

Статус спільного сумісного боргового зобов'язання подружжя впливає з положень статті 65 СК України, якою передбачено, що договір, укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї, створює обов'язки для другого з подружжя, якщо майно, одержане за договором, використане в інтересах сім'ї. Це означає, що дружина та чоловік незалежно від припинення шлюбу мають рівні права та обов'язки щодо спільно нажитого у шлюбі майна, оскільки розірвання шлюбу не звільняє подружжя від зобов'язань за кредитом.

Отже, боргові (кредитні) зобов'язання перед позикодавцем (банком) несуть як чоловік, так й дружина, а не лише той, хто підписав кредитний договір (така правова позиція висловлена зокрема в ухвалі Верховного Суду України від 19.05.2010 р. у справі № 6-17630св09). Адже, якщо грошові кошти отримані в кредит у шлюбі та в інтересах сім'ї, то вони є спільною сумісною власністю, як і зобов'язання з їх повернення. Таким чином, незалежно від того, на кого було оформлено (zareєстровано) право, наприклад, на квартиру, автомобіль та кредитні (боргові) зобов'язання, зазначене майно і майнові зобов'язання виникли у сторін у період шлюбу за їх згодою та в інтересах їхньої сім'ї, тому вказане майно і зобов'язання вважаються для сторін спільними (належними їм на праві спільної сумісної власності, оскільки інше не встановлено законом чи договором). Згідно із висловленою Верховним Судом України правовою позицією в одній справі з посиланням на статті 61, 65 СК України, оскільки

ки кредит отримано, а будинок на кредитні кошти придбано в інтересах сім'ї, то чоловік і дружина незалежно від розірвання шлюбу мають рівні права й обов'язки щодо спільно нажитого в шлюбі майна, поза як розірвання шлюбу не звільняє подружжя від зобов'язань по кредиту (ухвала Верховного Суду України від 19.05.2010 р. у справі № 6-17630св09).

Тобто, якщо кредитний договір оформлений на одного з подружжя та укладений ним в інтересах сім'ї (а кошти використані в інтересах сім'ї або на придбання спільних речей), то цивільні права та обов'язки за таким договором виникли в обох із подружжя (такий правовий висновок викладено, зокрема, в постанові Верховного Суду України від 14.09.2016 р. у справі № 6-539цс16).

Проте, з огляду на роз'яснення, наведені в пункті 24 постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя», борги подружжя та правовідносини за зобов'язаннями, що виникли в інтересах сім'ї, мають враховуватися при поділі майна. Відповідно до правової позиції Верховного Суду України, викладеної у постанові від 27 квітня 2016 року в справі № 6-486цс16, при поділі майна враховуються також борги подружжя та правовідносини за зобов'язаннями, що виникли в інтересах сім'ї.

Тобто судова практика вищих судових інстанцій дотримується позиції стосовно можливості поділу лише майна (тобто саме речей), а не боргів; борги подружжя мають враховуватися при поділі майна. Така позиція фактично заперечує можливість поділу (присудження до виконання кожному із подружжя певної частини) боргових зобов'язань одночасно із поділом майна (речей).

Водночас в одній із постанов Верховний Суд визнав такими, що не заслуговують на увагу, доводи касаційної скарги про те, що боргові зобов'язання не підлягають поділу, оскільки при поділі майна враховуються також борги подружжя та правовідносини за зобов'язаннями, що виникли в інтересах сім'ї. При цьому, встановивши, що кредитні договори уклалися в інтересах сім'ї, суд апеляційної інстанції дійшов висновку, що бор-

гові зобов'язання підлягають поділу між сторонами (постанова Верховного Суду від 28.03.2018 р. у справі № 750/9693/15-ц). Але одразу зауважимо, що в цій справі йшлося про поділ боргових зобов'язань, які вже були погашені одним із подружжя, шляхом присудження їх частини іншому з подружжя, а не шляхом поділу між подружжям існуючого боргового зобов'язання на майбутнє.

Як можна переконатися зі змісту судових рішень, в яких заперечується можливість поділу між подружжям боргових зобов'язань, оформлених на одного з них, та в яких зазначається, що «при поділі спільної сумісної власності зобов'язання між подружжям не розподіляються, а враховуються» (наприклад, постанова Верховного Суду від 13.05.2019 р. у справі № 638/1962/17), суди не роблять посилання на конкретну норму матеріального права, яка б прямо передбачала таке «врахування». Зазначене правило (точніше, роз'яснення) з'явилося в абзаці першому пункту 24 постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя»: «при поділі майна враховуються також борги подружжя та правовідносини за зобов'язаннями, що виникли в інтересах сім'ї (ч. 4 ст. 65 СК)». Хоча безпосередньо у статті 65 СК України такої норми про «врахування» боргових зобов'язань подружжя при поділі майна не передбачено. Проте вказане роз'яснення Пленуму було в подальшому відтворено у низці судових рішень касаційної інстанції та успішно використовується судами нижчих інстанцій для обґрунтування неможливості поділу боргових зобов'язань подружжя, так би мовити, «в натурі».

Водночас в юридичній літературі визнається можливість поділу діючих боргових зобов'язань на майбутнє шляхом покладення обов'язків по поверненню боргу на обох з подружжя в рівних частках шляхом внесення відповідних змін до договору позики (кредитний договір), але за певних умов. Так, якщо позикодавець заперечує проти поділу позики між співвласниками, то суд не вправі проводити поділ позики, адже переведення боргу з боржника на іншу особу може мати місце лише зі згоди кредитора. Суд може поділити між співвласниками залишок заборгованості по позиці у випадку поділу будинку лише зі згоди

позикодавця. При вирішенні спору про право приватної власності на будинок обов'язок погасити заборгованість по позиці зі згоди позикодавця може бути покладено на інших співвласників — учасників будівництва. За відсутності такої згоди обов'язок погашення позики лежить на особі, яка її отримала. У випадку поділу будинку суд має запитати позикодавця щодо можливості покладення обов'язку погасити заборгованість по позиці, поряд із відповідачкою, також і на позивача [1].

У судовій практиці зустрічаються справи, в яких в порядку поділу майна подружжя позивач (один із подружжя), на якого було оформлено кредит, отриманий в інтересах сім'ї, але не погашений за час спільного проживання, намагався присудити відповідачу (іншому з подружжя) обов'язок виконання частини (половини) такого боргового зобов'язання перед банком на майбутнє. Так, в одній із таких справ, у якій позивачем фактично заявлені вимоги про зміну умов кредитного договору, укладеного між банком та позивачем, у частині боржника (що з огляду на положення ст. 520 ЦК України, на думку суду, можливо лише з дозволу кредитора), у судовому засіданні представник банку заперечував проти покладання виконання зобов'язання за кредитним договором в частині на відповідача (іншого з подружжя), зазначаючи, що кредитний договір укладений між банком та позивачем, яка й повинна як позичальник його виконувати. Представник банку вважав, що заміна боржника ускладнить його виконання. Крім того, представник банку зазначив, що в забезпечення виконання зобов'язання за кредитним договором між банком та позивачем укладено договір іпотеки, предметом якого є житловий будинок. Зазначене свідчить про те, що банк заперечує проти визнання за сторонами в рівних частках виконання обов'язків за кредитним договором, тобто проти зміни боржника у зобов'язанні (ухвала апеляційного суду Луганської області від 29.04.2013 в цивільній справі № 428/729/13-ц). В іншій схожій справі, на думку суду касаційної інстанції, встановлюючи за сторонами в рівних частках виконання обов'язку за кредитним договором, суд першої інстанції фактично втрутився в господарську діяльність банку та змінив умови договору, укладеного між ним та позивачем (одним із подружжя). При цьому не врахував позицію самого банку стосовно такої зміни й

те, що відповідач у цій справі набула солідарного обов'язку відповідати за невиконання позивачем умов кредитного договору в повному обсязі на підставі договору поруки (ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17.04.2013 р. у справі № 6-42500св12).

Вищенаведена позиція свідчить про те, що поділ боргових зобов'язань між подружжям на майбутнє можливий, але якщо проти цього не заперечує позикодавець (кредитор), оскільки це фактично тягне за собою заміну боржника в зобов'язанні.

Проте відсутність згоди кредитора (банку) на поділ боргового зобов'язання (яке залишилося непогашеним) між обома з подружжя, тобто покладення на другого з подружжя (який не був стороною кредитного договору) обов'язку самостійно сплатити кредитору свою частину боргу, створить ситуацію, за якої, незважаючи на поділ майна (речей, наприклад, квартири) подружжя та присудження половини такого майна (речей) іншому з подружжя, у подружжя – боржника за кредитним договором залишається юридичний обов'язок самостійно сплачувати перед кредитором борг по кредиту, а у певних випадках – й відсотки за користування кредитом. І хоча в іншого з подружжя в силу закону й виникає солідарне зобов'язання з погашення такої заборгованості, проте виконання цього обов'язку залежить від вимоги кредитора, адресованої саме цьому із подружжя як солідарному боржнику. Тобто той з подружжя, який є стороною – боржником (позичальником) кредитного договору, зобов'язаний щомісячно шукати кошти і самостійно погашати всю суму заборгованості по кредиту, кошти по якому були отримані й використані в інтересах сім'ї обох із подружжя. І лише після такого погашення, як ми встановили вище, у одного з подружжя – боржника виникне право на підставі ст. 544 ЦК України заявити вимогу до іншого з подружжя про відшкодування частини сплачених ним за кредитним договором коштів.

Як зазначив Верховний Суд в одній зі справ, основним завданням суду при вирішенні спорів про поділ майна подружжя є вирішення конфлікту між подружжям, тобто здійснення судом своєї головної функції – ухвалення обов'язкового рішення, яке безпосередньо припиняє спір, а не виводить його на новий рівень для сторін, які в будь-якому випадку не можуть між

собою домовитися (постанова Верховного Суду від 17.04.2020 р. в справі № 686/4314/15-ц).

У наведеній ситуації конфлікт між подружжям у випадку поділу спільного майна вирішено не буде, оскільки у сторін в подальшому виникне спір щодо відшкодування частини сплачених коштів на погашення кредиту.

Крім того, в такій ситуації на одного з подружжя лягає весь фінансовий тягар самостійно погашати борг (можливо, навіть з відсотками), кошти за яким були отримані й використані в інтересах сім'ї, що є непропорційним втручанням в його право власності.

Цікавим у цьому плані є законодавче регулювання зазначеного питання в РФ, сімейне законодавство якої майже ідентичне українському. Так, частиною третьою статті 39 СК РФ прямо передбачено, що спільні борги подружжя при поділі спільного майна подружжя розподіляються між подружжям пропорційно присудженим їх часткам у майні [2].

Такий підхід, на наш погляд, є справедливим, адже реалізує принцип «борги слідуєть за майном».

Крім того, категорія «майно», яке за Сімейним кодексом України є предметом поділу, є складною, адже згідно зі статтею 190 ЦК України майном як особливим об'єктом вважається окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Тобто майнові обов'язки теж є складовою майна.

В одній зі справ суд касаційної інстанції зробив висновок, що об'єктом права спільної сумісної власності подружжя є як предмети матеріального світу, так і майнові права та обов'язки (ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.03.2017 в справі № 524/10257/15-ц).

Така думка підтримується й зарубіжними науковцями (на прикладі законодавства РФ), які теж вважають, що до складу майна входять речі й належні особі майнові права, в тому числі зобов'язальні права вимоги (наприклад, права вимоги виплати авторського гонорару), які складають актив майна, а також борги даної особи, які складають пасив майна [3]. Тобто під сумісним майном подружжя розуміється вся сукупність як існуючого (речового), так й боргового майна, нажитого подружжям у період шлюбу [4]. Поняття «майно» має збірний харак-

тер і включає не тільки речі, речові права, права вимоги, а й обов'язки з виконання боргу (наприклад, непогашена позика на будівництво будинку, борг за придбані в кредит речі) [5]. Хоча варто визнати, що в юридичній літературі питання правової природи зобов'язань подружжя є дискусійним; є науковці, які дотримуються вузького підходу до визначення поняття «майно», виключаючи з нього борги [6]. Проте багато науковців говорять про майно як про об'єкт цивільних прав, який містить не лише тілесні речі, а й майнові права і майнові обов'язки [7].

Наведене вище, на нашу думку, переконливо свідчить, що діючі боргові зобов'язання подружжя, оформлені на одного з них, при поділі майна подружжя теж підлягають поділу. Причому справедливим підходом варто визнати поділ спільних боргів подружжя пропорційно присудженим їх часткам у майні (зокрема, такий спосіб поділу діючих боргових зобов'язань, які підлягають виконанню у майбутньому, буде доречний щодо кредитів, за рахунок яких подружжя придбало нерухоме майно та здійснює його поділ як спільного майна при розірванні шлюбу). В цьому випадку якраз і буде забезпечено слідування боргів за майном.

В інших випадках, коли кредитні кошти не використовувалися подружжям для придбання спільного майна, а спрямовувалися, наприклад, на спільний відпочинок або ж лікування чи навчання одного з подружжя, то, враховуючи отримання і використання кредиту в інтересах сім'ї (за спільним рішенням обох з подружжя), таке боргове зобов'язання (яке залишилося непогашеним) залишається спільним боргом і теж, на наше переконання, підлягає поділу між подружжям пропорційно присудженим їх часткам у майні при його поділі.

В одній зі справ Верховний Суд України, на нашу думку, справедливо визнав, що між подружжям поділяється навпіл як і сумісна власність, придбана на позичені кошти, так і боргові зобов'язання повернути ці кошти кредитору (постанова Верховного Суду України від 14.09.2016 у справі № 6-539цс16). З наведеного положення чітко вбачається позиція про поділ між подружжями навпіл як сумісної власності боргових зобов'язань повернути кошти кредитору в майбутньому, тобто йдеться про можливість поділу саме діючих (непогашених) боргів (кредитів).

Тепер залишається визначити можливий спосіб поділу між подружжям діючих боргових зобов'язань на майбутнє. Як вже було зазначено вище, такий поділ буде реалізовано лише в тому випадку, якщо кожному із подружжя буде присуджено до виконання конкретна частина (конкретна сума залишку боргу) боргового зобов'язання (а також можливі відсотки за користування цією частиною кредитних коштів). Це юридично можливо лише шляхом внесення відповідних змін до кредитного договору (їх суб'єктного складу, з чітким визначенням обох з подружжя сторонами цих договорів та покладення на них обов'язків позичальника у відповідних частинах). І хоча в наведених вище прикладах суди вважали за необхідне наявність відповідної згоди з боку кредитора (банку), оскільки фактично відбуватиметься заміна боржника в частині зобов'язання, ми вважаємо, що судова практика має формуватися саме в напрямку нероздільності майна (активів) та боргових зобов'язань (пасивів), які обтяжують таке майно (тобто, наприклад, при поділі порівну квартири, придбаної подружжям за кредитні кошти, кожному з подружжя має також присуджуватись обов'язок погашати на майбутнє половину заборгованості по кредиту, яка залишилася непогашеною).

При такому поділі кожний із подружжя також зможе самостійно вирішувати, яким чином йому погашати свою частину кредиту: згідно із графіком платежів (тобто сплачувати кредит і відсотки частинами) або ж сплатити свою частину боргу одразу (єдиним платежем) і таким чином зекономити на сплаті відсотків.

Що ж стосується положень ст. 520 ЦК України, яка регулює заміну боржника у зобов'язанні, то передбачено, що боржник у зобов'язанні може бути замінений іншою особою (переведення боргу) лише за згодою кредитора, якщо інше не передбачено законом. Тобто вказана норма допускає заміну боржника без згоди кредитора у передбачених законом випадках. До речі, такий виняток у статті 520 ЦК було запроваджено згідно із змінами, внесеними до цієї статті Законом від 24 липня 2009 року № 1617-VI.

Оскільки, як було аргументовано вище, боргові зобов'язання включаються до складу майна, можливість поділу якого між

подружжям прямо передбачена Сімейним кодексом України, то можна говорити про виняток, передбачений у статті 520 ЦК України щодо заборони заміни боржника без згоди кредитора, оскільки поділ спільного майна подружжя здійснюється згідно із законом.

Можливість поділу боргових зобов'язань подружжя, на нашу думку, підтверджується й таким прикладом. Так, у випадку смерті одного з подружжя (яке мало спільне майно і спільні непогашені кредити) до спадкоємців померлого переходить як частина (половина) майна, яке належало такому подружжю в шлюбі, так й обов'язок погасити за спадкодавця його боргові зобов'язання перед кредиторами, але в межах вартості майна, одержаного у спадщину (ч. 1 ст. 1282 ЦК України), що прямо свідчить про те, що борги слідує за майном пропорційно вартості останнього.

В якості додаткового заперечення проти необхідності одержання згоди кредитора (банку) можна навести той аргумент, що обидва з подружжя, незалежно від того, на кого з них оформлено кредитний договір, виступають перед кредитором (банком) солідарними боржниками (про що зазначено вище). А тому у випадку покладення судом, в порядку поділу майна подружжя, на кожного з них не солідарного, а часткового обов'язку з повернення заборгованості по кредиту заміна боржника не відбудеться, оскільки подружжя залишаються зобов'язаними особами у правовідносинах з кредитором.

Таким чином, наведені нами аргументи важко визнати надуманими або відкинути їх як такі, що не сприймаються судовою практикою. Адже з огляду на нові повноваження палат, об'єднаних палат або Великої Палати Верховного Суду, саме вони й повинні таку судову практику змінити з урахуванням наведених вище міркувань.

1. Гузь Л.Е. Основания возникновения и судебная защита права частной собственности на жилые дома (квартиры). Харьков: Полиграфист, 2005. С. 142, 434, 498. 2. Богданова Е.Е. Спорные вопросы раздела имущества супругов. *Вестник Университета имени О.Е. Кутафина*. 2019. № 2. С. 100–116. URL: http://vestnik-msal.ru/articles/article_105027.html?issue=vest-2-2019. 3. Гольяпина И.Ю. Проблемы раздела имущества супругов. *Эпоха науки*. 2017. № 12. Социально-экономические и общественные науки. С. 26–30. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/>

problemy-razdela-imuschestva-suprugov. 4. Цветков В.А. Имущественные права и обязанности супругов. *Вестник Омского юридического института*. 2011. № 1 (14). С. 38–41. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/imuschestvennye-prava-i-obyazannosti-suprugov>. 5. Низамиева О.Н. Презумпция общности имущества супругов и их ответственность по обязательствам. *Вестник Саратовской государственной юридической академии*. 2016. № 3 (110). С. 90–95. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/prezumpsiya-obshchnosti-imuschestva-suprugov-i-ih-otvetstvennost-po-obyazatelstvam>. 6. Иванова Н.А. Сатина Э.А. Правовые особенности раздела общих обязательств супругов. *Проблемы в российском законодательстве*. Юридический журнал. 2018. № 4. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovye-osobennosti-razdela-obshchih-obyazatelstv-suprugov>. 7. Колосова Л.А. Характеристика ответственности супругов по общим обязательствам. *Молодой ученый*. 2017. № 20 (154). С. 341–344. URL: <https://moluch.ru/archive/154/43499/>.

References

1. Huz L.E. Osnovaniya voznyknoveniia y sudebnaia zashchyta prava chastnoi sobstvennosti na zhylye doma (kvartyry). Kh.: PPF “Polyhrafyst”, 2005. S. 142, 434, 498. 2. Bohdanova E.E. Spornye voprosy razdela ymushchestva supruhov. *Vestnyk Unyversyteta ymeny O.E. Kutafyna*. 2019. # 2. S. 100–116. URL: http://vestnik-msal.ru/articles/article_105027.html?issue=vest-2-2019. 3. Holtiapyна Y.Yu. Problemy razdela ymushchestva supruhov. *Эпоха науки*. # 12 – Dekabr 2017 h. Sotsyalno-экономыcheskye y obshchestvennyye nauky. S. 26–30. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/problemy-razdela-imuschestva-suprugov>. 4. Tsvetkov V.A. Ymushchestvennyye prava y obiazannosty supruhov. *Vestnyk Omskoho yurydycheskoho ynstytuta*. 2011. # 1 (14). S. 38–41. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/imuschestvennyye-prava-i-obyazannosti-suprugov>. 5. Nyzamyeva O.N. Prezumpsiya obshchnosti ymushchestva supruhov y ykh otvetstvennost po obiazatelstvam. *Vestnyk Saratovskoi gosudarstvennoi yurydycheskoi akademyy*. 2016. # 3 (110). S. 90–95. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/prezumpsiya-obshchnosti-imuschestva-suprugov-i-ih-otvetstvennost-po-obyazatelstvam>. 6. Yvanova N.A. Satyna Э.А. Pravovye osobennosty razdela obshchых obiazatelstv supruhov. *Проблемы в rossyskom zakonodatelstve*. Yurydycheskyi zhurnal. 2018. # 4. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravovye-osobennosti-razdela-obshchih-obyazatelstv-suprugov>. 7. Kolosova L.A. Kharakterystyka otvetstvennosti supruhov po obshchym obiazatelstvam. *Molodoi uchennyi*. 2017. # 20 (154). S. 341–344. URL: <https://moluch.ru/archive/154/43499/>.

Koroied Serhii. Division of joint debt (credit) obligations of spouses in court

The division between the spouses of debt obligations (or rather their consideration), which at the time of the court’s dispute over the division of joint property were repaid (paid) by one of the spouses (as a direct borrower under a loan or credit agreement), does not cause difficulties, because in this case, we have the amount of funds paid by one of the spouses to repay the loan (credit) for “both” spouses, and therefore half of the funds paid are to be taken into

account when dividing the joint property of the spouses or recovery from the other spouse. In such cases, the amount of debt paid by one spouse is clearly defined and there are no problems with its division by awarding such a spouse most of the property (taking into account half the amount paid by him) or by collecting from the other spouse half the value of already paid debt, because as a result of concluding a loan agreement the spouses have an obligation in the interests of the family in the form of repayment of credit funds, which the spouses perform as joint debtors, and therefore the spouse who fulfilled the obligation (paying the debt on his own), which arose from the loan agreement or credit agreement, by virtue of Art. 544 of the Civil Code of Ukraine has the right to a counterclaim to another spouse for reimbursement of part (including the awarded share) of funds paid under such an agreement.

The situation is different when at the moment of division of the joint property of the spouses they have an unfulfilled (current) debt obligation, arranged on one of the spouses (loan agreement, credit agreement), which is subject to execution before the lender (creditor) in the future.

The status of the joint debt obligation of the spouses follows from the provisions of Article 65 of the Family Code of Ukraine, which provides that a contract, concluded by one of the spouses in the interests of the family, creates obligations for the other spouse if the property received under the contract used in family interests. This means that the wife and husband, regardless of the termination of the marriage, have equal rights and obligations with respect to the jointly acquired property in the marriage, as termination of marriage does not release the spouses from the obligations under the loan/credit.

As justified in the article, the division of existing debts will be realized only if each spouse is awarded a specific part (specific amount of debt balance) of the debt obligation (as well as possible interests for the use of this part of the credit money). This is legally possible only by making appropriate changes to the loan agreement (in their subject composition, with a clear definition of both spouses as the parties to these agreements and imposing on them the responsibilities of the borrower in the relevant parts). And although in the above examples the courts considered it necessary to have the consent of the creditor (bank), because in fact there will be a replacement of the debtor in part of the obligation, we believe that the judicial practice should be formed in the direction of indivisibility of property (assets) and debt (liabilities) that encumber such property (i.e. for example, when dividing equally an apartment purchased by the spouses on credit funds, each spouse should also be obliged to repay for the future half of the loan debt that remains outstanding).

As for the provisions of Art. 520 of the Civil Code of Ukraine, which regulates the replacement of the debtor in the obligation, the specified article provides that the debtor in the obligation may be replaced by another person (transfer of debt) only with the consent of the creditor, unless otherwise provided by law. That is, the specified norm allows replacement of the debtor without the consent of the creditor in the cases provided by the law. By the way, such an exception in Article 520 of the Civil Code was introduced in accordance with the amendments made to this article by the Law of July 24, 2009 № 1617-VI.

Since, as justified above, debt obligations are included in the property, the possibility of division between spouses is directly provided by the Family Code of Ukraine, so we can talk about the exception provided for in Article 520 of the Civil Code to prohibit replacement of the debtor without the consent of the creditor since division of joint property of the spouses is carried out in accordance with the law.

The possibility of dividing the debt obligations of the spouses, in our opinion, is confirmed by the following example. Thus, in the event of the death of one of the spouses (who had joint property and joint outstanding loans), the heirs of the deceased person as part (half) of the property owned by such a spouse in marriage, and the obligation to repay the testator's debts to creditors, but within the value of the inherited property (Part 1 of Article 1282 of the Civil Code of Ukraine), which directly indicates that the debts follow the property in proportion to the value of the latter.

As an additional objection to the need to obtain the consent of the creditor (bank), we can argue that both spouses, regardless of on which of them loan agreement is arranged, act before the creditor (bank) jointly and severally (as noted above). Therefore, in case the court imposes, in the order of division of the spouses' property, on each of them not a joint, but a partial obligation to repay the loan, the debtor will not be replaced, as the spouses remain obligated to the creditor.

Key words: joint property of spouses, division of joint property of spouses, division of debts of spouses, loan, credit, obligations, loan agreement (credit), joint debtors, consent of creditor, court.

ЗУСТРІЧНИЙ ПОЗОВ У ГОСПОДАРЬСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ

Досліджено поняття, особливості та механізм реалізації зустрічного позову в господарському судочинстві. Визначено взаємозв'язок між первісним та зустрічним позовами. Доведено, що відповідач має загальні та спеціальні права. Наголошено, що вирішення питання про прийняття зустрічного позову залежить не від розсуду судді, а від наявності передбачених законом умов, за яких допускається пред'явлення зустрічного позову.

Ключові слова: зустрічний позов, відповідач, позов, господарське судочинство, зустрічні вимоги.

Nikolenko Liudmyla. Counterclaim in economic proceedings

The article examines the concept, features and mechanism of counterclaim implementation in economic proceedings. The relationship between the initial and counterclaims has been determined. It has been proven that the defendant has general and special rights. It is noted that the decision on accepting a counterclaim does not depend on the discretion of the judge, but on the existence of conditions provided for by law under which a counterclaim is allowed.

Key words: counterclaim, defendant, claim, economic proceedings, cross-action.

Зустрічний позов є одним із процесуальних засобів відповідача як у захисті від первісного позову, так і в одночасному задоволенні власних вимог до позивача. Аналіз судової практики показує, що цей засіб вдається реалізувати далеко не у всіх випадках, немає єдності в умовах прийняття зустрічних позовів і їх подальшої долі. Проведення судової реформи та оновлення процесуального законодавства у 2017 році не дало відповіді на питання щодо зустрічного позову в господарському судочинстві.

Застосування норм про зустрічні позови традиційно знаходяться в центрі уваги поважних вчених. Деякі положення інсти-

туту зустрічного позову досліджували Д.М. Притика, В.Д. Чернадчук, В.Є. Беляєвич, І.О. Картузов, О.С. Фонова та інші вчені, проте комплексні дослідження цього інституту, з врахуванням оновленого процесуального законодавства, відсутні.

Теоретичне дослідження інституту зустрічного позову є надзвичайно актуальним, оскільки у частині застосування норм про зустрічні позови існує низка практичних проблем, не врегульованих господарським процесуальним законодавством.

У дореволюційному праві зустрічний позов однозначно трактувався як «захист нападом». Енциклопедичний словник Ф.А. Брокгауза і І.А. Ефрона містить таке визначення: зустрічний позов (*Widerklage, reconvention*) – такий позов, який пред'явлений відповідачем до позивача в тій же судовій установі, де самим позивачем пред'явлений позов до відповідача і почата на вимогу позивача справа ще існує; при цьому зустрічний позов становить не спростування вимог позивача, а самостійну вимогу, направлену відповідачем до позивача [1].

Мета зустрічного позову переважно полягає в тому, щоб зменшити вимогу первісного позову або навіть погасити його, але зрештою може бути прийнято рішення про відмову в первісному позові і присудження зустрічного позову.

Зустрічний позов приймається господарським судом, якщо обидва позови взаємопов'язані й спільний їх розгляд є доцільним, зокрема коли вони виникають з одних правовідносин або коли задоволення зустрічного позову може виключити повністю або частково задоволення первісного позову (ч. 2 ст. 180 ГПК України) [2]. Якщо суд визнає зустрічну позовну вимогу відповідача обґрунтованою, такою, що дотримує матеріально-правові умови задоволення, він враховує його з первісною вимогою при прийнятті рішення. Наведене положення можна розглядати з двох позицій: при пред'явленні зустрічного позову, направлено до задоволення первісної вимоги, суд перевіряє матеріально-правові підстави тільки зустрічного позову, визнання стороною обставин, на яких інша сторона ґрунтує свої вимоги або заперечення, звільняє іншу сторону від необхідності доведення таких обставин; зустрічний позов не можна використовувати тоді, коли у відзиві на позовну заяву міститься вимога відмовити у задоволенні позову [3, с. 32].

Проте з даними положеннями важко погодитися. Скоріш за все при пред'явленні зустрічного позову сутність дій відповідача полягає не у визнанні позову, а у пред'явленні власних вимог. Тому за наявності зустрічного позову суд повинен у будь-якому випадку досліджувати вимоги позивача і відповідача, викладені як у первісному, так і у зустрічному позовах. Пред'явлення відзиву на позовну заяву, в якій відповідач вказує, що він не визнає позовні вимоги, не виключає подання зустрічного позову. Більше того, відзив у ряді випадків є можливістю відповідача додатково вказати на невизнання первісного позову.

Зустрічний позов — це позов, заявлений відповідачем для спільного розгляду з первісним позовом, який містить звернені до господарського суду вимоги щодо виключення повністю або частково задоволення первісного позову.

Загальною ознакою позовів, у тому числі зустрічного, є те, що вони подаються до господарського суду з метою захисту порушених або оспорюваних прав, а також охоронюваних законом інтересів суб'єктів господарювання.

Особливими ознаками зустрічного позову є: право на подання має не будь-який учасник господарського процесу, а лише відповідач з первісного позову; зустрічний позов пред'являється до первісного позивача; позови об'єднуються, якщо вони взаємопов'язані й спільний їх розгляд є доцільним; метою зустрічного позову є захист від первісного позову або спростування його в частині чи повністю, або розгляд в одному господарському процесі, хоча і різних, але взаємозв'язаних вимог; строк подання встановлюється судом, який не може бути меншим п'ятнадцяти днів з дня вручення ухвали про відкриття провадження у справі (строк для подання відзиву) (ч. 8 ст. 165, ч. 1 ст. 180 ГПК України). Позицію стосовно строку подання зустрічного позову ще раз підтвердив 20 березня 2019 року Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду в рамках справи № 910/6483/18 (ЄДРСРУ № 80580089), який досліджував питання щодо особливостей та процесуальних строків подання зустрічного позову в господарському процесі [4].

Відповідач у справі, згідно принципам рівності, змагальності та диспозитивності, наділений широким обсягом процесуальних прав, до яких можна віднести: загальні права, які властиві сторонам

судової справи (ознайомлюватися з матеріалами справи; подавати докази; брати участь у судових засіданнях, якщо інше не визначено законом; брати участь у дослідженні доказів; ставити питання іншим учасникам справи, а також свідкам, експертам, спеціалістам та інші права, визначені ст. 42 ГПК України); спеціальні права (визнати позов повністю або частково, подавати заперечення проти позову, досягнути примирення, передавати повноваження, подати зустрічний позов та інші права, визначені ГПК України).

Відповідач з первісного позову має у своєму розпорядженні низку процесуальних засобів захисту власних інтересів: заява зустрічного позову, представлення заперечень, відзив, подання клопотань тощо. Під час розгляду справи він може самостійно вибирати процесуальні засоби захисту своїх прав і законних інтересів. Основні з них – подання заперечень на позов, відзив і зустрічний позов. Кожен із цих процесуальних засобів, які має у своєму розпорядженні відповідач, має як свої переваги, так і недоліки. Вибір оптимального засобу захисту залежить від тих чи інших конкретних правовідносин, які пов'язують позивача і відповідача, від того, досягнення якої мети ставить перед собою відповідач. Особливостями пред'явлення зустрічного позову є: у господарського суду немає прямого обов'язку давати відповідь за суттю заявлених відповідачем заперечень. Це пов'язано з тим, що суд може відхилити позов і з інших міркувань, ніж ті, які містяться у відповідних запереченнях; зустрічний позов має бути заявлений з обов'язковим дотриманням правил, встановлених ст. 162, 164, 172, 173 ГПК України.

При задоволенні судом зустрічного позову, повністю або частково, виключається задоволення первісного позову.

У запереченні відповідач викладає свої пояснення, міркування та аргументи щодо наведених позивачем у відповіді на відзив пояснень, міркувань та аргументів і мотиви їх визнання або відхилення. Заперечення підписується відповідачем або його представником. До заперечення застосовуються правила, встановлені ч. 3 – 6 ст. 165 ГПК України. Заперечення подається в строк, встановлений судом. Суд має встановити такий строк подання заперечення, який дозволить іншим учасникам справи отримати заперечення завчасно до початку розгляду справи по суті (ст. 167 ГПК України) [2].

Одна з найбільш актуальних процесуальних проблем – позиція суду при вирішенні питання про прийняття зустрічного позову.

Слід зазначити, що у судовій практиці зустрічаються випадки, коли зустрічний позов, який однозначно не підлягає спільному розгляду з первісним, подається задля затягування судового процесу. Тобто так зване зловживання процесуальними правами, яке характерне для недобросовісних учасників справи.

Юристи-практики визначили алгоритм дій «процесуальних диверсантів», пов'язаних із поданням зустрічного позову: 1) недобросовісний відповідач подає зустрічний позов, який не підлягає розгляду спільно з первісним; 2) через порушення вимог щодо взаємопов'язаності первісного та зустрічного позовів і доцільності їх спільного розгляду суд повертає зустрічний позов заявнику; 3) недобросовісний відповідач подає апеляційну скаргу на ухвалу про повернення зустрічного позову, внаслідок чого всі матеріали справи передають до суду апеляційної інстанції. Задля нівелювання можливості затягнути таким чином судовий процес законодавець вирішив розширити перелік випадків, у яких не всі матеріали справи підлягають переданню до суду апеляційної або касаційної інстанцій. Оскарження зазначених ухвал належить до таких випадків, лише якщо апеляційні скарги подано з пропуском строку оскарження судових рішень. Позитивним моментом у цьому контексті є те, що такий порядок передання матеріалів справи до суду апеляційної або касаційної інстанцій діятиме до дня початку функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи. Однак точна дата початку функціонування такої системи не відома [5].

Аналізуючи норми ГПК України, можна зробити висновок, що зустрічний позов має бути прийнятий в обов'язковому порядку, якщо немає перешкод для прийняття даного позову. Особливість прийняття зустрічного позову полягає в тому, що при направленні позову як зустрічного повинні бути дотримані не тільки загальні вимоги, що пред'являються до будь-якого позову, а й вимоги, що містяться у ст. 180 ГПК України. Викладене означає, що вирішення питання про прийняття зустрічного позову згідно із законом залежить не від розсуду судді, а

від наявності передбачених законом умов, за яких допускається пред'явлення зустрічного позову.

Слід зазначити, що між первісним і зустрічним позовами завжди існує взаємний зв'язок. Саме його наявністю і пояснюється правовий феномен зустрічного позову. Проте характер зв'язків між первісним і зустрічним позовами може бути різним. Ці зв'язки можуть ґрунтуватися на спільності підстав, а можуть і не мати такої спільності [6]. Предметом зустрічних позовів можуть бути вимоги, які впливають як із спільної з первісною вимогою правової підстави, так і з інших підстав. Проте для цих позовів характерна близькість підстав. Зв'язок подібних зустрічних позовів з первісним позовом полягає насамперед у такому їх співвідношенні, коли задоволення зустрічної вимоги виключає задоволення первісної вимоги повністю або в частині.

У ГПК України без відповіді залишилися питання стосовно можливостей відповідача у разі зміни позивачем предмета чи підстави позову. Стаття 46 ГПК України визначає, що до закінчення підготовчого засідання позивач має право змінити предмет або підстави позову шляхом подання письмової заяви. У справі, що розглядається за правилами спрощеного позовного провадження, зміна предмета або підстав позову допускається не пізніше, ніж за п'ять днів до початку першого судового засідання у справі. У зв'язку з можливим закінченням строку відповідач не буде мати можливості подати зустрічний позов, але він має право подати заяву про поновлення строку для подачі зустрічного позову, з врахуванням вимог, викладених у ч. 4 ст. 119 ГПК України.

Подання зустрічного позову як одностороння процесуальна дія відповідача породжує труднощі для всіх інших осіб, що беруть участь у справі, і для суду, оскільки потрібно надати необхідний час для підготовки до слухання зустрічного позову особам, які беруть участь у справі, наприклад, досліджувати нові докази. Водночас подання зустрічного позову може спровокувати позивача подати відзив на зустрічний позов, що суперечить самій природі зустрічного позову та взагалі завданням господарського судочинства.

Стаття 180 ГПК України без відповіді залишила питання стосовно подання зустрічного позову до третьої особи, яка заявляє

самостійні вимоги. Оскільки зустрічний позов є способом захисту прав відповідача, то останній має право пред'являти позов не тільки до позивача, а й до третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги [7, с. 133].

У судовій практиці зустрічаються випадки, коли, залишаючи без розгляду первісний позов (або припиняючи провадження з нього), суд залишає без розгляду і зустрічний позов (або припиняє провадження). При цьому суди посилаються на те, що зустрічний позов через ст. 180 ГПК України заявляється для спільного розгляду з первісним. Оскільки останній залишений без розгляду (або провадження припинено), зважаючи на відсутність «взаємозв'язку», то і зустрічний позов має бути залишений без розгляду (або провадження з нього має бути припинено). Подібна практика не може бути визнана правомірною. Незважаючи на те, що зустрічний позов має специфічні риси, він належить до різновидів позовів, передбачених ГПК України. І, отже, на нього поширюються загальні правила як прийняття позовів, так і, наприклад, такого варіанту завершення провадження у конкретній справі, як залишення позову без розгляду або припинення провадження з позову. Отже, залишення будь-якого (у тому числі зустрічного) позову без розгляду або припинення провадження з нього повинні проводитися лише за наявності підстав, передбачених ГПК України. У разі їх відсутності залишення зустрічного, як і будь-якого іншого, позову без розгляду або припинення провадження не можна визнати правомірними.

З урахуванням цього вважаємо правильним, що зустрічний позов залишається предметом розгляду господарського суду і у тому випадку, коли первісна вимога (позов) не буде розглянута, зважаючи на відсутність первісного позивача у судовому засіданні, його відмову від позову або з будь-яких інших підстав. Отже, можна стверджувати, що факт прийняття зустрічного позову, поєднання його з первісним для спільного розгляду покладає на господарський суд обов'язок надати мотивовану відповідь із кожної із заявлених (і прийнятих судом до розгляду) вимог: первісної і зустрічної. Відсутність відповіді за суттю щодо рішення, прийнятого господарським судом на вимогу, що заявлена як зустрічний позов, не можна визнати правомірною. У цьому випадку завершальний судовий акт неможливо вважа-

ти повним, оскільки в ньому суд без наявності підстав, вказаних у процесуальному законі, відхилився від відповіді на заявлену і взяту до розгляду зустрічну вимогу – зустрічний позов.

Враховуючи норми ГПК України, на вимогу відповідача з первісного позову, який їм заявлений як зустрічний, господарський суд безумовно зобов'язаний дати відповідь у прийнятому рішенні. Причому ця відповідь суду повинна міститися в його резолютивній частині. Що стосується заперечень, то їх оцінка може міститися лише в мотивувальній частині рішення.

Отже, відповідач має загальні та спеціальні права, що визначені ГПК України, а також процесуальні засоби захисту власних прав і законних інтересів, у тому числі зустрічний позов. Зустрічний позов спрямований на реалізацію принципів рівності, змагальності та диспозитивності; процесуальної економії часу та розумного строку розгляду справи у господарському судочинстві.

1. Энциклопедический словарь / Издатели: Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон; Под ред. И. Е. Андреевского. Санкт-Петербург: Типо-Литография И. А. Ефрона, 1892. 478 с. *Сайт Энциклопедический Словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона*. URL: <http://www.vehi.net/brokgauz/>.
2. Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 06 листопада 1991 року. № 1798-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56. 3. Клейн Н. И. Встречный иск в суде и арбитраже. Москва:Юрид. лит., 1964. 132 с. 4. Морозов Є. Зустрічний позов у господарському процесі. *Ліга. Блоги*. URL: <https://blog.liga.net/user/emorozov/article/32890>.
5. Герасименко Р. Загальна характеристика новачій процесуального законодавства. *Ліга Закон*, 03 вересня 2020 р. URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA014072.
6. Диба І. Пред'явлення зустрічного позову. *Юридичний вісник України*. 2006. 9-15 грудня. № 49 (597). URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/Zurnal/Ur_Visnuk_Ukr_1_52_2006/PDF/49.PDF.
7. Шурин О.А. Зустрічний позов у цивільному процесі. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2018. № 1 (3). С. 131-134.

References

1. Enciklopedicheskij slovar' / Izdateli: F. A. Brokgauz, I. A. Efron; Pod red. I. E. Andreevskogo. Sank-Peterbyrg: Tipo-Litografiya I. A. Efrona, 1892. 478 s. *Sajt Enciklopedicheskij Slovar' F.A. Brokgauza i I.A. Efrona*. URL: <http://www.vehi.net/brokgauz/>.
2. Hospodarskyi protsesualnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 06 lystopada 1991 roku. № 1798-XII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1992. № 6. St. 56. 3. Klejn N. I. Vstrechnyj isk v sude i arbitrazhe. Moskva:YUrid. lit., 1964. 132 s. 4. Morozov Ye. Zustrichnyi pozov u

hospodarskomu protsesi. *Liha*. Blohy. URL: <https://blog.liga.net/user/emorozov/article/32890>. 5. Herasymenko R. Zahalna kharakterystyka novatsii protsesualnoho zakonodavstva. *Liha Zakon*, 03 veresnia 2020 r. URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA014072. 6. Dyba I. Pred'iavlennia zustrichnoho pozovu. *Yurydychnyi visnyk Ukrainy*. 2006. 9-15 hrudnia. № 49 (597). URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/Zurnal/Ur_Visnyk_Ukr_1_52_2006/PDF/49.PDF. 7. Shuryn O.A. Zustrichnyi pozov u tsyvilnomu protsesi. *Naukovi visnyk Khersonskoho derzhavnogo universytetu*. 2018. № 1 (3). S. 131-134.

Nikolenko Liudmyla. Counterclaim in economic proceedings

The article considers the application and implementation of the counterclaim in economic litigation. It is noted that the counterclaim is one of the procedural means of the defendant both in defense against the original claim and in the simultaneous satisfaction of their own claims against the plaintiff.

The purpose of the article is to study doctrinal approaches to the legal nature of the counterclaim, determine its features, analyze the case law of economic courts on the counterclaim, as well as identify problems related to the mechanism of counterclaim and provide suggestions for improving economic litigation.

A counterclaim is accepted by the economic court if both claims are interrelated and joint consideration is appropriate, in particular when they arise from the same legal relationship or when the satisfaction of the counterclaim may exclude in whole or in part the satisfaction of the original claim.

A counterclaim is a claim filed by the defendant for joint consideration with the original claim, which contains claims addressed to the economic court to exclude in whole or in part the satisfaction of the original claim.

The special features of the counterclaim are that: the right to file has not any participant in the economic process, but only the defendant in the original claim; a counterclaim is filed against the original plaintiff; claims are joined if they are interrelated and joint consideration is appropriate; the purpose of the counterclaim is to protect against the original claim or to refute it in part or in full, or to consider in one business process, albeit different, but interrelated claims; the deadline for filing is set by the court, which may not be less than fifteen days from the date of service of the decision to open proceedings in the case deadline for filing a response

The defendant in the case, according to the principles of equality, adversarial and dispositive, is endowed with a wide range of procedural rights, which include general and special rights. The defendant may independently choose the procedural means of protection of their rights and legitimate interests during the proceedings.

It is determined that the counterclaim is aimed at implementing the principle of equality, adversarial and dispositive; procedural savings of time and reasonable time for consideration of the case in economic litigation.

Key words: counterclaim, defendant, claim, economic proceedings, cross-action.

УДК 347.9

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-89

**Я. В. СІМУТІНА
Д. О. МЕНЮК**

СУДОВЕ РІШЕННЯ ЯК ОБ'ЄКТ ПЕРЕГЛЯДУ ЗА НОВОВІЯВЛЕНИМИ АБО ВИКЛЮЧНИМИ ОБСТАВИНАМИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

Розглянуто судове рішення як об'єкт перегляду за нововиявленими або виключними обставинами у цивільному процесі України. Наведено основні підходи до визначення судового рішення та його основних ознак, що сформульовані у теорії цивільного процесуального права. Окремо розглянуті законна сила та остаточність судового рішення, що є ключовими ознаками для визначення судового рішення як об'єкта перегляду за нововиявленими або виключними обставинами.

Ключові слова: *судове рішення, законна сила, перегляд судових рішень, нововиявлені або виключні обставини, цивільний процес України.*

Simutina Yana, Meniuk Daryna. Judgement as an object of court review on newly discovered or exceptional circumstances in the civil procedure of Ukraine

The article considered the judgement as an object of review on the basis of newly discovered or exceptional circumstances in the civil proceedings of Ukraine. The main approaches to the definition of a judgment and its main features, which are formulated in the theory of civil procedural law, are presented. The legal force and finality of a court decision are considered separately, which are the key features for determining a judgement as an object of review based on newly discovered or exceptional circumstances.

Key words: *judgement, legal force, review of court decisions, newly discovered or exceptional circumstances, civil process of Ukraine.*

Інститут перегляду судових рішень у цивільному процесі України відомий здавна. Розвиток цивільних процесуальних норм, встановлення нових підстав для перегляду потребують

© СІМУТІНА Яна Володимирівна – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України; ORCID: 0000-0001-7579-187X

© МЕНЮК Дарина Олегівна – аспірант відділу проблем цивільного, трудового та підприємницького права Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України; ORCID: 0000-0002-7083-7573

постійного дослідження цього інституту задля пошуку найбільш ефективного механізму перегляду судових рішень, а відтак захисту права кожного на справедливий суд. Однією із ключових ознак перегляду судового рішення за нововиявленими і виключними обставинами є набрання ним законної сили. Вивчення цієї ознаки і судового рішення як об'єкта перегляду за нововиявленими або виключними обставинами дасть можливість вирішити як теоретичні, так і практичні проблеми розвитку цього інституту цивільного процесуального права України.

Судове рішення є об'єктом вивчення науковців різних галузей процесуального права. Зокрема, у сфері цивільного процесу поняття, ознаки та види судових рішень досліджували І.В. Андронов, Р.О. Гаврік, В. Городовенко, Л. Г. Лічман, В.В. Комаров, М.Й. Штефан та ін.

Важливість судового рішення не ставиться під сумнів ні науковцями, ні практикуючими юристами, оскільки саме воно є результатом здійснення судочинства, елементом забезпечення права кожного на справедливий суд, а також актом правосуддя із реалізацією принципів цивільного процесуального права.

Під судовим рішенням у широкому розумінні прийнято вважати акт судового розгляду справи будь-якого провадження, яким може бути і рішення, і висновок (у межах конституційної юрисдикції і повноважень Конституційного Суду України), і вирок (у кримінальних провадженнях), і постанови, ухвали або окремі ухвали в адміністративному, кримінальному, цивільному та господарському процесі. Окрім цього, у вузькому значенні судове рішення визначається як акт правосуддя у кримінальному, цивільному і господарському судочинстві [1, с. 707]. Слід зазначити, що, з огляду на існування різних підходів, судове рішення може сприйматись як: відповідь на позовну заяву (підтвердження правовідносин та усунення їх спірності); правозастосовний акт (елемент механізму правового регулювання); юридичний факт матеріального права; акт реалізації судової влади; процесуальний акт (у розумінні документа). Досліджуючи вказані теорії щодо судового рішення, І.В. Андронов доходить висновку про доцільність комплексного підходу до визначення поняття «судове рішення» та його дослідження через взаємодію його матеріально-правового та процесуального складників [2, с. 5-8].

Із вказаною думкою слід погодитися та розділити підхід щодо правової природи судового рішення у цивільному процесі, наведене М.Й. Штефаном. Зокрема, вчений зазначав, що суть судового рішення полягає у тому, що «воно є основним і найважливішим актом правосуддя, постановленим у передбаченому законом порядку, ім'ям України і спрямованим на захист гарантованих Конституцією України прав, свобод та законних інтересів громадян й організацій, державних і громадянських інтересів, зміцнення законності і правопорядку, на запобігання правопорушенням, вихованням громадян і посадових осіб в дусі поваги до Конституції, законів України, честі і гідності людини» [3, с. 445].

Як акт застосування норм права, судові рішення відповідає таким ознакам: воно є результатом вирішення юридичної справи і підсумком процесу застосування норм права; приймається на основі нормативно-правових актів, тобто є законним і обґрунтованим; адресується чітко визначеним суб'єктам; поширює норми права на конкретні юридичні ситуації, вичерпує себе одноразовим застосуванням; має певну встановлену законодавством форму документа, чітко визначені реквізити та власну структуру; може бути оскаржене у передбаченому законодавством порядку; приймається компетентними органами держави, тобто являє собою категоричні, офіційно-владні, обов'язкові для виконання веління, які охороняються примусовою силою держави [4, с. 429-430].

На обов'язковості судового рішення варто зупинитися детальніше, оскільки воно засвідчує важливість судового акта та є елементом права на справедливий суд у розумінні статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [5]. Про значення обов'язковості також свідчить закріплення цього поняття у низці законодавчих актів національного законодавства. Зокрема, Конституцією України обов'язковість визначається однією з основних засад судочинства (ст. 129 Конституції України) [6]; ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає обов'язковість судового рішення як набрання ним законної сили, обов'язковості до виконання органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними осо-

бами та їх об'єднаннями на всій території України та неможливість його перегляду [7].

Останнє обумовлюється принципом правової визначеності, відомим у праві як принцип *res judicata*. У теорії цивільного процесуального права існує думка щодо ототожнення цього принципу та інституту законної сили судового рішення, що, своєю чергою, є передумовою виконання судового рішення [8, с. 250]. Водночас *res judicata* визначається неможливістю повторного розгляду справи та ухвалення по ній нового судового рішення.

Звісно, існування вимог, яким має відповідати судове рішення, презюмує те, що на практиці суд, на підставі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених тими доказами, які були досліджені в судовому засіданні, ухвалив рішення відповідно до норм матеріального права із дотриманням норм процесуального права. Відтак судове рішення ґрунтується на принципі верховенства права і відповідає завданню цивільного судочинства, як того вимагають приписи ст. 263 ЦПК України.

Указане цілком узгоджується із міжнародними стандартами здійснення правосуддя. Зокрема, у Висновку Консультативної ради європейських суддів щодо якості судових рішень від 18 грудня 2008 року № 11 (2008) зауважується: «Судове рішення високої якості — це рішення, яке досягає правильного результату, наскільки це дозволяють надані судді матеріали, у справедливий, швидкий, зрозумілий та однозначний спосіб» [9].

Водночас за існування різних суб'єктивних та об'єктивних факторів ухвалення законного та обґрунтованого рішення досягається далеко не завжди. Саме тому в законодавстві багатьох демократичних держав механізми із перегляду судових рішень, що набрали законної сили, існують задля забезпечення прав і свобод осіб. При цьому, за практикою Європейського суду з прав людини, такий перегляд судових рішень не суперечить принципу правової визначеності, якщо він відбувається із дотриманням норм національного законодавства [10]. У цивільному процесуальному законодавстві України перегляд рішення, що набрав законної сили, можливий у порядку касаційного оскарження та за нововиявленими або виключними обставинами. Хоча ці

два механізми є гарантіями здійснення цивільного правосуддя, проте вони відрізняються за правовою природою, мають різні завдання та свої особливості. Позаяк іноді справа потребує ревізії за певних підстав, які стали відомими після набрання судовим рішенням законної сили, з їх урахуванням, механізм перегляду судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами покликаний забезпечити реалізацію принципів здійснення правосуддя з метою ухвалення законного та обґрунтованого судового рішення.

Відповідно до ч. 1 ст. 423 ЦПК України за нововиявленими або виключними обставинами може бути переглянуто рішення, постанова або ухвала суду, якими закінчено розгляд справи, що набрали законної сили. Отже, судові рішення як об'єкт перегляду за нововиявленими або виключними обставинами має відповідати двом умовам: 1) ним має бути закінчено розгляд справи, 2) воно має набрати законної сили.

Законна сила як ознака судового рішення розглядалась науковцями неодноразова. Наприклад, В.В. Комаров визначає законну силу через правову дію судового рішення, сутність якої полягає у його незмінності та виключності [11, с. 794]. Р.О. Гаврік зазначає, що: «законна сила судового рішення – це його якість, що характеризує судові рішення як акт правосуддя і забезпечує реалізацію владного веління, що міститься у рішенні, та визначеність у встановлених судовим рішенням правовідносинах». При цьому до змісту законної сили слід включати статичний (як остаточність судового рішення) та динамічний (як обов'язковість судового рішення) елементи [12, с. 13]. Так, із набранням законної сили судові рішення отримують певні властивості, зокрема: незмінність, неспростованість, виключність, преюдиціальність, загальнообов'язковість [13, с. 97].

Щодо умови про закінчення таким рішенням розгляду справи слід зауважити наступне. Чинний ЦПК частиною 1 ст. 258 визначає, що до видів судових рішень належать ухвали, рішення, постанови та судові накази. При цьому вказана стаття також розділяє вирішення процедурних питань та розгляд справи по суті, яке у суді першої інстанції закінчується ухваленням рішення суду; при перегляді судових рішень в апеляційному та касаційному порядках закінчується прийняттям постанови; а в окре-

мих випадках судовий розгляд може бути закінченим постановленням ухвали чи видачею судового наказу.

Із огляду на вказане недоліком у чинній редакції норми ч. 1 ст. 423 ЦПК України є відсутність судового наказу як судового рішення, що може бути переглянутим за нововиявленими або виключними обставинами. Зокрема, у Постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 4 від 30 березня 2012 року до переліку рішень, які можуть бути переглянуті, включено судовий наказ [14]. Така позиція підтримується і науковою спільнотою цивільного процесуального права [15, с. 24]. Відтак незрозумілою залишається логіка законодавця, викладена у ч. 8 ст. 170 ЦПК України, відповідно до якої судовий наказ може бути переглянутий за нововиявленими обставинами, коли заявлено вимогу про стягнення аліментів у розмірі на одну дитину – однієї чверті, на двох дітей – однієї третини, на трьох і більше дітей – половини заробітку (доходу) платника аліментів, але не більше десяти прожиткових мінімумів на дитину відповідного віку на кожну дитину, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб; або заявлено вимогу про стягнення аліментів на дитину в твердій грошовій сумі в розмірі 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку, якщо ця вимога не пов'язана із встановленням чи оспорюванням батьківства (материнства) та необхідністю залучення інших заінтересованих осіб.

Відповідно до ч. 1 ст. 161 ЦПК України судовий наказ може видаватися за низки вимог. Окрім цього, не слід забувати про існування виключних обставин, за яких судові рішення також може бути переглянутим з метою ухвалення правосудного рішення, враховуючи підстави для перегляду. Із огляду на вказане виключення судового наказу із переліку судових рішень, що можуть бути переглянуті за нововиявленими або виключними обставинами, слід вважати звуженням права кожного на справедливий суд.

Окремо варто звернути увагу на ухвали судів про видачу виконавчих листів на підставі рішень третейських судів, які також можуть бути об'єктом перегляду судового рішення за

нововиявленими або виключними обставинами. Так, ухвала про видачу виконавчого документа за рішенням третейського суду є ухвалою суду, що постановлюються в порядку виконання згідно з вимогами статей 55, 56 ЗУ «Про третейські суди» [16]. Тобто ухвала не є такою, що вирішує спір або встановлює перешкоди для його вирішення. Однак саме ухвалою про видачу виконавчого листа на підставі рішення третейського суду закінчується розгляд справи (це ж передбачено чинною редакцією ст. 487 ЦПК України).

До ухвал, якими закінчено розгляд справи, можна також віднести ухвали суду першої інстанції про закриття провадження у справі чи залишення заяви без розгляду; відмову в задоволенні заяви про скасування рішення третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу; видачу виконавчого листа та відмову у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду, міжнародного комерційного арбітражу. При цьому ухвала про відмову у відкритті провадження у справі не може переглядатися за нововиявленими або виключними обставинами, оскільки не є тим судовим рішенням, яким закінчено розгляд справи [17].

Таким чином, судове рішення як об'єкт перегляду за нововиявленими або виключними обставинами має відповідати двом ознакам: судовим рішенням закінчено розгляд справи; таке судове рішення набрало законної сили. Відтак доцільно вважати, що об'єктом перегляду можуть бути усі види судових рішень, визначені ч. 1 ст. 258 ЦПК України: ухвали, рішення, постанови, а також судові накази.

1. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. Енцикл., 1998 р. Т. 5: П-С. 2003. 736 с.
2. Андронов І.В. Сутність рішення суду в цивільному процесі. *Підприємництво, господарство і право. Цивільне право і процес*. 2017. № 11. С. 5-8.
3. Штефан М.Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти. Вид. 2-е. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2001. 696 с.
4. Скакун О.Ф. Теорія права і держави: підручник. 3-є видання. Київ: Алерта, 2012. 524 с.
5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Міжнародний документ Ради Європи від 04.11. 1950 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
6. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
7. Про судоустрій і статус суд-

дів : закон України від 2.06.2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545. **8.** Ткачук О.С. Проблеми реалізації судової влади у цивільному судочинстві: монографія. Харків: Право, 2016. 600 с. **9.** Висновок Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень від 18 грудня 2008 року № 11 (2008). С. 2. URL: <https://rm.coe.int/opinion-n-11-2008-on-the-quality-of-judicial-decisions-/16806a1fbc>. **10.** Рішення по справі «Пономарьов проти України» від 3.04.2008 р. (заява № 3236/03). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_434. **11.** Цивільне судочинство України: основні засади та інститути: монографія / В.В. Комаров, К.В. Гусаров, Н.Ю.Сакара та ін.; за ред. В.В. Комарова. Харків: Право, 2016. 848 с. **12.** Гаврік Р.О. Законна сила судових рішень у цивільних справах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2011. 20 с. **13.** Самолюк Ю.М. Судове рішення у цивільному процесі: спірні питання. *Судова апеляція*. 2009. № 1(14). С. 91–98. **14.** Про застосування цивільного процесуального законодавства при перегляді судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами: Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 4 від 30.03.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004740-12>. **15.** Гонгало Р. Ф. Значення перегляду рішень за нововиявленими обставинами. *Новели цивільного процесуального кодексу України: матеріали «круглого столу»* (м. Одеса, 26 берез. 2018 р.) / за заг. ред. Н. Ю. Голубевої; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса: Фенікс, 2018. 112 с. **16.** Про третейські суди: Закон України від 1 травня 2004 року № 1701-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 35. Ст. 412. **17.** Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 12 листопада 2018 року у справі 463/6267/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77801558>.

References:

1. Yurydychna entsyklopediia: v 6 t. / Redkol.: Yu.S. Shemshuchenko (holova redkol.) ta in. Kyiv: Ukr. Entsykl., 1998 r. T. 5: P-S. 2003. 736 s. **2.** Andronov I.V. Sutnist rishennia sudu v tsyvilnomu protsesi. *Pidpriumnystvo, hospodarstvo i pravo. Tsyvilne pravo i protses*. 2017. № 11. S. 5-8. **3.** Shtefan M.I. Tsyvilnyi protses: pidruchnyk dlia stud. yuryd. spetsialnostei vyshchyykh zakladiv osvity. Vyd. 2-e. Kyiv: Vydavnychi Dim «In Yure», 2001. 696 s. **4.** Skakun O.F. Teoriia prava i derzhavy: pidruchnyk. 3-ye vydannia. Kyiv: Alerta, 2012. 524 s. **5.** Konventsiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod: Mizhnarodnyi dokument Rady Yevropy vid 04.11. 1950 r. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004. **6.** Konstytutsiia Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 28 chervnia 1996 r. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 1996. № 30. St. 141. **7.** Pro sudoustrii i status suddiv : zakon Ukrainy vid 2.06.2016 r. № 1402-VIII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2016. № 31. St. 545. **8.** Tkachuk O.S. Problemy realizatsii sudovoi vlady u tsyvilnomu sudochynstvi: monohrafiia. Kharkiv: Pravo, 2016. 600 s. **9.** Vysnovok Konsultativnoi rady yevropeiskyykh suddiv do uvahy Komitetu Ministriv Rady Yevropy shchodo yakosti sudovykh rishen vid 18 hrudnia 2008 roku № 11 (2008). S. 2. URL: <https://rm.coe.int/>

opinion-n-11-2008-on-the-quality-of-judicial-decisions-/16806a1fbc.
10. Rishennia po spravi «Ponomarov proty Ukrainy» vid 3.04.2008 r. (zaiava № 3236/03). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_434.
11. Tsyvilne sudochynstvo Ukrainy: osnovni zasady ta instytuty: monohrafiia / V.V. Komarov, K.V. Husarov, N.Iu.Sakara ta in.; za red. V.V. Komarova. Kharkiv: Pravo, 2016. 848 s. **12.** Havrik R.O. Zakonna syla sudovykh rishen u tsyvilnykh spravakh: avtoref. dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.03. Kyiv, 2011. 20 s. **13.** Samoliuk Yu.M. Sudove rishennia u tsyvilnomu protsesi: spirni pytannia. *Sudova apeliatsiia*. 2009. № 1(14). S. 91-98. **14.** Pro zastosovannia tsyvilnoho protsesualnoho zakonodavstva pry perehliadi sudovykh rishen u zviazku z novovyavlenymy obstavynamy: Postanova plenumu Vysshchoho spetsializovanoho sudu Ukrainy z rozghliadu tsyvilnykh i kryminalnykh sprav № 4 vid 30.03.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004740-12>. **15.** Honhalo R. F. Znachennia perehliadu rishen za novovyavlenymi obstavynamy. *Novely tsyvilnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy: materialy «kruhloho ctolu»* (m. Odesa, 26 berez. 2018 r.) / za zah. red. N. Yu. Holubievoi; Nats. un-t «Odes. yuryd. akad.». Odesa: Feniks, 2018. 112 s. **16.** Pro treteiski sudy: Zakon Ukrainy vid 1 travnia 2004 roku № 1701-IV. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2004. № 35. St. 412. **17.** Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv Druhoi sudovoï palaty Kasatsiinoho tsyvilnoho sudu vid 12 lystopada 2018 roku u spravi 463/6267/14-ts. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/77801558>.

Simutina Yana, Meniuk Daryna. Judgement as an object of court review on newly discovered or exceptional circumstances in the civil procedure of Ukraine

The importance of a judgment is not questioned by scholars or legal practitioners, as it is the result of judicial proceedings, and the element of ensuring the right of everyone to a fair trial, as well as an act of justice with the implementation of the principles of civil procedure.

As an act of application of the rule of law, judgments meet certain criteria. For example, it is the result of the process of applying the rule of law; adopted on the basis of legislative acts; addressed to certain entities; extends the rules of law to specific legal situations; has a certain form of the document established by the legislation; may be appealed; adopted by the competent authorities of the state, so it is a categorical, officially authoritative, binding on the orders, which is protected by the state.

A judgment as an object of review on newly discovered or exceptional circumstances must meet two conditions: it must complete the proceedings and it must enter into force. Legal force as a sign of judgment should be perceived as a quality that characterizes the court decision as an act of justice and ensures the implementation of the power order contained in the decision, and certainty in the legal relationship established by the court decision. Regarding the condition of termination of the case by such a decision, the following should be noted. The current civil procedure legislation of Ukraine stipulates that the types of court decisions include rulings, decisions, resolutions and court orders. At the same time, the resolution of procedural issues and consideration of the

case on the merits is divided, which in the court of first instance ends with the adoption of a court decision; when reviewing court decisions in the appellate and cassation procedures ends with the adoption of a resolution; and in some cases, the trial may be completed by a ruling or a court order.

Thus, the judgment as an object of review on newly discovered or exceptional circumstances must meet two criteria: the court decision has completed the consideration of the case; and its entry into force.

Key words: judgement, legal force, review of court decisions, newly discovered or exceptional circumstances, civil process of Ukraine.

УДК 347.736

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-99

І. А. БУТИРСЬКА

ПРЕДСТАВНИЦТВО ПРОКУРОРОМ ІНТЕРЕСІВ ДЕРЖАВИ У СПРАВІ ПРО БАНКРУТСТВО

Показано, що справи про банкрутство – це особлива категорія справ, у яких традиційні для господарського судочинства інститути часто проявляються по-новому. Склад учасників провадження у справі про банкрутство – яскраве тому підтвердження. Автор доходить висновку, що, вступаючи у справу про банкрутство, прокурору слід враховувати не лише норми Господарського процесуального кодексу України, а й Кодексу України з процедур банкрутства. З огляду на дуалістичний характер управління боржником у процедурі банкрутства (з боку як уповноваженого органу управління, так і арбітражного керуючого) показано: для того, щоб обґрунтувати наявність підстав для представництва інтересів держави, прокурор повинен довести одночасно бездіяльність двох суб'єктів: уповноваженого органу управління та арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора).

Ключові слова: банкрутство, неплатоспроможність, прокурор, представництво, інтереси держави.

Butyrskya Iryna. Prosecutor's representation of the state's interests in a bankruptcy case

The article is devoted to the study of the prosecutor's representation of the state's interests in a bankruptcy case. Bankruptcy cases are a special category of cases in which traditional for commercial litigation institutions often manifest themselves in new ways. The composition of the participants in the bankruptcy proceedings is a clear confirmation of this. According to the results of the study, the author concludes that when entering a bankruptcy case, the prosecutor should take into account not only the rules of the Economic Procedure Code of Ukraine, but also the Code of Ukraine on Bankruptcy Procedures. Given the dualistic nature of the debtor's management in bankruptcy proceedings (by both the authorized body and the arbitration manager), the author argues that in order to justify the existence of grounds for representing the interests of the state, the prosecutor must prove the inaction of two entities: 1 – authorized governing body; 2 – arbitration manager (property manager, reorganization manager, liquidator).

Key words: bankruptcy, insolvency, prosecutor, representation, interests of the state.

© БУТИРСЬКА Ірина Анатоліївна – кандидат юридичних наук, доцент, асистент кафедри процесуального права Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича; ORCID: 0000-0002-6827-9939; e-mail: i.butyrskya@gmail.com

Склад учасників провадження у справі про банкрутство свідчить, що справи про банкрутство – це особлива категорія справ, у яких традиційні для господарського судочинства інститути часто проявляються по-новому. Кодекс України з процедур банкрутства (далі – КУЗПБ) у ст. 1 визначає: «Учасники у справі про банкрутство – сторони, арбітражний керуючий, державний орган з питань банкрутства, Фонд державного майна України, представник органу місцевого самоврядування, представник працівників боржника, уповноважена особа засновників (учасників, акціонерів) боржника, а також у випадках, передбачених цим Кодексом, інші учасники справи про банкрутство, щодо прав або обов'язків яких існує спір» [1]. Як бачимо, прокурора у цьому переліку немає. Водночас Господарський процесуальний кодекс України (далі – ГПК України) передбачає можливість участі прокурора у господарському процесі, тому актуальним видається дослідження участі прокурора у справах про банкрутство.

Різні аспекти процедури банкрутства стали темою досліджень для багатьох вітчизняних учених, серед яких слід відзначити: О. Беянович, О. Бірюкова, І. Вечірка, Л. Грабован, В. Джуня, Ю. Кабенюк, Б. Полякова, П. Пригузу, В. Радзивілюк та ін. Проте питанню участі прокурора у справі про банкрутство, особливо у контексті дії нового КУЗПБ, приділено недостатньо уваги, що і вплинуло на вибір теми статті.

Метою статті є дослідження участі прокурора у справі про банкрутство, аналіз практики представництва прокурором інтересів держави у справі про банкрутство та виявлення підстав для вступу прокурора у справу про банкрутство.

За змістом КУЗПБ з моменту відкриття стосовно боржника справи про банкрутство він та належне йому майно перебувають в особливому правовому режимі, який змінює весь комплекс юридичних правовідносин боржника, і спеціальні норми КУЗПБ мають пріоритет у застосуванні при розгляді справ про банкрутство щодо інших законодавчих актів України. Як зазначають В. Радзивілюк та Р. Поляков, КЗПБ є спеціальним нормативно-правовим актом. Це означає, що інші норми господарського процесуального законодавства застосовуються субсидіарно, тобто настільки, наскільки це не суперечить чи є необхідним у

процедурі банкрутства, а для фізичних осіб – процедурі неплатоспроможності [2, с. 149]. З моменту відкриття провадження у справі про банкрутство усі спори, що стосуються майна боржника, «концентруються» у межах справи про банкрутство.

Попередня редакція Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України), яка діяла до 15 грудня 2017 року, визначала прокурора самостійним суб'єктом господарських процесуальних правовідносин – учасником розгляду господарських спорів у суді і включала його до складу осіб, які беруть участь у справі. Стаття 18 попередньої редакції ГПК України визначала склад учасників судового процесу, включаючи до них прокурора, а тому положення ГПК України в частині правового регулювання учасників справи про банкрутство могли застосовуватись у будь-якому випадку, коли щось не було врегульовано спеціальним Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Нова ж редакція ГПК України, на відміну від попередньої, чітко розмежувала у ст. 41 учасників справ позовного провадження, учасників справ наказного провадження, учасників справ про оскарження рішення третейського суду та про видачу наказу на примусове виконання рішення третейського суду та учасників справи про банкрутство, визначивши у ч. 5, що склад останніх визначається Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». А в Законі України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» (як і в новому КУЗПБ) – про прокурора ні слова [3, с. 149].

Ст. 53, 55 нової редакції ГПК України, які регулюють процесуальні особливості участі прокурора у судовому процесі, по суті, регламентують участь прокурора лише у позовному провадженні. Так, ч. 3 ст. 53 ГПК України визначає, що у визначених законом випадках прокурор звертається до суду з позовною заявою, бере участь у розгляді справ за його позовами, а також може вступити за своєю ініціативою у справу, провадження в якій відкрито за позовом іншої особи, до початку розгляду справи по суті, подає апеляційну, касаційну скаргу, заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами.

Коло учасників справи про банкрутство визначається спеціальним законодавством – КУЗПБ, який не передбачає напряду участі прокурора у справі про банкрутство. Можна припустити, що прокурор міг би вступати у справу на захист інтересів державного підприємства – боржника, але це тільки за тієї умови, коли немає відповідного органу, уповноваженого управляти відповідним боржником.

Як відомо, прокурор може представляти інтереси держави в суді лише у двох випадках:

1) якщо захист цих інтересів не здійснює або неналежним чином здійснює орган державної влади, орган місцевого самоврядування чи інший суб'єкт владних повноважень, до компетенції якого віднесено відповідні повноваження;

2) у разі відсутності такого органу.

У справі про банкрутство на стадії розпорядження майном боржника існує одразу два суб'єкти, які повинні й можуть захищати інтереси такого боржника: орган, уповноважений управляти майном боржника і розпорядник майна. Адже арбітражний керуючий (розпорядник майна, керуючий санацією, ліквідатор) з моменту винесення ухвали про призначення його арбітражним керуючим (розпорядником майна, керуючим санацією, ліквідатором) до моменту припинення здійснення ним повноважень прирівнюється до службової особи підприємства – боржника.

Враховуючи дуалістичний характер управління боржником у процедурі банкрутства (з боку і уповноваженого органу управління й арбітражного керуючого), на нашу думку, для того, щоб обґрунтувати наявність підстав для представництва інтересів держави, прокурор повинен довести одночасно бездіяльність двох суб'єктів:

– уповноваженого органу управління;

– арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора).

Відповідно до ст. 131¹ Конституції України прокуратура здійснює:

1) підтримання публічного обвинувачення в суді;

2) організацію і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час

кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку;

3) представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом.

Відповідно до Закону України «Про прокуратуру» (ст. 2) на прокуратуру покладаються такі функції:

1) підтримання державного обвинувачення в суді;

2) представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених цим Законом;

3) нагляд за додержанням законів органами, що провадять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство;

4) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян.

Не будемо зупинятися детально на різниці у правовій регламентації функцій, що реалізуються прокуратурою у межах кримінального провадження, оскільки це не є предметом нашого дослідження, а зупинимось на функції представництва інтересів держави.

Відповідно до частини четвертої статті 53 ГПК України прокурор, який звертається до суду в інтересах держави, в позовній чи іншій заяві, скарзі обґрунтовує: 1) в чому полягає порушення інтересів держави, 2) необхідність їх захисту, 3) визначені законом підстави для звернення до суду прокурора, а також зазначає 4) орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах. Вбачається, що прокурор повинен оцінити як причини банкрутства загалом, так і вплив процедури банкрутства на інтереси держави зокрема. Процес оцінки банкрутства слід розглядати як систему досліджень, що дає можливість сформулювати необхідні висновки щодо стану підприємства та можливих шляхів виходу з кризи [4, с. 374]. Прокурора у справі про банкрутство мають цікавити як конкретні порушення інтересів держави, так і значення підприємства-боржника для економіки в цілому, адже держава зацікавлена у збереженні кожного господарюючого суб'єкта і робочих місць на такому підприємстві.

У Рішенні від 5 червня 2019 року № 4-р(П)/2019 Конституційний Суд України вказав, що Конституцією України встановлено вичерпний перелік повноважень прокуратури, визначено характер її діяльності і в такий спосіб передбачено її існування і стабільність функціонування. Це гарантує неможливість зміни основного цільового призначення вказаного органу, дублювання його повноважень/функцій іншими державними органами, адже протилежне може призвести до зміни конституційно визначеного механізму здійснення державної влади її окремими органами або вплинути на обсяг їхніх конституційних повноважень [5].

Щоб інтереси держави не залишилися незахищеними, прокурор виконує субсидіарну роль, замінює в судовому провадженні відповідний компетентний орган, який усупереч вимогам закону не здійснює захисту або робить це неналежно [6].

Так, Верховний Суд у постанові від 21 липня 2020 року в справі № 5011-15/2551-2012 вказав: «Державне космічне агентство України є учасником справи про банкрутство та було обізнане з усіма обставинами відчуження державного майна у ліквідаційній процедурі. Водночас, незважаючи на вказане, враховуючи те, що Державне космічне агентство України вважає порушеними права держави у спірних правовідносинах, органом управління з моменту укладення спірного правочину не вживалися заходи до визнання його недійсним та повернення майна, що свідчить про неналежне здійснення захисту державних інтересів та є підставою для застосування прокурором представницьких повноважень. Оскільки вказаними суб'єктами не вжито заходів до оспорювання правочину щодо відчуження державного майна, про що їм було відомо з огляду на участь у справі про банкрутство, бездіяльність суб'єктів управління державним майном відповідно до статті 23 Закону України «Про прокуратуру» є підставою для застосування прокуратурою представницьких повноважень на захист інтересів держави [7].

Невиконання прокурором вимог щодо надання суду обґрунтування наявності підстав для здійснення представництва інтересів держави в суді згідно із частиною четвертою статті 53 ГПК України має наслідком застосування положень, передбачених статтею 174 ГПК України, про залишення позовної заяви

без руху для усунення її недоліків і повернення в разі, якщо відповідно до ухвали суду у встановлений строк ці недоліки не усунуті. Якщо ж суд установить відсутність підстав для представництва прокурором інтересів держави вже після відкриття провадження у справі, то позовну заяву прокурора слід вважати такою, що підписана особою, яка не має права її підписувати. І в таких справах виникають підстави для застосування положень пункту 2 частини першої статті 226 ГПК України (залишення позову без розгляду) [6]. Такого ж висновку щодо застосування наведеної норми процесуального права дійшов і Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду в постанові від 19 лютого 2019 року в справі № 925/226/18 [8].

Що стосується участі прокурора у господарському процесі загалом, то В. Фешук та В. Петрина відзначають: інститут участі прокурора в господарському процесі є рудиментом радянської тоталітарної системи нагляду прокуратури за судами, тобто нагляду з боку прокуратури як органу виконавчої влади за судами як органами судової влади [9, с. 341]. Частково погоджуємося з даною тезою і вважаємо, що вступ прокурора у господарський процес має бути скоріше винятком, ніж правилом. Адже безпідставне і тотальне втручання органів прокуратури у господарські правовідносини, дійсно, є рудиментом минулого.

Отже, вступаючи у справу про банкрутство, прокурору слід враховувати не лише норми ГПК України, а й КУзПБ. Беручи до уваги дуалістичний характер управління боржником у процедурі банкрутства (з боку уповноваженого органу управління та арбітражного керуючого), на нашу думку, для того, щоб обґрунтувати наявність підстав для представництва інтересів держави, прокурор повинен довести одночасно бездіяльність двох суб'єктів: 1) уповноваженого органу управління; 2) арбітражного керуючого (розпорядника майна, керуючого санацією, ліквідатора). Але у будь-якому разі участь прокурора у справі про банкрутство, як і в господарському процесі загалом, має бути скоріше винятком, аніж правилом, враховуючи нові реалії господарського життя.

1. Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18.10.2018 № 2597-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 19. Ст. 74. 2. Радзивілок В., Поляков Р. Проблеми застосування господар-

сько-процесуальних норм у процедурі банкрутства (неплатоспроможності). *Право України*. 2020. № 7. С. 147–158. 3. Бутирська І. А. Участь прокурора у справі про банкрутство. *Творчий шлях вченого: до 80-річчя професора В.В. Долежана* / уклад.: І.О. Кісліцина, М.О. Демечук, С.І. Єленич; відп. ред. Н.М. Бакаянова. Одеса: Юридична література, 2018. С. 149–151. 4. Kozlovskiy S., Butyrskiy A., Poliakov B., Bobkova A., Lavrov R., Ivanyuta N. Management and comprehensive assessment of the probability of bankruptcy of Ukrainian enterprises based on the methods of fuzzy sets theory. *Problems and Perspectives in Management*. 2019. № 17(3). P. 370–381. 5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою акціонерного товариства «Запорізький завод феросплавів» щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення пункту 13 частини першої статті 17 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 5 червня 2019 року № 4-р(II)/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va04p710-19#Text>. 6. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 26 травня 2020 року у справі № 912/2385/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reestr.court.gov.ua/90458902>. 7. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 21 липня 2020 року у справі № 5011-15/2551-2012. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/90540515>. 8. Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 19 лютого 2019 року у справі № 925/226/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/79990926>. 9. Фешук В., Петрина В. Участь прокурора в господарському процесі. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 6. С. 337–342.

References:

1. Kodeks Ukrainy z protsedur bankrutstva : Zakon Ukrainy vid 18.10.2018 № 2597-VIII. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2019. № 19. St.74. 2. Radzyviliuk V., Poliakov R. Problemy zastosuvannya hospodarsko-protsesualnykh norm u protseduri bankrutstva (neplatospromozhnosti). *Pravo Ukrainy*. 2020. № 7. S. 147–158. 3. Butyrskaya I. A. Uchast prokurora u spravi pro bankrutstvo. *Tvorchiy shliakh vchenoho: do 80-richchia profesora V.V. Dolezhana* / uklad.: I.O. Kislitsyna, M.O. Demenchuk, S.I. Yelnych; vidp. red. N.M. Bakaianova. Odessa: Yurydychna literatura, 2018. S. 149–151. 4. Kozlovskiy S., Butyrskiy A., Poliakov B., Bobkova A., Lavrov R., Ivanyuta N. Management and comprehensive assessment of the probability of bankruptcy of Ukrainian enterprises based on the methods of fuzzy sets theory. *Problems and Perspectives in Management*. 2019. № 17(3). P. 370–381. 5. Rishennia Konstyuttsiinoho Sudu Ukrainy u spravi za konstyuttsiinoinu skarhoiu aktsionernoho tovarystva «Zaporizkyi zavod ferosplaviv» shchodo vidpovidnosti Konstyuttsii Ukrainy (konstyuttsiinosti) polozhennia punktu 13 chastyny pershoi statti 17 Zakonu Ukrainy «Pro Natsionalne antykoruptsiine biuro Ukrainy» vid 5 chervnia 2019 roku № 4-r(II)/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va04p710-19#Text>. 6. Postanova Velykoi Palaty Verkhovnoho Sudu vid 26 travnia 2020 roku u spravi № 912/2385/18. *Yedyniy derzhavnyi*

reiestr sudovykh rishen. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/90458902>. 7. Postanova Verkhovnoho Sudu u skladi kolehii suddiv Kasatsiinoho hospodarskoho sudu vid 21 lypnia 2020 roku u spravi № 5011-15/2551-2012. *Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90540515>. 8. Postanova Kasatsiinoho hospodarskoho sudu u skladi Verkhovnoho Sudu vid 19 liutoho 2019 roku u spravi № 925/226/18. *Yedynyi derzhavnyi reiestr sudovykh rishen*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79990926>. 9. Feshchuk V., Petryna V. Uchast prokurora v hospodarskomu protsesi. *Pidpriemnytstvo, gospodarstvo i pravo*. 2019. № 6. S. 337–342.

Butyrska Iryna. Prosecutor's representation of the state's interests in a bankruptcy case

The article is devoted to the study of the prosecutor's representation of the state's interests in a bankruptcy case.

Bankruptcy cases are a special category of cases in which traditional for commercial litigation institutions often manifest themselves in new ways. The composition of the participants in the bankruptcy proceedings is a clear confirmation of this.

The purpose of the article is to study the participation of the prosecutor in the bankruptcy case, to analyze the practice of the prosecutor's representation of the state's interests in the bankruptcy case and to identify grounds for the prosecutor to enter the bankruptcy dispute.

According to the Code of Ukraine on Bankruptcy Procedures, since the opening of the bankruptcy case against the debtor, he and his property are in a special legal regime, which changes the whole complex of legal relations of the debtor, and special rules of the Code of Ukraine on Bankruptcy Procedures have priority in application. Bankruptcy of other legislative acts of Ukraine. Since the opening of bankruptcy proceedings, all disputes concerning the debtor's property have been "concentrated" within the bankruptcy case.

According to the results of the study, the author concludes that when entering a bankruptcy case, the prosecutor should take into account not only the rules of the Economic Procedure Code of Ukraine, but also the Code of Ukraine on Bankruptcy Procedures. Given the dualistic nature of the debtor's management in bankruptcy proceedings (by both the authorized body and the arbitration manager), the author argues that in order to justify the existence of grounds for representing the interests of the state, the prosecutor must prove the inaction of two entities: 1 – authorized governing body; 2 – arbitration manager (property manager, reorganization manager, liquidator). But in any case, the participation of the prosecutor in the bankruptcy case, as well as in the economic process in general, should be the exception rather than the rule, given the new realities of economic life.

Key words: bankruptcy, insolvency, prosecutor, representation, interests of the state.

**Л. В. МІЛІМКО
Т. С. ЯРОШЕНКО**

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ТА ЕТИЧНІ ПИТАННЯ ТАЄМНИЦІ УСИНОВЛЕННЯ (ТОЧКИ ДОТИКУ)

Здійснено аналіз загальних положень усиновлення, таємниці усиновлення в Україні, а також в окремих зарубіжних країнах. Визначені точки дотику правового та морально-етичного аспектів поняття «право на таємницю усиновлення». Дана характеристика основним перевагам та недолікам режиму таємниці усиновлення.

Ключові слова: усиновлення, таємниця усиновлення, конфіденційність, права усиновлювачів, права дитини.

Milimko Larisa, Yaroshenko Taisiya. Theoretical and legal aspects and ethical issues of the secret of adoption (points of contact)

This article analyses the general statements of adoption, the confidentiality of adoption in Ukraine, as well as in some foreign countries. The points of contact between the legal and moral-ethical aspects of the concept of «the right to secrecy of adoption» are defined, given a description of the main advantages and disadvantages of the confidentiality of adoption.

Key words: adoption, confidentiality of adoption, confidentiality, rights of adopters, rights of the child.

Незважаючи на високу врегульованість інституту усиновлення у світі, деякі питання щодо прав та обов'язків суб'єктів усиновлення і досі є надзвичайно суперечливими та проблемними у вирішенні для міжнародної спільноти. Одним із таких питань є право на таємницю усиновлення. Стала практика усиновлення розроблена для захисту кожного члена тріади усиновлення. Традиційно вони зберігають анонімність та конфіденційність біологічних батьків дитини. Ця практика підтримала концепцію, згідно з якою усиновлювачі повинні встановлювати стосунки з

© МІЛІМКО Лариса Василівна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри господарського, повітряного та космічного права юридичного факультету Національного авіаційного університету; ORCID: 0000-0001-5821-5862; e-mail: larisa_milimko@ukr.net

© ЯРОШЕНКО Таїсія Сергіївна – студентка юридичного факультету Національного авіаційного університету; e-mail: demens.ty@gmail.com

усиновленою дитиною без занепокоєння з приводу небажаного втручання членів сім'ї дитини, яка народилася. Крім того, вони наголошують на захисті усиновлених дітей від потенційно тривожних фактів про їхніх родичів та/або психологічної плутанини, яка може виникнути внаслідок будь-яких тривалих стосунків з їхніми родинami.

Нині широко визнано, що знання про власне походження надзвичайно важливе для багатьох усиновлених, оскільки вони вважають ці знання життєво необхідними для становлення їхньої особистості. І тому питання доцільності таємниці усиновлення дедалі частіше постає на правовому рівні та потребує значної уваги.

У зв'язку з цим автори статті ставлять за мету здійснити аналіз права на таємницю усиновлення у розрізі дотримання прав дитини, дослідити позиції щодо введення режиму таємниці усиновлення різних держав та внести пропозиції щодо удосконалення норм, що регулюють відносини з дотримання режиму таємниці при усиновленні у вітчизняному законодавстві.

Серед науковців сутність проблеми права на таємницю усиновлення в Україні розглядали Г.О. Блінова, М.В. Логвінова, Л.А. Савченко, Т.В. Шевченко та багато інших. Однак, не зважаючи на достатню розробленість означеної проблеми, сучасність ставить на порядок денний нові проблеми, що підлягають вирішенню.

При проведенні дослідження авторами використані такі основні методи наукового пізнання: синтез, аналіз, екстраполяція.

Частиною першою статті 2 Конвенції про права дитини від 20.11.1989 визначено, що держави-учасниці поважають і забезпечують всі права, передбачені цією Конвенцією, за кожною дитиною, яка перебуває в межах їх юрисдикції, без будь-якої дискримінації незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного, етнічного та соціального походження, майнового стану, стану здоров'я і народження дитини, її батьків, чи законних опікунів або яких-небудь інших обставин [1]. Таким чином, забезпечення прав та інтересів дітей є одним з пріоритетних напрямів діяльності будь-якої держави. Відповідно мають існувати правові

інститути, що гарантуватимуть дотримання цих прав. Одним із таких інститутів є інститут усиновлення, що є однією із сімейних форм влаштування дітей-сиріт та дітей, які позбавлені батьківського піклування. Крім Конвенції про права дитини 1989 р., до основних нормативно-правових актів на міжнародному рівні, що регулюють відносини з цього питання, належать Європейська конвенція про усиновлення дітей 1967 р., Гаазька конвенція про захист дітей та співробітництво в галузі міждержавного усиновлення 1993 р., Гаазька конвенція про юрисдикцію, право, що застосовується та визнання рішень про усиновлення 1965 р., Мінська конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах 1993 р., Міжамериканська конвенція про колізії усиновлення неповнолітніх 1994 р. тощо.

В Україні питання усиновлення загалом регулюються Конституцією України, Сімейним кодексом України (далі – СК), Цивільним кодексом України, Законом України «Про охорону дитинства» 2001 р. та низкою інших законів та підзаконних актів.

З метою зміцнення сім'ї усиновителів як соціального інституту та забезпечення кожної дитини сімейним вихованням, можливістю духовного та фізичного розвитку Верховна Рада України на законодавчому рівні визначила правовий режим таємниці усиновлення [2].

Стаття 226 СК закріплює право на таємницю усиновлення. Зокрема, особа має право на таємницю перебування на обліку тих, хто бажає усиновити дитину, пошук дитини для усиновлення, подання заяви про усиновлення та її розгляд рішення суду про усиновлення. Також визначено, що дитина, яка усиновлена, має право на таємницю, в тому числі від неї самої, факту її усиновлення. До того ж особа, яка була усиновлена, має право після досягнення нею чотирнадцяти років на одержання інформації щодо свого усиновлення [3].

Право на таємницю усиновлення охороняється законом. За порушення таємниці усиновлення, відповідно до статті 168 Кримінального кодексу України [4], передбачена кримінальна відповідальність у вигляді штрафу, обмеження волі або позбавлення волі з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю.

Проте законодавство не дає визначення поняття права на таємницю усиновлення. Л. А. Савченко та Т.В. Шевченко у своїй статті «Таємниця усиновлення. За і Проти» розглядають таємницю усиновлення як сімейну таємницю, тобто сукупність інформації, якою володіють лише члени сім'ї та, як виняток, спеціально уповноважені особи через виконання ними своїх повноважень щодо окремих аспектів сімейного життя, розголошення якої може призвести до заподіяння значної шкоди її носіям [5, с. 122].

М. В. Логвінова у роботі «Таємниця усиновлення та її гарантії» зазначила: якщо розглядати право на одержання інформації щодо усиновлення як одержання відомостей про усиновлення, то згідно із ст. 228 СК це означатиме одержання відомостей від осіб, яким у зв'язку з виконанням службових обов'язків доступна інформація щодо усиновлення, що, у свою чергу, за наявності факту вжиття заходів щодо забезпечення таємниці усиновлення з боку усиновлювача, є злочином. Якщо ж розглядати право на одержання інформації про усиновлення як повідомлення щодо факту усиновлення, то ч. 3 ст. 226 СК потребує нового формулювання. Так, ця норма звучала б таким чином: «особа, яка була усиновлена, має право після досягнення нею 14 років дізнатися від усиновлювача, що вона є усиновленою» [6, с. 85].

На нашу думку, правом на таємницю усиновлення є право на захист персональних даних у сфері сімейних відносин з початку процедури усиновлення і до моменту розголошення відомостей про усиновлення, для дотримання гарантованих прав суб'єктів усиновлення, з метою зміцнення сім'ї та для забезпечення стабільних та гармонійних умов життя усиновленої дитини та усиновителів.

Інформація про усиновлення дитини є конфіденційною. Її не можна розповсюджувати без згоди усиновлювача до досягнення дитиною повноліття. Це необхідно для захисту дитини, її біологічних батьків та усиновителів від ризику, що хтось може використовувати цю інформацію з метою матеріальної вигоди або заподіяти моральну шкоду дитині та родині. Наприклад, у Латвії розголошення таємниці усиновлення проти волі усиновлювача є злочином і карається згідно з кримінальним законом.

Отже, держава зобов'язана розслідувати та карати несанкціоноване розголошення інформації про усиновлення [7].

Забезпечення таємниці усиновлення в теорії є запорукою успішних відносин усиновленої дитини та усиновителів. Проте наразі існує безліч дискусій з приводу доцільності збереження таємниці, насамперед від дитини. Аналізуючи положення ст. 226 та 227 СК, можна дійти висновку, що законодавство України виділяє два типи таємниці усиновлення: таємниця усиновлення від дитини; таємниця усиновлення від сторонніх осіб.

У праці «Правове забезпечення таємниці усиновлення» К.М. Глиняна аналізує стан сімейного законодавства щодо таємниці усиновлення та робить порівняльну характеристику з іноземними державами. Так, вона зазначила, що в країнах з розвинутою та сталою правовою системою питання таємниці визначається досить своєрідно — таємницю усиновлення взагалі не визначають як ознаку усиновлення. Вона наводить приклад, що французький Цивільний кодекс не містить жодної згадки про таємницю усиновлення. Німецьке цивільне уложення (НЦУ) забороняє збирання та розголошення відомостей про усиновлення. Відомості, які можуть сприяти розкриттю факту усиновлення та його обставин, не можуть збиратися та розголошуватися без згоди усиновлювача та дитини, за винятком випадків, коли внаслідок особливих обставин цього вимагають суспільні інтереси (п. 1 § 1758 НЦУ). Уложення не дає переліку, навіть примірного, суспільних інтересів, які можуть вимагати розголошення таємниці усиновлення, оскільки в кожному конкретному випадку ці інтереси можуть дуже відрізнятися [8, с. 106].

У Сполучених Штатах Америки існує два типи усиновлення: відкритий («opened») та закритий («closed»). Закрите усиновлення («конфіденційне» чи «таємне» усиновлення) — це процес, за допомогою якого немовля усиновлюється іншою родиною, а записи біологічних батьків (батьків) є «закритою» (таємною) інформацією. Часто біологічного батька не реєструють навіть в оригіналі свідоцтва про народження. Усиновлення старшої дитини, яка вже знає своїх біологічних батьків, не може бути закритим або таємним. Конфіденційність записів фактично заважають усиновленому та біологічним батькам знайти або навіть щось знати одне про одного. Міжнародна асоціація

усиновлених (The International Association of Adopted People) не підтримує жодної форми закритого усиновлення, мотивуючи це тим, що закрите усиновлення шкодить психологічному стану усиновленої дитини [9, с. 144].

Головною позицією прихильників відкритого типу усиновлення, тобто відсутності таємниці усиновлення, є посилення на міжнародні конвенції з прав дитини. Так, зазначається, що кожна дитина повинна мати право на те, щоб дізнатися про те, яким є її коріння, хто є її біологічні батьки. Прихильники такої точки зору вказують, що незнання цієї інформації заважає становленню особистості як такої та є несправедливим щодо їх прав.

Більшість людей, які прагнуть відновити зв'язок з біологічними батьками, роблять це з емоційних причин. Вони хочуть знати власну історію, знати, чому сталося усиновлення, зв'язатися з родиною, про яку вони нічого не знають.

Проте з вищезазначених причин виникають і причини для встановлення таємниці усиновлення. Багато людей глибше відчують гнів чи зраду і хочуть знати, чому їх покинули. Саме для уникнення такого типу конфронтації закони так часто прагнуть захистити особистість біологічних батьків. Біологічні батько чи мати, які відбудували своє життя, часто відчують сором або відчуття невдачі, адже, побоюючись наслідків зміни свого життя, віддають свою дитину на усиновлення [10]. Таємниця усиновлення захищає не тільки біологічних батьків усиновленої дитини, а й саму дитину.

На позиціях збереження таємниці усиновлення виступають Аргентина, Болгарія (при повному усиновленні), Іспанія, Литва, Польща, Російська Федерація, Хорватія. Незважаючи на те, що більшість країн законодавчо врегульовують питання щодо таємниці усиновлення, законодавство низки країн, наприклад, Королівства Бельгії, не містить жодної вказівки щодо зазначеного інституту [6, с. 83].

Актуальним також залишається питання щодо процедури отримання усиновленою особою інформації про її усиновлення. Відповідно до ч 2 ст. 228 СК відомості про усиновлення видаються судом лише за згодою усиновлювача, а в разі його смерті – за згодою органу опіки та піклування.

Але спостерігаючи за практикою існування таємниці усиновлення, можна дійти висновку, що доцільність норм, що забезпечують таємницю усиновлення, підтвердилась [11, с. 190]. Ці норми повинні захищати інтереси як усиновителів, так і усиновленої дитини.

Отже, питання доцільності таємниці усиновлення є неоднозначним. Адже кожна зі сторін «за» та «проти» таємниці усиновлення має низку переваг та недоліків у своїх позиціях. Безперечно, кожна особа має право на таємницю усиновлення, але, на нашу думку, найбільш прийнятним варіантом є адаптація сучасного вітчизняного законодавства до права країн, де передбачений вибір «відкритого» чи «закритого» типу усиновлення.

Головною метою норм, що спрямовані на забезпечення таємниці усиновлення, має бути захист інтересів усиновленої дитини та усиновителів. Вважаємо, що право на розголошення цієї інформації належить лише усиновителям і що на їх розсуд вони можуть розголосити цю інформацію у віці, який буде найбільш сприятливим для освоєння такої інформації усиновленою особою, або не розголошувати її.

Тому вважаємо, що має бути здійснено спрощення режиму таємниці усиновлення. Цей процес має бути послідовний, чітко спланований та включати заходи з підвищення кваліфікації всіх суб'єктів соціальної роботи та формування громадянської свідомості суспільства про відповідальність за стан дотримання прав кожної дитини.

1. Конвенція про права дитини від 20.11.1989, ратифікована Законом № 789-XII 27.02.1991. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text. 2. Блінова Г. О. Правове регулювання інституту таємниці усиновлення: сучасні тенденції. *Право і суспільство*. 2013. № 4. С. 77–83. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Pis_2013_4_16.pdf. 3. Сімейний кодекс України від 10.01.2002. № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>. 4. Кримінальний кодекс України 05.04.2001 № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>. 5. Савченко Л. А., Шевченко Т. В. Таємниця усиновлення. За і проти. *Сучасні питання економіки і права*. 2013. С. 122–126. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMA

GE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Sper_2013_2_23.pdf.

6. Логвінова М. В. Таємниця усиновлення та її гарантії. *Проблеми захисту особистих немайнових прав фізичної особи*: Матер. всеукр. наук.-практ. конфер. (6 жовтня 2006 року м. Івано-Франківськ). Івано-Франківськ: ВОНР ТА РВД ПАІ ЛьвДУВС, 2006. С. 82–90.

7. Confidentiality of adoption information. Human Rights Guide. 2020. URL: <https://www.cilvektiesibugids.lv/en/themes/family/parents/adoption/confidentiality-of-adoption-information>.

8. Глиняна К. М. Правове забезпечення таємниці усиновлення. *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. С. 105–110. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILE=&2_S21STR=apdp_2008_38_20.

9. Jagannath Pati. Adoption: Right to Information Versus Right to Confidentiality. *Child Safety, Welfare and Well-being*. New Delhi: Springer, 2016. P. 141–157.

10. Adopted Child's Right to Information as to Biological Law Offices of Stimmel, Stimmel & Roeser. 2009. Parents. URL: <https://www.stimmel-law.com/en/articles/adopted-childrens-right-information-biological-parents>.

11. Журило С. С. До питання про необхідність забезпечення таємниці усиновлення в Україні. *Часопис цивілістики*. 2014. № 16. – С. 187–190.

References

1. Konventsiia pro prava dytyny vid 20.11.1989, ratyfikovana Zakonom №789-KhII 27.02.1991. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021#Text.

2. Blinova H.O. Pravove rehuliuвання instytutu taiemnytsi usynovlennia: suchasni tendentsii. *Pravo i suspilstvo*. 2013. №4. S. 77–83. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Pis_2013_4_16.pdf.

3. Simeinyi kodeks Ukrainy. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2002. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.

4. Kryminalnyi kodeks Ukrainy. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2001. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.

5. Savchenko L. A., Shevchenko T.V. Taiemnytsia usynovlennia. Za i proty. *Suchasni pytannia ekonomiky i prava*. 2013. S. 122–126. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Sper_2013_2_23.pdf.

6. Lohvinova M. V. Taiemnytsia usynovlennia ta yii harantii. *Problemy zakhystu osobystykh nainovykh prav fizychnoi osoby*: Mater. vseukr. nauk.-prakt. konfer. (6 zhovtnia 2006 roku m. Ivano-Frankivsk). Ivano-Frankivsk: VONR TA RVD PAI LvDUVS, 2006. S. 82–90.

7. Confidentiality of adoption information. Human Rights Guide. 2020. – URL: <https://www.cilvektiesibugids.lv/en/themes/family/parents/adoption/confidentiality-of-adoption-information>

8. Hlyniana K. M. Pravove zabezpechennia taiemnytsi usynovlennia. *Aktualni problemy derzhavy i prava*. 2008. S. 105–110. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?I21DBN=LINK&P21DBN=UJRN&Z21ID=&S21REF=10&S21CNR=20&S21STN=1

&S21FMT=ASP_meta&C21COM=S&2_S21P03=FILE=&2_S21STR=apdp_2008_38_20. 9. Jagannath Pati. Adoption: Right to Information Versus Right to Confidentiality. *Child Safety, Welfare and Well-being*. New Delhi: Springer, 2016. P. 141–157. 10. Adopted Child's Right to Information as to Biological Parents. Law Offices of Stimmel, Stimmel & Roeser. 2009. URL: <https://www.stimmel-law.com/en/articles/adopted-childs-right-information-biological-parents>. 11. Zhurylo S. S. Do pytannia pro neobkhidnist zabezpechennia taiemnytsi usnovlennia v Ukraini. *Chasopys tsyvilistyky*. 2014. №16. S. 187–190.

Milimko Larisa, Yaroshenko Taisiya. Theoretical and legal aspects and ethical issues of the secret of adoption (points of contact)

This article analyses the general statements of adoption, the confidentiality of adoption in Ukraine, as well as in some foreign countries. The points of contact between the legal and moral-ethical aspects of the concept of «the right to secrecy of adoption» are defined, given a description of the main advantages and disadvantages of the confidentiality of adoption.

Article 226 of the Family Code of Ukraine states that the person has the right to the confidentiality of adoption if a person wishes to adopt a child, searches for a child for adoption, filing an application for adoption and its consideration, court decision on adoption. In addition, it is determined that a child who is adopted has the right to confidentiality, including from himself/herself, of the fact of her adoption. In addition, a person who has been adopted has the right to receive information about his / her adoption after reaching the age of fourteen

The main position of supporters of open adoption (non-confidential adoption) is a reference to international conventions on the rights of the child. It is stated that every child should have the right to know what his or her roots are, who his or her biological parents are. Proponents of this point of view state that the ignorance of this information interferes with an individual's attitude as such and is unfair to their rights.

Most people who want to reconnect with their biological parents do so for emotional reasons. They want to know their own history, to know why they were adopted, to connect with their biological family, and to know their history.

However, the above reasons are also the reasons to establish the confidentiality of adoption. Many people feel deeply angry or betrayed and want to know why they have been abandoned. So, to avoid this type of confrontation the laws often seek to protect the identity of biological parents. The confidentiality of adoption protects not only the biological parents of the adopted child but also the child himself.

Based on the above, we believe that there is no doubt that everyone has the right to the confidentiality of adoption, but, in our opinion, the most acceptable option is to adapt modern domestic legislation to the norms of countries where there is a choice of “open” or “closed” type of adoption.

Key words: adoption, confidentiality of adoption, confidentiality, rights of adopters, rights of the child.

УДК 346.2

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-117

К. Ю. ЛЕОНОВ

КОРПОРАТИВНІ ПРАВА В АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВАХ ТА ОСОБЛИВОСТІ ЇХ РЕАЛІЗАЦІЇ

Розглядається низка найважливіших корпоративних прав, притаманних акціонерам в Україні, зокрема право на управління товариством та порядок його реалізації, право на участь у розподілу прибутку в формі дивідендів. Визначено переважне право акціонера приватного акціонерного товариства та порядок реалізації належних у акціонерів переважних прав при додатковій емісії акцій.

Визначено порядок рулювання балансу інтересів різних груп акціонерів через механізми squeeze-out и sell-out, а також права на обов'язковий викуп акцій товариством («право на незгоду»), що є новими для України.

Ключові слова: акціонерне товариство, корпоративні права, акція, дивіденди, акція.

Leonov Constantine. Corporate rights in joint stock companies and features of their implementation

The author considers a number of the most important corporate rights inherent in shareholders in Ukraine. In particular, such rights include the right to manage the company and the procedure for its implementation. Another important right is the right to participate in the distribution of profits in the form of dividends. It also defines the preemptive right of a shareholder of a private joint-stock company and the procedure for exercising the preemptive rights of shareholders in the event of an additional issue of shares.

The article also defines the procedure for managing the balance of interests of different groups of shareholders through squeeze-out and sell-out mechanisms, as well as the right to mandatory redemption of shares by the company, also called the “right to disagree”, which is new to Ukraine.

Key words: joint-stock company, corporate rights, action, dividends, share.

Розвиток української економіки неможливий без становлення і розвитку організаційно-правових форм господарювання, притаманних ринковим відносинам. Світовий досвід свідчить, що акціонерні товариства є найбільш вдалою формою господарювання для середніх і великих підприємств. Саме акціонерне товариство стало найпоширенішою формою підприємництва в

рекордно короткий історичний строк [1]. Водночас діяльність акціонерних товариств має значні відмінності від діяльності багатьох інших форм підприємств: товариств з обмеженою відповідальністю, приватних підприємств тощо [2].

Ст. 34 Закону України «Про акціонерні товариства» передбачає, що у загальних зборах акціонерного товариства можуть брати участь особи, включені до переліку акціонерів, які мають право на таку участь, або їх представники. Перелік акціонерів, які мають право на участь у загальних зборах, складається станом на 24 годину за три робочих дні до дня проведення таких зборів у порядку, встановленому законодавством про депозитарну систему України [3].

Оскільки акціонерне товариство належить до підприємницьких товариств, то основною метою її діяльності є отримання прибутку. Аналогічні мотиви в більшості випадків зумовлюють участь особи в акціонерних товариствах. У зв'язку з цим особливого значення набуває законодавча регламентація прав акціонерів на участь у розподілі прибутку товариства (отримання дивідендів).

Відповідно до ст. 30 Закону України «Про акціонерні товариства» дивіденди — частина чистого прибутку акціонерного товариства, що виплачується акціонеру з розрахунку на одну належну йому акцію певного типу та/або класу. За акціями одного типу та класу нараховується однаковий розмір дивідендів. Товариство виплачує дивіденди виключно грошовими коштами.

Правове регулювання виплати дивідендів диференціюється залежно від типу акцій. Так, виплата дивідендів за простими акціями здійснюється з чистого прибутку звітного року та/або нерозподіленого прибутку на підставі рішення загальних зборів акціонерного товариства у строк, що не перевищує шість місяців з дня прийняття загальними зборами рішення про виплату дивідендів.

У свою чергу, виплата дивідендів за привілейованими акціями здійснюється з чистого прибутку звітного року та/або нерозподіленого прибутку відповідно до статуту акціонерного товариства у строк, що не перевищує шість місяців після закінчення звітного року.

Важливою гарантією реалізації прав акціонера на отримання дивідендів є встановлений законодавством механізм стягнення заборгованості через вчинення виконавчого надпису. Так, у разі невиконання дивідендів у встановлений строк акціонера виникає право звернутися до нотаріуса щодо вчинення виконавчого надпису на документах, за якими стягнення заборгованості здійснюється у безспірному порядку згідно з переліком, встановленим Кабінетом Міністрів України.

Ст. 20 Закону України «Про акціонерні товариства» передбачає деталізацію процедури виплати дивідендів. Для кожної виплати дивідендів наглядова рада акціонерного товариства встановлює дату складення переліку осіб, які мають право на отримання дивідендів, порядок та строк їх виплати. Дата складення переліку осіб, які мають право на отримання дивідендів за простими акціями, визначається рішенням наглядової ради, але не раніше, ніж через 10 робочих днів після дня прийняття такого рішення наглядовою радою.

Інший порядок встановлений для виплати дивідендів власникам привілейованих акцій. Перелік осіб, які мають право на отримання дивідендів за привілейованими акціями, складається протягом одного місяця після закінчення звітного року.

Акціонерне товариство в порядку, встановленому статутом, повідомляє осіб, які мають право на отримання дивідендів, про дату, розмір, порядок та строк їх виплати. Протягом 10 днів з дня прийняття рішення про виплату дивідендів за простими акціями публічне акціонерне товариство повідомляє про дату, розмір, порядок та строк виплати дивідендів за простими акціями фондової біржі (біржі), у біржовому реєстрі якої (яких) перебуває таке товариство. Конкретний спосіб виплати дивідендів визначається відповідним рішенням загальних зборів акціонерів.

Деталізувавши процедурні аспекти виплати дивідендів в акціонерних товариствах, законодавець водночас встановив низку обмежень, зокрема передбачивши випадки, коли акціонерне товариство не має права приймати рішення про виплату дивідендів або не має права здійснювати виплату дивідендів за простими або привілейованими акціями.

Так, згідно зі ст. 31 Закону України «Про акціонерні товариства» акціонерне товариство не має права приймати рішення

про виплату дивідендів та здійснювати виплату дивідендів за простими акціями у разі, якщо: 1) звіт про результати розміщення акцій не зареєстровано у встановленому законодавством порядку; 2) власний капітал товариства менший, ніж сума його статутного капіталу, резервного капіталу та розміру перевищення ліквідаційної вартості привілейованих акцій над їх номінальною вартістю.

Акціонерне товариство не має права здійснювати виплату дивідендів за простими акціями у разі, якщо: 1) товариство має зобов'язання про викуп акцій відповідно до статті 68 Закону України «Про акціонерні товариства»; 2) поточні дивіденди за привілейованими акціями не виплачено повністю.

Акціонерне товариство не має права приймати рішення про виплату дивідендів та здійснювати виплату дивідендів за привілейованими акціями у разі, якщо: 1) звіт про результати розміщення акцій не зареєстровано у встановленому законодавством порядку. Товариство не має права здійснювати виплату дивідендів за привілейованими акціями певного класу до виплати поточних дивідендів за привілейованими акціями, власники яких мають перевагу щодо черговості отримання дивідендів.

Свої особливості має і реалізація права здійснювати в акціонерних товариствах відчуження своїх корпоративних прав. Порядок відчуження акцій акціонерного товариства передбачений ст. 7 Закону України «Про акціонерні товариства». На відміну від учасників товариств з обмеженою відповідальністю акціонери публічного акціонерного товариства можуть відчужувати належні їм акції без згоди інших акціонерів товариства.

Що стосується приватних акціонерних товариств, у певних випадках право вільно відчужувати акції може бути обмежене законом або статутом акціонерного товариства. Акціонерні товариства, кількість акціонерів яких не перевищує 100 осіб, вправі передбачити у статуті переважне право інших акціонерів цього приватного акціонерного товариства на придбання акцій товариства, що пропонуються їх власником до відчуження третій особі.

Переважне право акціонера приватного акціонерного товариства означає його право на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами цього товариства, за ціною та на умовах,

запропонованих акціонером третій особі, пропорційно кількості акцій, що належать кожному з них. Переважне право на придбання акцій, що продаються іншими акціонерами цього товариства, діє протягом двох місяців з дня отримання товариством повідомлення акціонера про намір продати акції, якщо короткий строк не передбачено статутом товариства.

Строк переважного права, передбачений статутом товариства, не може бути меншим, ніж 20 днів з дня отримання товариством відповідного повідомлення. Строк переважного права припиняється у разі, якщо до його спливу від усіх акціонерів товариства отримані письмові заяви про використання або про відмову від використання переважного права на купівлю акцій.

Закон України «Про акціонерні товариства» деталізує процедуру відчуження акцій акціонерами приватних акціонерних товариств таким чином, щоб дотриматися балансу інтересів між правами акціонера, який бажає здійснити відчуження своїх корпоративних прав, й інтересів інших акціонерів цього товариства, який мають переважне право на придбання таких акцій.

Саме по собі переважне право на придбання акцій товариства слід розглядати як корпоративне. Хоча воно має майновий характер, Закон України «Про акціонерні товариства» передбачає, що уступка зазначеного переважного права іншим особам не допускається. Проте переважне право акціонерів приватного товариства не є абсолютним. Приміром, воно не поширюється на випадки переходу права власності на цінні папери товариства в результаті їх спадкування чи правонаступництва.

Закон України «Про акціонерні товариства» також передбачає наявність у акціонерів переважних прав при додатковій емісії акцій. Переважним правом акціонерів визнається право акціонера – власника простих акцій придбавати розміщені товариством прості акції пропорційно частці належних йому простих акцій у загальній кількості простих акцій. Специфіка переважного права акціонера – власника привілейованих акцій полягає в тому, що він має право придбавати розміщені товариством привілейовані акції цього або іншого класу, якщо акції такого класу надають їх власникам перевагу щодо черговості отримання дивідендів чи виплат у разі ліквідації товариства, пропорційно частці належних акціонеру привілейованих

акцій певного класу у загальній кількості привілейованих акцій цього класу. Переважне право надається акціонеру – власнику простих акцій у процесі приватного розміщення обов'язково. Натомість переважне право акціонеру – власнику привілейованих акцій надається у процесі приватного розміщення товариством привілейованих акцій лише у випадках, якщо це передбачено статутом акціонерного товариства. Акціонер, який має намір реалізувати своє переважне право, подає акціонерному товариству в установлений строк письмову заяву про придбання акцій та перераховує на відповідний рахунок кошти в сумі, яка дорівнює вартості цінних паперів, що ним придбаваються.

Як слушно вказує Н.О. Виноградова, вирішувати проблеми захисту прав акціонера доцільно за допомогою закріплення правових способів забезпечення балансу прав та інтересів усіх груп (як меншості, так і більшості) учасників корпоративних відносин. При цьому виявлення такого балансу і його забезпечення повинні базуватися на визнанні пріоритету правового положення акціонерів та надання останнім гарантій безперешкодної реалізації й охорони їх прав та законних інтересів на рівні як державного регулювання, так і саморегулювання [4]. На підтвердження даної позиції вченої щодо дотримання балансу прав різних груп акціонерів у 2017 році в корпоративному праві України запровадили важливі новації, а саме механізми squeeze-out и sell-out (примусовий викуп та примусовий продаж акцій).

Так, ст. 65-2 Закону України «Про акціонерні товариства» поширює вимоги щодо обов'язкового продажу простих акцій акціонерами на вимогу особи (осіб, що діють спільно), яка внаслідок придбання акцій товариства з урахуванням кількості акцій, які належать їй та її афілійованим особам, стала (прямо або опосередковано) власником пакету в розмірі 95 і більше відсотків простих акцій акціонерного товариства (домінуючий контрольний пакет акцій). Даний механізм передбачає, що товариство не пізніше як за 25 робочих днів з дня отримання повідомлення від власника домінуючого контрольного пакета акцій повинно затвердити ринкову вартість акцій товариства, визначену суб'єктом оціночної діяльності відповідно до Закону.

Протягом 90 днів з дня подання повідомлення особа, яка є власником домінуючого контрольного пакета акцій, має право

надіслати до товариства публічну безвідкличну вимогу про придбання акцій в усіх власників акцій товариства (публічна безвідклична вимога). Публічна безвідклична вимога розміщується товариством на своєму веб-сайті та у загальнодоступній інформаційній базі даних про ринок цінних паперів Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку протягом наступного робочого дня з дня її отримання товариством. У разі подання до товариства публічної безвідкличної вимоги всі акціонери акціонерного товариства, крім осіб, що діють спільно із такою особою, та її афілійованих осіб, та саме товариство зобов'язані продати належні їм акції цього товариства заявнику вимоги. Разом із поданням товариству публічної безвідкличної вимоги заявник вимоги надсилає товариству копію договору, укладеного між заявником вимоги та банківською установою, в якій відкрито рахунок умовного зберігання (ескроу). Слід зауважити, що придбання акцій заявником вимоги та продаж цих акцій акціонерами не потребує обов'язкової участі торговця цінними паперами та отримання ліцензії на здійснення валютних операцій або інших дозволів та погоджень державних органів, у тому числі Національного банку України. Публічна безвідклична вимога про придбання акцій заявником вимоги має вищий пріоритет над усіма обмеженнями (обтяженнями). Наявність обмеження (обтяження) простих акцій товариства, що належать іншим акціонерам, не впливає на право заявника вимоги придбати такі акції товариства. У разі придбання заявником вимоги акцій, щодо яких встановлено обтяження, акції як предмет обтяження замінюються на грошові кошти, зараховані на рахунок умовного зберігання (ескроу), відкритий відповідно до вимог закону.

Іншим новаторським інструментом законодавства про акціонерні товариства механізм обов'язкового придбання особою (особами, що діють спільно), яка є власником домінуючого контрольного пакета акцій акціонерного товариства, акцій на вимогу акціонерів. Так, кожний акціонер акціонерного товариства – власник простих акцій товариства, щодо яких не встановлено обмеження (обтяження), після розміщення у загальнодоступній інформаційній базі даних про ринок цінних паперів інформації Національної комісії з цінних паперів та фондового

ринку про набуття особою (особами, що діють спільно) права власності на домінуючий контрольний пакет акцій має право вимагати здійснення обов'язкового придбання належних йому акцій, щодо яких не встановлено обмеження (обтяження), особою (особами, що діють спільно), яка є власником домінуючого контрольного пакета акцій. У такому разі особа (особи, що діють спільно), яка є власником домінуючого контрольного пакета акцій, зобов'язана придбати належні акціонерам акції у порядку, визначеному ст. 653 Закону України «Про акціонерні товариства».

Для цього зацікавлений в продажу акціонер має подати товариству письмову вимогу про обов'язкове придбання акцій. Товариство протягом 25 робочих днів з дня отримання товариством від акціонера письмової вимоги про обов'язкове придбання акцій затверджує ціну обов'язкового придбання акцій. Переказ коштів за акції, що придбаються, має бути здійснений покупцем протягом 20 робочих днів з дня отримання від товариства затвердженої ціни обов'язкового придбання акцій.

Як вказує В. Цікало, права на обов'язковий продаж (squeeze-out) і обов'язковий викуп (sell-out) акцій у разі придбання домінуючого контрольного пакета не лише не кореспондують одне одному, а навпаки — здійснення одного із цих прав виключає можливість здійснення іншого. Якщо власник домінуючого контрольного пакета акцій розпочав здійснювати своє право на обов'язковий продаж, тобто подав товариству публічну безвідкличну вимогу про примусовий продаж акцій, в інших акціонерів не виникає права на обов'язковий викуп, а в тих, у кого воно вже виникло, таке право припиняється. Право інших акціонерів на обов'язковий викуп у них акцій (sell-out) особою, яка стала власником домінуючого контрольного пакета, може бути здійснене, якщо ця особа не розпочала реалізовувати належне їй право на обов'язковий продаж її решти акцій товариства (squeeze-out) [5].

Зауважимо, що обраний вітчизняний законодавцем підхід відрізняється від світових аналогів, котрі, як правило, передбачають, що праву витіснення кореспондується право вимагати викупу за справедливою ціною.

До складу корпоративних прав акціонера входить також право на обов'язковий викуп акцій товариством відповідно до

ст. 68 Закону України «Про акціонерні товариства», яке ще називають «правом на незгоду». Так, зазначена стаття передбачає право кожного акціонера — власника простих акцій товариства вимагати здійснення обов'язкового викупу акціонерним товариством належних йому голосуючих акцій, якщо він зареєструвався для участі у загальних зборах та голосував проти прийняття загальними зборами рішення про: 1) злиття, приєднання, поділ, перетворення, виділ, зміну типу товариства; 2) надання згоди на вчинення товариством значних правочинів, у тому числі про попереднє надання згоди на вчинення значного правочину; 3) надання згоди на вчинення товариством правочину, щодо якого є заінтересованість; 4) зміну розміру статутного капіталу. Що стосується власників привілейованих акцій, то вони також мають право вимагати здійснення обов'язкового викупу товариством належних йому привілейованих акцій, однак в інших випадках. Право на незгоду для таких акціонерів діє, якщо вони на загальних зборах голосували проти прийняття рішення про: 1) внесення змін до статуту товариства, якими передбачається розміщення привілейованих акцій нового класу, власники яких матимуть перевагу щодо черговості отримання дивідендів або виплат у разі ліквідації акціонерного товариства; 2) розширення обсягу прав акціонерів — власників розміщених привілейованих акцій, які мають перевагу щодо черговості отримання дивідендів або виплат у разі ліквідації акціонерного товариства.

В обох випадках, як щодо власників простих акцій, так і щодо власників привілейованих акцій, акціонерне товариство зобов'язане викупити належні акціонерові акції. Як слушно зазначає В. Цікало, однією з умов здійснення права на обов'язковий викуп в акціонера акцій товариством є подання акціонером товариству протягом 30 днів після прийняття загальними зборами рішення, письмової вимоги про реалізацію права на обов'язковий викуп. Водночас проблемним залишається питання гарантування цього права. Вчений вважає, що для захисту права акціонера на обов'язковий викуп його акцій товариством доцільне застосування такого способу, як укладання договору за рішенням суду і, як наслідок, стягнення заборгованості за договором (примусове виконання обов'язку в натурі) [6].

Таким чином корпоративні права слід розглядати як об'єкт цивільних правовідносин, що являє собою сукупність прав особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами. З огляду на специфічну правову природу корпоративних прав їх слід вважати особливим та самостійним об'єктом цивільних правовідносин, що характеризується власними, не притаманними жодному іншому об'єктові ознаками. Відтак доцільним є доповнення норми статті 177 Цивільного кодексу України внесенням до переліку об'єктів цивільних прав корпоративних прав у якості окремого та самостійного специфічного об'єкта.

1. Рябая Г.К. Становлення процесів корпоратизації в Україні. *Наукові записки*. 2012. Вип. 12. (II). С. 234-237. 2. Сегеда С., Татаревський О. Що треба знати про акціонерні товариства. *Юридична абетка*. Київ, 2017. 86 с. 3. Про акціонерні товариства: Закон України. *Урядовий кур'єр* (офіційне видання). 29.10.2008. № 202. 4. Виноградова Н.О. Господарсько-правові способи захисту прав акціонерів на акції: автореф. дис. ... к.ю.н.: 12.00.04. Харків, 2009. 20 с. 5. Цікало В. Здійснення та захист права акціонерів на обов'язковий викуп акцій у разі придбання домінуючого контрольного пакета. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 9. С. 51-55. 6. Цікало В. Умови здійснення та захисту права акціонера на обов'язковий викуп акцій товариством. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 10. С. 52-56.

References

1. Riabaia H.K. Stanovlennia protsesiv korporatyzatsii v Ukraini. *Naukovi zapysky*. 2012. Vyp. 12. (II). S. 234 – 237. 2. Sehed S., Tatarevskiy O. Shcho treba znaty pro aktsionerni tovarystva. *Yurydychna abetka*. Kyiv, 2017. 86 s. 3. Pro aktsionerni tovarystva: Zakon Ukrainy. *Uriadovyi kurier* (ofitsiine vydannia). 29.10.2008. № 202. 4. Vynohradova N.O. Hospodarsko-pravovi sposoby zakhystu prav aktsioneriv na aktsii: avtoref. dys. ... k.yu.n.: 12.00.04. Kharkiv, 2009. 20 s. 5. Tsikalo V. Zdiisnennia ta zakhyst prava aktsioneriv na обов'язковий викуп акцій у разі придбання домінуючого контрольного пакета. *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo*. 2017. № 9. S. 51-55. 6. Tsikalo V. Umovy zdiisnennia ta zakhystu prava aktsionera na обов'язковий викуп акцій товариством. *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo*. 2017. № 10. S. 52-56.

Leonov Constantine. Corporate rights in joint stock companies and features of their implementation

The development of the Ukrainian economy is impossible without the formation and development of organizational and legal forms of management inherent in market relations. The joint-stock company became the most widespread form of business in record time.

The author considers a number of the most important corporate rights inherent in shareholders in Ukraine. In particular, the article considers the right of shareholders to manage the company and the procedure for its implementation.

The author also determines the basis of shareholder motivation to participate in the distribution of profits in the form of dividends. It is established that the legislative regulation of the rights of shareholders to participate in the distribution of the company's profits (dividends) becomes especially important.

The peculiarities of the procedure of alienation of corporate rights in joint-stock companies are also considered. In particular, the preemptive right of a shareholder of a private joint-stock company is determined. The legislation of Ukraine also stipulates that shareholders have preemptive rights in case of additional issue of shares.

The article also defines the procedure for managing the balance of interests of different groups of shareholders through squeeze-out and sell-out mechanisms, which are new for Ukraine. It is stated that the approach chosen by the domestic legislator is different from the world counterparts, which, as a rule, assume that the right of displacement corresponds to the right to demand redemption at a fair price.

The shareholder's corporate rights also include the right to mandatory redemption of shares by the company, which is also called the "right to disagree". This right is provided for each shareholder – owner of ordinary shares of the company to require mandatory redemption by the joint stock company of its voting shares, if he registered to participate in the general meeting and voted against the decision of the general meeting of a certain content.

The author states that corporate rights should be considered as an object of civil law, which is a set of rights of a person whose share is determined in the authorized capital (property) of a business organization, including the authority to participate in the management of a business organization, a certain share of profits (dividends) of the organization and assets in case of liquidation of the latter in accordance with the law, as well as other powers provided by law and statutory documents. Given the specific legal nature of corporate rights, they should be considered a special and independent object of civil law, characterized by their own, not inherent in any other object features.

Key words: joint-stock company, corporate rights, action, dividends, share.

ЗЕМЕЛЬНЕ, АГРАРНЕ ТА ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО

УДК: 349.41

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-128

О. В. ГОЛОВКІН
О. М. КОВТУН

ДЕЯКІ ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ЗАВЕРШАЛЬНОГО ЕТАПУ ЗЕМЕЛЬНОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Досліджуються деякі правові проблеми завершального етапу земельної реформи в Україні, зокрема реформування відносин у сфері планування використання земель. Наголошується на необхідності запровадження еколого-економічної моделі господарювання на землі, заснованої на засадах сталого розвитку. Доводиться нагальна необхідність розробки та прийняття Державної цільової програми розвитку земельних відносин в Україні на період до 2030 року і Загальнодержавної програми використання та охорони земель.

Ключові слова: земельна реформа, обіг земель сільськогосподарського призначення, мораторій на відчуження земель сільськогосподарського призначення, планування використання земель.

Golovkin Alexander, Kovtun Elena. Some legal problems of the final stage of land reform in Ukraine

The article examines some legal issues of the final stage of land reform in Ukraine. The problems of reforming relations in the field of land use planning have been studied. Emphasis is placed on the need to introduce an ecological and economic model of land management based on the principles of sustainable development. There is an urgent need to develop and adopt the State Target Program for the Development of Land Relations in Ukraine for the period up to 2030 and the National Program for Land Use and Protection.

© ГОЛОВКІН Олександр Васильович – доктор юридичних наук, професор, Заслужений юрист України; e-mail: alexandergol@gmail.com

© КОВТУН Олена Миколаївна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального та адміністративного права Академії адвокатури України; ORCID: 0000-0001-5125-4279; e-mail: ot.74@ukr.net

Key words: land reform; circulation of agricultural lands; moratorium on the alienation of agricultural land; land use planning.

Україна – унікальна держава щодо тривалості здійснення земельної реформи та дії мораторію на відчуження земель сільськогосподарського призначення. Земельна реформа триває 29 років: 18 грудня 1990 року Верховна Рада УРСР прийняла історичну постанову «Про земельну реформу», згідно з якою з 15 березня 1991 року всі землі Української РСР оголошувалися об'єктом земельної реформи [1]. Історія земельного мораторію налічує 19 років: 18 січня 2001 року Верховна Рада України прийняла Закон «Про угоди щодо відчуження земельної частки (паю)», відповідно до якого «до врегулювання порядку реалізації прав громадян і юридичних осіб на земельну частку (пай) Земельним кодексом України власники земельних часток (паїв) тимчасово не можуть укладати угоди щодо купівлі-продажу, дарування земельної частки (паю) або іншим способом відчужувати зазначені частки (паї), крім передачі їх у спадщину та при викупі земельних ділянок для державних і громадських потреб» [2]. У подальшому ця заборона зазнала чисельних трансформацій, багато разів подовжувалася, діє досі.

Але 31 березня 2020 року в новітній історії України сталася епохальна подія: Верховна Рада України нарешті (після тривалої дії заборони на відчуження земель сільськогосподарського призначення, після рішень ЄСПЛ у справах «Зеленчук та Цицюра проти України» (2018 рік) і «Антоненко та інші проти України» (2020 рік) прийняла Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення» № 552-ІХ (далі – Закон № 552-ІХ), яким з 1 липня 2021 року запроваджується ринок сільськогосподарських земель [3].

Але 1 липня 2021 року земельна реформа в Україні не завершиться. Ця дата є початком завершального етапу реформування земельних правовідносин у державі, що характеризується наявністю значної кількості різних проблем, зокрема правових.

Проблематика реформування земельних правовідносин в Україні є об'єктом досліджень провідних вітчизняних науковців: В.І. Андрейцева, О.А. Вівчаренка, М.А. Дайнеги, В.М. Єрмолен-

ка, О.І. Заєць, І.А. Заплітної, Зубрицького О.В., І.І. Каракаша, Т.О. Коваленко, І.О. Костяшкіна, М.В. Краснової, А.П. Кулинича, П.Ф. Кулинича, А.М. Мірошніченка, А.Л. Місінкевич, В.В. Носіка, А.І. Ріпенка, М.В. Шульги та ін.

Незважаючи на майже тридцятирічне реформування земельних відносин в Україні, його не можна вважати завершеним, оскільки не досягнуто основних цілей земельної реформи, а саме: земля не передана ефективному власнику, не функціонує вільний обіг земель сільськогосподарського призначення та не запроваджено еколого-економічну модель господарювання на землі, засновану на засадах сталого розвитку.

Такий зтяжний та малорезультативний характер реформування земельних правовідносин обумовлений, на нашу думку, насамперед тією обставиною, що із самого початку земельної реформи (15 березня 1991 року) досі відсутній програмний документ, що визначав би її мету, завдання, цілі, етапи, очікувані результати тощо.

Історична Постанова Верховної Ради УРСР «Про земельну реформу» від 18 грудня 1990 року поклала початок реформуванню земельних правовідносин, визначивши його завданням «перерозподіл земель... з метою створення умов для рівноправного розвитку різних форм господарювання на землі, формування багатуокладної економіки, раціонального використання та охорони земель» [4]. Після десятирічного реформування земельних відносин, 30 травня 2001 року, було прийнято Указ Президента України «Про основні напрями земельної реформи в Україні на 2001–2005 роки», де, зокрема, зазначалося, що «до цього часу не створено системи законодавчих актів, які б належним чином забезпечували проведення земельної реформи» [5]. Дійсно, нормативно-правове забезпечення першого десятиліття земельної реформи в Україні (зокрема, процесу паювання земель) становили підзаконні нормативно-правові акти, насамперед укази Президента України.

Отже, програмне забезпечення здійснення земельної реформи в Україні відсутнє. Хоча певні спроби у цьому напрямі здійснювалися, але декілька редакцій проектів Закону України «Про Загальнодержавну програму використання та охорони земель» так і залишилися законопроектами. Також не було розроблено

та прийнято Державну цільову програму розвитку земельних відносин до 2020 року, концепцію якої було схвалено Кабінетом Міністрів України ще 17 червня 2009 року [6]. Єдиним програмним документом у сфері охорони земель є Концепція боротьби з деградацією земель та опустелюванням, схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 22 жовтня 2014 року № 1024, але вона розрахована на період 2015-2020 років і не охоплює сферу використання земель [7].

Як бачимо, Україна розпочала реформування земельних відносин, не маючи жодного програмного документа. Як наслідок – майже двадцятилітня дія мораторію (що є порушенням права власності на землю), відсутність цивілізованого ринку земель сільськогосподарського призначення, парцеляція земель, забруднення земель, зубожіння українського селянина, зникнення з мапи України за роки незалежності більш як шестисот сіл, відсутність ефективної системи державного управління у сфері охорони, використання та відтворення земель, функціонування «чорного» ринку земель, корупція у земельній сфері.

Із прийняттям Закону № 552-IX необхідність розробки та прийняття Загальнодержавної програми використання та охорони земель і Державної цільової програми розвитку земельних відносин до 2030 року не зникла, а навпаки, посилилася. У цих документах має бути закріплено стратегічну мету реформування земельних відносин в Україні – створення еколого-економічної моделі господарювання на землі, заснованої на засадах сталого розвитку. Адже земельна реформа має також екологічну складову, що пов'язана зі створенням умов щодо раціонального використання та охорони земель, про яку чомусь майже ніхто не згадує. Протягом майже тридцятилітнього періоду реформування земельних прав відносин законодавець зосередив усю свою увагу на економічній складовій земельної реформи (роздержавлення та приватизація земель, паювання земель, мораторій щодо обігу земель сільськогосподарського призначення, консолідація земель). Суто економічний характер має також епохальний Закон № 552-IX. Але пріоритетом реформування земельних відносин має бути розуміння юридичної природи землі, насамперед як природного ресурсу, а вже потім – територіального базису, засобу виробництва та нерухомості.

Важливою складовою земельної реформи є трансформація відносин у сфері планування використання земель, що передбачено Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо планування використання земель» від 17 червня 2020 року № 711-IX (далі – Закон № 711-IX), що набуває чинності через один рік з дня його опублікування – 24 липня 2021 року [8].

Згідно із п. «б» ст. 80 ЗК України суб'єктами права власності на землі комунальної власності є територіальні громади. Але до прийняття Закону № 711-IX законодавець не передбачав містобудівної документації, що мала б територіальне поширення у межах територіальної громади. Звісно, це перешкоджало реалізації функції планування використання та охорони земель територіальної громади.

Закон № 711-IX легалізує поняття «комплексний план просторового розвитку території територіальної громади», що визначається як «одночасно містобудівна документація на місцевому рівні та документація із землеустрою, що визначає планувальну організацію, функціональне призначення території, основні принципи і напрями формування єдиної системи громадського обслуговування населення, дорожньої мережі, інженерно-транспортної інфраструктури, інженерної підготовки і благоустрою, цивільного захисту території та населення від небезпечних природних і техногенних процесів, охорони земель та інших компонентів навколишнього природного середовища, формування екомережі, охорони і збереження культурної спадщини та традиційного характеру середовища населених пунктів, а також послідовність реалізації рішень, у тому числі етапність освоєння території» [9].

Комплексний план просторового розвитку території територіальної громади, генеральний план населеного пункту, детальний план території визначаються Законом № 711-IX одночасно документацією із землеустрою та містобудівною документацією на місцевому рівні. Це досить прогресивний крок, оскільки в такий спосіб законодавець усуває розбіжності між зазначеними видами документації.

Комплексний план просторового розвитку території територіальної громади розробляється та затверджується з метою забезпечення сталого розвитку територіальної громади з додер-

жанням принципу збалансованості державних, громадських та приватних інтересів та з урахуванням концепції інтегрованого розвитку території територіальної громади (за наявності) [10]. Отже, ще однією законодавчою новелою є концепція інтегрованого розвитку території територіальної громади – «документ стратегічного планування, який може розроблятися на замовлення органу місцевого самоврядування із залученням місцевих мешканців, суб'єктів господарювання, що зареєстровані та/або здійснюють господарську діяльність на території відповідної територіальної громади або мають намір здійснювати таку діяльність у межах відповідної території, і визначає довгострокові, міждисциплінарні, просторові та соціально-економічні пріоритети розвитку території, є вихідними даними для розроблення містобудівної документації на місцевому рівні на принципах сталого розвитку з метою підвищення якості життя, доступності та рівності можливостей, сприяння розвитку соціальних суспільних відносин та ділової активності, оптимізації адміністративної діяльності, відповідає державним і регіональним програмам розвитку та затверджується відповідним органом місцевого самоврядування» [11].

Законодавець закріплює оновлене поняття плану зонування території (зонінгу), що визначається як «документація, що є складовою комплексного плану просторового розвитку території територіальної громади або генерального плану населеного пункту і визначає умови та обмеження використання території у межах визначених функціональних зон» [12].

Окрім понять «категорія земель» та «вид цільового призначення земельної ділянки», земельне законодавство оперуватиме поняттям «вид функціонального призначення території», що раніше містилося лише у містобудівному законодавстві. Відповідно до Закону № 711-IX «категорія земель та вид цільового призначення земельної ділянки визначаються в межах відповідного виду функціонального призначення території, передбаченого затвердженим комплексним планом просторового розвитку території територіальної громади або генеральним планом населеного пункту» [13]. Отже, нарешті, узгоджено основоположні категорії земельного та містобудівного законодавства.

У Законі № 711-IX нарешті чітко розмежовано сутність зміни цільового призначення земельних ділянок: «При встановленні

цільового призначення земельних ділянок здійснюється віднесення їх до певної категорії земель та виду цільового призначення. При зміні цільового призначення земельних ділянок здійснюється зміна категорії земель та/або виду цільового призначення» [14].

Віднесення земельних ділянок до певної категорії та виду цільового призначення земельних ділянок щодо земельних ділянок приватної власності здійснюється їх власниками.

Зміна цільового призначення земельної ділянки не потребуватиме розроблення документації із землеустрою (крім випадків формування земельної ділянки із земель державної та комунальної власності, не сформованих у земельні ділянки).

Правовий режим земель житлової та громадської забудови не матиме такої ознаки, як територіальна обмеженість, оскільки Законом № 711-IX у ст. 38 ЗК України слова «в межах населених пунктів» вилучені.

Зонування земель відповідно до Закону № 711-IX здійснюється в межах територій територіальних громад.

До Державного земельного кадастру вноситимуться відомості про функціональні зони, а також відомості про цільове призначення земельної ділянки.

Цільове призначення земельної ділянки визначається як допустимі напрями використання земельної ділянки відповідно до встановлених законом вимог щодо використання земель відповідної категорії та визначеного виду цільового призначення.

Функціональна зона території – це визначена комплексним планом просторового розвитку території територіальної громади, генеральним планом населеного пункту, планом зонування території частина території територіальної громади, щодо якої визначений певний набір дозволених (переважних (основних) та супутніх) видів цільового призначення земельних ділянок та відповідно до законодавства встановлені обмеження у використанні земель у сфері забудови [15].

Отже, прийняття Закону № 711-IX є прогресивним кроком на шляху здійснення земельної реформи в Україні. Правовий інститут планування використання земель зазнав значної трансформації: територіальні громади отримали можливість планувати використання земель у межах їхньої території через розробку та затвердження комплексних планів просторового розвитку

території територіальної громади; зазнав кардинальних змін правовий інститут встановлення та зміни цільового призначення земельних ділянок; усунуті деякі колізії у земельному та містобудівному законодавстві тощо.

Однак, щоб Закон № 711-IX запрацював після набуття ним чинності, заходи, передбачені для державних органів та органів місцевого самоврядування, мають бути профінансовані. Також необхідно забезпечити механізм його реалізації на підзаконному нормативно-правовому рівні. Зокрема, уряд протягом шести місяців з дня опублікування цього Закону повинен затвердити: Порядок розроблення, оновлення, внесення змін та затвердження містобудівної документації, класифікатор видів цільового призначення земельних ділянок, видів функціонального призначення територій та співвідношення між ними, а також правила його застосування, Порядок та умови надання і використання субвенції з державного бюджету місцевим бюджетам на розроблення комплексних планів просторового розвитку території територіальної громади, інші нормативно-правові акти, необхідні для реалізації цього Закону [16]. Лише в такий спосіб територіальна громада може зреалізувати своє право планувати використання земель у межах своєї території. Інакше положення Закону № 711-IX можуть стати підставою для зловживань службовим становищем та породити нові корупційні схеми у земельно-правовій сфері.

Закон № 711-IX є важливим кроком на шляху здійснення реальної «земельної» децентралізації та повернення громадам можливості повноцінно управляти землями в межах своєї території, а також на шляху здійснення комплексного планування території територіальної громади, що є важливими напрямками сучасного етапу земельної реформи в Україні.

Ми підтримуємо наукову позицію щодо необхідності відмови від принципу поділу земель за основним цільовим призначенням на категорії (ст. 19 Земельного кодексу України), що є спадщиною радянських часів, та необхідності його заміни принципом зонування земель (ст. 180 Земельного кодексу України). Закон № 711-IX є першим кроком у розвитку вітчизняного земельного законодавства в окресленому вище напрямі.

Отже, із запровадженням в Україні із 1 липня 2021 року ринку земель сільськогосподарського призначення земельну рефор-

му навряд чи можна вважати завершеною: по-перше, тому, що Законом № 552-IX передбачене поетапне запровадження обігу земель сільськогосподарського призначення, по-друге, не запроваджено еколого-економічної моделі господарювання на землі, засновану на засадах сталого розвитку. Отже, нагальною необхідністю сьогодення є розробка та прийняття Державної цільової програми розвитку земельних відносин в Україні на період до 2030 року і Загальнодержавної програми використання та охорони земель.

1. Про земельну реформу. Постанова Верховної Ради УРСР від 18 грудня 1990 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 10. Ст. 100. 2. Про угоди щодо відчуження земельної частки (паю). Закон України від 18 січня 2001 року № 2242-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 11. Ст. 55. 3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення. Закон України від 31 березня 2020 року № 552-IX. *Офіційний вісник України*. 2020. № 36. Ст. 1185. 4. Про земельну реформу. Постанова Верховної Ради УРСР від 18 грудня 1990 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 10. Ст. 100. 5. Про основні напрями земельної реформи в Україні на 2001-2005 роки. Указ Президента України від 30 травня 2001 року № 372/2001. *Офіційний вісник України*. 2001. № 22. Ст. 986. 6. Концепція державної цільової програми розвитку земельних відносин в Україні на період до 2020 року. Схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 червня 2009 року. *Офіційний вісник України*. 2009. № 51. Ст. 1760. 7. Концепція боротьби з деградацією земель та опустелюванням. Схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 22 жовтня 2014 року № 1024. *Офіційний вісник України*. 2014. № 86. Ст. 2439. 8. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо планування використання земель. Закон України від 17 червня 2020 року № 711-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 60. Ст. 1897. 9. Там само. 10. Там само. 11. Там само. 12. Там само. 13. Там само. 14. Там само. 15. Там само. 16. Там само.

References

1. On land reform. Resolution of the Verkhovna Rada of the USSR of December 18, 1990. *Information of the Verkhovna Rada of Ukraine*. 1991. № 10. Art. 100. 2. On agreements on alienation of land share (share). Law of Ukraine of January 18, 2001 № 2242-III. *Information of the Verkhovna Rada of Ukraine*. 2001. № 11. Art. 55. 3. On amendments to some legislative acts of Ukraine regarding the conditions of circulation of agricultural lands. Law of Ukraine of March 31, 2020 № 552-IX. *Official Gazette of Ukraine*. 2020. № 36. St. 1185. 4. On land reform. Resolution of the Verkhovna Rada of the USSR of December 18, 1990. *Information of the Verkhovna Rada of Ukraine*. 1991. № 10. Art. 100. 5. On the main directions of land reform in Ukraine for 2001-2005. Decree of

the President of Ukraine of May 30, 2001 № 372 / 2001. *Official Gazette of Ukraine*. 2001. № 22. St. 986. **6.** The concept of the state target program for the development of land relations in Ukraine for the period up to 2020. Approved by the order of the Cabinet of Ministers of Ukraine of June 17, 2009. *Official Gazette of Ukraine*. 2009. № 51. St. 1760. **7.** The concept of combating land degradation and desertification. Approved by the order of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated October 22, 2014 № 1024. *Official Gazette of Ukraine*. 2014. № 86. St. 2439. **8.** On amendments to some legislative acts of Ukraine on land use planning. Law of Ukraine of June 17, 2020 № 711-IX. *Information of the Verkhovna Rada of Ukraine*. 2020. № 60. Art. 1897. **9.** There only. **10.** Only there. **11.** There only. **12.** There only. **13.** There only. **14.** Only there. **15.** There only. **16.** There only.

Golovkin Alexander, Kovtun Elena. Some legal problems of the final stage of land reform in Ukraine

Despite almost thirty years of land reform in Ukraine, it cannot be considered complete, as the main goals of land reform have not been achieved, namely: land has not been transferred to an efficient owner, free circulation of agricultural land is not functioning and ecological and economic model of land management based on the principles of sustainable development has not been introduced.

The authors of the article believe that such a protracted and ineffective nature of land reform is due primarily to the fact that from the beginning of land reform (March 15, 1991) to date there is no program document that would define its purpose, objectives, goals, stages, expected results, etc.

An important component of land reform is the transformation of relations in the field of land use planning, as provided by the Law of Ukraine «On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Land Use Planning» of June 17, 2020 № 711-IX. The adoption of this Law is a progressive step towards land reform in Ukraine. The legal institute of land use planning has undergone a significant transformation: territorial communities have been able to plan land use within their territory through the development and approval of comprehensive spatial development plans for the territory of the territorial community; the legal institute of establishment and change of purpose of land plots has undergone cardinal changes; eliminated some conflicts in land and urban planning legislation, etc.

The introduction of the agricultural land market on July 1, 2021, the authors of the article consider the beginning of the last – final – stage of reforming land relations in the state.

The necessity of development and adoption of the State target program of development of land relations in Ukraine for the period till 2030 and the National program of use and protection of lands is proved.

Key words: land reform; circulation of agricultural lands; moratorium on the alienation of agricultural land; land use planning.

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА

УДК 328.185-048.66:177

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-138

Г. В. ЛАВРИК

ВСТАНОВЛЕННЯ СИСТЕМНИХ БАР'ЄРІВ НА ШЛЯХУ ПОШИРЕННЯ КОРУПЦІЙНИХ ПРАКТИК: ПРІОРИТЕТИ СУЧАСНОГО СУСПІЛЬСТВА

Досліджуються норми і цінності, які поділяють у країнах, де переважає суспільний порядок з відкритим доступом, а також чіткі вимоги, які зобов'язують кожну державу-учасницю Конвенції ООН проти корупції забезпечувати інституційну спеціалізацію в цій сфері. Розкривається потенціал концептуальних нормативних положень, ціннісно-світоглядних орієнтирів, справжньої інституційної спроможності як своєрідних системних бар'єрів (перешкод) на шляху поширення корупційних практик (мереж) у сучасних постсоціалістичних трансформаційних суспільствах, до саморозуміння яких належить тяжіння до європейської цивілізації.

Розглядається стан справ із формуванням превентивних антикорупційних інститутів в Україні та інститутів, які спеціалізуються на боротьбі з корупційними проявами за допомогою правоохоронних заходів. Обґрунтовується необхідність перетворення норм законодавства (правил) на добре зрозумілі й практично корисні інструменти забезпечення добросовісної поведінки державних чиновників, політиків, як найважливішого чинника, який обумовлює наближення до відповідних міжнародних стандартів.

Ключові слова: *корупційна практика (мережа), норми і цінності, інституційна спроможність, добросовісність, запобігання корупції в Україні.*

© ЛАВРИК Галина Володимирівна — доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри правознавства Вищого навчального закладу Укоопспілки «Полтавський університет економіки і торгівлі»; ORCID: 0000-0001-5331-4327; e-mail: lavrykg@gmail.com

Lavryk Halyna. Establishing of system barriers to the spread way of corruption practices: priorities of modern society

The article examines the norms and values that are shared in countries where public order with open access prevails, as well as clear requirements that oblige each state party to the United Nations Convention against Corruption to ensure institutional specialization in this area. The potential of conceptual normative provisions, values and worldviews, real institutional capacity as a kind of systemic barriers (obstacles) to the spread way of corrupt practices (networks) in modern post-socialist transformational societies, whose self-understanding includes the attraction to European civilization, is explained.

The political and social state of both preventive anti-corruption institution implementation in Ukraine and institutions aimed to combat corruption-related offences with the help of law enforcement measures is studied. The need for the transformation of current rules of law into clear and applicable tools promoting the integrity of governmental officials and political leaders is substantiated. Since it is considered crucial for approaching the relevant standards of the EU State Parties

Key words: *corruption practice (network), norms and values, institutional capacity, integrity, prevention of corruption in Ukraine.*

У новітню історію людства, коли демократичні процеси ставали невідворотними, корупція неминуче призводила до соціальних катаклізмів, революційних потрясінь. В Альтернативному (тіньовому) звіті про виконання Україною рекомендацій, наданих за результатами третього раунду оцінювання в рамках Стамбульського плану дій Антикорупційної мережі ОЕСР для країн Східної Європи та Центральної Азії, зазначається, що з 2010 року, з часу другого раунду моніторингу АКМ ОЕСР, корупція в Україні набула ще більш загрозливих форм та масштабів, стала настільки нестерпною для українців, що перетворилась на один із ключових чинників масових протестів, що відбулися в Україні з 2013 року [1]. Закономірно, постає питання, чи здатні суспільні інституції в Україні, як і в решті країн світу, реагувати на корупційні виклики і загрози, зокрема шляхом встановлення якомога надійніших перешкод у вигляді найбільш значущих цінностей, здорової та стійкої національної системи доброчесності, чи вони і надалі демонструватимуть відстороненість від них, мовляв, «живи і давай жити іншим»? Залишаючи в полоні прагнень бути уважними до потреб та інтересів інших людей, шукати з ними компроміс, нас закликають скористатися своєрідною настановою, формулою належного співіснування з проявами корупції, яка влаштовувала б усіх.

Нестримне прагнення до суспільного порядку, освяченого досягненням достатку і благополуччя, рівністю можливостей і благ, рівністю перед законом або у статусі й становищі заперечення взагалі привілеїв, свободою і справедливістю та іншими цінностями, на яких сучасники зосереджуються, як на системі переконань, що панує у суспільстві [2, с. 32], мимоволі актуалізує наукові дослідження корупції як негативного явища у сфері політики, публічного управління та адміністрування [3; 4], як деструктивного чинника соціально-економічного зростання, який багато в чому визначає стан національної безпеки будь-якої держави [5] тощо. Вони дають змогу звернутися до характеристики адміністративно-правових заходів запобігання корупції в цілому (аналіз антикорупційного законодавства, питання адміністративної відповідальності за корупційні правопорушення тощо) [6], щоб максимально наблизитися до наукової розробки обмежень і заборон як засобів запобігання адміністративним правопорушенням, пов'язаним із корупцією [7] і зрештою сприяють виокремленню нормативно врегульованих обмежень і заборон у діяльності публічних службовців як засобів запобігання проявам корупції [8], елемента їхнього правового статусу. Водночас всебічне розуміння поняття обмежень і заборон як засобів запобігання корупції виявляється неможливим без науково-теоретичних напрацювань, що стосуються обґрунтування та визначення змістовної сутності перешкоджання поширенню корупційних практик у суспільстві.

У статті здійснюється аналіз концептуальних нормативних положень з питань своєрідних бар'єрів (перешкод), встановлених на шляху поширення корупційних практик (мереж), а також запровадження ініціатив, що втілюють ці положення в практичні заходи, які розроблені для того, щоб стимулювати ціннісні демократичні надбання кожного окремого громадянина, сприяти зміні суспільних умов, за яких виникає або продовжує існувати відповідне негативне явище. Підґрунтям для такого аналізу стають історико-герменевтичні, ціннісні (аксіологічні) уявлення щодо запобігання (недопущення) корупційним проявам.

Бар'єр (перешкода) 1. Прагнення до найбільш важливих ціннісних орієнтирів стратегічного характеру

Сприйняття низової (або буденної, побутової, пов'язаної з повсякденним життям громадян) корупції, коли вона асоціюється не тільки з такими поширеними (або базисними) формами, як хабарництво [9], шахрайство, вимагання, розтрата, привласнення публічних коштів; виокремлення з поміж основних рівнів (видів) корупції високорівневої (або елітарної, можновладної) корупції [10] зі специфічними формами, як от: клієнтизм, лобізм [11], (протекціонізм і фаворитизм, кумівство (непотизм), захоплення держави (state capture) тощо не завжди узгоджується з її доктринальним розумінням. У довідково-енциклопедичній літературі вказується, що корупція є неправомірною і неправовою поведінкою особи, яка має за мету отримання вигоди однією особою за рахунок іншої. [12, с. 937; 13, с. 347]. Якщо вона існує за умов «суспільного порядку з обмеженим доступом», то корупційна практика не просто визнається за норму, вона лежить в основі системи, яка дозволяє владним групам мирно співіснувати за рахунок розподілу привілеїв та рент. Вважається, що «природні держави [тобто держави, в яких панує порядок обмеженого доступу] не є хворими. Вони керуються власною логікою і не є дисфункціональними утвореннями...» [14]. В пригоді стає соціальний капітал, який накопичувався на рахунках суспільства і може використовуватися «не в менш корисних, із соціальної точки зору, цілях, ніж продукція фізичного капіталу» [15]. Незалежно від того, наскільки він виснажується, заміщується «негативним соціальним капіталом — участь у кримінальних співтовариствах, зловживання надзвичайним станом, корупція» [16] тощо, занепадає знову-таки з відомих причин [17], очевидним є глибинний зв'язок між «інститутами, відносинами і нормами, які формують кількісно та якісно соціальні взаємодії в суспільстві» [16], — так сприймається соціальний капітал Світовим банком, між «нормами, неформальними нормами або цінностями, які роблять можливими колективні дії у групах людей, <...> суспільстві в цілому» [16] — з таких компонентів розбудовується його визначення сучасними дослідниками для потреб соціальної теорії. Останні при цьому мають змогу спиратися на бази даних «Огляду цінностей світу».

Між тим, природні держави можуть видаватися корумпованими відповідно до норм і цінностей країн, де переважає суспільний порядок з відкритим доступом» [14]. З позицій норм і цінностей, як прояву культури, взаємин у суспільстві «відкритого» доступу все корупційне, помітне як псування та викривлення суспільних відносин та систем зв'язків і комунікацій у соціумі, ігнорування і нівелювання моралі, рішуче відмежовується від усього світлого і доброго у взаєминах між людьми та неминуче переборюється на рівні світогляду і ментальності.

У засадничому нарисі визначення культурних цінностей Європи, яке, за задумом його авторів, передусім, не вело б до великих утопічних ілюзій і водночас дозволило б чітко орієнтуватися у добу, коли на європейському рівні ухвалюються рішення величезної історичної ваги [18, с. 9], норми з їх обмежувальним характером уміщуються/віднесені до понятійної площини цінностей. Йдеться про те, що норми виключають певні засоби дій як морально неприпустимі або незаконні: забороняється може також мета вчинку. Цінності характеризуються через конститутивність, привабливість і навіть *емоційно сильно засвоєні уявлення про те, що є вартим бажань* [18, с. 10-11].

Достатньо високий адаптивний потенціал системи цінностей, які були породжені європейським Ренесансом, Реформацією, добою модерну і постмодерну, вселяє надію на відповідне ставлення до їхньої позірної протилежності — такого ганебного явища у суспільстві, як корупційна практика (мережа). На тлі нищення її різноманітних форм більш ніж нагальною видається проблема пошуку світоглядно ціннісних засад, які має бути покладено в основу антикорупційних ініціатив у будь-якій сфері суспільного життя.

Бар'єр (перешкода) 2. Збагачення досвідом держав-учасниць Конвенції ООН проти корупції, які розробляють міжнародні стандарти політики у сфері запобігання корупції на національному рівні

Наразі об'єктивні процеси перешкоджання (переборення) корупції та її проявам на засадах апробованих часом суспільних норм і цінностей тривають за наявності чітких вимог, які зобов'язують кожну державу-учасницю Конвенції ООН проти корупції, згідно з основоположними принципами своєї право-

вої системи, створювати орган або, у певних випадках, органи, які здійснюють функції запобігання корупції за допомогою правоохоронних засобів, та забезпечення йому (їм) необхідної незалежності, матеріальних ресурсів та спеціалізованого персоналу [19: 20, с. 13-72].

В системі державних органів України роль запобіжного антикорупційного органу [21; с. 149], превентивної антикорупційної інституції, відповідальної за формування та моніторинг реалізації антикорупційної політики в державі, запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, здійснення фінансового контролю за майновим станом публічних службовців та моніторингу їхнього способу життя, державне фінансування політичних партій та реалізацію інших, визначених Законом України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 року та міжнародними зобов'язаннями України, превентивних антикорупційних механізмів, у тому числі забезпечення ведення Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення [22] відводиться Національному агентству з питань запобігання корупції.

З огляду на природу, формування в умовах величезного запиту суспільства на докорінні перетворення (за іншими уявленнями послідовну природну (органічну) трансформацію) чимало сподівань висловлюється на користь дещо іншого — внутрішніх детермінант підвищення результативності та ефективності його діяльності. Останні вимагають передусім перетворення норм законодавства (правил) на добре зрозумілі й практично корисні інструменти забезпечення добросовісної поведінки державних чиновників [23, с. 90], політиків як найважливішого чинника, котрий обумовлює наближення до відповідних стандартів держав-членів Європейського Союзу. Слід зауважити, що в результаті опитування експертів 25 навчальних та науково-дослідних закладів держав-членів та кандидатів на вступ до Європейського Союзу, проведеного Голландським інститутом державного управління (ROI), з метою визначення «рамки спільних компетенцій для об'єднаної Європи», що описують знання, вміння та навички, необхідні для ефективного управління, а також

ставлення державних службовців до виконання своїх службових обов'язків, вдалося виробити і запропонувати рамки спільних лідерських компетенцій для Європи, які містять сім ключових компетенцій. Серед них доброчесність – чесність, прозорість, підзвітність, відданість справі [24, с. 35-38].

На сьогодні пропонується забезпечити високий рівень доброчесності в роботі апарату Президента України, власне його діяльності як глави держави, у функціонуванні парламенту, системі органів виконавчої влади, судах [6, с. 9-15], прокуратурі, податкових та інших державних органах, зокрема, шляхом піднесення вимоги доброчесності державної влади до рівня принципу її організації та здійснення [25, с. 72].

Реформування державної служби цілком об'єктивно ставить на порядок денний питання про принципи державної служби, одним з яких є принцип доброчесності. Сутність останнього полягає у спрямованості дій державного службовця на захист публічних інтересів та відмові державного службовця від переваження приватного інтересу під час здійснення наданих йому повноважень [26]. До основних ознак доброчесності відповідно до правил етичної поведінки державних службовців належать: 1) спрямованість дій на захист публічних інтересів, забезпечення пріоритету загального блага громадян щодо особистих, приватних або корпоративних інтересів; 2) неприпустимість використання державного майна в особистих цілях; 3) недопущення конфлікту між публічними й особистими інтересами; 4) нерозголошення та невикористання інформації, що стала відома у зв'язку з виконанням державним службовцем своїх обов'язків, у тому числі після припинення державної служби, крім випадків, установлених законом; 5) недопущення надання будь-яких переваг і виявлення прихильності до окремих фізичних та юридичних осіб, політичних партій, громадських і релігійних організацій [27]. При цьому в наукових дослідженнях доброчесність справедливо розглядається як базовий принцип здійснення державної служби та основа етичної поведінки державних службовців з метою забезпечення публічної, професійної, політично неупередженої, ефективної, орієнтованої на громадян державної служби, яка функціонує в інтересах держави і суспільства [28, с. 65-74,67].

Бар'єр (перешкода) 3. Зміцнення інституційної спроможності щодо попередження корупційних проявів у державі

Відповідно до ст. 36 Конвенції ООН проти корупції кожна держава-учасниця повинна, згідно з основоположними принципами своєї правової системи, забезпечувати наявність органу чи органів або осіб, які спеціалізуються на боротьбі з корупцією за допомогою правоохоронних заходів. Такому органу чи органам має забезпечуватися необхідна самостійність, відповідно до основоположних принципів правової системи держави-учасниці, щоб вони могли виконувати свої функції ефективно і без будь-якого неналежного впливу. Такі особи або працівники такого органу або органів повинні мати відповідну кваліфікацію та ресурси для виконання покладених на них завдань [19]. На виконання цієї статті, а також ст. 20 Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією [29], рекомендацій міжнародних організацій, учасниками яких є Україна (Стамбульський план дій Організації економічної співпраці і розвитку (ОЕСР), Групи держав проти корупції (ГРЕКО) було запроваджено національну модель спеціалізованої антикорупційної структури – Національне антикорупційне бюро України.

Від самого початку склалося розуміння того, що в своїй діяльності, сферою якої відповідно до ч. 2 ст. 1 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» є особливе завдання – протидія кримінальним правопорушенням, які вчинені вищими посадовими особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та становлять загрозу національній безпеці [30], ця антикорупційна структура цілком і повністю підпорядковується встановленню загальних стандартів політики у сфері боротьби проти корупції на національному рівні шляхом її криміналізації. Ця позиція обумовлювалася, крім іншого, зобов'язаннями, взятими Україною в рамках Конвенції ООН проти корупції, відповідно до заключних положень якої кожна держава-учасниця могла вживати суворіших заходів для запобігання корупції та боротьби з нею, ніж ті, що передбачені цією Конвенцією (ч.2. ст. 65), а також потребою дотримання нею керівних принципів боротьби проти корупції. Йдеться, зокрема, про забезпечення незадежності для осіб, які виконують обов'язки щодо попере-

дження, розслідування, судового переслідування та винесення вироків стосовно випадків корупції, що б відповідало їх функціям, свободи від неналежного впливу та ефективних засобів для збору доказів, захисту для осіб, які допомагають владі у боротьбі з корупцією, а також збереження таємниці слідства (принцип 3); обмеження імунітету від розслідувань, судового переслідування та винесення вироків у справах щодо корупції до рівня, необхідного у демократичному суспільстві (принцип 6); запровадження спеціалізації осіб або органів, відповідальних за боротьбу з корупцією, забезпечуючи їх необхідними засобами та навчанням для виконання покладених на таких осіб або органи завдань (принцип 7) та інші принципи [31], що стали вихідними положеннями для подальшої антикорупційної політики держав – членів Ради Європи.

Водночас реалізація прагнень щодо подолання корупції як системного явища, запобігання, розслідування і кримінальне переслідування якого повинні здійснюватися на різних рівнях з використанням спеціальних знань і навичок у різних сферах: юриспруденції, економіці, бухгалтерському обліку, цивільному будівництві та інших [32] потребує уваги до вироблення й запровадження в Україні типової, передусім для Сполучених Штатів Америки, мультиорганізаційної моделі, коли обов'язки боротьби з корупцією розділені між кількома партнерськими організаціями [33], широкої спеціалізації в цілому [34, с.243, 244-247]. Вона вбачається у подальшому формуванні інноваційних антикорупційних інституцій, зокрема Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів, Державного бюро розслідувань, Вищого Антикорупційного суду та підвищенні їхньої спроможності.

Загалом відповідно до цілого комплексу міжнародних обов'язкових актів (договори і конвенції) та актів рекомендаційного характеру (рекомендації, резолюції, інструкції і декларації), підготовлених та прийнятих у рамках таких організацій, як ООН, Рада Європи, ОЕСР, Організація американських держав, Африканський Союз і Європейський Союз, держави-учасниці мають забезпечити, по-перше, спеціалізацію органів

у сфері боротьби з корупцією шляхом створення відповідних антикорупційних інституцій, забезпечивши їх фаховим персоналом та необхідними матеріальними і фінансовими ресурсами, достатніми для виконання завдань; по-друге, наявність двох типів антикорупційних інституцій: орган (органи), що запобігають корупції; орган (органи) або особи, які спеціалізуються на боротьбі з корупцією за допомогою правоохоронних заходів [20, с. 13-72].

Своєчасне звернення до міжнародних стандартів з метою вжиття посиленних заходів, спрямованих на більш ефективне і дієве запобігання корупції і боротьбу з нею, значною мірою руйнує таку споконвічну традицію взаємодії у суспільстві, як «ти мені, я тобі» («послуга за послугу»), *do ut des* («даю, щоб ти дав»), *facio ut facias* («роблю, щоб ти робив») [35, с. 263], і тим самим убезпечує його від тяжіння до корупційних практик (мереж). У пригоді тут стають швидше заходи у сфері запобігання корупції, що є системою регулятивних правовідносин, які спрямовані на попередження корупційних проявів у державі шляхом удосконалення правових норм, правових механізмів та заходів державного [36] впливу, спрямованих на запобігання корупції як явища на різних рівнях [36], ніж система правоохоронних, переважно кримінально-правових та адміністративно-правових заходів, спрямованих на притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні корупційних діянь, що мають за мету покарання, превенцію протиправних дій і виховання населення у дусі поваги до закону, створення в державі атмосфери нетерпимості до проявів корупції [36]. Для більшості існуючих у світі моделей (типів) спеціалізованих інституцій система заходів, що охоплюється сферою боротьби з корупцією, не є визначальною. Їх побудова і функціонування ґрунтуються на усвідомленні тверджень подібних до тих, які століття тому були сформульовані письменником В.Г. Короленком. «Немає нічого більш помилковішого, – переконував він 27 червня 1920 року в листі до юрисконсульта Полтавського виконкому В.В. Беренштама з клопотанням за звинувачуваних у хабарництві, – ніж думка, що стратами можна регулювати ціни або відучити від хабарництва. Не стану доводити це детально, оскільки Ви самі знаєте це з історії Французької революції» [37, с. 97].

Проте система відповідних заходів пов'язується із процесом демократизації і переходу до ринкової економіки в різних частинах світу, в тому числі Східній Європі, Латинській Америці та Африці, а також зусиллями з утвердження принципу верховенства права та «належного урядування» (good governance) у багатьох поставторитарних і потсконфліктних суспільствах [32, с. 25]. В даному контексті простежується закономірність, яка полягає в тому, що перехідні умови завжди створюють сприятливе середовище для виникнення корупції. З цієї доволі вигідної позиції відбувається пояснення таких причин відсутності прогресу в питаннях подолання корупції в Україні як дефіцит політичної волі [38, с. 342], декларативність багатьох реформаторських намірів та рішень влади [39, с. 202] та інших викликів і труднощів, що не дозволяють відразу і назавжди ввести правила і підзвітність в усіх сферах діяльності держави, що відповідають за боротьбу з корупцією. Допоки цього не станеться, корупція, швидше за все, процвітатиме і справлятиме негативний жорсткий вплив на досягнення суспільної мети справедливого зростання, сталого розвитку та соціальної згуртованості [40]і.

На тлі можливого негативного жорсткого впливу корупції на те, чого домагаються, до чого прагнуть у трансформаційних суспільствах, помічається подальше погіршення показників рейтингу верховенства права: відсутність корупції, відкритість держави, обмеження повноважень інститутів влади, захист основних прав, регулятивне правозастосування, правопорядок і безпека кримінального правосуддя та громадянське правосуддя [41], ситуації зі сприйняттям корупції у державному секторі [42]. Однак завдяки закладеним у ліберально-демократичному проекті національного гатунку «Принципи сучасної всесвітньої цивілізації найбільш відповідні такому поступу: лібералізм в його найконсеквентній формі – федералізму – в справах державних, демократизм в справах соціальних з його найтвердішою гарантією – асоціацією у справах економічних, раціоналізм в справах письменницьких, наукових і уміlostях» [43, с. 83-84] об'єктивним чинником, цілком закономірним, є поступове досягнення консенсусу щодо ключових елементів, які найбільш ефективно запобігають корупції та сприяють доброчесності. Цей консенсус посилюється позицією, яка знаходить своє втілення у створен-

ні здорової та стійкої національної системи доброчесності, що ефективно долатиме корупцію в рамках більш широкої боротьби проти зловживання владою, посадових злочинів і незаконного привласнення в усіх його формах [40] і нарешті зможе змінити ситуацію на краще, консолідувати всіх тих, для кого є вартісним відчуття політичної свободи і гідності.

Прагнення до найбільших ціннісних орієнтирів, збагачення досвідом держав-учасниць Конвенції ООН проти корупції, які пропонують стандарти політики, доброчесності у сфері її запобігання, зміцнення інституційної спроможності щодо попередження корупційних проявів слугують непереборними перешкодами на шляху поширення корупційних практик, встановлення яких сприяє виробленню кожним трансформаційним суспільством власного бачення обмежень, заборон та інших інструментів, покликаних так чи інакше мінімізувати вплив таких практик. Насамперед воно полягає в здатності й бажанні суспільних інституцій та окремих відповідальних осіб втілювати в життя нормативно-інституційні заходи, що мають стати органічною складовою цілеспрямованих, послідовних кроків, зорієнтованих на стимулювання ціннісних демократичних надбань кожного окремого громадянина, зміну суспільних умов, за яких виникає або продовжує існувати відповідне негативне явище.

З огляду на корупційні прояви як соціально обумовлене явище єдиним способом досягти успіху в цьому напрямі стає всебічне сприяння запобіганню (недопущенню) їх на рівні найважливіших норм і цінностей, справжньої інституційної спроможності, а також пристосування до цього об'єктивного процесу, процесів прийняття й удосконалення політичних програмних антикорупційних документів, базового антикорупційного законодавства, галузевого законодавства, яке закріплює механізми запобігання корупційним проявам у сфері державної служби, надання адміністративних послуг, покращення доступу до публічної інформації, забезпечення прозорості фінансування партій тощо.

Систематичне коригування положень політичних програмних антикорупційних документів, приписів базового антикорупційного законодавства, галузевого законодавства має супроводжуватися відображенням й узгодженням у них інтересів

суспільства для зниження рівня корупційних проявів в умовах забезпечення кожному окремому громадянину реалізації його здібностей і задоволення його життєвих потреб.

1. Альтернативний (тіньовий) звіт про виконання Україною рекомендацій, наданих за результатами третього раунду оцінювання в рамках Стамбульського плану дій Антикорупційної мережі ОЕСР для країн Східної Європи та Центральної Азії. Результати громадської оцінки станом на лютий 2014 / за заг. ред. Р. Рябошапка, О. Хмари. Київ. 2014. 69 с. URL: https://issuu.com/dhrgraxis/docs/iacap_ukrainian_alternative_report.

2. Гаврилишин Б. До ефективних суспільств: Дорогокази в майбутнє: доп. Римському Клубові. Київ: Унів. вид-во ПУЛЬСАРИ, 2013. 246 с.

3. Кохан Г. В. Явище політичної корупції: теоретико-методологічний аналіз: монографія. Київ: НІСД, 2013. 232 с.

4. Соловйов В. М. Запобігання і протидія корупції в державному управлінні України: монографія. Київ: Ін-т законодавства Верхов. Ради України, 2012. 508 с.

5. Кушнар'єв І. В. Політична корупція: порівняльно-політологічна концептуалізація: монографія. Київ: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Видавництво «Юридична думка», 2018. 408 с.

6. Жуков С. В. Адміністративно-правове забезпечення доброчесності суддів: проблеми теорії та практики: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Дніпро, 2019. 485 с.

7. Коломоєць Т. О. «Антикорупційні» обмеження для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування: реалії використання «фільтру» правової визначеності в Україні та зарубіжних країнах. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2019. № 5. С. 84-89.

8. Коломоєць Т.О., Кукуруз Р.О., Кушнір С.М. Обмеження для осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, як засіб запобігання конфлікту тривалою та публічного інтересів: правовий аспект / за заг. ред. Т.О. Коломоєць. Запоріжжя : Видавничий дім «Гельветика», 2019. 60 с.

9. Заросило В.О., Гладкий В.В. Хабарництво як базисна форма прояву корупції. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2018. № 16. С. 123-139.

10. Гаращук В.М. Мухатаєв А.О. Соціально-правовий аналіз рівнів корупції в Україні. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2010. Вип. 20. С. 156-165.

11. Герасименко І. Як працює лобізм в Україні і на Заході. URL: <https://delo.ua/economyandpoliticsinukraine/institut-lobizmu-jogo-mehanizm-za-kordonom-ta-jogo-spezifika-na-315496/>.

12. Великий тлумачний словник української мови / уклад. і гол. ред. В. Бусел. Київ, Ірпінь: ВТФ «Перун», 2009. 1736 с.

13. Короткий оксфордський політичний словник / пер. з англ.; за ред. І. Макліна, А. Макмілана. Київ: Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2006. 789 с.

14. Дубровський, В., Лаф, Д. Україна має зосередитися на запобіганні корупції, а не покаранні – Великий антикорупційний аналіз. <https://grp>

org.ua/news/ukrajina-maje-zoseredytysya-na-zapobihanni-koruptsiji-a-ne-pokaranni-velykyj-antykorrupsijnj-analiz/. 15. Фукуяма Ф. Соціальний капітал. URL: <http://www.ji.lviv.ua/n53texts/fukuyama.htm>. 16. Кузьменко В.П. Соціальний капітал суспільства Френсіса Фукуяма у створенні та розвитку НІС. URL.: <http://iee.org.ua/ua/pub/p77>. 17. Валле В. Корупція. Занепад соціального капіталу. Київ: Видавець Олег Філок, 2018. 235 с. 18. Культурні цінності Європи: збірник: пер. з нім. / за ред. Ганса Йоаса, Клауса Вігандта. Київ: Дух і Літера, 2014. 551 с. 19. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31 жовтня 2003 р. (ратифікована згідно із Законом України «Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції» від 18 жовтня 2006 р. № 251-V). Верховна Рада України: офіц. веб-портал. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16. 20. Міжнародно-правові акти протидії корупції: Збірка документів / Пер. з іноз. мови. Передмова акад. НАН України О. Л. Копиленка; Ін-т законодавства Верховної Ради України. (2018). Київ: Людмила, 2018. 588 с. 21. Ярмиш О., Мельник Р. Спеціалізовані антикорупційні інституції: світовий досвід та національна модель. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2015. № 2. С. 144-155. 22. Звіт про діяльність Національного агентства з питань запобігання корупції за 2018 рік. URL: <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2019/04/Zvit2018-1.pdf>. 23. Мошенецький С. З., Новік В.В., Сергієнко І.Г. Національне агентство з питань запобігання корупції як ключовий орган державної влади у системі побудови інституту доброчесності суб'єктів державного управління. *Інвестиції: практика та досвід*. 2019. № 5. С. 85-90. 24. Європейський досвід державного управління: Курс лекцій / Уклад.: О.Ю. Оржель, О.М. Палій, Ю.Д. Полянський, С.М. Гладкова, С.В. Соколик, П.І. Крайник, Т.О. Гусаченко; За заг. ред. О.Ю. Оболенського, С.В. Сьоміна, А.О. Чемериса, С.В. Загороднюка, О.Л. Приходько, Л.О. Воронько. Київ: Вид-во НАДУ, 2007. 76 с. 25. Томкіна О. Принцип доброчесності державної влади. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2014. № 1. С. 65-74. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/varpu_2014_1_8. 26. Про державну службу: Закон України від 10 грудня 2015 року № 889-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 4. Ст. 43. 27. Про затвердження Правил етичної поведінки державних службовців: Постанова Кабінету Міністрів України від 11 лютого 2016 року № 65. URL: <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=248839311.19>. 28. Прудіус Л. В. Європейські стандарти доброчесної державної служби. *Кадрова політика та державна служба*. 2016. № 8(34). С. 65-74. 29. Кримінальна конвенція про боротьбу з корупцією (ETS 173) від 27 січня 1999 року. Конвенцію ратифіковано із заявою Законом України від 18 жовтня 2006 року. № 252-V. *Офіційний вісник України*. 2010. № 15. Ст. 717. 30. Про Національне антикорупційне бюро України: Закон України від 14 жовтня 2014 року № 1698-VII. URL:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1698-18>. **31.** Про двадцять керівних принципів боротьби з корупцією: Резолюція Комітету Міністрів Ради Європи (97) 24 від 6 листопада 1997 року. URL: http://crimcor.rada.gov.ua/komzloch/control/uk/publish/article;jsessionid=ADD49945492AB4622122873FCCB7BD8D?art_id=48068&cat_id=46352. **32.** Клеменчич Г., Стусек Я. Спеціалізовані інституції з боротьби проти корупції: огляд моделей. Організація економічного співробітництва і розвитку. URL: <https://www.oecd.org/corruption/acn/39972270.pdf>. **33.** Transparency international Ukraine. Визначення моделі антикорупційного агентства для України. 2012. URL: http://ti-ukraine.org/system/files/research/anti-corruption_agency_by_ti_ukraine_ukr.pdf. **34.** Пархоменко-Куцевіл О. І. Формування та розвиток сучасних антикорупційних органів державної влади як основа запобігання та подолання корупції: теоретико-методологічний аналіз: монографія. Київ: ДП «Вид. дім «Персонал», 2019. 308 с. **35.** Звонська Л. Давньогрецька мова. Підручник для філософів. Київ: Інститут релігійних наук св. Томи Аквінського: Дух і літера, 2011. 640 с. **36.** Сінчук О. Конвенція ООН проти корупції: правовий базис запобігання та протидії корупції в Україні. / Міністерство юстиції України. URL: <http://www.minjust.gov.ua/21048>. **37.** Беренштам В. В. В. Г. Короленко как общественный деятель и в домашнем кругу. Берлин: Кн-во «Москва», 1922. 107 с. URL: https://archive.org/stream/vl_berenshtam/Беренштам%20-%20В.Г.%20Короленко%20как%20общественный%20деятель%20и%20в%20домашнем%20кругу%20-%20RAW_djvu.txt. **38.** Кушнар'ов І. В. Політична корупція: порівняльно-політологічна концептуалізація: монографія. Київ: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Видавництво «Юридична думка», 2018. 408 с. **39.** Курс сучасної української кримінології: теорія і практика; у 3-х кн. Київ: Ін Юре, 2007. Кн. 2: Кримінологічна характеристика та запобігання вчиненню окремих видів злочинів. 712 с. **40.** Transparency International. Україна. Національна система доброчесності – 2015. URL: <https://ti-ukraine.org/research/doslidzhennya-natsionalna-sistema-dobrochesnosti-ukrajina-2015/>. **41.** World Justice Project. URL: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_RuleofLawIndex_2019_Website_reduced.pdf. **42.** Transparency International Україна, Індекс сприйняття корупції – 2019. URL: <https://ti-ukraine.org/research/indeks-spryjniattya-koruptsiyi-2019/>. **43.** Драгоманов М. П. Листи до Ів. Франка і інших. 1881-1888; вид. І. Франко. Львів: Накладом Укр.-рус. вид. спілки, 1906. 277 с. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/ua/elib.exe?Z21ID=&I21DBN=UKRLIB&P21DBN=UKRLIB&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=online_book&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=FF=&S21STR=ukr0004465.

References

1. Alternatyvnyi (tinovyi) zvit pro vykonannia Ukrainoiu rekomendatsii, nadanykh za rezultatamy tretoho raundu otsiniuvannia v ramkakh Stambul'skoho planu dii Antykoruptsiinoi merezhi OESR dlia krain Skhidnoi Yevropy ta Tsentralnoi Azii. Rezultaty hromadskoi otsinky stanom na liutyi 2014 / za zah. red. R. Riaboshapka, O. Khmar. Kyiv, 2014. 69 s. URL: https://issuu.com/dhrpraxis/docs/iacap_ukrainian_alternative_report.
2. Havrylyshyn B. Do efektyvnykh suspilstv: Dorohovkazy v maibutnie: dop. Rym'skomu Klubovi. Kyiv: Univ. vyd-vo PULSARY, 2013. 246 s.
3. Kokhan H. V. Yavyshe politychnoi koruptsii: teoretyko-metodolohichniy analiz: monohrafiia. Kyiv: NISD, 2013. 232 s.
4. Soloviov V. M. Zapobihannia i protydiia koruptsii v derzhavnomu upravlinni Ukrainy: monohrafiia. Kyiv: In-t zakonodavstva Verkhov. Rady Ukrainy, 2012. 508 s.
5. Kushnarov I. V. Politychna koruptsiia: porivnialno-politolohichna kontseptualizatsiia: monohrafiia. Kyiv: In-t derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho NAN Ukrainy; Vydavnytstvo «Iurydychna dumka», 2018. 408 s.
6. Zhukov S. V. Administratyvno-pravove zabezpechennia dobrochesnosti suddiv: problemy teorii ta praktyky: dys. ... d-ra yuryd. nauk: 12.00.07. Dnipro, 2019. 485 s.
7. Kolomoiets T. O. «Antykoruptsiini» obmezhenntia dlia osib, upovnovazhenykh na vykonannia funktsii derzhavy або mistsevoho samovriaduvannia: realii vykorystannia «filtru» pravovoi vyznachenosti v Ukraini ta zarubizhnykh krainakh. *Aktualni problemy vitchyznianoï yurysprudentsii*. 2019. № 5. S. 84-89.
8. Kolomoiets T.O., Kukuruz R.O., Kushnir S.M. Obmezhenntia dlia osib, upovnovazhenykh na vykonannia funktsii derzhavy або mistsevoho samovriaduvannia, yak zasib zapobihannia konfliktu tryvaloho ta publichnoho interesiv: pravovyi aspekt / za zah. red. T.O. Kolomoiets. Zaporizhzhia : Vydavnychiy dim «Helvetyka», 2019. 60 s.
9. Zarosylo V.O., Hladkyi V.V. Khabarnytstvo yak bazysna forma proiavu koruptsii. *Visnyk Pivdennoho rehionalnoho tsentru Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy*. 2018. №16. S. 123-139.
10. Harashchuk V.M., Mukhataiev A.O. Sotsialno-pravovyi analiz rivniv koruptsii v Ukraini. *Derzhavne budivnytstvo ta mistseve samovriaduvannia*. 2010. Vyp. 20. S. 156-165.
11. Herasymenko I. Yak pratsiuie lobizm v Ukraini i na Zakhodi. URL: <https://delo.ua/economyandpoliticsinukraine/institut-lobizmu-jogomehanizm-za-kordonom-ta-jogo-spezifika-na-315496/> .
12. Velykyi tлумachnyi slovnyk ukrainskoi movy / uklad. i hol. red. V. Busel. Kyiv, Irpin: VTF “Perun”, 2009. 1736 s.
13. Korotkyi oksfordskyi politychnyi slovnyk / per. z anh.; za red. I. Maklina, A. Makmilana. Kyiv: Vyd-vo Solomii Pavlychko “Osnovy”, 2006. 789 s.
14. Dubrovskiy, V., Laf, D. Ukraina maie zoseredytysia na zapobihanni koruptsii, a ne pokaranni – Velykyi antykoruptsiinyi analiz. <https://rpr.org.ua/news/ukrajina-maje-zoseredytysya-na-zapobihanni-koruptsiji-a-ne-pokaranni-velykyj-antykoruptsijnij-analiz/> .
15. Fukuiama F. Sotsialnyi kapital. URL: <http://>

www.ji.lviv.ua/n53texts/fukuyama.htm. **16.** Kuzmenko V.P. Sotsialnyi kapital suspilstva Frensisia Fukuiamy u stvorenni ta rozvytku NIS. URL.: //http://iee.org.ua/ua/pub/ p77. **17.** Vallie V. Koruptsiia. Zanepad sotsialnoho kapitalu. Kyiv: Vydavets Oleh Filiuk, 2018. 235 s. **18.** Kulturni tsinnosti Yevropy: zbirnyk: per. z nim. / za red. Hansa Yoasa, Klaus Vihandta. Kyiv: Dukh i Litera, 2014. 551 s. **19.** Konventsiia Orhanizatsii Ob'iednanykh Natsii proty koruptsii vid 31 zhovtnia 2003 r. (ratyfikovana zghidno iz Zakonom Ukrainy «Pro ratyfikatsiiu Konventsii Orhanizatsii Ob'iednanykh Natsii proty koruptsii» vid 18 zhovtnia 2006 r. № 251-V). Verkhovna Rada Ukrainy: ofits. veb-portal. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16. **20.** Mizhnarodno-pravovi akty protydii koruptsii: Zbirka dokumentiv / Per. z inoz. movy. Peredmova akad. NAN Ukrainy O. L. Kopylenka; In-t zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy. (2018). Kyiv: Liudmyla, 2018. 588 s. **21.** Yarmysh O. Melnyk R. Spetsializovani antykoruptsiini instytutsii: svitovyi dosvid ta natsionalna model. Naukovyi chasopys Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy. 2015. № 2. S. 144-155. **22.** Zvit pro diialnist Natsionalnoho ahentstva z pytan zapobihannia koruptsii za 2018 rik. URL: <https://nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2019/04/Zvit2018-1.pdf>. **23.** Moshenetskyi S. Z., Novik V.V., Serhiienko I.H. Natsionalne ahentstvo z pytan zapobihannia koruptsii yak kliuchovyi orhan derzhavnoi vlady u systemi pobudovy instytutu dobrochesnosti sub'iektiv derzhavnoho upravlinnia. Investytsii: praktyka ta dosvid. 2019. № 5. S. 85-90. **24.** Yevropeyskyi dosvid derzhavnoho upravlinnia: Kurs lektsii / Uklad.: OYu. Orzhel, O.M. Palii, Yu.D. Polianskyi, S.M. Hladkova, S.V. Sokolyk, P.I. Krainyk, T.O. Husachenko; Za zah. red. O.Yu. Obolenskoho, S.V. Somina, A.O. Chemerysa, S.V. Zahorodniuka, O.L. Prykhodko, L.O. Voronko. Kyiv: Vyd-vo NADU, 2007. 76 s. **25.** Tomkina O. Prynysyp dobrochesnosti derzhavnoi vlady. *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy*. 2014. № 1. S. 65-74. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vapny_2014_1_8. **26.** Pro derzhavnu sluzhbu: Zakon Ukrainy vid 10 hrudnia 2015 roku № 889-VIII. Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy. 2016. № 4. St. 43. **27.** Pro zatverdzhennia Pravyl etychnoi povedinky derzhavnykh sluzhbovtziv: Postanova Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 11 liutoho 2016 roku № 65. URL: <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=248839311.19>. **28.** Prudyus L. V. Yevropeyski standarty dobrochesnoi derzhavnoi sluzhby. *Kadrova polityka ta derzhavna sluzhba*. 2016. № 8(34). S. 65-74. **29.** Kryminalna konventsiia pro borotbu z koruptsiieiu (ETS 173) vid 27 sichnia 1999 roku. Konventsiiu ratyfikovano iz zaiavoiiu Zakonom Ukrainy vid 18 zhovtnia 2006 roku. № 252-V. *Ofitsiinyi visnyk Ukrainy*. 2010. № 15. St. 717. **30.** Pro Natsionalne antykoruptsiine biuro Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 14 zhovtnia 2014 roku № 1698-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1698-18>. **31.** Pro dvadtsiat kerivnykh prynysypiv borotby z koruptsiieiu: Rezoliutsiia Komitetu Ministriv Rady Yevropy (97) 24 vid 6 lystopada 1997 roku. URL: <http://crimecor.rada.gov.ua/komzloch/>

control/uk/publish/article;jsessionid=AD49945492AB4622122873FCCB7BD8D?art_id=48068&cat_id=46352. **32.** Klemenchych H., Stusek Ya. Spetsializovani instytutsii z borotby proty koruptsii: ohliad modelei. Orhanizatsiia ekonomichnoho spivrobotnytstva i rozvytku. URL: <https://www.oecd.org/corruption/acn/39972270.pdf>. **33.** Transparency international Ukraine. Vyznachennia modeli antykoruptsiinoho aherentstva dlia Ukrainy. 2012. URL: http://ti-ukraine.org/system/files/research/anti-corruption_agency_by_ti_ukraine_ukr.pdf. **34.** Parkhomenko-Kutsevil O. I. Formuvannia ta rozvytok suchasnykh antykoruptsiinykh orhaniv derzhavnoi vlady yak osnova zapobihannia ta podolannia koruptsii: teoretyko-metodolohichniy analiz: monohrafiia. Kyiv: DP «Vyd. dim «Personal», 2019. 308 s. **35.** Zvonska L. Davnohretska mova. Pidruchnyk dlia filosofiv. Kyiv: Instytut relihiinykh nauk sv. Tomy Akvinskoho: Dukh i litera, 2011. 640 s. **36.** Sinchuk O. Konventsiiia OON proty koruptsii: pravovyi bazys zapobihannia ta protydii koruptsii v Ukraini. / Ministerstvo yustytzii Ukrainy. URL: <http://www.minjust.gov.ua/21048>. **37.** Berenshtam V. V. V. H. Korolenko kak obshchestvennyi deiatel y v domashnem kruhu. Berlyn: Kn-vo «Moskva», 1922. 107 s. URL: https://archive.org/stream/vl_berenshtam/Berenshtam%20-%20V.H.%20Korolenko%20kak%20obshchestvennyi%20deiatel%20y%20v%20domashnem%20kruhu%20-%20RAW_djvu.txt. **38.** Kushnarov I. V. Politychna koruptsiia: porivnialno-politolohichna kontseptualizatsiia: monohrafiia. Kyiv: In-t derzhavy i prava im. V. M. Koretskoho NAN Ukrainy; Vydavnytstvo «Iurydychna dumka», 2018. 408 s. **39.** Zakaliuk A. P. Kurs suchasnoi ukrainskoi kryminolohii: teoriia i praktyka; u 3-kh kn. Kyiv: In Yure, 2007. Kn. 2: Kryminolohichna kharakterystyka ta zapobihannia vchynenniu okremykh vydiv zlochyniv. 712 s. **40.** Transparency International. Ukraina. Natsionalna systema dobrochesnosti – 2015. URL: <https://ti-ukraine.org/research/doslidzhennya-natsionalna-systema-dobrochesnosti-ukrajina-2015/>. **41.** World Justice Project. URL: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_RuleofLawIndex_2019_Website_reduced.pdf. **42.** Transparency International Ukraina, Indeks spryiniattia koruptsii – 2019. URL: <https://ti-ukraine.org/research/indeks-spryinyattya-koruptsiyi-2019/>. **43.** Drahomanov M. P. Lysty do Iv. Franka i inshykh. 1881-1888; vyd. I. Franko. Lviv: Nakladom Ukr.-rus. vyd. spilky, 1906. 277 s. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/ua/elib.exe?Z21ID=&I21DBN=UKRLIB&P21DBN=UKRLIB&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=online_book&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=FF=&S21STR=ukr0004465

Lavryk Halyna. Establishing of system barriers to the spread way of corruption practices: priorities of modern society

The article examines the norms and values that are shared in countries where public order with open access prevails, as well as clear requirements that oblige each state party to the United Nations Convention against

Corruption to ensure institutional specialization in this area. The potential of conceptual normative provisions, values and worldviews, real institutional capacity as a kind of systemic barriers (obstacles) to the spread way of corrupt practices (networks) in modern post-socialist transformational societies, whose self-understanding includes the attraction to European civilization, is explained. They emphasizes the need for timely recourse to international standards in order to take enhanced measures to more effective and efficient corruption prevention and fight against it, which significantly destroys such a primordial tradition of interaction in society as “you to me, I to you” (“service for service ”), do ut des (“ I give so that you give ”), facio ut facias (“ I do so that you do”), and thus protects it from attraction to corrupt practices (networks). Measures in the area of prevention of corruption, which is a system of regulatory legal relations aimed at preventing corruption displays in the state by improving legal norms, legal mechanisms and measures of state influence aimed at preventing corruption as a phenomenon at different levels, are more useful than law enforcement systems, mainly criminal and administrative and legal measures aimed at bringing to justice those guilty of committing corrupt acts aimed at punishment, prevention of illegal actions and educating the population in the spirit of respect for the law, creating an atmosphere of intolerance to corruption in the state. For most of the world’s existing models (types) of specialized institutions, the system of measures covered by the fight against corruption is not decisive. Their construction and functioning is based on the realization of the desire for social order, sanctified, according to contemporaries, the achievement of prosperity and well-being, equality of opportunity and benefits, equality before the law or status, denial of privileges, freedom and justice and other values as a belief system, which prevails in society, and is the property of each individual. The state of affairs with the formation of preventive anti-corruption institutions in Ukraine and institutions specializing in fighting against corruption through law enforcement measures is considered. It is proposed to determine the role of the National Agency for Prevention of Corruption in the system of state bodies of Ukraine in view of the formation of a huge demand of society for radical transformation (according to other notions consistent natural (organic) transformation), when many hopes for internal determinants of efficiency and effectiveness its activities. It is necessary to transform the current norms of legislation (rules) into well-understood and practically useful tools for ensuring the fair conduct of public officials, politicians, as the most important factor that determines the approximation to the relevant standards of the European Union member states.

Key words: corruption practice (network), norms and values, institutional capacity, integrity, prevention of corruption in Ukraine.

УДК 343.161.1

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-157

В. А. АХМЕДОВ

ПРОБЛЕМИ БОРЬБИ ЗІ ЗЛОЧИНАМИ ПРОТИ ПРАВОСУДДЯ, ЯКІ ВЧИНЯЮТЬСЯ СПЕЦІАЛЬНИМИ СУБ'ЄКТАМИ (СПІВРОБІТНИКАМИ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ)

Вислівлюються запобігання злочинів у сфері правосуддя, суб'єктами яких є працівники правоохоронних органів. Досліджено соціальні, економічні, психологічні детермінанти вчинення таких злочинів їх взаємозв'язок, а також поширені корисливі мотиви вчинення злочинів співробітниками органів кримінальної переслідування. Пропонується комплекс загальносоціальних і спеціально-кримінологічних заходів попередження вчинення цієї категорії злочинів: система добору професійних кадрів, об'єктивне оцінювання і контроль за їх діяльністю, запровадження європейських стандартів правоохоронної діяльності.

Ключові слова: злочини проти правосуддя, злочинність у правоохоронних органах, загальноекономічні, правові, спеціально-кримінологічні заходи попередження злочинності.

Ahmedov Vusal. Some problems of combating crimes against justice committed by special actors (law enforcement officers)

The article is devoted to issues of prevention of crimes in the field of justice, whose subjects are law enforcement officers. The author investigates the social, economic and psychological determinants of such crimes, and analyzes their interrelationship. Attention is also drawn to the widespread mercenary motive for committing crimes by the authorities of the criminal prosecution. The author proposes a complex of general-social and special-criminological measures to prevent the commissioning of the investigated crime category, in particular, the system of selection of professional personnel, objective evaluation and control over their activities, the introduction of European standards for law enforcement.

Key words: crimes against justice, crime in law-enforcement bodies, general economic, legal, special-criminological measures of crime prevention.

Важливою передумовою боротьби зі злочинами проти правосуддя є послідовний і неупереджений добір співробітників правоохоронних органів. При доборі майбутніх співробітників

© АХМЕДОВ Вусал Алігісмаг огли – кандидат юридичних наук, керівник науково-дослідного та судово-прецедентного відділу Академії юстиції в Міністерстві юстиції Азербайджану; e-mail: vusal-ahmadov@mail.ru

слід ураховувати, що кандидати насамперед повинні володіти певними рисами, тому що саме на їх основі можливий розвиток усіх необхідних для правоохоронця якостей. До них належать: освітній рівень (грамотність, володіння державною мовою); фізична підготовленість (що відповідає мінімальному рівню, необхідному для здійснення оперативних завдань); особистісні, моральні якості (ставлення до прав людини, толерантність, чесність, гідність тощо); психофізіологічні властивості (емоційна врівноваженість, стресостійкість, організаційні здібності, вміння приймати рішення і діяти у складній ситуації тощо).

Нині відсутнє комплексне наукове дослідження про злочини, що посягають на суспільні відносини із процесуально регламентованого здійснення правосуддя судом та правоохоронними органами. Завданнями статті є висвітлення особливостей криміналізації протиправних діянь проти правосуддя та надання обґрунтованих пропозицій щодо попередження вчинення злочинів цієї категорії.

Особливою суспільною небезпекою, на нашу думку, характеризуються злочини проти правосуддя, які вчиняються працівниками правоохоронних органів і можуть бути спрямовані проти конституційних основ здійснення правосуддя, суспільних відносин із забезпечення реалізації права особи на правову допомогу, забезпечення встановлення істини у справі та ухвалення справедливого рішення.

Підстави криміналізації протиправних посягань на правосуддя досліджували такі вчені, як Ю.В. Баулін, Р.Р. Галіакбаров, І.М. Копотун, В. М. Кудрявцев, М.І. Мельник, Т. В. Омельченко, В.В. Сміх, В.Я. Тацій, Є.Ю. Хлопцева, С.О. Яценко та ін.

Умовами, що сприяють детермінації злочинів проти правосуддя співробітниками правоохоронних органів, є: невідповідність моральних якостей співробітників мінімальним вимогам, що висуваються до осіб, які займають відповідні посади в правоохоронних органах; низька заробітна плата співробітників; недостатня професійна і морально-психологічна підготовленість кадрів; недоліки в доборі та розстановці кадрів; низький рівень службової дисципліни; тиску криміналітету на співробітників правоохоронних органів; наявність «дорогих звичок» та інтересів у співробітників правоохоронних органів; непомірне

живання спиртних напоїв, наркоманія, захоплення азартними іграми тощо; тиск з боку вищих посадових осіб; невинувато ліберальна практика призначення покарання посадовим особам органів правосуддя; професійна деформація співробітників правоохоронних органів тощо [1, с. 165]

Об'єктивні передумови зазначеної мотивації протиправної поведінки пов'язані із принциповою недосяжністю повної відповідності рівня оплати праці державних службовців органів кримінальної юстиції економічному еквіваленту ціни їх повноважень, що загалом характерно і для інших галузей державної діяльності. Утім раціональна соціально-правова, організаційно-управлінська і кадрова політика цілком здатна попередити виникнення криміногенних мотивів у посадових осіб. Однак у сучасних умовах таке завдання вирішується незадовільно. Цим і викликані колосальні масштаби корупції серед співробітників органів кримінального переслідування. Як видається, виникнення корисливих мотивів у зазначених суб'єктів та їх реалізація при здійсненні розглянутих посягань частково причинно пов'язані із впливом тих же факторів, що і формування помилково усвідомлених інтересів служби: відвертий занепад загальної культури співробітників правоохоронних органів, стійкі негативні викривлення їх правосвідомості; корпоративна солідарність у правоохоронних органах, що забезпечує вкрай рідкісну караність протиправних діянь навіть у разі їх виявлення керівництвом. Вагому роль, ймовірно, відіграє і вельми специфічна детермінанта — недостатня матеріальна забезпеченість працівників органів правопорядку, її невідповідність характеру і обсягу виконуваної ними роботи. На цьому тлі стрімко розвивається деформація світогляду, пов'язана з формуванням споживацької, корисливої психології [2, с. 95].

Поряд із неправильно усвідомленими інтересами служби до мотивів протиправних посягань проти правосуддя посадових осіб органів кримінального переслідування дослідники відносять корисливі прагнення, кар'єризм та інші міркування особистої зацікавленості, а ще так звані статусно-виконавські мотиви, що виражаються в діях під тиском вказівок керівництва [3, с. 23–25].

Щодо загальнооекономічних методів попередження досліджуваних злочинів, то для вирішення цієї проблеми потрібен

комплекс заходів із розв'язання актуальних соціальних проблем, зміцнення інститутів влади, виходу з духовно-ідеологічної кризи, вдосконалення економічних відносин і підвищення рівня матеріального добробуту суспільства. Остання обставина видається особливо актуальною з двох причин. По-перше, підвищення матеріальної забезпеченості службовців дає змогу істотно знизити масштаб корупційних проявів у правоохоронних органах. По-друге, ефективна превенція злочинів вимагає не тільки прогресивно-реформістського підходу, а й значної фінансової підтримки з боку держави [4].

З переходом України до ринкових відносин постало питання про розроблення низки економічних та організаційно-управлінських заходів щодо заохочення державою сумлінної, цілеспрямованої та чесної праці як основного джерела життєвих благ разом із встановленням режиму максимальної протидії одержанню надприбутків протиправними способами. Вагоме попереджувальне значення має усунення суттєвої розбіжності між матеріальним забезпеченням громадян і життєвими потребами. На думку В. М. Кудрявцева, необхідно соціальними й економічними засобами зближати потреби й інтереси людей з їхніми реальними можливостями, відкривати всі можливі шляхи для законного задоволення цих потреб та інтересів, сприяти правомірному досягненню життєвих цілей [5, с. 174].

У зв'язку з наведеним пріоритетним має бути досить широкий спектр економічних важелів — переструктурування бюджету і системи фінансування органів внутрішніх справ і прокуратури, забезпечення соціального захисту співробітників, створення нормальних умов роботи і відпочинку тощо. Джерелом самофінансування може стати розвиток ринку платних послуг підрозділів поліції — надання юридичних консультацій, додаткової охорони об'єктів, розроблення комп'ютерних програм, удосконалення навичок водіння автомобіля тощо [6].

Цікавою є пропозиція вчених щодо підготовки державою прийняття такого важливого елемента демократичного правового режиму, як гарантія компенсації шкоди, заподіяної злочинними посяганнями громадянам, з державного бюджету. За логікою відносин, що встановлюються між державою і громадянами, держава бере на себе зобов'язання забезпечити соці-

альний захист населення від будь-якого посягання на основні права і цінності, зокрема від злочинців. З цією метою громадяни платять податки, які є одним із джерел фінансування правоохоронної системи. У разі вчинення злочинного посягання держава як структура, яка не виконала своїх зобов'язань, повинна виплатити потерпілим громадянам грошову компенсацію завданих збитків (відновлення матеріальної справедливості), затримати і покарати злочинця (відновлення соціальної справедливості). Держава, віддаючи частину бюджету на компенсаторні виплати, не має наміру збільшувати цю суму витрат за рахунок оплати правопорушень, вчинених правоохоронцями [7, с. 125-126].

Наступним заходом попередження злочинних проявів проти правосуддя в правоохоронній системі є перегляд системи контролю та оцінки ефективності роботи правоохоронних органів. Криміногенне значення має і сам підхід до оцінки роботи правоохоронців із використанням багатьох показників державної та відомчої статистичної звітності. Такий підхід очевидно неефективний. Адже кримінально-правова статистика ніколи не може бути точним інструментом виміру реального стану законності й неминує призводити до помилок в оцінках і прогнозах. Окрім цього, рівень злочинності в суспільстві залежить від стану самого суспільства. Пов'язувати з динамікою злочинності та її темпом оцінку роботи правоохоронної системи означає свідомо породжувати феномен, відомий у психології як «поведінка, орієнтована на контроль». Суть його полягає в тому, що людина робить тільки те, що контролюється, і протидіє спробам вимірювання своєї роботи, намагається зафіксувати виміри на рівні, який підлягає винагороді [8, с. 134].

Натомість деякі вчені пропонують оцінювати ефективність поліції за допомогою соціальних норм (норм права і моралі), окремо виділяючи такі показники, як законність дій поліції, дотримання загальноприйнятих норм моралі та професійної етики, а також громадська думка [9, с. 296-297].

Додатковими критеріями оцінки можуть бути стійкість зв'язку правоохоронців з населенням та належна активність у підтримці порядку, запобіганні й припиненні його порушень. Невідповідність названим критеріям має невідкладно і неупереджено висвітлюватися засобами масової інформації і доводи-

тися до відома громадськості. Тільки прозора робота правоохоронної системи (звісно, за винятком таємниці кримінального провадження) дозволить об'єктивно її оцінювати без допомоги фіктивних статистичних методів. Загальнолюдські цінності (духовність, гуманність, моральність) повинні домінувати у працівника правоохоронних органів як у прийнятті рішень, пов'язаних із професією, так і в побуті [10, с. 33-37].

Уже на момент прийняття на службу співробітники правоохоронних органів повинні володіти певним рівнем компетентності, необхідним для виконання службових завдань [11, с. 101-104].

Окрім цього, за європейськими стандартами правоохоронної діяльності співробітники, незалежно від їх рівня на момент прийняття на службу, мають добиратися на основі компетентності професійного досвіду і мають бути зорієнтовані на цілі поліції у правоохоронній діяльності. Це означає, що прагнення особи вступити на службу, зокрема до поліції, має бути обумовлено його бажанням боротися зі злочинністю, захищати права людини, служити суспільству. Інші мотиви негативного характеру прийнятними бути не можуть [12].

До правових заходів попередження злочинів проти правосуддя, які вчиняються співробітниками правоохоронних органів, треба віднести заходи щодо узгодження повсякденної діяльності правоохоронців із міжнародними стандартами, серед яких насамперед слід виділити такі: неухильне дотримання закону під час виконання службових обов'язків; повага особистої гідності й дотримання прав людини; відсутність упередженості, відкритість і співробітництво, особиста порядність; використання сили тільки в разі очевидної необхідності й суворо пропорційно реальній загрозі; дотримання конфіденційності; повна відмова від тортур, жорстокого і нелюдського поведіння; охорона здоров'я затриманих і заарештованих; відмова від залучення в будь-які акти корупції; повага до вимог законів та статутів, протидія будь-яким спробам їх порушення; особиста відповідальність за кожен свій вчинок [13, с. 77-81].

У межах спеціального попередження досліджуваних злочинів пропонуються такі заходи, як розроблення єдиного національного кодексу поведінки й етичних правил працівників органів судової і правоохоронної систем; ретельний відбір кандидатів

до правоохоронних органів; поліпшення професійно-службової підготовки; посилення прокурорського нагляду за порушеннями законності в діяльності зі здійснення правосуддя; вдосконалення процедури реєстрації злочинів; створення системи громадського контролю, зокрема за допомогою ЗМІ, за фактами службових розслідувань, а також випадками кримінального розслідування злочинів проти правосуддя, що вчиняються працівниками правоохоронних органів; підвищення ефективності діяльності підрозділів власної безпеки органів внутрішніх справ [14, с. 340].

Отже, серед детермінант вчинення вказаних злочинів виступають, зокрема, невідповідність моральних якостей співробітників мінімальним вимогам, що пред'являються до осіб, які займають відповідні посади в правоохоронних органах; недостатня професійна і морально-психологічна підготовленість кадрів; недоліки в доборі й розстановці кадрів; низький рівень службової дисципліни; низька заробітна плата співробітників; тиск на співробітників правоохоронних органів з боку криміналітету, вищестоящих посадових осіб та політиків; непомірне вживання спиртних напоїв, наркоманія, захоплення азартними іграми; професійна деформація тощо.

Попередження вчинення таких злочинів здійснюється за допомогою цілого комплексу загальносоціальних і спеціально-кримінологічних заходів. У цілому реформування правоохоронної системи буде ефективним за умови чіткої узгодженості всіх правових норм у галузі кримінального, адміністративного, трудового, цивільного та інших галузей права, що регламентують діяльність працівників правоохоронних органів; деполітизації та інтегрованості у систему міжнародних поліцейських асоціацій; поєднання професіоналізму, компетентності та високих моральних якостей як основної умови кар'єрного зростання; індивідуалізації юридичної відповідальності кожного співробітника, а також пріоритетної орієнтації роботи правоохоронної системи на громадську думку як основного критерію її ефективності.

1. Идрисов К.Р. О некоторых мерах борьбы с преступлениями против правосудия, совершаемыми работниками правоохранительных органов. *Актуальные проблемы уголовного права*. Ростов на Дону, 2001. 320 с.

2. Синельников А.В. Криминологические особенности преступлений против правосудия, совершаемых должностными лицами органов уголовного преследования. *Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права*. 2013. № 2. С. 94-101.

3. Идрисов К.Р. Особенности мотивации преступлений против правосудия, совершаемых должностными лицами. *Российский следователь*. 2006. № 12. С. 23-25.

4. Алтухов С.А. Преступления сотрудников милиции (понятие, виды и особенности профилактики). Санкт-Петербург: Изд-во «Юридический центр Пресс». 2001. 272 с.

5. Кудрявцев В.Н. Генезис преступления: Опыт криминол. моделирования: Учеб. пособие для вузов. Москва: Форум – ИНФРА-М. 1998. 215 с.

6. Венедіктов С.В. Матеріальне та моральне стимулювання ефективної професійної діяльності працівників органів внутрішніх справ України: теоретичний аспект: дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2004. 186 с.

7. Мартыненко О.А. Детерминация и предупреждение преступности среди персонала органов внутренних дел Украины: монография. Харьков: Изд-во ХНУВС, 2005. 496 с.

8. Криминологія (Особлива частина): навч. посіб. / Кол. авторів: А.Б. Блага, А.А. Васильєв, Л.М. Давиденко та ін.; за заг. ред. О.М. Литвинова; наук. ред. серії О.М. Бандурка. Харків: Харків. нац. ун-т внутр. справ. 2011. 347 с.

9. Аврутин Ю.Е. Эффективность деятельности органов внутренних дел: опыт системного исследования. Санкт-Петербург: Санкт-Петербургский ун-т МВД России. 1998. 398 с.

10. Воронцов А.В. Попередження окремих видів злочинів проти правосуддя службовими особами досудового розслідування. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2014. № 4. С. 33-37.

11. Руденко В.В. Европейские стандарты отбора полицейских кадров. *Юристь – правовець*. 2012. № 5. С. 101-104.

12. Рекомендация Комитета министров Совета Европы. Европейский кодекс полицейской этики (Recommendation Rec(2001)10 of the Committee of Ministers to member states on the European Code of Police Ethics). 19 сентября 2001 года. Кобзин Д.А., Черноусов А.Н. *Полиция и права человека: Практ. пособие*. 3-е изд., дораб. Харьков: Харьковский ин-т социальных исследований, 2011.

13. Резолюция № 690 (1979) Парламентской ассамблеи Совета Европы «Декларация о полиции» (Страсбург, 8 мая 1979 года). *Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью*. Москва: СПАРК, 1998. С. 77-81.

14. Гамазина И.В. Преступления против правосудия, совершаемые лицами, осуществляющими предварительное расследование. *Вестник Тамбовского государственного университета им. Г.Р. Державина*. 2012. Вып. 3 (107). С. 336-342.

References

1. Ydrysov K.R. O nekotorykh merakh bor'by s prestupleniyamy protyv pravosudya, sovershaemymu rabotnykamy pravookhranytel'nykh orhanov. *Aktual'nye problemy uholovnoho prava*. Rostov na Dony. 2001. 320 s.

2. Synel'nykov A.V. Krymynolohycheskye osobennosty prestuplenyj protyv pravosudya, sovershaemykh dolzhnostnymy lytsamy orhanov uholovnoho presledovanya. *Krymynolohycheskyj zhurnal Bajkal'skoho hosudarstvennoho*

universityta ekonomyky u prava. 2013. № 2. S. 94-101. **3.** Ydrysov K.R. Osobennosti motyvatsyy prestuplenyj protyv pravosudyia, sovershaemykh dolzhnostnymy lytsamy. *Rosyjskyy sledovatel'*. 2006. № 12. S. 23-25. **4.** Altukhov S.A. Prestuplenyia sotrudnykov mylytsyy (poniatye, vydy u osobennosti profylaktyky). Sankt-Peterbyrg: Yzd-vo «Yurydycheskyy tsestr Press». 2001. 272 s. **5.** Kudriavtsev V.N. Henezys prestuplenyia: Opyt krymynol. modelyrovaniia: Ucheb. posobye dlia vuzov. Moskva: Forum – YNFRA-M. 1998. 215 s. **6.** Venediktov S.V. Material'ne ta moral'ne stymuliuvaniia efektyvnoi profesijnoi diial'nosti pratsivnykiv orhaniv vnutrishnikh sprav Ukrainy: teoretychnyj aspekt: dys. ... kand. iuryd. nauk. Xarkiv, 2004. 186 s. **7.** Martynenko O.A. Determyratsyia y preduprezhdenye prestupnosti srede personala orhanov vnutrennykh del Ukrainy: Monohrafiia. Xarkov: Yzd-vo KhNUVS, 2005. 496 s. **8.** Kryminolohiia (Osoblyva chastyna): navchal'nyj posibnyk / Kol. avtoriv: A.B. Blaha, A.A. Vasyl'iev, L.M. Davydenko ta in.; za zah. red. O.M. Lytvynova; nauk. red. serii O.M. Bandurka. Kharkiv: Kharkiv. nats. un-t vnutr. sprav. 2011. 347 s. **9.** Avrutyn Yu.E. Effektyvnost' deiatel'nosti orhanov vnutrennykh del: opyt systemnoho yssledovaniia. Sankt-Peterberg: Sankt-Peterbyrgskii un-t MVD Rossyy, 1998. 398 s. **10.** Vorontsov A.V. Poperedzhennia okremykh vydiv zlochyniv proty pravosuddia sluzhbovymy osobamy dosudovoho rozsliduvanniia. *Pivdennoukrains'kyj pravnychyj chasopys*. 2014. № 4. S. 33-37. **11.** Rudenko V.V. Evropejskye standarty otbora politysejskykh kadrov. Yuryst' – pravoved'. 2012. № 5. S. 101-104. **12.** Rekomendatsyia Komyteta mynystrov Soveta Evropy. Evropejskyy kodeks politysejskoj etyky (Recommendation Rec(2001)10 of the Committee of Ministers to member states on the European Code of Police Ethics). 19 sentiabria 2001 hoda. Kobzyn D.A., Chernousov A.N. *Polytsyia y prava cheloveka: Prakt. posobye*. 3-e yzd., dorab. Khar'kov: Khar'kovskyy yn-t sotsyal'nykh yssledovanyj, 2011. **13.** Rezoliutsyia № 690 (1979) Parlamentskoj assambley Soveta Evropy «Deklaratsyia o polytsyy» (Strasburh, 8 maia 1979 hoda). *Sbornyk dokumentov Soveta Evropy v oblasti zaschyty prav cheloveka y bor'by s prestupnost'iu*. Moskva: SPARK, 1998. S. 77-81. **14.** Hamazyna Y.V. Prestuplenyia protyv pravosudyia, sovershaemye lytsamy, osuschestvliiuschymy predvaryl'noe rassledovanye. *Vestnyk Tambovskoho hosudarstvennoho universityta ym. H.R. Derzhavyna*. 2010. Vyp. 3 (107). S. 336-342.

Ahmedov Vusal. Some problems of combating crimes against justice committed by special actors (law enforcement officers)

The article deals with the problem of combating crimes against justice, it is possible to achieve the Goals exclusively through the consistent and impartial selection of law enforcement officers. When selecting future employees, it should be borne in mind that candidates must first have certain features, because it is on their basis that it is possible to develop all the qualities necessary for a law enforcement officer. To date, there is no comprehensive scientific study on crimes that encroach on public relations with the procedural regulated administration of justice by the court and law enforcement agencies.

A particular public danger, we believe, is crimes against justice committed by law enforcement officials, which can be directed both against the constitutional foundations of the administration of justice and against public relations to ensure the realization of the right of a person to legal assistance, and to ensure the establishment of the truth in the case and the adoption of a fair decision.

The objective preconditions of the genesis of this motivation for unlawful conduct are due to the fundamental lack of achievement of full conformity of the level of remuneration of State employees of criminal justice bodies with the economic equivalent of the price of their powers, which is generally characteristic of other branches of State activity. However, a rational socio-legal, organizational-managerial and personnel policy is quite capable of preventing the emergence of criminogenic motives among officials.

The prevention of the commission of such crimes is carried out through a whole range of general social and special criminological measures.

Key words: objective preconditions, criminological measures, law enforcement officers, organizational-managerial, criminogenic motives.

УДК 343.241/477

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-167

Ю. В. ВАСИЛЕНКО

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ДОВЕДЕННЯ БАНКУ ДО НЕПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ

Дано кримінально-правову характеристику доведення банку до неплатоспроможності (ст.218-1 Кримінального кодексу України). Розглянуто передумови криміналізації доведення банку до неплатоспроможності. З'ясовано об'єктивні та суб'єктивні ознаки складу даного кримінального правопорушення, а також основні проблеми, що виникають у зв'язку з кваліфікацією даного діяння на практиці.

Ключові слова: доведення до неплатоспроможності; кредитор банку; пов'язані з банком особи, кримінальна відповідальність.

Vasylenko Yuliia. Criminal characteristic of the bringing the bank to insolvency

The study is devoted to clarifying the criminal-law characteristics of bringing the bank to insolvency. Significant attention is devoted for feasibility of criminalization of the bringing the bank to insolvency as one of the crimes related to bankruptcy. The analysis of the objective and subjective elements of the corpus delicti "bringing the bank to insolvency" is carried out.

Key words: bringing bank to insolvency, bank's creditor, persons connected with the bank, criminal liability.

Західні дослідники, провівши порівняльний аналіз окремих факторів банкрутства банків, дійшли висновку, що майже у 80% випадків причини банкрутства можуть бути зведені до "людського фактора", тобто недосвідченості, некомпетентності, схильності до спекуляцій та нечесності самих банкірів [1]. Фахівці Національного банку України серед основних причин погіршення фінансового стану банків та виникнення загрози їх неплатоспроможності також називають невідповідність структури управління та нечесні дії керівників банку та позичальників [2, с.11-12]. У зв'язку з цим актуальним залишається дослі-

© **ВАСИЛЕНКО Юлія Василівна** – кандидат юридичних наук, доцент кафедри кримінального права, процесу та криміналістики Київського інституту інтелектуальної власності та права Національного університету «Одеська юридична академія»; ORCID: 0000-0002-4037-8257; e-mail: julie_v@ukr.net

дження питання про відповідальність осіб, винних у доведенні банку до стану неплатоспроможності.

Криміналізація доведення банку до неплатоспроможності обумовлюється насамперед публічним значенням та важливістю банківської діяльності для фінансово-кредитної системи держави. Банки як основна ланка ринкової економіки є інструментом впливу на економічні процеси як у внутрішній, так і зовнішній політиці держави. Від їх ефективного функціонування залежить розподіл внутрішнього валового продукту і національного доходу, регулювання грошового обігу, кредитування та досягнення інших економічних та соціальних цілей у державі [3, с.189]. Значна частина активів фінансових установ сформована за рахунок взаємних вимог банків один до одного. У зв'язку з цим банкрутство одного банку автоматично погіршує якість активів іншого. Таким чином, неплатоспроможність банків знижує довіру до всієї банківської системи, що, в свою чергу, може призвести до "ефекту доміно" – неплатоспроможності інших банків [4, с.20].

Законодавство України, що регулює банківську діяльність, передбачає два види відповідальності за дії, пов'язані з виникненням загрози неплатоспроможності банків – адміністративну та кримінальну. Адміністративна відповідальність передбачає накладення штрафу в розмірі від двох тисяч до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян і застосовується в разі порушення пов'язаними з банком особами або іншими особами, які відповідно до закону можуть бути об'єктом перевірки Національного банку України, банківського законодавства, нормативно-правових актів Національного банку України, крім порушень, зазначених у статті 73 Закону України «Про банки і банківську діяльність», у тому числі подання недостовірної (неповної) звітності, зокрема, щодо якості активів, проведення операцій із пов'язаними з банком особами, суті операцій, або здійснення ризикових операцій, які загрожують інтересам вкладників чи інших кредиторів банку. Якщо ж вказані вище дії призвели до віднесення банку до категорії проблемних, розмір штрафу може збільшитися до десяти тисяч неоподаткованих мінімумів доходів громадян [5].

Кримінальна відповідальність осіб, винних у доведенні банку до неплатоспроможності, до березня 2015 року була передбаче-

на ст. 219 Кримінального кодексу України, що встановлює відповідальність за доведення до банкрутства будь-якого суб'єкта господарської діяльності (в тому числі банківських установ) [6].

З прийняттям Закону України від 2 березня 2015 року № 218-VIII «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності пов'язаних із банком осіб» [7] Кримінальний кодекс України було доповнено ст.218-1, яка є спеціальною нормою щодо ст.219 КК та передбачає кримінальну відповідальність за доведення до неплатоспроможності банку. [8].

Під доведенням банку до неплатоспроможності в статті 218¹ КК України законодавець має на увазі умисне, з корисливих мотивів, іншої особистої заінтересованості або в інтересах третіх осіб, вчинення пов'язаною з банком особою будь-яких дій, що призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних, якщо це завдало великої матеріальної шкоди державі або кредитору.

Родовим об'єктом кримінального правопорушення, передбаченого ст. 218-1 КК України, є суспільні відносини у сфері банківської діяльності, зокрема ті, що виникають у процесі створення та припинення банків, здійснення банківських операцій, спрямованих на забезпечення діяльності суб'єктів господарювання та обслуговування фізичних та юридичних осіб тощо.

Стосовно основного безпосереднього об'єкта даного кримінального правопорушення, то найбільш слушним, на нашу думку, є визначення його як суспільних відносин, які забезпечують реалізацію прав кредиторів банку щодо задоволення їхніх вимог за рахунок майна банку, а також державних інтересів, які можуть бути порушені в результаті визнання банку неплатоспроможним [9, с. 13].

Додатковими обов'язковими об'єктами даного кримінального правопорушення виступають, по-перше, відносини власності (адже в результаті доведення банку до неплатоспроможності завжди страждають майнові інтереси кредиторів такого банку або інтереси держави); по-друге, порядок здійснення службовими особами покладених на них повноважень (йдеться про керівників банків).

Обов'язковою ознакою об'єкта кримінального правопорушення, передбаченого ст. 218¹ КК України, є наявність потер-

пілого. Виходячи з формулювання диспозиції ч. 1 ст. 218¹ КК, йдеться про дві категорії потерпілих – державу і кредитора банку.

Держава може визнаватися потерпілою від даного кримінального правопорушення тоді, коли окремі її органи (наприклад, Кабінет Міністрів України) мають документально підтвержені вимоги до банку з приводу його майнових зобов'язань перед ними, а також у тому разі, якщо вона брала участь у капіталізації системно важливого банку з метою недопущення його банкрутства. Так, у 2009-2010 рр. у рамках програми рекапіталізації банків під контроль Кабінету Міністрів України перейшли Укргазбанк, банк “Київ” та “Родовід Банк”. Цим банківським установам було виділено близько 17 млрд бюджетних коштів. Майже всі кошти пішли на покриття збитків останніх двох років (Родовід Банку – на суму 8,48 млрд грн, банку “Київ” – на 3,21 млрд грн, Укргазбанку – 4,42 млрд грн.) [10]. При цьому рекапіталізовані банки фактично перейшли у власність держави, тому в разі доведення таких банків до неплатоспроможності з вини їх керівників постраждали б насамперед майнові інтереси держави як власника націоналізованих банків.

Другою категорією потерпілих відповідно до ст. 218¹ КК України є кредитор банку. Відповідно до ст.2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 7 грудня 2000 року № 2121-III кредитор банку – це юридична або фізична особа, яка має документально підтвержені вимоги до боржника щодо його майнових зобов'язань. Зважаючи на те, що в разі виникнення неплатоспроможності банку страждає не один його кредитор, а сотні тисяч осіб, логічно було б зазначити у диспозиції в якості потерпілого не «кредитор», а «кредитори».

Об'єктивна сторона складу даного кримінального правопорушення включає три ознаки: 1) суспільно небезпечне діяння; 2) суспільно небезпечні наслідки; 3) причинно-наслідковий зв'язок між діянням і наслідками.

Аналіз диспозиції статті 218¹ КК України дає змогу зробити висновок, що доведення банку до неплатоспроможності може вчинятися лише шляхом активних дій («вчинення пов'язаною з банком особою будь-яких дій, що призвели до віднесення банку до категорії неплатоспроможних»). Зважаючи на те, що на практиці такі дії можуть бути найрізноманітнішими, їх перелік

законодавцем в аналізованій статті Кодексу не конкретизовано. Досить цікавими в цьому контексті є результати аналізу, проведеного в науковому дослідженні Є.М. Васіліним. Він виокремив та узагальнив найбільш типові способи доведення банку до неплатоспроможності: 1) здійснення заздалегідь збиткових операцій з кредитування підконтрольних суб'єктів господарської діяльності, які не мали за мету повернення наданих записок; 2) укладання завідомо не вигідного для банку договору відступлення права вимоги; 3) завідомо збиткова інвестиційна діяльність у цінні папери; 4) укладення договору про співробітництво із суб'єктами підприємницької діяльності для подальшого виведення високоліквідних активів у вигляді готівкових грошових коштів за допомогою чекових книжок через касу установ банку; 5) розміщення грошових коштів українських банків на кореспондентських рахунках у банках Австрії, Швейцарії, Ліхтенштейну з подальшим використанням цих коштів в якості застави, під яку банк видає кредити третім особам на території Європейського Союзу чи України з подальшим списанням цих фінансів у рахунок погашення зобов'язань третіх осіб; 6) фіктивне оприбуткування коштів фінансової установи; 7) подрібнення вкладів фізичних осіб [11].

Як слушно зазначив вказаний вище автор, на даний час єдиним способом достовірно встановити, які схеми реально використовуються для доведення банків до неплатоспроможності, залишається аналіз тих фактів, на підставі яких правоохоронні органи вносять відомості до ЄРДР та розпочинають розслідування злочину, передбаченого ст. 218¹ КК України.

Іншими діями, що призводять до виникнення неплатоспроможності банку, можуть бути, наприклад, укладання очевидно несприятливих договорів для підприємства, за якими зобов'язання боржника матимуть характер сумнівного боргу (наприклад, надання кредитів особам, які завідомо не збираються їх повертати, стовідсоткова передоплата товару сумнівної якості; дострокове виконання зобов'язань або прийняття на підприємство зобов'язань, що не можуть бути виконані (зокрема, борги інших суб'єктів господарської (підприємницької) діяльності; витрачання грошових коштів суб'єкта господарювання на потреби, безпосередньо не пов'язані з його діяльністю» тощо [12].

Таким чином, у диспозиції ч. 1 ст. 218¹ КК України йдеться про умисні активні дії, спрямовані на доведення банку до неплатоспроможності. Однак трапляються випадки, коли доведення банку до неплатоспроможності відбувається в результаті бездіяльності керівників банку та інших передбачених законодавством осіб, які не вчинили дій, які вони повинні були вчинити з метою запобігання неплатоспроможності банку. Йдеться передусім про виконання проблемним банком заходів програми фінансового оздоровлення, здійснення власником реорганізації банку або виконання інших заходів щодо усунення допущених банком порушень банківського законодавства. Невчинення таких заходів і неприведення банком своєї діяльності у відповідність до вимог законодавства, у тому числі нормативно-правових актів Національного банку України, після віднесення його до категорії проблемних, є підставою для віднесення такого банку до категорії неплатоспроможних. Отже, доведення банку до неплатоспроможності цілком можливе і шляхом бездіяльності уповноважених осіб банку, що, безумовно, слід було б врахувати при конструюванні диспозиції статті 218¹ КК України.

Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони доведення банку до неплатоспроможності є суспільно небезпечні наслідки. За своєю конструкцією доведення банку до неплатоспроможності є одиничним ускладненим кримінальним правопорушенням, що кваліфікується за наслідками, які настають хронологічно (послідовно) один за одним у результаті вчиненого особою кримінального правопорушення. При цьому основним (пром'їжним) наслідком є віднесення банку до категорії неплатоспроможних, а додатковим (похідним) наслідком є заподіяння великої матеріальної шкоди державі або кредитору.

Стосовно першого наслідку – віднесення банку до категорії неплатоспроможних, то воно відбувається на підставах та в порядку, передбаченому ст. 76 Закону України «Про банки і банківську діяльність».

Так, Національний банк України зобов'язаний прийняти рішення про віднесення банку до категорії неплатоспроможних у разі наявності хоча б однієї з таких підстав: 1) неприведення банком своєї діяльності у відповідність до вимог законодавства, у тому числі нормативно-правових актів Національного банку

України, після віднесення його до категорії проблемних, але не пізніше, ніж через 120 днів з дня визнання його проблемним; 2) зменшення нормативу достатності (адекватності) регулятивного капіталу та/або нормативу достатності основного капіталу на 50 і більше відсотків від мінімального рівня, встановленого нормативно-правовими актами Національного банку України; 3) виявлення фактів здійснення банком після віднесення його до категорії проблемного операцій (крім нарахування відсотків за вкладками, отримання клієнтами банку заробітної плати, аліментів, пенсій, стипендій, інших соціальних, державних виплат), оформлення (переоформлення) договорів, внаслідок яких зобов'язання перед фізичними особами в межах гарантованої суми відшкодування збільшуються за рахунок зменшення зобов'язань перед фізичними особами, які перевищують гарантовану суму відшкодування, та/або зобов'язань перед фізичними особами, які не підпадають під гарантії Фонду гарантування фізичних осіб, та/або юридичними особами; 4) невиконання банком, віднесеним до категорії проблемного, розпорядження, рішення Національного банку України (у тому числі про застосування заходів впливу/санкцій) та/або вимоги Національного банку України щодо усунення порушень банківського законодавства, нормативно-правових актів Національного банку України протягом визначеного Національним банком України строку.

Національний банк України також має право прийняти рішення про віднесення банку до категорії неплатоспроможних у разі, якщо банк не виконав у встановлений договором або визначений законодавством України строк свої зобов'язання перед вкладниками та іншими кредиторами через недостатність коштів.

Кримінальне правопорушення, передбачене ст. 218¹ КК України, вважається закінченим з моменту настання другого (похідного, додаткового) наслідку – заподіяння великої матеріальної шкоди державі або кредитору.

Згідно з приміткою до аналізованої статті КК України матеріальна шкода вважається великою, якщо вона у десять тисяч і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Враховуючи, що при кваліфікації кримінальних пра-

випорушень сума неоподаткованого мінімуму встановлюється на рівні податкової соціальної пільги, яка надається в розмірі, що дорівнює 50 відсоткам розміру прожиткового мінімуму для працездатної особи (у розрахунку на місяць), встановленому законом на 1 січня звітного податкового року (з 1 січня 2020 року прожитковий мінімум становить 2102,0 грн.), притягнення до кримінальної відповідальності за доведення банку до неплатоспроможності можливе лише за наявності збитків, розмір яких перевищує 10 510 000 грн.

Виходячи з аналізу диспозиції статті 218¹ КК, вчинити злочин може лише спеціальний суб'єкт, яким виступає в даному разі пов'язана з банком особа. Відповідно до ч. 1 ст. 52 Закону України «Про банки і банківську діяльність» пов'язаними з банком особами є: 1) контролери банку; 2) особи, які мають істотну участь у банку, та особи, через яких ці особи здійснюють опосередковане володіння істотною участю в банку; 3) керівники банку, керівник служби внутрішнього аудиту, керівники та члени комітетів банку; 4) споріднені та афілійовані особи банку, в тому числі учасники банківської групи; 5) особи, які мають істотну участь у споріднених та афілійованих особах банку; 6) керівники юридичних осіб та керівники банків, які є спорідненими та афілійованими особами банку, керівник служби внутрішнього аудиту, керівники та члени комітетів цих осіб; 7) асоційовані особи фізичних осіб, зазначених у пунктах 1-6 цієї частини; 8) юридичні особи, в яких фізичні особи, зазначені в цій частині, є керівниками або власниками істотної участі; 9) будь-яка особа, через яку проводиться операція в інтересах осіб, зазначених у цій частині, та на яку здійснюють вплив під час проведення такої операції особи, зазначені в цій частині, через трудові, цивільні та інші відносини. Водночас, як слушно вказують фахівці, на практиці найчастіше до відповідальності притягаються службові особи, а не бенефіціарні власники [13].

З суб'єктивної сторони вчинення даного кримінального правопорушення можливе зі змішаною формою вини. При цьому ставлення до діяння (доведення банку до неплатоспроможності) та до основного (проміжного) наслідку (віднесення банку до категорії неплатоспроможних) характеризується прямим чи непрямим умислом, а ставлення до другого (остаточного)

наслідку у вигляді заподіяння великої матеріальної шкоди державі або кредитору може характеризуватися непрямим умислом або необережною формою вини. Втім деякі науковці висловлюють точку зору, відповідно до якої дане кримінальне правопорушення може вчинятися лише з прямим умислом [14, с. 139].

Аналіз диспозиції ст. 218¹ КК України дає змогу зробити висновок, що обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони доведення банку до неплатоспроможності є корисливий мотив, мотив іншої особистої заінтересованості або вчинення в інтересах третіх осіб. При цьому під корисливим мотивом у теорії кримінального права та законодавстві зазвичай розуміють бажання одержати матеріальні блага для себе або інших осіб (заволодіти грошима, коштовностями, цінними паперами, майном тощо), одержати чи зберегти певні майнові права, уникнути матеріальних витрат чи обов'язків (одержати спадщину, позбавитися боргу, звільнитися від платежу тощо) або досягти іншої матеріальної вигоди.

Мотивами іншої особистої заінтересованості (особистими мотивами) можуть бути ту, що зумовлені потребами та інтересами предметного характеру (наприклад, прагнення до здійснення своїх прав тощо), мотиви, що не мають предметного характеру і викликані емоціями, почуттями та станами особи [15, с. 21].

Таким чином, суспільна небезпечність доведення банку до неплатоспроможності пов'язана з публічним значенням та важливістю банківської діяльності для фінансово-кредитної системи держави, а також тяжкістю шкоди, що заподіюється кредиторам банку та інтересам держави в разі банкрутства банку. Конструкція диспозиції статті 218¹ КК України дає змогу зробити висновок, що об'єктивна сторона даного кримінального правопорушення може вчинятися лише шляхом активних дій. При цьому законодавець, на жаль, не врахував, що доведення банку до неплатоспроможності цілком можливе і шляхом бездіяльності уповноважених осіб банку. Доведення банку до неплатоспроможності є кримінальним правопорушенням, кваліфікованим за наслідками, тобто кримінальна відповідальність за нього можлива лише за умови послідовного настання двох наслідків — проміжного (основного) (віднесення банку до категорії неплатоспроможних) та додаткового (похідного) — заподіяння вели-

кої матеріальної шкоди державі або кредитору. Доведення банку до неплатоспроможності вчиняється зі змішаною формою вини та характеризується корисливим мотивом або мотивом особистої заінтересованості або вчиненням в інтересах третіх осіб.

1. Шенг Е. Реструктуризація банку. Київ: Світовий банк, 1996. 98 с.
2. Малышев К. И. Исторический очерк конкурсного процесса. Санкт-Петербург: Типография Товарищества «Общественная польза», 1871. 459 с.
3. Фінансове право: навч. посібник для студентів юрид. вузів та факультетів / за ред. Воронової Л.К. Київ: Вентурі, 1998. 384 с.
4. Лігоненко Л.О. Антикризове управління підприємством: теоретико-методологічні засади та практичний інструментарій. Київ, 2000. С. 312.
5. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>.
6. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.
7. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності пов'язаних із банком осіб: Закон України від 2 березня 2015 року № 218-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/218-19#Text>.
8. Про банки і банківську діяльність: Закон України від 7 грудня 2000 року № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text>.
9. Васілін Є.М. Доведення банку до неплатоспроможності: соціальна обумовленість криміналізації, аналіз складу злочину: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Северодонецьк: Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ, 2018. 244 с.
10. Шульга О. Кабмін і Нацбанк готують нове рішення щодо рекапіталізації банків. URL: https://zn.ua/ukr/ECONOMICS/kabmin_i_nbu_gotuyut_nove_rishennya_schodo_rekapitalizatsiyi_bankiv.html.
11. Васілін Є.М. Цит. праця. С. 115-126.
12. Кримінальне право (Особлива частина): підручник / за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. Т. 1. Луганськ: видавництво «Елтон – 2», 2012. 780 с.
13. Козятник Л. Винести вирок при доведенні банку до неплатоспроможності тільки на підставі статті 218-1 КК України неможливо. URL: <https://lhs.net.ua/vynesty-pryhovor-pry-dovedenyy-banka-bankrotstva-tolko-na-osnovanyu-statyi-2811-uk-nevozmozhno-schytaet-liudmyla-koziatnyk-lektor-legal-high-school/>.
14. Грек Б.М. Кримінальна відповідальність юридичних осіб. Чи бути їй в Україні? *Адвокат*. 2011. № 12. С.19-22.
15. Тарарухин С.А. Установление мотива и квалификация преступления. Київ: Вища школа, 1977. 152 с.

References

1. Sheng E. Restrukturyzaciya banku [Restructuring of banks]. Kyiv: Svitovyj bank, 1996. 98 s.
2. Malyshev K. I. Istoricheskij ocherk konkursnogo processa [Historical overview of the competitive process]. Sankt-Peterburg: Tipografiya Tovarishchestva «Obshchestvennaya pol'za», 1871. 459 s.
3. Finansove pravo: navch. posibnik lya studentiv yurid. vuziv ta fakul'tetiv / za red. L.K. Voronovoi. Kyiv: Venturi, 1998. 384 s.
4. Ligonenko L.O. Antikrizove upravlinnya pidpriemstvom: teoretiko-metodologichni zasadi ta praktichnij instrumentarij. Kyiv, 2000. S.312.
5. Kodeks Ukrayiny pro administrativni

pravoporushennya vid 7 grudnya 1984 roku № 8073-X. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>. **6.** Kriminalnij kodeks Ukrainy vid 5.04 2001 roku № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>. **7.** Pro vnesennya zmin do deyakyh zakonodavchych aktiv Ukrainy shchodo vidpovidal'nosti pov'yazanih iz bankom osib: Zakon Ukrainy vid 2 bereznya 2015 roku № 218-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/218-19#Text>. **8.** Pro banky i bankivsku diialnist: Zakon Ukrainy vid 7 hrudnia 2000 roku № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text>. **9.** Vasilin Y.M. Dovedennia banku do neplatospromozhnosti: sotsialna obumovlennist kryminalizatsii, analiz skladu zlochynu: dis. ... kand.. yurid. nauk.: spec. 12.00.08. Severodonetsk, 2018. 244 s. **10.** Shulha O. Kabmin i Natsbank hotuiut nove rishennia shchodo rekapitalizatsii bankiv. URL: https://zn.ua/ukr/ECONOMICS/kabmin_i_nbu_gotuyut_nove_rishennya_schodo_rekapitalizatsiyi_bankiv.html. **11.** Vasilin Y.M. Tsytovana robota. S. 115-126. **12.** Kryminalne pravo (Osoblyva chastyna): pidruchnyk / za red. O. O. Dudorova, Y. O. Pysmenskoho. T. 1. Luhansk: vydavnytstvo «Elton – 2», 2012. 780 s. **13.** Koziatnyk L. Vynesty vyrok pry dovedenni banku do neplatospromozhnosti tilky na pidstavi statti 218-1 KK Ukrainy nemozhlyvo. URL: <https://lhs.net.ua/vynesty-pryhovor-pry-dovedenny-banka-bankrotstva-tolko-na-osnovanyystaty-2811-uk-nevozmozhno-schytaet-liudmyla-koziatnyk-lektor-legal-high-school/>. **14.** Hrek B.M. Kryminalna vidpovidalnist yurydychnykh osib. Chy buty yii v Ukraini? *Advokat*. 2011. № 12. S.19-22. **15.** Tararukhyn S.A. Ustanovlenye motyva y kvalyfykatsiya prestupleniya. Kyiv: Vyshcha shkola, 1977. 152 s.

Vasylenko Yuliia. Criminal characteristic of the bringing the bank to insolvency

The study is devoted to the criminal description of bringing bank to insolvency. Significant attention is devoted for feasibility of criminalization of the bringing bank to insolvency as one of the crimes related to bankruptcy. The analysis of the objective and subjective elements of the corpus delicti “bringing the bank to insolvency” is carried out. It is concluded that the main direct object of the crime components, provided in Art. 218-1 of the Criminal Code of Ukraine, is the legal relationship ensuring the implementation of the rights of bank creditors for meeting their requirements, and the state interests violated by bringing bank to insolvency.

It is emphasized that the objective aspect of bringing bank to insolvency can be carried out both by actions and by inactivity of bank managers. It should be noted that the construction of the objective side of this crime belongs to the material corpus delicti of the criminal offence and it provides the occurrence of socially dangerous consequences in the form of large material damage.

The subject of bringing bank to insolvency may be a person, connected with the bank. An analysis of legal literature has allowed to conclude, that bringing bank to insolvency can be committed with mixed form of guilt (a direct intent to the act and indirect intention or careless form of of guilt in relation to the consequences of socially dangerous act).

Key words: bringing the bank to insolvency, bank's creditor, persons connected with the bank, criminal liability.

ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ АНАЛОГІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: СУЧАСНА ПРАКТИКА КАСАЦІЙНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ ВЕРХОВНОГО СУДУ

Розглядається судова практика Касаційного кримінального суду Верховного Суду з питання застосування процесуальної аналогії, на підставі чого виокремлено типові напрями застосування процесуальної аналогії судом саме цієї інстанції. При цьому всі вони класифіковані за критеріями тих прав і свобод, у сфері яких мають свою реалізацію, та стосуються: предмета апеляційного оскарження; кола осіб, наділених це право реалізувати; тлумачення певних норм КПК. Вказується на обґрунтованість саме тих тенденцій у застосуванні процесуальної аналогії, які вже склалися в судовій практиці, оскільки це підтверджується правотлумачною практикою Конституційного Суду України. Підкреслено вагомість процесуальної аналогії у кримінальному судочинстві та констатовано ефективність її застосування без суперечностей та колізій з іншими положеннями кримінального процесуального закону.

Ключові слова: процесуальна аналогія, право на апеляційне оскарження, рішення слідчого судді, правові висновки касаційного суду.

Drozdovych Nadiia. Practical aspects of using procedural analogy in criminal proceedings: today's practice of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court

This article deals with the use of procedural analogy as the most optimal method of resolving legal situations in criminal proceedings, which are not directly regulated by criminal procedural legislation. This matter was reviewed from the practical point of view by citing examples of using procedural analogy in court judgments. Specifically, this article offers an analysis of judicial practice of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court as regards the use of procedural analogy. This article provides reasoning for the trends in the application of procedural analogy which already exist in judicial practice, because it is corroborated by the

© ДРОЗДОВИЧ Надія Людвігівна – кандидат юридичних наук, науковий консультант відділу забезпечення роботи секретаря та суддів судової палати управління забезпечення роботи першої судової палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду; ORCID: 0000-0002-0519-6909; e-mail: sunrise.nadin@gmail.com

law interpretation practice of the Constitutional Court of Ukraine. In particular, the article cites the principled judgments of this court finding certain provisions of criminal procedural legislation to be unconstitutional, the gaps in application of which were bridged in the past in the cassation court's judicial practice by referring to procedural analogy. Therefore, the article describes the results of an overview and systemization of the cassation court's extensive judicial practice for the purpose of improving the understanding of legal situations not directly regulated by criminal procedural legislation.

Key words: *procedural analogy, right to appeal, decisions of the judicial investigator, legal findings of the cassation court.*

Питання досконалості та ефективності законодавства завжди були в центрі уваги науки кримінального судочинства, а надто проблематика застосування процесуальної аналогії у кримінальному провадженні з огляду на здійснення вперше її законодавчої регламентації у Кримінальному процесуальному кодексі України 2012 року (далі – КПК).

Звернення до процесуальної аналогії на доктринальному рівні має своїм результатом чимало розробок як сучасних учених, так і корифеїв кримінального процесу. Зокрема, зазначене питання було предметом наукових пошуків М.С. Строговича, М.М. Гродзинського, Р.Д. Рахунова, Л.Б. Зусь, а в подальшому і вже на сучасному етапі – В. О. Белоносова, М. О. Громова, В.В. Лазарева, Д. Ю. Сільченко, О.В. Капліної, М.І. Бажанова, Ю.М. Грошевого, В.М. Савицького, В.К. Случевського та інших. Попри це убачається недостатній рівень вивчення сучасної судової практики застосування процесуальної аналогії у кримінальному судочинстві, що пояснюється, в тому числі, об'єктивними причинами – нетривалий до цього часу період функціонування процесуальної аналогії в якості норми права, передбаченої чинним КПК. Цим обумовлюється **актуальність** розглядуваного у даній статті питання. При цьому **мета і завдання** даної статті полягають у розгляді сучасної судової практики касаційного суду, який має однією із своїх функцій вищої судової інстанції – забезпечення єдності судової практики, задля визначення тенденцій оптимального застосування норм процесуальної аналогії у кримінальному провадженні, а також встановленні того, чи ефективний такий спосіб подалання прогалин кримінального процесуального закону.

За період роботи Касаційного кримінального суду Верховного Суду (далі – ККС ВС) застосування у його судовій практиці положень ч. 6 ст. 9 КПК простежується близько у 200 судових рішеннях, серед яких можливо виділити окремі напрями втілення на практиці процесуальних норм щодо аналогії. Зокрема, процесуальна аналогія у кримінальному провадженні має прояв у постановах ККС ВС для обґрунтування права на апеляційне оскарження, а саме:

- щодо предмета апеляційного оскарження;
- щодо кола осіб, наділених це право реалізувати.

При цьому аналіз постанов касажіного суду щодо предмета апеляційного оскарження засвідчив можливість виокремлення низки векторів використання ч. 6 ст. 9 КПК для визначення тих категорій судових рішень, які, попри їх відсутність у переліку оскаржуваних, переглядаються судом цієї інстанції.

Так, судова практика вищої судової інстанції виробила послідовні та усталені правові висновки про можливість апеляційного оскарження судових рішень, прийняття яких не передбачено КПК. Найбільшу групу серед них становлять судові рішення слідчих суддів про надання дозволів на проведення позапланових перевірок у різних сферах життєдіяльності. Із цього приводу Велика Палата Верховного Суду в постанові від 23 травня 2018 року у справі за касаційною скаргою представника юридичної особи на ухвалу Апеляційного суду Донецької області від 30 серпня 2017 року про відмову у відкритті провадження за апеляційною скаргою на ухвалу слідчого судді про надання дозволу на проведення комплексної позапланової перевірки щодо законності та цільового використання земельної ділянки посадовими особами суб'єкта господарювання надала наступні орієнтири суд апеляційної інстанції під час вирішення питання про відкриття провадження за апеляційною скаргою на рішення слідчого судді про надання дозволу на проведення позапланових перевірок, яке не передбачено КПК, повинен керуватися приписами ч. 6 ст. 9 КПК щодо застосування загальних засад кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 7 КПК, до яких, зокрема, віднесено забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності (п. 17 ч. 1 ст. 7, ст. 24 КПК) [1]. Таким чином, згідно з висновком, викладеним у

згаданій постанові Великої Палати Верховного Суду, апеляційні суди зобов'язані відкривати апеляційне провадження за скаргами на ухвали слідчих суддів про надання дозволу на проведення позапланових перевірок.

Окрім наведеного, наразі маємо в судовій практиці сформульовані правові висновки щодо можливості апеляційного оскарження такі групи судових рішень, прийняття яких не передбачено КПК:

- затвердження місцевим судом угоди про визнання винуватості і звільнення від кримінальної відповідальності [2];

- повернення прокурору клопотання про арешт тимчасово вилученого майна у порядку ч. 3 ст. 172 КПК[3];

- надання дозволу на примусове відібрання зразків погрудних зображень (фото) для проведення судово-портретної експертизи [4];

- скасування постанови про оголошення в розшук [5];

- передача майна на відповідальне зберігання та в оперативне управління [6];

- надання дозволу на інспекційне відвідування підприємства [7];

- скасування застосованого арешту майна і його передача [8];

- задоволення скарги на бездіяльність прокурора, скасування постанови про закриття кримінального провадження і зобов'язання його вчинити певні дії [9].

Наведені приклади судової практики касаційного суду засвідчили, що положення ч. 6 ст. 9 КПК широко використовуються як гарантія забезпечення реалізації права на апеляційне оскарження тих видів судових рішень слідчого судді, оскарження яких безпосередньо у відповідних (спеціальних) главах КПК не передбачено, однак задекларовано у ст. 24 КПК та інших загальних нормах. Виправданість такого вектора судової практики, зокрема щодо реалізації права на апеляційне оскарження окремих видів рішень слідчих суддів, підтверджується практикою Конституційного Суду України в подальшому, особливо стосовно останнього виду судових рішень у вищенаведеній класифікації. А саме: 17 червня 2020 року було прийнято рішення № 4-р (II)/2020, яким визнано такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення ч. 3

ст. 307 КПК щодо заборони оскарження ухвали слідчого судді за результатами розгляду скарги на бездіяльність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань після отримання заяви, повідомлення про кримінальне правопорушення [10]. Відтоді судова практика судів загальної юрисдикції, окрім застосування процесуальної аналогії, має додатковий аргумент – посилення на рішення Конституційного Суду України. Не зайвим буде відзначити, що така тенденція у судовій практиці розпочалася ще в 2019 році, з прийняття цим же судом рішення № 4-р/2019 у справі за конституційною скаргою Глушенка В.М. щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ч. 2 ст. 392 КПК. У ньому визнано таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), положення ч. 2 ст. 392 КПК щодо унеможливлення окремого апеляційного оскарження ухвали суду про продовження строку тримання під вартою, постановленої під час судового провадження в суді першої інстанції до ухвалення судового рішення по суті [11]. Судова практика судів загальної юрисдикції відповідно одразу втілила це тлумачення кримінального процесуального закону, наприклад, у постанові від 21 січня 2020 року [12], однак посилення на положення ч. 6 ст. 9 КПК зберігається.

Що ж стосується такого напряму забезпечення права апеляційного оскарження, як право «інших осіб», інтересів яких стосується судове рішення, що став можливим у зв'язку із застосуванням загальних засад кримінального провадження, то основні доводи при застосуванні ч. 6 ст. 9 КПК зводяться до такого.

Виходячи зі змісту положень Конституції України, статей 7, 24 та 394 КПК у їх взаємозв'язку, особа, яка не була учасником кримінального провадження, має право на апеляційне оскарження судового рішення за умови, що воно стосується її прав, свобод та інтересів. Цей підхід підтверджений постановою Верховного Суду України від 03 березня 2016 року (справа № 5-347к15) [13], де зазначено, що відсутність «інших осіб» у вичерпному переліку суб'єктів оскарження, передбаченому ст. 394 КПК, за умови, що судове рішення стосується їх прав, свобод та інтересів, не є перешкодою у доступі до правосуддя та звернення до суду вищої інстанції, що передбачено ч. 2 ст. 24 цього Кодексу.

Подібні правові висновки містяться у низці постанов ККС ВС.

Звертає увагу на себе й постанова ККС ВС від 18 грудня 2018 року [14], правовий висновок якої також належить до цієї групи застосування ч. 6 ст. 9 КПК, хоча він і стосується права «інших осіб», інтересів яких стосується судове рішення, однак не апеляційного, а касаційного оскарження. Зокрема, обґрунтовується, що хоча перелік ч. 3 ст. 424 КПК не передбачає права на касаційне оскарження вироку на підставі угоди іншими особами, проте, на переконання колегії суддів, виходячи із основоположних принципів, гарантованих Конституцією України, а також загальних засад кримінального провадження, такого права не можуть бути позбавленні особи, прав, свобод та інтересів яких стосується судове рішення. Так, згідно п. 17 ч. 1 ст. 7, ст. 24 КПК кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому цим Кодексом. Також гарантується право на перегляд вироку, ухвали суду, що стосується прав, свобод чи інтересів особи, судом вищого рівня в порядку, передбаченому цим Кодексом, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді.

Водночас на підставі аналізу практики застосування положень ч. 6 ст. 9 КПК касаційним судом варто окремо зазначити про застосування процесуальної аналогії в процесі тлумачення певних норм КПК як один із способів подолання існуючих прогалин у кримінальному процесуальному регулюванні.

Так, при застосуванні норм права правозастосовник час від часу стикається з прогалинами в законодавстві, тобто з повною чи частковою відсутністю норм, які регулюють певні суспільні відносини. У зв'язку з цим в юриспруденції одним із способів заповнення прогалин в процесі застосування закону вважають процесуальну аналогію. Звісно, неприпустимим є ототожнення процедури застосування аналогії із законодавчою діяльністю, тому це лише тимчасовий, допоміжний спосіб усунення прогалин, основним же способом усунення прогалин у правовій сфері є правотворчість [15].

Зокрема, у справі № 483/1186/16-к ККС ВС скасував ухвалу апеляційного суду та призначив новий розгляд у суді апеляційної

інстанції, який допустив неправильне встановлення змісту диспозиції статей 177, 178, 194, 196 КПК щодо понять «застосування запобіжного заходу» та «обрання запобіжного заходу». А саме, у постанові від 13 грудня 2018 року касаційний суд вдався до тлумачення вказаних термінів, визначивши, що у змісті кримінального процесуального закону вони використовуються як синонімічні (тотожні за своїм праолвивм значенням). Своє рішення ККС ВС обґрунтував тим, що у ст. 177 КПК йдеться про мету й підстави застосування запобіжного заходу, а у ст. 178 КПК – про обставини, що враховуються при обранні запобіжного заходу. Аналізуючи також положення статей 194, 196 КПК, суд констатував, що чіткого розмежування між поняттями «застосування запобіжного заходу» та «обрання запобіжного заходу», який би мав різні процесуальні наслідки, кримінальний процесуальний закон не містить. Крім того, у КПК не передбачено іншого процесуального документа, крім ухвали про застосування запобіжного заходу (ст. 196 КПК) при вирішенні питань, пов'язаних із такими заходами. За таких обставин касаційний суд визнав, що при постановленні ухвали про відмову у відкритті провадження та про повернення апеляційної скарги поза увагою залишено й вимогу ч. 6 ст. 9 КПК, що є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону та відповідно до положень п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК є підставою для скасування оскарженої ухвали [16].

Так само має місце тлумачення окремих норм кримінального процесуального закону в постанові ККС ВС від 06 червня 2019 року [17], в якій, хоча і без посилання на ч. 6 ст. 9 КПК, проте вища судова інстанція здійснила тлумачення глави 34 КПК для вирішення питання, які судові рішення можуть бути предметом перегляду за нововиявленими обставинами, а тому звернулася до загальних засад кримінального провадження. Зокрема, мотиви касаційного суду зводяться до такого. Системне тлумачення глави 34 КПК приводить до висновку, що перегляд за нововиявленими обставинами є надзвичайним (екстраординарним) переглядом судових рішень у виняткових випадках, коли після завершення розгляду кримінальної справи в звичайному порядку (в судах першої, апеляційної і касаційної інстанції) виявлені обставини, що могли суттєво вплинути на

прийняті судові рішення, і внаслідок завершення кримінального провадження, розгляд цих обставин у звичайному порядку кримінального провадження став недоступним. Цей висновок підтверджується, крім іншого, самим текстом статті 459 КПК, а тому нововиявлені обставини мають стосуватися лише вироку або судових рішень, що постановлені щодо цього вироку, тобто судового рішення по суті кримінального обвинувачення.

Зі змісту глави 34 КПК та загальних засад кримінального провадження вбачається, що кримінальне провадження за нововиявленими обставинами є формою перегляду рішень суддів, які набрали законної сили. За своїм змістом ця стадія кримінального процесу виступає як механізм, що доповнює звичайні заходи забезпечення правосудності судових рішень у кримінальних провадженнях. Цей вид провадження має резервне значення та використовується лише у випадках, коли вичерпані всі інші допустимі засоби процесуально-правового захисту.

Не менш цікавими, що заслуговують на увагу, є інші способи застосування ч. 6 ст. 9 КПК у судовій практиці ККС ВС.

Так, процесуальна аналогія у кримінальному провадженні використовується при вирішенні питання про повноваження апеляційного суду щодо дослідження доказів за власною ініціативою [18]. Щодо цього касаційний суд зазначив, що той факт, що жодна зі сторін не заявляла клопотання про повторне дослідження доказів, не виключало права апеляційного суду безпосередньо дослідити докази, керуючись загальними засадами кримінального провадження. Так, згідно із ч. 6 ст. 9 КПК у випадках, коли положення цього Кодексу не регулюють або неоднозначно регулюють питання кримінального провадження, застосовуються загальні засади кримінального провадження, визначені у ч. 1 ст. 7 цього Кодексу. Тобто, якщо апеляційний суд при перегляді кримінального провадження убачає можливу недоведеність винуватості особи, він повинен за власною ініціативою забезпечити повноту дослідження доказів, адже до цього спонукають завдання кримінального провадження, вказані у ст. 2 КПК, та необхідність дотримання інших його засад, зокрема верховенства права, презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини, і це не суперечить такій засаді кримінального провадження, як диспозитивність.

А також процесуальна аналогія касаційним судом використана щодо повноважень цього суду змінити судові рішення шляхом збільшення розміру моральної шкоди [19].

Отже, слід підкреслити вагомість процесуальної аналогії у кримінальному судочинстві та констатувати ефективність її застосування без суперечностей та колізій з іншими положеннями кримінального процесуального закону. Наведені та проаналізовані приклади судової практики свідчать, що застосування процесуальної аналогії є не шаблонним, а фактично творчим процесом, що обумовлене пошуками оптимальних способів та шляхів втілення ч. 6 ст. 9 КПК. Унікальність кожного кримінального провадження є підставою для анонсування появи інших варіантів застосування процесуальної аналогії у кримінальному судочинстві, а відтак убачається можливість стверджувати про перспективність наукових досліджень зазначеного питання.

1. Постанова ККС ВС від 23 травня 2018 року (справа № 243/6674/17-к, провадження № 13-16сво18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74475959>. 2. Постанова ККС ВС від 16 жовтня 2018 року (справа № 439/1344/17, провадження № 51-6922 км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77249045>. 3. Постанова ККС ВС від 20 листопада 2018 року (справа № 297/1176/17, провадження № 51-1705 км 18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78044717>. 4. Постанова ККС ВС від 13 вересня 2018 року (справа № 285/1673/17, провадження № 51-797км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76822780>. 5. Постанова ККС ВС від 2 жовтня 2018 року (справа № 522/15961/17, провадження № 51- 231 км 18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76972457>. 6. Постанова ККС ВС від 10 квітня 2018 року (справа № 522/20851/16-к, провадження № 51-265км18 (в ЄАСД ВС під номером 17)). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73469580>. 7. Постанова ККС ВС від 15 січня 2019 року (справа № 635/1845/17, провадження № 51-5424км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79314101>. 8. Постанова ККС ВС від 15 травня 2019 року (справа № 760/25546/18, провадження № 51-10322км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81841836>. 9. Постанова ККС ВС від 26 лютого 2019 року (справа № 757/12583/17-к, провадження № 51-3251 км 18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80178316>. 10. Рішення Конституційного Суду України від 17 червня 2020 року № 4-р/(II)/2020. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/30504>. 11. Рішення Конституційного Суду України від 13 червня 2019 року № 4-р/2019. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/2487>. 12. Постанова ККС ВС від 21 січня 2020 року, справа № 404/1248/19, провадження № 51-4043км19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87179223>. 13. Постанова Верховного Суду України від 03 березня 2016 року (справа № 5-347к15). URL: <https://reyestr.court.gov>.

ua/Review/56939749. **14.** Постанова ККС ВС від 18 грудня 2018 року (справа № 227/1325/18, провадження № 51-7724км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78979788>. **15.** Дроздович Н.Л. Процесуальна аналогія: самостійний принцип кримінального провадження чи елемент законності. *Слово національної школи суддів України*. 20196. № 3 (28). С. 115-126. **16.** Постанова ККС ВС від 13 грудня 2018 року (справа № 483/1186/16-к, провадження № 51-4991 км 18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78627978>; Постанова ККС ВС від 7 серпня 2019 року (провадження № 51-2833км19, справа № 761/17641/19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83589970>. **17.** Постанова ККС ВС від 06 червня 2019 року (справа № 1304/10570/12, провадження № 51-6716 км 18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82449947>. **18.** Постанова ККС ВС від 18 грудня 2018 року (справа № 659/579/16-к, провадження № 51-2073км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78979785>. **19.** Постанова ККС ВС від 31 січня 2019 року (справа № 527/876/16-к, провадження № 51-5891км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/796408454>; Постанова ККС ВС від 29 січня 2019 року (справа № 741/1135/16, провадження № 51-4591км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79639379>; Постанова ККС ВС від 13 червня 2019 року (справа № 758/11085/15-к, провадження № 51-227 км19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82450005>; Постанова ККС ВС від 06 червня 2019 року (справа № 425/3850/15, провадження № 51-5428км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82316329>;

References

1. Postanova KKS VS vid 23 travnia 2018 roku (sprava № 243/6674/17-k, provadzhenia № 13-16svo18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74475959>. **2.** Postanova KKS VS vid 16 zhovtnia 2018 roku (sprava № 439/1344/17, provadzhenia № 51-6922 km18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77249045>. **3.** Postanova KKS VS vid 20 lystopada 2018 roku (sprava № 297/1176/17, provadzhenia № 51-1705 km 18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78044717>. **4.** Postanova KKS VS vid 13 veresnia 2018 roku (sprava № 285/1673/17, provadzhenia № 51-797km18) . URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76822780>. **5.** Postanova KKS VS vid 2 zhovtnia 2018 roku (sprava № 522/15961/17, provadzhenia № 51- 231 km 18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76972457>. **6.** Postanova KKS VS vid 10 kvitnia 2018 roku (sprava № 522/20851/16-k, provadzhenia № 51-265km18 (v YeASD VS pid nomerom 17). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73469580>. **7.** Postanova KKS VS vid 15 sichnia 2019 roku (sprava № 635/1845/17, provadzhenia № 51-5424км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79314101>. **8.** Postanova KKS VS vid 15 travnia 2019 roku (sprava № 760/25546/18, provadzhenia № 51-10322км18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81841836>. **9.** Postanova KKS VS vid 26 liutoho 2019 roku (sprava № 757/12583/17-k, provadzhenia № 51-3251 км 18) URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80178316>. **10.** Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 17 chervnia 2020 roku № 4-r/(II)/2020. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/30504>. **11.** Rishennia Konstytutsiinoho

Sudu Ukrainy vid 13 chervnia 2019 roku № 4-r/2019. URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/2487>. **12.** Postanova KKS VS vid 21 sichnia 2020 roku, sprava № 404/1248/19, provadzhennia № 51-4043km19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87179223>. **13.** Postanova Verkhovnoho Sudu Ukrainy vid 03 bereznia 2016 roku (sprava № 5-347ks15). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/56939749>. **14.** Postanova KKS VS vid 18 hrudnia 2018 roku (sprava № 227/1325/18, provadzhennia № 51-7724km18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78979788>. **15.** Drozdovych N.L. Protsesualna analohiia: samostiinyi pryntsyp kryminalnoho provadzhennia chy element zakonnosti. *Slovo natsionalnoi shkoly suddiv Ukrainy*. 2019. № 3 (28). S. 115-126. **16.** Postanova KKS VS vid 13 hrudnia 2018 roku (sprava № 483/1186/16-k, provadzhennia № 51-4991 km 18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78627978>; Postanova KKS VS vid 7 serpnia 2019 roku (provadzhennia № 51-2833km19, sprava № 761/17641/19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83589970>. **17.** Postanova KKS VS vid 06 chervnia 2019 roku (sprava № 1304/10570/12, provadzhennia № 51-6716 km 18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82449947>. **18.** Postanova KKS VS vid 18 hrudnia 2018 roku (sprava № 659/579/16-k, provadzhennia № 51-2073km18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78979785>. **19.** Postanova KKS VS vid 31 sichnia 2019 roku (sprava № 527/876/16-k, provadzhennia № 51-5891km18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/796408454>; Postanova KKS VS vid 29 sichnia 2019 roku (sprava № 741/1135/16, provadzhennia № 51-4591km18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79639379>; Postanova KKS VS vid 13 chervnia 2019 roku (sprava № 758/11085/15-k, provadzhennia № 51-227 km19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82450005>; Postanova KKS VS vid 06 chervnia 2019 roku (sprava № 425/3850/15, provadzhennia № 51-5428km18). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82316329>;

***Drozdovych Nadiia.* Practical aspects of using procedural analogy in criminal proceedings: today's practice of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court**

This article deals with the use of procedural analogy as the most optimal method of resolving legal situations in criminal proceedings, which are not directly regulated by criminal procedural legislation. This matter was reviewed from the practical point of view by citing examples of using procedural analogy in court judgments. Specifically, this article offers an analysis of judicial practice of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court as regards the use of procedural analogy. According to law, this particular higher judicial body is responsible for ensuring uniformity of judicial practice, and therefore, legal opinions stated in the cassation court's judgments are important for the purpose of setting benchmarks in the practical implementation of procedural analogy. Considering the foregoing, this article analyzes today's practice of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court and, based on the findings of this analysis, highlights typical areas of using procedural analogy by the court of this instance. At the same time, all these areas are classified based on the criteria for the rights and freedoms where they are implemented, and they concern: the

subject of appeal; the circle of persons empowered to exercise this right; interpretation of certain provisions of CCP.

In addition, this article contains references to almost 20 particular judgments of the cassation court, which became examples of application of Article 9 (6) of the Code of Criminal Procedure of Ukraine (CCP).

At the same time, this article provides reasoning for the trends in the application of procedural analogy which already exist in judicial practice, because it is corroborated by the law interpretation practice of the Constitutional Court of Ukraine. In particular, the article cites the principled judgments of this court finding certain provisions of criminal procedural legislation to be unconstitutional, the gaps in application of which were bridged in the past in the cassation court's judicial practice by referring to procedural analogy.

Therefore, the article describes the results of an overview and systemization of the cassation court's extensive judicial practice for the purpose of improving the understanding of legal situations not directly regulated by criminal procedural legislation.

In the end, the article emphasized the significance of procedural analogy in criminal proceedings, and pointed out the effectiveness of its application without contradicting and conflicting with other provisions of criminal procedural legislation. And also, it announced the advent of other options for use of procedural analogy in criminal proceedings in view of the variability of legal relationships and the universality of provisions set forth in Article 9 (6) of CCP.

Key words: procedural analogy, right to appeal, decisions of the judicial investigator, legal findings of the cassation court.

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ЕКСТРЕМІСТСЬКИХ МОТИВІВ ТА ЦІЛЕЙ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ

Проаналізовано доктринальні підходи та положення Кримінального кодексу України у контексті проблеми визначення екстремістських мотивів та цілей. Зроблено висновок про те, що феномен екстремізму значною мірою визначається специфічними мотивами та цілями його злочинних проявів, які є підставою для виділення в окрему групу екстремістських злочинів. У сучасних умовах не для усіх форм екстремізму обов'язково притаманні лише політичні мотиви та цілі. Встановлено, що традиційні визначення екстремізму виключно через політичні мотиви у вузькому сенсі заважають охопити справжні масштаби явища та організувати адекватну систему заходів протидії йому.

Ключові слова: екстремізм, екстремістські злочини, мотив, ціль, ворожнеча, ненависть.

Babii Alla. Problems of determining extremist motives and purposes of committing a crime

The doctrinal approaches and provisions of the Criminal code of Ukraine in the context of the problem of determining extremist motives and purposes are analyzed. It is concluded that the phenomenon of extremism is largely determined by the specific motives and purposes of its criminal manifestations, which serve as a basis for the allocation of a separate group of extremist crimes. In today's world, not all forms of extremism are necessarily motivated by political motives or purposes. It has been established that the traditional definitions of extremism solely through political motives in the narrow sense of the word prevent the coverage of the true scale of the phenomenon and the organization of an adequate system of measures to counteract it.

Key words: extremism, extremist crimes, motive, purpose, hostility, hatred.

Правильне встановлення суб'єктивної сторони «злочину екстремістської спрямованості» (за термінологією А.О. Безрокова) неможливе без вивчення і розкриття його мотиву, оскільки без

© БАБІЙ Алла Юріївна – здобувач відділу проблем кримінального права, кримінології та судоустрою Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України, асистент кафедри кримінальної юстиції Чернівецького юридичного інституту Національного університету «Одеська юридична академія»; ORCID: 0000-0002-9304-922X; e-mail: allababii29@gmail.com

цього неможливо скласти уявлення про характер процесу, що відбувається у свідомості суб'єкта в момент вчинення діяння [1, с. 103-104]. Сутність «злочинів екстремістської спрямованості» визначає їх мотив, який має складний характер [2, с. 351]. Як зазначає С.В. Борисов, передусім мотиви екстремістських діянь індивідуалізують останні й дозволяють проводити відмежування від суміжних складів злочинів [2, с. 300].

Проблемам мотивів та цілей екстремістських злочинів присвячені наукові праці українських та зарубіжних вчених — Ю.М. Антоняна, О.Ф. Бантишева, А.О. Безрокова, С.В. Борисова, С.В. Дьякова, Ю.Б. Ірхи, В.Н. Кубальського, В.В. Курафєєва, С.Я. Лихової, Д.І. Масол, А.А. Можегової, О.В. Петряніна, Є.П. Сергуна, С.В. Соловійової, Р.М. Уздьонова, Р.Л. Чорного, О.А. Чувакова та ін. Проте підходи вчених до проблем визначення екстремістських мотивів та цілей залишаються суперечливими передусім через те, що вітчизняна кримінально-правова наука не виробила чіткого визначення екстремізму та його злочинних проявів.

На міжнародному рівні визнано наявність специфічної мотивації, характерної для екстремістських злочинів. У одній з монографій, присвячених питанням протидії екстремізму, відомий кримінолог Ю.М. Антонян визначив, що до екстремістських належать усі злочини, які вчиняються з екстремістських мотивів [3, с. 224]. В якості такого, як зазначає О.В. Петрянін, виступає політична, расова, етнічна, національна, релігійна ненависть або ворожнеча [4, с. 72]. Слово «мотив» походить від французького *motif*, яке, в свою чергу, походить від латинського *motum* — двигун, *movege* (*moveo*) — рухати (рухаю) і у повсякденному розумінні означає спонукальну причину дій людини [1, с. 104]. У вітчизняній юридичній енциклопедії визначено, що мотив злочину — це усвідомлена спонука (прагнення) до конкретних вольових дій чи утримання від них (бездіяльність), зумовлених потребами, інтересами і нахилами злочинця, для задоволення (реалізації) яких він обирає певні суспільно небезпечні (злочинні) форми і засоби. Мотиви злочину пов'язані з метою дій та опредмечуються у ній [5, с. 778].

А.А. Кунашев звертає увагу на роль мотиву як системоутворюючого елемента певної групи злочинів. Його функція про-

являється в тому, що мотиви політичної, ідеологічної, расової, національної, релігійної ненависті чи ворожнечі або мотиви ненависті чи ворожнечі щодо соціальної групи виділені в якості ознаки, що об'єднує різнорідні злочини, які посягають на найрізноманітніші об'єкти, кримінально карані діяння, включені законодавцем до єдиного переліку злочинів екстремістської спрямованості [6, с. 9]. Вчинення будь-якого кримінально караного діяння з мотивів політичної, ідеологічної, расової, національної, релігійної, соціальної ненависті чи ворожнечі надає йому екстремістського забарвлення. Саме наявність зазначених мотивів у діях винного характеризує кримінальний акт як злочин екстремістської спрямованості [7, с. 87].

В юридичній літературі є інші підходи до цього питання. Так, на думку С.В. Соловійової, мотив політичної, ідеологічної, расової, національної або релігійної ненависті або ворожнечі, чи мотив ненависті або ворожнечі щодо соціальної групи і екстремістський мотив тотожні тільки у тому випадку, якщо діяння посягають на конституційний лад і громадську безпеку. У цих мотивів, на її думку, різний смисловий зміст, і ототожнення їх неможливе [8, с. 65]. У цьому випадку необхідно уточнити, що екстремістські діяння не обмежуються посяганнями на конституційний лад і громадську безпеку. Зокрема, посягання на життя представника іноземної держави (ст. 443 КК України) як злочин проти міжнародного правопорядку може належати і до екстремістського різновиду діянь. Тому варто погодитися з В.Г. Вистроповим у тому, що до екстремістських злочинів може бути віднесене будь-яке діяння, незалежно від родового чи безпосереднього об'єкта, при вчиненні якого суб'єкт (суб'єкти) злочину діяв зі специфічною екстремістською мотивацією [9, с. 84].

Як зазначає А.А. Можегова, у КК РФ не запропоновано будь-яких інших критеріїв для визначення злочинів екстремістської спрямованості, крім мотиву: екстремістський мотив так і залишився головною і єдиною ознакою для усіх таких злочинів [10, с. 27]. У примітці 2 до ст. 2821 КК РФ визначено, що в основі екстремістських злочинів – мотиви розпалювання політичної, ідеологічної, расової, національної чи релігійної ненависті або ворожнечі чи ненависті або ворожнечі щодо соціальної групи [11, с. 80].

Слід зазначити, що сучасний екстремізм не обмежується зазначеними мотивами. А.Г. Нікітін, спираючись на сутнісну характеристику екстремізму, в якості якої розглядається категоричність як така, коли власна позиція сприймається як єдино вірна, вважає, що її джерелом можуть бути не тільки вищевказані, а й інші мотиви: прагнення людини перемогти, зробити подвиг в ім'я чого-небудь, підтримати будь-яку соціальну групу, переоблаштувати об'єктивну реальність відповідно до своїх уявлень про суще і належне, незадоволеність наявним станом справ у будь-якій сфері, пригніченість необ'єктивними перевагами, наданими іншим громадянам, відданість спільній справі, непримиренність до злочинності тощо [12, с. 12-13].

Законодавство України не розкриває змісту поняття мотивів політичної, ідеологічної, расової, національної, релігійної ненависті чи ворожнечі стосовно соціальної групи. Юридичне визначення мотивів ненависті та ворожнечі, як зазначає український вчений В.В. Курафеев, у своєму підґрунті має оціночний, суб'єктивний характер. Указані мотиви специфічні за своїм соціально-психологічним змістом. Навряд чи можна знайти якийсь інший мотив, який, з точки зору його внутрішньої сутності та форм прояву, був би більш різноманітним та викликав такі труднощі у визначенні [13, с. 149].

В юридичній літературі представлені й інші підходи до розуміння змісту аналізованих мотивів. Аналізуючи зміст поняття «екстремістський мотив», С.В. Соловійова цілком обґрунтовано вказує, що це збірне поняття, яке включає в себе загальну спрямованість нетерпимості до когось, до чогось, і його зміст більшою мірою визначається ідеологією нетерпимості до державного, конституційного ладу тієї чи іншої держави, ніж ідеологією нетерпимості до конкретної особи [8, с. 64-65]. На думку Є.П. Сергуна, екстремістський мотив злочину в теорії кримінального права можна визначити як злочинний намір, який ґрунтується на відданості екстремістській ідеології, або як злочинний мотив на ґрунті екстремізму, сутність якого принципово відрізняється від різного роду «низьких» мотивів (егоїзм, користь, помста, заздрість тощо) [14, с. 17]. Подібну думку сформулювали А.Р. Ратінов, М.В. Кроз та Н.А. Ратінова, які звернули увагу на те, що тавро екстремізму отримали лише ідеологічно (у широ-

кому сенсі) мотивовані діяння, тобто вчинені з мотивів національної, расової, релігійної, соціальної, класової, політичної ворожнечі та ненависті [15, с. 40]. А.С. Скудіна, В.Д. Ларичев та Ю.С. Варанкіна екстремістський мотив визначили як політичну, ідеологічну, расову, національну чи релігійну упередженість або упередженість щодо соціальної групи [16, с. 83].

Вчені наводять власні переліки екстремістських мотивів. В.В. Бичков, Р.А. Сабітов та Т.Р. Сабітов вважають, що мотивами дій екстремістів можуть бути політична, ідеологічна, расова, національна, релігійна ненависть чи ворожнеча, крайня нетерпимість до інакомислення, мотиви служіння ідеї, релігії, сепаратистські настрої тощо [17, с. 10]. І.І. Бікеєв і А.Г. Нікітін, прагнучи окреслити коло екстремістських злочинів, висловлюють думку про те, що до них, крім суто екстремістських, можуть належати діяння, вчинені з мотивів помсти або користі [18, с. 3]. У цьому зв'язку не можна вважати достатньо обґрунтованим підхід К.Д. Ридченка і В.С. Соловійова, які ставлять під сумнів «екстремістську складову» злочинів, якщо останні вчинені з мотивів корисливої або іншої зацікавленості [19, с. 35]. На нашу думку, в сучасних умовах не для усіх форм екстремізму обов'язково притаманні лише політичні мотиви та цілі. Традиційні визначення екстремізму виключно через політичні мотиви у вузькому сенсі слова заважають охопити справжні масштаби явища та організувати адекватну систему заходів протидії йому [20]. Як і в тероризмі [21, с. 23], в екстремізмі мотиви вчинення доцільно класифікувати за трьома основними характеристиками: 1) мотиви ідейно-політичної спрямованості; 2) мотиви самоутвердження або утвердження себе у найближчому оточенні; 3) мотиви корисливої спрямованості.

Називаючи екстремістські мотиви кримінальними мотиваціями антидемократичного характеру [14, с. 18], Є.П. Сергун звертає увагу на те, що відмінною ознакою екстремістського мотиву є ідеологічна складова, яка логічно впливає з психолого-політичної сутності екстремізму. Не можна не погодитися з ученим у тому, що терміни «політичний мотив злочину» і «екстремістський мотив злочину» в умовах демократичного режиму є синонімами, але у філософсько-політичному сенсі вони співвідносяться як родові і видові поняття [14, с. 17].

При вчиненні злочинів екстремістської спрямованості (вбивства, хуліганства, вандалізму та інших злочинів з екстремістських мотивів) дійсним наміром злочинця є не життя або здоров'я конкретної людини, не його майно, а прагнення вчинити посягання на політичну, ідеологічну, расову, національну чи релігійну рівноправність, показати свою перевагу, ненависть або ворожість [1, с. 147]. За наявності суперечливих, неточних даних, у тому числі при поєднанні у психіці винного двох або більше мотивів, кваліфікація злочину може змінюватися в ході розслідування і подальшого розгляду справи в суді з урахуванням усіх ознак діяння, насамперед основного мотиву останнього, а також необхідності тлумачення всіх непереборних сумнівів на користь обвинуваченого [2, с. 334–335].

Враховуючи різноманітні підходи вчених, є достатні та обґрунтовані підстави вважати, що до екстремістських згідно з КК України можуть належати такі злочини: дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади (ст. 109 КК України), посягання на територіальну цілісність і недоторканність України (ст. 110), порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками (ст. 161), терористичний акт (ст. 258), а також інші злочини, вчинені з екстремістських мотивів та (чи) цілей [22, с. 284].

На думку С.В. Борисова, суб'єктивна сторона злочинів екстремістської спрямованості повинна характеризуватися не тільки мотивом, а й метою [2, с. 17]. У визначенні наявності ознак екстремізму, як вказує А.Б. Хлебушкін, домінують саме певні антиконституційні мотиви та цілі, які, в силу особливостей кримінального законодавства, у складах конкретних злочинів трансформуються у специфічні ознаки суб'єктивної сторони [23, с. 198].

Р.Л. Чорний на основі аналізу представлених ученими позицій стверджує, що мета і мотив є взаємозалежними психологічними ознаками суб'єктивної сторони складу злочину, які у сукупності сприяють чіткому уявленню про спрямованість суспільно небезпечної поведінки суб'єкта [24, с. 91]. Мотив або мета стосовно екстремістських злочинів набувають провідної

ролі. Саме специфічні мотиви та цілі об'єднують екстремістські злочини в окрему групу, а не об'єкт кримінально-правової охорони.

Варто погодитися з Р.М. Уздьоновим, який вважає, що зміст екстремістських мотивів та цілей становлять мотиви та цілі, пов'язані з незаконним присвоєнням, захопленням, утриманням чи зміною влади, а також із впливом на прийняття рішень органами влади в інтересах екстремістів; мотиви та цілі, пов'язані з ненавистю або ворожнечею до громадян залежно від належності до певної статі, раси, національності, мови, релігії, політичних переконань, походження, посадового чи соціального становища, до іншої соціальної групи [25, с. 11, 190-191]. У наведеному випадку екстремістські цілі охоплюють терористичну мету (вплив на прийняття рішень органами влади в інтересах екстремістів), як вона визначена у загальновизнаних антитерористичних конвенціях. Такий підхід, виходячи з розуміння тероризму як однієї з форм екстремізму, охоплює сучасні прояви екстремізму та в цілому відповідає основним тенденціям розвитку цього явища.

До цілей екстремістів, на думку Р.А. Сабітова, можуть належати залякування населення, вплив на прийняття рішень органами влади чи міжнародними організаціями, розпалювання ненависті чи ворожнечі до інших людей, радикальна зміна політичного курсу держави, загострення соціальної напруги, дестабілізація обстановки у країні тощо [17, с. 10]. На думку українського вченого Ю.Б. Ірхи, прояви екстремізму можуть становити реальну загрозу національній безпеці України, оскільки цілями екстремістів залежно від обраного напрямку діяльності є: зміна демократичного конституційного ладу насильницьким шляхом; незаконне захоплення державної влади; порушення суверенітету і територіальної цілісності України; підризок безпеки, суспільно-політичної чи соціально-економічної стабільності у державі; розпалювання політичної, релігійної, соціальної ворожнечі тощо; насильне нав'язування стандартів свого мислення іншим; протиправна зміна існуючого та підтриманого абсолютною більшістю способу життя, релігійних уподобань, цивілізаційних здобутків [26, с. 95]. Дії екстремістів, як уточнює вчений, є ідеологічно вмотивованими, а тому встановлений екстреміст-

ський мотив відповідного протиправного караного діяння і буде обтяжуючою обставиною при визначенні судом покарання для винуватої особи [26, с. 97].

Вчинення злочину з екстремістських мотивів підвищує суспільну небезпеку діяння та особи винного [16, с. 58]. Враховуючи наведене, Р.М. Уздьонов запропонував у КК РФ доповнити перелік обставин, що обтяжують покарання, – вчинення злочину з екстремістських мотивів та (чи) екстремістських цілей [25, с. 190].

У цьому зв'язку варто врахувати, що у п. 3 ч. 1 ст. 67 КК України передбачено обставину, яка обтяжує покарання, – вчинення кримінального правопорушення на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі чи розбрату або на ґрунті статевої належності. КК України містить спеціальну норму, присвячену відповідальності за умисні дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті (ч. 1 ст. 161). Мотивом даного злочину може виступати, зокрема, ненависть до іншої національності. Мета вчинення цього злочину впливає із спрямованості вчинюваних дій – розпалити національну, расову чи релігійну ворожнечу, принизити національну гідність тощо. Вчинення злочинів із мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості визначено як ознака кваліфікованих складів злочинів, передбачених Особливою частиною КК України (п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129). Звісно, екстремістські мотиви не обмежуються расовою, національною, релігійною ворожнечею чи розбратом.

Таким чином, феномен екстремізму значною мірою визначається специфічними мотивами та цілями його злочинних проявів, які слугують підставою для виділення в окрему групу екстремістських злочинів. У сучасних умовах не для усіх форм екстремізму обов'язково притаманні лише політичні мотиви та цілі. Традиційні визначення екстремізму виключно через політичні мотиви у вузькому сенсі заважають охопити справжні масштаби явища та організувати адекватну систему заходів протидії йому. Вирішуючи питання про належність того чи іншого мотиву та мети до екстремістських, варто, окрім змісту мотиву, врахувати те, що систему екстремістських злочинів становлять такі

підгрупи: 1) терористичні злочини; 2) так звані «сепаратистські» злочини; 3) злочини, вчинені на ґрунті расової, національної, релігійної ворожнечі та ненависті; 4) інші злочини, вчинені з екстремістських мотивів та (чи) цілей. При конкуренції екстремістських мотивів з іншими необхідно встановити домінуючий мотив і врахувати його при кримінально-правовій оцінці діяння.

1. Безроков А.О. Преступления экстремистской направленности: уголовно-правовой анализ и вопросы систематизации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Краснодар 2014. 233 с. 2. Борисов С.В. Преступления экстремистской направленности: проблемы законодательства и правоприменения: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2012. 484 с. 3. Антонян Ю.М. Экстремизм и его причины: учебн. пособие. Москва: Логос, 2010. 288 с. 4. Петрянин А.В. Противодействие преступлениям экстремистской направленности: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2014. 501 с. 5. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол. Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ: Укр. енцикл., 2001. Т. 3. 789 с. 6. Кунашев А.А. Мотивы ненависти или вражды в уголовном праве России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2011. 27 с. 7. Кунашев А.А. Мотивы ненависти или вражды в уголовном праве России: монография. Москва: Юрлитинформ, 2013. 192 с. 8. Соловьева С.В. Преступления, совершаемые по мотивам ненависти или вражды: вопросы квалификации, пенализации и назначения наказания: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Краснодар, 2014. 195 с. 9. Выстропов В.Г. Преступления экстремистской направленности как объект правового и криминалистического анализа. *Известия Тульского гос. университета. Эконом. и юрид. науки*. 2017. № 3.2. С. 82-89. 10. Можегова А.А. Экстремистские преступления и преступления экстремистской направленности по уголовному праву Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2015. 169 с. 11. Дьяков С.В. Преступления против основ конституционного строя и безопасности государства: уголовно-правовое и криминологическое исследование. 2-е изд., испр. и доп. Санкт-Петербург: Юридический центр-Пресс, 2012. 267 с. 12. Никитин А.Г. Экстремизм как объект общетеоретического и общеправового анализа: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Москва, 2010. 23 с. 13. Курафеев В.В. Кримінальна відповідальність за порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками (ст. 161 Кримінального кодексу України): аналіз складу злочину: дис. ... канд. юрид. наук (доктора філософії): 12.00.08. Харків, 2018. 222 с. 14. Сергун Е.П. Экстремизм в российском уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 Тамбов, 2009. 25 с. 15. Ратинов А.Р., Кроз М.В., Ратинова Н.А. Ответственность за разжигание вражды и ненависти. Психолого-правовая характеристика / под ред. проф.

А.Р. Ратинова. Москва: Юрлитинформ, 2005. 256 с. **16.** Правовые меры противодействия экстремизму: монография. Москва: Юрлитинформ, 2012. 160 с. **17.** Бычков В.В., Сабитов Р.А., Сабитов Т.Р. Противодействие преступлениям экстремистской направленности: криминологические, уголовно-правовые и криминалистические аспекты: монография. Москва: Юрлитинформ, 2013. 368 с. **18.** Бикеев И.И., Никитин А.Г. Уголовно-правовой анализ законодательства о противодействии экстремистской деятельности и некоторые вопросы его совершенствования. Следователь. 2007. № 4. С. 2-7. **19.** Рыдченко К.Д., Соловьев В.С. Правовые меры противодействия экстремизму в молодежной среде. *Вестник Воронеж. ин-та МВД России*. 2013. № 4. С. 33-39. **20.** Бабій А.Ю. Екстремізм як соціальне явище і права категорія. *Часопис Київського університету права*. 2020 № 3. С. 389-394. **21.** Антипенко В.Ф. Тероризм: криминологічна та кримінально-правова характеристика. Київ: НБУВ, 1999. 61 с. **22.** Бабій А.Ю. Система екстремістських злочинів за законодавством України. *Альманах права*. 2020. Вип. 11. С. 281-286. **23.** Хлебущкин А.Б. Преступный экстремизм: понятие, виды, проблемы криминализации и пенализации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Саратов, 2007. 215 с. **24.** Чорний Р.Л. Проблемні питання мети і мотивів у складах злочинів проти основ національної безпеки України. *Вісник кримінального судочинства*. 2019. № 4. С. 89-103. **25.** Узденов Р.М. Экстремизм: криминологические и уголовно-правовые проблемы противодействия: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2008. 220 с. **26.** Ірха Ю.Б. Особливості формування системи протидії екстремістській діяльності в Україні. «*Права людини і національна безпека: роль органу конституційної юрисдикції*»: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (27 червня 2019 р.). Київ, 2019. С. 91-101.

References

1. Bezrokov A.O. Prestupleniya ekstremystskoj napravlenosti: uholovno-pravovoy analiz y voprosy systematyzatsyy: dys. ... kand. iuryd. nauk: 12.00.08. Krasnodar 2014. 233 с. **2.** Borysov S.V. Prestupleniya ekstremystskoj napravlenosti: problemy zakonodatel'stva y pravoprymeneniya: dys. d-ra iuryd. nauk: 12.00.08. Moskva, 2012. 484 с. **3.** Antonian Yu.M. Ekstremizm y eho prychny. Uchebnoe posobyе. Moskva: Lohos, 2010. 288 s. **4.** Petrianyin A.V. Protivodejstviye prestupleniyam ekstremystskoj napravlenosti: uholovno-pravovoy y kryminolohycheskyj aspekty: dys. ... d-ra iuryd. nauk: 12.00.08. Moskva, 2014. 501 с. **5.** Yurydychna entsyklopediia: V 6 t. / Redkol. Yu.S. Shemshuchenko (holova redkol.) ta in. Kyiv: Ukr. entsykl., 2001. T. 3: K-M. 789 с. **6.** Kunashev A.A. Motyvny nenavysty yly vrazhdy v uholovnom prave Rossyy: avtoref. dys. ...kand. iuryd. nauk. Moskva, 2011. 27 s. **7.** Kunashev A.A. Motyvny nenavysty yly vrazhdy v uholovnom prave Rossyy: monohrafiya. Moskva: Yurlytynform, 2013. 192 с. **8.** Solov'eva S.V. Prestupleniya, sovershaemye po motyvam nenavysty yly vrazhdy: voprosy kvalyfykatsyy, penalyzatsyy y naznacheniya nakazaniya: dys. ... kand. iuryd. nauk: 12.00.08. Krasnodar, 2014. 195 с. **9.** Vystropov V.H. Prestupleniya ekstremystskoj napravlenosti kak ob'ekt pravovoho y krymynalystycheskoho analiza.

Yzvestiya Tul'skoho hos. unyversyteta. Ekonom. y iuryd. nauky. 2017. № 3.2. С. 82-89. **10.** Mozhehova A.A. Ekstremystskye prestupleniya y prestupleniya ekstremystskoy napravlennosti po uholovnomu pravu Rossyjskoj Federatsyy: dys. ... kand. iuryd. nauk. Moskva, 2015. 169 c. **11.** D'iakov S.V. Prestupleniya protyv osnov konstytutsyonnoho stroia y bezopasnosti hosudarstva: uholovno-pravovoe y krymynolohycheskoe yssledovanye. 2-e yzd., yspr. y dop. Sankt-Peterburg: Yurydycheskij tsentr-Press, 2012. 267 c. **12.** Nykytyn A.H. Ekstremyzm kak ob'ekt obscheteoretycheskoho y obscheppravovoho analiza: avtoREF. dys. ... kand. iuryd. nauk: 12.00.01. Moskva, 2010. 23 c. **13.** Kurafieiev V.V. Kryminal'na vidpovidal'nist' za porushennia ravnopravnosti hromadian zalezno vid ikh rasovoi, natsional'noi nalezhnosti, relihijnykh perekonan', invalidnosti ta za inshymy oznakamy (st. 161 Kryminal'noho kodeksu Ukrainy): analiz skladu zlochynu: dys. ... kand. iuryd. nauk (doktora filosofii): 12.00.08. Kharkiv, 2018. 222 s. **14.** Serhun E.P. Ekstremyzm v rossyjskom uholovnom prave: avtoREF. dys. ... kand. iuryd. nauk: 12.00.08. Tambov, 2009. 25 c. **15.** Ratynov A.R., Kroz M.V., Ratynova N.A. Otvetstvennost' za razzhyhanye vrazhdy y nenavysty. Psykholoho-pravovaia kharakterystyka / Pod red. prof. A.R. Ratynova. Moskva: Yurlytynform, 2005. 256 c. **16.** Pravovye mery protyvodejstviya ekstremyzmu: monohrafiya. M.: Yurlytynform, 2012. 160 c. **17.** Bychkov V.V., Sabytov R.A., Sabytov T.R. Protyvodejstviye prestupleniyam ekstremystskoy napravlennosti: krymynolohycheskoe, uholovno-pravovye y krymynalystycheske aspekty: monohrafiya. Moskva: Yurlytynform, 2013. 368 c. **18.** Bykeev Y.Y., Nykytyn A.H. Uholovno-pravovoj analiz zakonodatel'stva o protyvodejstviy ekstremystskoj deiatel'nosti y nekotorye voprosy eho sovershenstvovaniya. *Sledovatel'*. 2007. № 4. S. 2-7. **19.** Rydchenko K.D., Solov'ev V.S. Pravovye mery protyvodejstviya ekstremyzmu v molodezhnoj srede. *Vestnyk Voronezh. yn-ta MVD Rossyy.* 2013. № 4. S. 33-39. **20.** Babij A.Yu. Ekstremizm iak sotsial'ne iavysche i pravova katehoriia. Chasopys Kyivs'koho unyversytetu prava. 2020 № 3. S. 389-394. **21.** Antypenko V.F. Teroryzm: kryminolohichna ta kryminal'no-pravova kharakterystyka. Kyiv: NBUV, 1999. 61 c. **22.** Babij A.Yu. Systema ekstremists'kykh zlochyniv za zakonodavstvom Ukrainy. *Al'manakh prava.* 2020. Vyp. 11. С. 281-286. **23.** Khlebushkyn A.B. Prestupnyj ekstremyzm: poniatye, vydy, problemy krymynalystyky y penalyzatsyy: dys. ... kand. iuryd. nauk: 12.00.08. Saratov, 2007. 215 c. **24.** Chornyj R.L. Problemni pytannia mety i motyviv u skladakh zlochyniv proty osnov natsional'noi bezpeky Ukrainy. *Visnyk kryminal'noho sudochynstva.* 2019. № 4. С. 89-103. **25.** Uzdenov R.M. Ekstremyzm: krymynolohycheskyye y uholovno-pravovyye problemy protyvodejstviya: dys. ... kand. iuryd. nauk: 12.00.08. Moskva, 2008. 220 s. **26.** Irkha Yu.B. Osoblyvosti formuvannia systemy protydii ekstremists'kij diial'nosti v Ukraini. «Prava liudyny i natsional'na bezpeka: rol' orhanu konstytutsijnoi iurysdyktsii»: materialy mizhnarodnoi naukovy-praktychnoi konferentsii (27 chervnia 2019 r.). Kyiv, 2019. S. 91-101.

Babii Alla. Problems of determining extremist motives and purposes of committing a crime

The correct establishment of the subjective side of extremist crimes is inconceivable without studying and disclosing its motive. The essence of extremist crimes determines their motives and purposes. First of all, the motives for extremist acts individualize the latter and allow for demarcation from related crimes. The approaches of scholars to the problems of defining extremist motives and purposes remain contradictory, primarily due to the fact that domestic criminal law science has not developed a clear definition of extremism and its criminal manifestations.

Extremist motives are not limited to racial, national, religious hatred or discord. The phenomenon of extremism is largely determined by the specific motives and purposes of its criminal manifestations, which serve as the basis for the allocation of a separate group of extremist crimes. In today's world, not all forms of extremism are necessarily motivated by political motives or purposes. Traditional definitions of extremism solely through political motives in the narrow sense of the word prevent us from grasping the true scale of the phenomenon and organizing an adequate system of measures to counteract it.

When deciding on the affiliation of a motive and purpose to extremist, it is necessary, in addition to the content of the motive, to take into account that the system of extremist crimes consists of the following subgroups: 1) terrorist crimes; 2) so-called «separatist» crimes; 3) crimes committed on the basis of racial, national, religious enmity and hatred; 4) other crimes committed for extremist motives and (or) purposes. When extremist motives compete with others, it is necessary to establish a dominant motive and take it into account in the criminal law assessment of the act.

Key words: extremism, extremist crimes, motive, purpose, hostility, hatred.

ТИПОВІ ОЗНАКИ ОСОБИ КІБЕРЗЛОЧИНЦЯ (КРИМІНАЛІСТИЧНИЙ АСПЕКТ)

Розглянуто питання, що виникають під час розслідування кіберзлочинів, а саме встановлення особи кіберзлочинця. Зазначено, що кіберзлочинець володіє спеціальними знаннями та навичками з використання інформаційних технологій, що і ускладнює його пошуки з боку органу досудового розслідування.

Показано етапи становлення вчення про особу злочинця в юридичній науці. Проаналізовано різні наукові підходи до тлумачення поняття «особа злочинець» вченими криміналістами. Запропоновано криміналістичне визначення особи кіберзлочинця, під яким слід розуміти систему загальних, психологічних та спеціальних ознак (даних) такої особи, що сприяють її ефективному пошуку та викриттю. Наведено розмежування між «професійною (злочинною) звичкою» та «почерком» особи кіберзлочинця. Пропонується створення окремої електронної бази осіб кіберзлочинців.

Ключові слова: особа злочинця, особа кіберзлочинця, типові ознаки особи кіберзлочинця, інформаційні технології, «почерк» кіберзлочинця.

Nedilko Yaroslav. Typical signs of a cybercriminal's personality (forensic aspect)

The article is devoted to problematic issues that arise during the investigation of cybercrime, namely, establishing the identity of the cybercriminal. It is indicated that the person who committed cybercrime has special knowledge and skills in the use of Information Technologies, which complicates his search by the pre-trial investigation body.

The article presents the stages of formation of the doctrine of the identity of the offender in legal science. An analysis of various scientific approaches to the interpretation of the concept of "criminal person" by criminologists. The general features of the person of the criminal from the criminological point of view are specified. It is noted that during the pre-trial investigation, psychological knowledge about the identity of the offender should be used.

A forensic definition of the identity of a cybercriminal is proposed, which should be understood as a system of general, psychological and special features (data) of such a person that contribute to its effective search and exposure. Common features of a cybercriminal's personality include: nationality, age, education, and profession.

To psychological: temperament, character, interests and inclinations, motives and style of behavior, certain mental deviations. Special features include «professional habits» and «handwriting» of a cybercriminal. A distinction is made between the «professional habit» and the «handwriting» of a cybercriminal. Separating the «professional (criminal) habit» from the «handwriting» of a cybercriminal, it is noted that «handwriting» is a characteristic action that a person consciously commits, realizing that this distinguishes himself among others. These include: choosing a nickname, choosing a specific photo (avatar), style of writing messages and more.

Key words: *the person of the criminal, the person of the cybercriminal, typical features of the person of the cybercriminal, information technologies, «handwriting» of the cybercriminal.*

Суттєву роль у структурі криміналістичної характеристики кримінальних правопорушень, що вчиняються з використанням інформаційних технологій (кіберзлочинів), відіграють типові ознаки про особу злочинця.

Володіння необхідною криміналістичною інформацією щодо суб'єкта кіберзлочину дає змогу органу досудового розслідування одержати характеризуючі дані стосовно ймовірного злочинця, з'ясувати мотиви вчинення ним кримінального правопорушення, встановити залишені сліди, визначити коло осіб, серед яких слід вести його пошуки, обрати ефективну тактику проведення слідчих (розшукових) дій.

У криміналістичному аспекті особа сучасного кіберзлочинця має певну індивідуальну специфіку, що обумовлюється наявністю у таких осіб спеціальних знань та навичок з використання інформаційних технологій для досягнення злочинного наміру.

За певними ознаками, які властиві багатьом із них, можна виявляти цю категорію злочинців.

За статистичними даними Генеральної прокуратури України [1], за кримінальні правопорушення, передбачені статтями 361 – 363¹ КК України, у 2018 році було обліковано 2301 кримінальне правопорушення, з яких осіб, що їх вчинили, виявлено лише 136. У 2019 році обліковано 2204 кримінальних правопорушень – виявлено 103 особи.

Це свідчить про те, що працівники правоохоронних органів недостатньою мірою володіють криміналістичною інформацією щодо суб'єктів, які вчиняють ці кримінальні правопорушення, а це не сприяє ефективному проведенню досудового

розслідування у кримінальних провадженнях та встановленню винних осіб.

Вивченню особи злочинця та особи кіберзлочинця в криміналістиці приділяли увагу такі науковці, як Р.М. Ахмедшин, Н.М. Ахтирська, Р.С. Белкін, П.Д. Біленчук, В.Б. Вехов, Г. Гросс, В.А. Журавель, О.Н. Колесніченко, В.О. Коновалова, Л.П. Паламарчук, М.В. Салтевський, О.А. Самойленко, Д.Б. Сергеева, В.Ю. Шепітько та ін.

Особа злочинця досліджується різними науками. Кримінологія вивчає особу злочинця з точки зору профілактики злочинів у майбутньому; кримінальне право – з боку кваліфікації кримінальних правопорушень; кримінальний процес – для встановлення віку особи та проведення відповідних процесуальних дій; психологічна наука, у свою чергу, вивчає поведінку людини. Криміналістична наука вивчає особу злочинця з точки зору розкриття злочинів.

Як зауважує М.Т. Ведерніков, з криміналістичної точки зору, всебічне та ретельне вивчення особи злочинця є однією з передумов успішного вирішення завдань, які стоять перед органом досудового розслідування [2, с. 36].

Варто зазначити, що вчення про особу злочинця пройшло певні історичні періоди становлення:

– період становлення вчення про особу злочинця (1900-1930 рр.). Інтерес до особи злочинця був неоднозначний. Деякі вчені не бачили необхідності вивчення особи злочинця, оскільки вважали, що всі причини злочинності мають соціально-економічне підґрунтя, які з часом зникнуть. Інші вчені вбачали необхідність вивчення особи злочинця, однак не в криміналістичному значенні;

– період ігнорування вчення про особу злочинця (1930-1960 рр.). У зв'язку із сильним ідеологічним тиском у Радянському Союзі та пануванням позиції, що вся злочинність із часом зникне, дослідження стосовно особи злочинця в криміналістичному значенні не проводилися;

– період детального вивчення особи злочинця з боку криміналістики (1960 р. – наш час) [3, с. 51-57]. Засновником вчення про особу злочинця, з боку криміналістики, вважають австрійського вченого Ганса Гросса, який у своїх працях досліджував

«знання людей» та стверджував, що важливою умовою «точної» діяльності слідчого є ґрунтовне знання людини як головного матеріалу слідства [4, с. 44]. На прикладі злочинців-циган науковець здійснив аналіз їх характерних властивостей: вміння шпигувати, відсутнє прагнення до влади, відсутність відчуття сорому, лінь, любов до життя тощо [4, с. 460-466]. Дослідження Ганса Гросса були покладені в основу вивчення особи злочинця.

Одним із перших на дисертаційному рівні особу злочинця у криміналістичному значенні дослідив М.Т. Ведерніков (праця «Изучение личности преступника в процессе расследования», 1965) [5].

Слід зауважити, що у криміналістичній літературі існують різні підходи до тлумачення поняття «особа злочинця».

О.Н. Колесниченко стверджував, що особа злочинця – це комплекс характерних ознак, властивостей, зв'язків і відносин особи, а також моральний і духовний світ, які у взаємодії із соціальними та індивідуальними життєвими умовами тією чи іншою мірою вплинули на вчинення злочину [6, с. 38].

Іншої думки дотримується М.В. Салтевський: криміналістична характеристика особи злочинця повинна давати опис людини як соціально-біологічної системи, властивості й ознаки якої відображаються в матеріальному середовищі та використовуються для розслідування злочинів. До таких властивостей належать: фізичні, біологічні й соціальні. Криміналістична характеристика, на його думку, – це такий опис рис зовнішності й внутрішніх властивостей людини, що дозволяє уявити обличчя людини, її портрет як соціально-біологічної істоти [7, с. 422].

На думку Р.Л. Ахмедшина, криміналістичну характеристику особи злочинця слід розглядати в якості структурного елемента криміналістичної характеристики злочину та визначати її як систему даних (ознак) про особу, що сприяє пошуку та викриттю злочинця. Науковець до елементів особи злочинця відносить:

- 1) фізичні характеристики особи злочинця.
- 2) психологічні характеристики особи злочинця:
 - рівень цінностей (те, що цікавить особу) – тип мислення;
 - як особа оцінює та ставиться до об'єктів;

– рівень відносин (те, чим керується особа для досягнення своїх бажань) – розумові установки особи та опосередковані характеристики: вік, стать тощо;

– рівень домагань (те, як реалізує особа своє бажання) – спосіб досягнення свого злочинного задуму (вибір знаряддя та засобів) [3, с. 82; 117].

Крім того, вчений пропонує використовувати здобутки психологічної науки в криміналістичному дослідженні особи злочинця [3, с. 71]. На нашу думку, це є доречним, оскільки для органу досудового розслідування важливе розуміння психологічної характеристики особи, що вчинила кримінальне правопорушення.

Як слушно зазначають П.Д. Біленчук, Д.П. Біленчук та О.І. Котляревський, потрібно вивчати «професійні» звички злочинців, які проявляються переважно в певних способах і прийомах вчинення злочинів, у характерному «почерку» злочинця, які залишаються на місці вчинення злочинів, адже результати кожної злочинної діяльності містять сліди людини, яка їх залишила. Саме виявлення на місці скоєння злочину речових доказів дозволяє визначити деякі особисті соціально-психологічні ознаки злочинця, його досвід, професію, соціальні знання, стать, вік, особливості взаємодії з потерпілим [8, с. 367].

Що стосується загальних криміналістичних ознак особи злочинця, то в науковій літературі традиційно виокремлюють:

1) особисті ознаки людського організму: антропологічні (расова належність); етнічні (етнічне походження); загальнофізичні (стать, вік, зріст, будова тіла, фізичний стан); біологічні (виділення людини); функціональні (хода, міміка, жестикуляція, побутові звички, мова, голос); психофізичні (психологічний портрет, що включає темперамент, характер, інтереси та схильності, здібності, психічні аномалії, стиль поведінки тощо); професійні (професія та рід занять); особливі ознаки та прикмети;

2) побіжні ознаки (віддалені від тіла людини): постійні (одяг, взуття, головний убір тощо); тимчасові; особливі ознаки; помітні прикмети;

3) соціальні ознаки: сімейний стан; освіта, професія, рід занять; соціальне та матеріальне становище; наявність судимості (зв'язки з кримінальним середовищем) [9, с. 170-171].

Постає питання, який комплекс значущих криміналістичних ознак, що вказують на суб'єкта вчинення кіберзлочину, може бути виділений. На думку О.А. Самойленко, злочинці, які вчиняють кримінальні правопорушення у кіберпросторі, володіють сукупністю таких ознак:

1) здатність використовувати технології анонімізації доступу до ресурсів мережі Інтернет (проксі-серверів (комплексів програм), віртуальних приватних мереж, інших засобів анонімації);

2) мобільність злочинця (індивідуальна професійна, соціальна або географічна);

3) психологічна характеристика (ознаками) злочинця, що впливає на формування й реалізацію злочинної мети;

4) роль у складі організованої злочинної групи [10, с. 115].

Аналіз різних криміналістичних точок зору дає змогу виокремити ознаки, які характеризують особу кіберзлочинця. До таких ознак доцільно відносити:

1) загальні (етнічне походження, вік, освіта, професія);

2) психологічні (темперамент, характер, інтереси та схильності, мотиви та стиль поведінки, певні психічні відхилення);

3) спеціальні («професійні звички» та «почерк» кіберзлочинця).

Розглянемо детальніше кожну з них. Загальні ознаки особи кіберзлочинця є початковим орієнтиром для органу досудового розслідування. Так, освіта та професія кіберзлочинця дають змогу зрозуміти слідчому якими спеціальними знаннями може володіти особа. Етнічне походження та вік мають здебільшого процесуальне значення, однак є допоміжними ознаками, оскільки можна визначити коло осіб і висунути версії стосовно мотиву вчинення кіберзлочину.

Психологічні ознаки особи кіберзлочинця допоможуть слідчому при проведенні певних процесуальних дій. Знання темпераменту, характеру, інтересів та схильностей дають змогу встановити психологічний контакт між слідчим та кіберзлочинцем під час допиту. Розуміючи мотив та стиль поведінки, можна висувати версії стосовно мети вчинення кримінального правопорушення та прогнозувати наступні дії особи. Певні психічні відхилення дають можливість зрозуміти поведінку особи у соціумі, оскільки дають оцінку тим чи іншим діям кіберзлочинця.

Спеціальні ознаки притаманні конкретній особі і допомагають слідчому в ідентифікації даної особи за її діями та залишеними слідами. Одним із таких ідентифікаторів є звичка. Звичка – певний спосіб дії, життя, манера поведінки або висловлювання, схильність до чогось, що стали звичними, постійними для кого-небудь [11, с. 352]. Під «професійною звичкою» особи кіберзлочинця слід розуміти певний спосіб дії, життя, манери поведінки, висловлювання тощо, який сформувався в особі під час його професійної діяльності та дістає відображення у формі залишених слідів.

Прикладом «професійної звички» особи кіберзлочинця може бути: використання певної марки техніки (Apple, Acer, Asus тощо), якою особа звикла користуватися; використання конкретної операційної системи (Linux, Windows та інші); використання програм, якими особа користувалася протягом тривалого часу і віддає перевагу саме їм (браузери: Google Chrome, Mozilla Firefox, Safari, TOR тощо; використання програм: Python, JavaScript, C# та ін.), користування конкретними пошуковими сервісами (Google, Bing, Yahoo та ін.) тощо.

Так, злочинець під псевдонімом «Dread Pirate Roberts» (Росс Вільям Ульбріхт) використовував браузер TOR (технологію анонімізації доступу до ресурсів мережі Інтернет), аби приховати свої незаконні дії від правоохоронців [12].

На нашу думку, певну інформацію про «професійні звички» особи кіберзлочинця слідчому також можна отримати з аналізу його файлів за допомогою сервісів VirusTotal або Hybrid Analysis, які допоможуть встановити тип файлу, мову програмування, місце, час та дату створення чи зміни тощо.

Видокремлюючи професійну звичку від «почерку» кіберзлочинця, слід зауважити, що «почерк» – це характерна дія, яку особа свідомо вчиняє, розуміючи, що цим вона виокремлює себе серед інших. Сюди можна віднести: вибір псевдоніма, вибір конкретної фотографії (аватарки), стиль написання повідомлень тощо.

Слід зауважити, що вибір псевдоніма чи аватарки свідчить про певні вподобання певних осіб.

Так, шотландський хакер Гаррі Маккіннон обрав псевдонімом «Solo» (з англійської – самотійно), даючи зрозуміти, що він працює один [13].

Інший хакер Андріано Ламо використовував псевдонім «Homeless hacker» (бездомний хакер), оскільки використовував комп'ютери загального користування, через що знайти його було досить складно [14].

Що стосується вибору фотокартки (аватарки), то емблема відомої хакерської організації «Анонімус» (костюм із знаком питання замість голови) символізує анонімність та вказує на відсутність чітко вираженого лідера [15].

На нашу думку, слідчому буде допомагати виокремлення всіх наявних ознак особи, яка вчинила кіберзлочин, в окрему електронну базу осіб, що вчинили кіберзлочини. До електронної бази слід відносити такі відомості: етнічне походження, вік, освіта, професія, встановлені психологічні ознаки, а також «професійні (злочинні) звички» та «почерк кіберзлочинця». Електронна база буде слугувати ідентифікатором для слідчого, а також допоможе зрозуміти, які сліди залишає кіберзлочинець і його мотиви.

Отже, у криміналістичній характеристиці кіберзлочинців під особою сучасного кіберзлочинця слід розуміти систему загальних, психологічних та спеціальних ознак (даних) такої особи, що сприяють її ефективному пошуку та викриттю.

З'ясування під час досудового розслідування важливих криміналістичних даних про особу кіберзлочинця є одним з основних факторів у розслідуванні кримінальних правопорушень, що вчиняються з використанням інформаційних технологій (кіберзлочинців).

1. Генеральна прокуратура України. Статистична інформація. URL: <https://old.gp.gov.ua/ua/statinfo.html>. 2. Ведерников Н.Т. Избранные труды. Томск, 2014. Т. 2. 236 с. 3. Ахмедшин Р. Л. Криміналістическая характеристика личности преступника. Томск, 2005. 210 с. 4. Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики. Новое изд., перепеч. с изд. 1908 г. Москва, 2002. 1088 с. 5. Ведерников Н.Т. Изучение личности преступника в процессе расследования: автореф. дисс. канд. юрид. наук. Москва, 1965. 14 с. 6. Советская криминалистика. Методика расследования отдельных видов преступлений. Киев: Выща шк. 1988, 405 с. 7. Салтевский М.В. Криміналістика (у сучасному викладі): підручник. Київ: Кондор, 2008. 588 с. 8. Криміналістика: підруч. для слухачів, ад'юнктів, викладачів вузів системи МВС України. Київ, 1998. 416 с. 9. Бессонов А.А. Частная теория криминалистической характеристики преступлений: дис. докт. юрид. наук: 12.00.12. Элиста, 2017. 456 с. 10. Самойленко О.А. Основы методики расследования злочи-

нів, вчинених у кіберпросторі: монографія. Одеса, 2020. 372 с. **11.** Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь, 2001. 1440 с. **12.** Dread Pirates Roberts. URL: <https://www.coindesk.com/people/dread-pirate-roberts>. **13.** Никнеймы хакеров. URL: <https://statusname.ru/articles/nik/nikneymy-khakerov/>. **14.** 15 самых знаменитых хакеров мира. URL: <https://ru.ihodl.com/lifestyle/2015-02-19/15-samykh-znamenitykh-khakerov-mira/>. **15.** «Анонимус». URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%90%D0%BD%D0%BE%D0%BD%D0%B8%D0%BC%D1%83%D1%81>.

References

1. Generalna prokuratura Ukraini. Statistichna informaciya. URL: <https://old.gp.gov.ua/ua/statinfo.html>. **2.** Vedernikov N.T. Izbrannye trudy. Tomsk, 2014. T. 2. 236 s. **3.** Ahmedshin R. L. Kriminalisticheskaya charakteristika lichnosti prestupnika. Tomsk, 2005. 210 s. **4.** Gross G. Rukovodstvo dlya sudebnyh sledovatelej kak sistema kriminalistiki. Novoe izd., perepech. s izd. 1908 g. Moskva, 2002. 1088 s. **5.** Vedernikov N.T. Izuchenie lichnosti prestupnika v processe rassledovaniya : avtoref. diss. kand. yurid. nauk. Moskva, 1965. 14 s. **6.** Sovetskaya kriminalistika. Metodika rassledovaniya otdelnykh vidov prestuplenij. Kiev : Vyshashk., 1988. 405 s. **7.** Saltevsij M.V. Kriminalistika (u suchasnomu vikladi) : pidruchnik. Kiyiv : Kondor, 2008. 588 s. **8.** Kriminalistika: pidruch. Dlya sluhachiv, ad'yunktiv, vikladachiv vuziv sistemi MVS Ukraini. Kiyiv, 1998. 416 s. **9.** Bessonov A.A. Chastnaya teoriya kriminalisticheskoy charakteristiki prestuplenij : dis. dok. yurid. nauk : 12.00.12. Elista, 2017. 456 s. **10.** Samoilenko O.A. Osnovi metodiki rozsliduvannya zlochiniv, vchinenih u kiberprostori : monografiya. Odessa, 2020. 372 s. **11.** Velikij tлумачnij slovník suchasnoyi ukrajinskoyi movi / uklad. i golov. red. V.T. Busel. Kiyiv; Irpin, 2001. 1440 s. **12.** Dread Pirates Roberts. URL: <https://www.coindesk.com/people/dread-pirate-roberts>. **13.** Niknejmy hakerov. URL: <https://statusname.ru/articles/nik/nikneymy-khakerov/>. **14.** 15 samykh znamenityh hakerov mira. URL: <https://ru.ihodl.com/lifestyle/2015-02-19/15-samykh-znamenitykh-khakerov-mira/>. **15.** «Anonimus». URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%90%D0%BD%D0%BE%D0%BD%D0%B8%D0%BC%D1%83%D1%81>.

Nedilko Yaroslav. Typical signs of a cybercriminal's personality (forensic aspect)

The article is devoted to problematic issues that arise during the investigation of cybercrime, namely, establishing the identity of the cybercriminal. It is indicated that the person who committed cybercrime has special knowledge and skills in the use of Information Technologies, which complicates his search by the pre-trial investigation body. Statistical indicators that characterize the faces of cybercriminals in Ukraine also emphasize the complexity of identifying criminals of this category. The ability to identify and investigate typical signs of a cybercriminal's personality that are identified at the pre-trial stage of the investigation will help the investigator effectively and quickly identify these individuals.

The article presents the stages of formation of the doctrine of the criminal's identity in legal Science: the period of formation of the doctrine of the identity of the criminal (1900-1930); the period of ignoring the doctrine of the identity of the criminal (1930-1960); period of detailed study of the identity of the offender by criminology (1960 – our time).

The analysis of various scientific approaches to the interpretation of the concept of «criminal personality» by forensic scientists is carried out. These general features of the criminal's personality from a forensic point of view, which should include: 1) personal characteristics of the human body; 2) fleeting signs (distant from the human body); 3) social characteristics. It is noted that during the pre-trial investigation, psychological knowledge about the identity of the criminal should be used.

A forensic definition of the identity of a cybercriminal is proposed, which should be understood as a system of general, psychological and special features (data) of such a person that contribute to its effective search and exposure. Common features of a cybercriminal's personality include: nationality, age, education, and profession. To psychological: temperament, character, interests and inclinations, motives and style of behavior, certain mental deviations. Special features include «professional habits» and «handwriting» of a cybercriminal. The distinction between «professional habit» and «handwriting» of a cybercriminal person is given. A distinction is made between the «professional habit» and the «handwriting» of a cybercriminal. Separating the «professional (criminal) habit» from the «handwriting» of a cybercriminal, it is noted that «handwriting» is a characteristic action that a person consciously commits, realizing that this distinguishes himself among others. These include: choosing a nickname, choosing a specific photo (avatar), style of writing messages and more.

It is emphasized that when choosing a nickname or avatar, you can say about the preferences of these people.

It is noted that some information about the «professional (criminal) habits» of a cybercriminal, the investigator, can also be obtained from the analysis of his files using VirusTotal or Hybrid Analysis, which will help determine the file type, programming language, location, time and date of creation or change and other equally important information about the identity of the cybercriminal.

Also, due to the specifics of committing crimes of this category, it is proposed to create a separate electronic database of persons who have committed crimes using information technologies (cybercrime). The electronic database should include the following information: nationality, age, education, profession, established psychological characteristics, as well as «professional habits» and «cybercrime handwriting». The electronic database will serve as an identifier for the investigator, and will also help to understand what traces the cybercriminal leaves and his motives.

As a conclusion, during the pre-trial investigation, important forensic data on the identity of a cybercriminal is one of the main factors in the investigation of criminal offenses committed using information technology (cybercrime).

Key words: the person of the criminal, the person of the cybercriminal, typical features of the person of the cybercriminal, information technologies, «handwriting» of the cybercriminal.

ДЕЯКІ АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОХОРОНИ ПРАВ НЕПОВНОЛІТНІХ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ, ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ ПРИНЦИПІВ ВІДНОВНОГО ПРАВОСУДДЯ ЩОДО ДІТЕЙ ТА МОЛОДИХ ЛЮДЕЙ

Висвітлюється проблематика кримінально-правової охорони прав неповнолітніх у кримінальному провадженні, реалізації принципів відновного правосуддя щодо неповнолітніх. У контексті соціального натуралізму розглядається використання відновного правосуддя щодо неповнолітніх. Обґрунтовується чому кримінальний процес є найбільш травматичним для психіки неповнолітніх. Відзначається, що адвокат є особою, без якої неможливою кримінальний процес з неповнолітніми. Аналізуються шляхи вирішення проблемних питань.

Ключові слова: неповнолітні, кримінальне правопорушення, відновне правосуддя, молоді люди, звільнення, відшкодування шкоди.

Svetlichnyi Igor. Some issues of criminal law protection of the rights of minors in criminal proceedings, of the implementation of restorative justice for children and young people

The article covers the issues of criminal law protection of the rights of minors in criminal proceedings, some problems of implementation of the principles of restorative justice for minors. In the context of social naturalism, the use of restorative justice for minors is considered. The criminal process is the most traumatic for the psyche of minors. A lawyer is the only person without whom it is impossible to conduct criminal proceedings with minors. Ways to solve problematic issues are analyzed.

Key words: criminal offense, minors, protection of minors, criminal proceedings, implementation of restorative justice, young people, improving national legislation.

Конвенція Організації Об'єднаних Націй про права дитини (ратифікована Постановою Верховної Ради України № 789-ХІІ

© СВЕТЛІЧНИЙ Ігор Валерійович – адвокат, третейський суддя суду «Третейський суд при Українському національному комітеті Міжнародної торгової палати», голова наглядової ради ГО «Всеукраїнське об'єднання адвокатів, які надають безоплатну правову допомогу», магістр міжнародного права, аспірант; ORCID: 0000-0001-7328-548X; e-mail: svetlichnyi.igor@gmail.com

від 27.02.1991 року) визначає, що діти мають право на особливе піклування і допомогу, захист і сприяння, щоб вони могли повністю покласти на себе зобов'язання в рамках суспільства. Дитина, внаслідок її фізичної і розумової незрілості, потребує спеціальної охорони і піклування, включаючи належний правовий захист [1].

Держави – учасниці Конвенції поважають і забезпечують всі права, передбачені цією Конвенцією, за кожною дитиною, яка перебуває в межах їх юрисдикції, без будь-якої дискримінації, а також вживають всіх необхідних законодавчих, адміністративних та інших заходів для здійснення прав, визнаних у цій Конвенції.

Декларація прав дитини, прийнята резолюцією 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20.11.1959 року, також обумовлює, що дитина, внаслідок її фізичної і розумової незрілості, потребує спеціальної охорони і піклування, включаючи належний правовий захист як до, так і після народження, а також принципом 8 імперативно закріплює право дитини за будь-яких обставин бути серед тих, які першими одержують захист і допомогу [2].

Конвенція особливу увагу приділяє зобов'язанням держав – учасниць, щоб кожна позбавлена волі дитина мала право на негайний доступ до правової та іншої відповідної допомоги (ст. 37 Конвенції) та забезпечення ними в складі мінімальних гарантій кожній дитині, що, як вважається, порушила кримінальне законодавство чи звинувачується в його порушенні, одержання правової й іншої необхідної допомоги при підготовці та здійсненні свого захисту (ст. 40).

Гарантований механізм реалізації конституційних прав дитини розширює правові гарантії їх захисту через право на професійну правничу допомогу, яка у випадках, передбачених законом, надається безоплатно (ст. 59 Конституції України) [3].

Однак, незважаючи на значну кількість наукових праць з цієї тематики, дослідниками не надано таких пропозицій щодо вдосконалення законодавства, як введення поняття «молоді люди», розширення можливостей звільнення молодих людей від кримінальної відповідальності або покарання в разі вчинення ними окремих тяжких злочинів, що й обумовлює актуальність статті.

У процесі дослідження використані як загальнонаукові методи — аналізу та синтезу для формулювання переліку найбільш загальних рис, притаманних сучасному вітчизняному науковому дискурсу, предметом котрого є проблематика кримінально-правової охорони прав неповнолітніх у кримінальному процесі, так і спеціальних, зокрема застосовано елементи контент-аналізу наукових досліджень щодо імплементації принципів відновного правосуддя щодо неповнолітніх.

Проблемними, згідно з науковими дослідженнями, залишаються питання кримінально-правової охорони та захисту дітей від свавілля, від притягнення до кримінальної відповідальності замість використання можливостей відновного правосуддя, медіації та примирення.

Тому, звертаючись до наукових досліджень в галузі створення загальної системи захисту прав дітей, можемо зробити висновок, що Закон України «Про охорону дитинства» від 26 квітня 2001 року визначає охорону дитинства в Україні як стратегічний загальнонаціональний пріоритет з метою забезпечення реалізації прав дитини на життя, охорону здоров'я, освіту, соціальний захист, всебічний розвиток та виховання в сімейному оточенні, встановлює основні засади державної політики у цій сфері, що ґрунтуються на забезпеченні найкращих інтересів дитини, проте реалізація цих положень є проблематичною [4].

Загальновідомо, що кожна дитина у відповідний період свого розвитку має свої специфічні потреби та інтереси, має відповідні права, але з об'єктивних причин не може нарівні з дорослими відстоювати і захищати їх без допомоги та підтримки. Актуальною є проблема реалізації функції захисту прав малолітніх (до 14 років) та неповнолітніх (від 14 до 18 років) осіб у кримінальному провадженні, особливо у випадках, коли участь інших осіб, крім професійного адвоката, а саме батьків або законного представника чи опікуна (*legal guardian*), педагога чи психолога, а у відповідних випадках — лікаря, з тих чи інших причин не забезпечена.

Зазначимо, що в законодавство більшості розвинутих країн світу імplementований значно вищий, ніж в Україні, вік, до якого молода людина має право на особливе піклування та підтримку. На даний час в Україні такі проблеми лише досліджуються, як відзначають Д. Сакалюк, К. Ілечко [5].

Відповідні пропозиції містяться у проекті нового Кримінального кодексу, зокрема у дослідженнях О. П. Гороха, робочої групи з питань розвитку кримінального права, що діє у складі Комісії з питань правової реформи при Президентові України, яка здійснює розробку нового Кримінального кодексу України та Кодексу України про проступки [6]. (З текстом документа можна ознайомитися на сайті нового Кримінального кодексу України за посиланням: <https://newcriminalcode.org.ua/>).

Таким чином, питання, пов'язані із захистом прав малолітніх та неповнолітніх осіб у кримінальному провадженні, кримінально-правової охорони їх прав, актуальні та їх дослідження повинні бути під особливою увагою держави, виключаючи дослідження шкоди від застосування найжорстокіших заходів впливу.

Як зазначає О. М. Костенко, «держава має сприяти вихованню нового покоління громадян, створюючи у суспільстві умови для узгодження їхньої волі і свідомості із законами соціальної природи» [7, с. 41].

У 2019 році розпочалася «Програма відновлення для неповнолітніх, підозрюваних у вчиненні злочину», мета якої — забезпечення відшкодування заподіяної шкоди, максимальне виведення неповнолітніх правопорушників з кримінального процесу та запобігання скоєнню ними повторних злочинів. Правова основа цієї програми — спільний наказ Міністерства юстиції України та Генеральної прокуратури № 172/5/10 від 21.01.2019 року.

Крім цього, в Україні діє проект «Впровадження відновного правосуддя в Україні», мета якого — застосування відновного правосуддя для попередження злочинності. Цей проект реалізується Верховним Судом та ГО «Інститут миру і порозуміння», як зазначає Голова інституту, експерт з відновного правосуддя Роман Коваль [8].

Ми звикли до того, що покарання — це обов'язкова відповідь на несправедливість. Радянське минуле привчило нас, що злодій має сидіти у в'язниці. Проте відповідь на запитання, «чому має бути саме так?», — не очевидна. На практиці покарання не досягає мети виправлення правопорушника. Існує кращий спосіб вирішення питань, які турбують і потерпілого, і правопорушника, — відновне правосуддя.

У багатьох народів світу існували практики вирішення ситуацій, які сьогодні закон визначає як злочин. Традиційно люди розуміли відповідальність як процес, що походить від слова «відповідь». Тобто винний у скоєному висловлював каяття і пропонував те, що він може зробити для виправлення завданої потерпілому шкоди, відзначає Роман Коваль [8].

Однією з проблем імплементації відновного правосуддя щодо неповнолітніх є випадки, коли думка батьків або законного представника з тих чи інших об'єктивних причин є деструктивною. Можна зробити висновок, що заперечення сторонами основних фактів справи, тобто незгода з фактичними обставинами (в тому числі батьків або законного представника), є перешкодою для застосування відновного правосуддя у випадку неповнолітніх.

Крім цих, існує великий пласт техніко-юридичних проблем, пов'язаних з імплементацією результатів дії механізмів відновного правосуддя, легалізації юридичних наслідків. Законодавство в цій площині потребує вдосконалення, як зазначає у своїх дослідженнях Г. Колесник [9]. Чи варто застосовувати для захисту неповнолітніх такі можливості законодавства, які законодавець передбачив для захисту повнолітніх осіб? До них ми відносимо звільнення від кримінальної відповідальності на підставах статей 45-48 Кримінального кодексу України (КК України) [10, с. 19], звільнення від кримінального покарання на підставах статей 74, 83-87 КК України та інших.

У різних країнах існують різні підходи до питань з'ясування думки дитини, участі дітей у кримінальних провадженнях та віку настання кримінальної відповідальності. Адміністративна відповідальність в Україні настає з 16 років, малолітня особа не несе відповідальності за завдану нею шкоду. Проте відповідальність за кримінальні правопорушення, злочини, згідно із частиною другою статті 22 КК України, настає для дитини за найбільш розповсюдженими складами злочинів вже з 14 років [10, с. 11]. Це крадіжки, нанесення тілесних ушкоджень, заволодіння транспортними засобами, злочини проти статевої свободи та недоторканності тощо. Таким чином, кримінальна відповідальність з 14 років застосовується до дитини майже за всі кримінальні правопорушення та злочини, які можуть вчинити діти у такому віці.

З 11 років до 14 (у відповідних випадках до 16) років, тобто до настання віку кримінальної відповідальності, до дитини, яка вчинила злочин, але не є суб'єктом злочину внаслідок віку, можуть бути застосовані примусові заходи виховного характеру (ПЗВХ) [10, с. 45]. Найжорстокішим примусовим заходом виховного характеру є поміщення дитини до спеціальної навчально-виховної установи, (установи закритого типу), який застосовується у 12 відсотках судових рішень щодо застосування ПЗВХ (існує й інша думка, згідно досліджень Н. Крестовської).

В яких же випадках обов'язкова участь адвоката, батьків, законного представника, представника служби у справах дітей, психолога, лікаря, педагога та які можуть бути наслідки порушення цих прав дитини? Кримінальний процес є найбільш травматичним для психіки дітей, як зазначає у своїх дослідженнях Л. М. Гридковець [11]. Адвокат – це єдина особа, без якого практично неможливий хід кримінального процесу за участю дитини. Такий висновок можна зробити на підставі системного аналізу статей 488, 491 КПК України [12]. У деяких випадках батьки, близькі родичі чи законні представники дитини не з'являються для проведення процесуальних дій. Тому логічно зробити висновок, що згідно з практикою, що склалася в Україні при захисті неповнолітніх, неявка будь-кого, крім адвоката та прокурора (в суд), не перешкоджає кримінальному процесу щодо дитини, але завдає шкоди інтересам дитини.

Розглянемо випадок із практики автора, розміщений на електронному ресурсі системи безоплатної правової допомоги Міністерства юстиції України. У 13-річного хлопця, який скоїв правопорушення у малолітньому віці, не було нікого, крім адвоката. Слідчі органи просили суд помістити дитину до приймального-розподільника, проте адвокат зміг цьому запобігти, що скоріше є виключенням та щасливим збігом обставин для дитини, враховуючи, що близьких родичів у дитини не було [13].

Проаналізуємо положення щодо застосування можливостей Кримінального кодексу України стосовно звільнення від кримінальної відповідальності та звільнення від кримінального покарання неповнолітніх. Згідно з дослідженнями автора звільнення від кримінальної відповідальності за статтями 45-48 КК України та звільнення від кримінального покарання за статтею 74

КК України успішно застосовуються судами за клопотаннями адвокатів системи БВПД у випадку, якщо таке звільнення є найкращим варіантом для конкретного неповнолітнього.

Чи є актуальною проблема усічення процесуальних прав адвоката у випадках різних процесуальних статусів дитини – свідка, підозрюваного, потерпілого? Слід акцентувати, що згідно із Кримінальним процесуальним кодексом України при захисті підозрюваного та обвинуваченого захисник і підзахисний мають найбільшу кількість процесуальних прав та обов'язків, що передбачені статтями 42, 46-48, 52-54 КПК України. Вказане відображає принцип сприяння захисту «*favor defensionis*», як зазначає у своїх дослідженнях Я. П. Зейкан [14, с. 12].

У випадку, коли адвокат представляє інтереси потерпілого, в тому числі неповнолітнього потерпілого, методом контент-аналізу КПК України виявлено, що права адвоката значно усічені, вказані права передбачені статтями 55-59 КПК України [15, с. 42]. Ще більш усічені права адвоката при наданні правової допомоги свідку, вказані права передбачені статтями 65, 66 КПК України [15, с. 50].

Відповідно до статті 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, діти, які перебувають у складних життєвих обставинах, діти, які постраждали внаслідок воєнних дій та збройних конфліктів (визначення понять наведені в Законі України «Про охорону дитинства»), є суб'єктами права на безоплатну вторинну правову допомогу [16].

Потерпілій особі, заявнику, свідкам у кримінальних провадженнях допомогу надають через місцеві центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги, а підозрюваним та обвинуваченим у кримінальних провадженнях – через Регіональні центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

За власними дослідженнями автора у 2019-2020 роках, до Лівобережного місцевого центру БВПД у місті Києві (директор Центру адвокат Бурчак Леся Іванівна) майже щодня зверталися діти самостійно та завдяки кваліфікованим працівникам центру, адвокатам, які уклали контракт з системою БВПД, завжди отримували кваліфіковану правову допомогу.

Державна соціальна програма «Національний план дій щодо реалізації Конвенції ООН про права дитини» на період до 2021 року», затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 30 травня 2018 р. № 453, з-поміж шляхів і способів розв'язання проблеми визначає розвиток системи правосуддя, дружнього до дитини, та впровадження ювенальної юстиції.

З метою запровадження ефективних механізмів у системі юстиції щодо дітей, спрямованих на посилення відповідальності держави та суспільства за їх розвиток, розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18 грудня 2018 р. № 1027-р схвалено Національну стратегію реформування системи юстиції щодо дітей на період до 2023 року. План заходів з реалізації Стратегії, затверджений розпорядженням Кабінету Міністрів України від 27 листопада 2019 року № 1335-р, серед основних завдань визначає забезпечення системного підходу до профілактики злочинності серед дітей, захист прав неповнолітніх осіб, що притягаються до відповідальності за вчинення адміністративних правопорушень, захист прав дітей у кримінальному провадженні, з відповідним удосконаленням системи правосуддя.

Кримінальний, цивільний, адміністративний процеси не відповідають принципам дружності. Згідно з дослідженнями О. Лазаренка, одним з основних міжнародних актів, положеннями якого встановлено принципи правосуддя, дружнього до дитини, є Керівні Принципи Організації Об'єднаних Націй стосовно дій в інтересах дітей в системі кримінального правосуддя. Це відзначає у своїх дослідженнях і Л. Гретченко [17].

Комітет ООН з прав дитини у Зауваженнях загального порядку № 10 (2007) стосовно захисту прав дітей у правосудді щодо неповнолітніх із стурбованістю відзначає, що багато держав-учасниць ще мають пройти довгий шлях до досягнення повної відповідності, наприклад, у сфері процесуальних прав, розробки та впровадження заходів щодо роботи з дітьми, які перебувають у конфлікті із законом, не вдаючись до судочинства, використання позбавлення волі лише як крайньої міри, профілактики вступу дітей у конфлікт із законом.

Крім вищезазначеного, необхідно звернути увагу на відповідність національного законодавства у сфері запобігання і протидії домашньому насильству положенням ст. 48 Конвенції Ради

Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (Стамбульська конвенція), де зазначено, що сторони вживають необхідних законодавчих або інших заходів для заборони на обов'язкові альтернативні процеси з вирішення спорів, у тому числі посередництво та примирення, стосовно всіх форм насильства, які підпадають під сферу застосування цієї Конвенції. Стамбульська конвенція не ратифікована Україною, проте більшість норм Конвенції дістали своє відображення у Законі України «Про запобігання та протидію домашньому насильству». Це питання потребує досліджень, враховуючи думку суспільства та численні петиції проти її ратифікації.

Як зазначає Г. Попов, потребують також зміни система навчання та підвищення кваліфікації фахівців у сфері ювенальної юстиції. Так, у розділі «Захист прав дітей у кримінальному провадженні» Національної стратегії реформування системи юстиції щодо дітей на період до 2023 року серед основних проблем у сфері досудового розслідування виокремлюються: відсутність обов'язкового спеціального навчання слідчих, прокурорів у провадженнях щодо неповнолітніх, а також недостатня ефективність участі захисника неповнолітнього підозрюваного, обвинуваченого у досудовому розслідуванні внаслідок відсутності єдиних стандартів спеціалізованого навчання захисників, які залучаються для надання правової допомоги.

Статтею 2 КПК України встановлено, що завданням кримінального провадження є не лише захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, а й охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, гарантування того, щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Під час кримінального провадження, також щодо неповнолітніх, мають бути гарантовані права підозрюваного та обвинуваченого, про що неодноразово зазначав Європейський суд з прав людини, наприклад у рішенні від 16.12.99 у справі «Т. проти Великої Британії» та низці відповідних клонових рішень [18].

Отже, лише за умови повного, належного та розумного використання своїх прав та виконання своїх обов'язків усіма учасниками кримінального провадження за участю дитини завдання

такого кримінального провадження будуть виконані відповідно до статті 2 КПК України, а права дитини будуть надійно захищені.

З огляду на це можна обґрунтовано стверджувати, що наявні у законодавстві України проблеми кримінально-правової охорони прав неповнолітніх у кримінальному процесі, проблеми імплементації принципів відновного правосуддя щодо неповнолітніх, у тому числі проблемні питання звільнення від кримінальної відповідальності, з урахуванням низького віку настання кримінальної відповідальності, є актуальними та потребують розробки шляхів вирішення національними правовими засобами, в тому числі відповідно до міжнародних стандартів та пріоритетів Стратегії Ради Європи з прав дитини (2016-2021 роки) [19].

В якості першочергових заходів з метою гармонізації кримінально-правової охорони прав неповнолітніх доцільно започаткувати обговорення системних змін до національного законодавства, проведення відповідної роботи щодо розробки нових нормативно-правових актів, зміни та доповнення тих нормативно-правових актів, які удосконалять механізм кримінально-правової охорони прав неповнолітніх у кримінальному процесі, механізм імплементації принципів відновного правосуддя щодо неповнолітніх, у тому числі збільшення віку настання кримінальної відповідальності, введення до чинного законодавства поняття «молоді люди» (віком до 21 року) та впровадження у законодавство можливостей для звільнення молодих людей від кримінальної відповідальності або покарання в разі вчинення ними окремих тяжких злочинів.

1. Конвенція про права дитини (ратифікована Постановою ВР України № 789-ХІІ від 27.02.91. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021). 2. Декларація прав дитини (прийнята резолюцією 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20.11.1959). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_384#Text. 3. Конституція України URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/254к/96-вр>. 4. Про охорону дитинства: Закон України від 26.04.2001 № 2402-ІІІ. База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text>. 5. Комітет НААУ захисту прав людини провів круглий стіл на тему: «Досвід застосування відновного правосуддя у країнах Європи: погляд адвоката». URL: <https://unba.org.ua/news/print/5707-komitet->

naau-zahistu-prav-lyudini-proviv-kruglij-stil-na-temu-dosvid-zastosuvannya-vidnovnogo-pravosuddya-u-krainah-evropi-poglyad-advokata.html.

6. У НААУ відбулося фахове обговорення Загальної частини проекту нового КК України. URL: <https://unba.org.ua/news/print/5961-u-naau-vidbulosya-fahove-obgovorennya-zagal-noi-chastini-proektu-novogo-kk-ukraini.html>.

7. Костенко О. М. Соціальний натуралізм. Про соціальну природу та її закони. Івано-Франківськ: Петраш К. Т., 2019. 72 с.

8. Інститут миру і порозуміння URL: <https://tj.org.ua/>.

9. Актуальні питання захисту неповнолітніх у кримінальних провадженнях при відсутності законного представника, або що заважає відновню правосудю? URL: <https://www.hsa.org.ua/blog/aktualni-pytannya-zahystu-nepovnolitnih-u-kryminalnyh-provadzhennyah-pry-vidсутності-zakonnogo-predstavnyka-abo-shho-zavazhae-vidnovnomu-pravosuddyu/>.

10. Кримінальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 03.06.2020 (Офіц. текст). Київ: Паливода А. В., 2020. 212 с.

11. Духовно-психологічні основи християнської психології: кол. моногр. / за ред. Гридковець Л. М. Львів: Скриня, 2015. 367 с.

12. Представник НААУ долучився до обговорення нормативно-правової моделі досудового розслідування. URL: <https://unba.org.ua/news/5957-predstavnik-naau-doluchivsysya-do-obgovorennya-normativno-pravovoi-modeli-dosudovogo-rozsliduvannya.html>.

13. Хроніки успішних та/або резонансних справ за участі адвокатів системи БВПД. URL: <https://www.legalaid.gov.ua/publikatsiyi/hroniky-uspishnyh-ta-abo-rezonansnyh-sprav-za-uchasti-advokativ-systemy-bvpd/>.

14. Светлічний І. В., Зейкан Я. П. Практика проваджень в антикорупційних справах: наук.-практ. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2020. 452 с.

15. Кримінальний процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 лип. 2020 р. (офіц. текст). Київ: Паливода А.В., 2020. 416 с.

16. Про безоплатну правову допомогу: Закон України: від 02.06.2011 № 3460- VI. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>.

17. У НААУ відбулося фахове обговорення ключових пріоритетів розбудови цілісної ефективної системи захисту прав та інтересів дитини в Україні URL: <https://unba.org.ua/news/6050-u-naau-vidbulosya-fahove-obgovorennya-klyuchovih-prioritetiv-rozbudovi-cilisnoi-efektivnoi-sistemi-zahystu-prav-ta-interesiv-ditini-v-ukraini.html>.

18. Лист ВССУ від 16.01.2017 № 223-66/0/4-17 про практику здійснення судами кримінального провадження щодо неповнолітніх. URL: https://zib.com.ua/ua/print/127476-list_vssu_vid_16012017_223-6604-17_pro_praktiku_zdiysnennya_html.

19. Стратегія Ради Європи з прав дитини (2016 – 2021). URL: http://www.nsj.gov.ua/files/147679858320161003101948_CoE%20Strategy%20on%20children_ukr-1.pdf.

References

1. Konventsiiia pro prava dytyny (ratyfikovana Postanovoiu VR # 789-XII vid 27.02.91). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021.
2. Deklaratsiia prav dytyny (pryiniata rezoliutsiieiu 1386 (XIV) Heneralnoi Asamblei OON vid 20.11.1959) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/>

show/995_384#Text **3.** Konstytutsiia Ukrainy URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/254k/96-vr> **4.** Pro okhoronu dytynstva: Zakon Ukrainy vid 26.04.2001 # 2402-III // Baza danykh «Zakonodavstvo Ukrainy» / Verkhovna Rada Ukrainy. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text>. **5.** Komitet NAAU zakhystu prav liudyny proviv kruhlyi stil na temu: «Dosvid zastosuvannia vidnovnoho pravosuddia u krainakh Yevropy: pohliad advokata» URL: <https://unba.org.ua/news/print/5707-komitet-naau-zahistu-prav-liudini-proviv-kruhlij-stil-na-temu-dosvid-zastosuvannya-vidnovnogo-pravosuddya-u-krainah-evropi-poglyad-advokata.html> **6.** U NAAU vidbulosia fakhove obhovorennia Zahalnoi chastyny proektu novoho KK Ukrainy URL: <https://unba.org.ua/news/print/5961-u-naau-vidbulosya-fahove-obgovorennia-zagal-noi-chastini-proektu-novogo-kk-ukraini.html> **7.** Kostenko O. M. Sotsialnyi naturalizm. Pro sotsialnu pryrodu ta yii zakony. Ivano-Frankivsk: Petrash K. T., 2019. 72 s. **8.** Instytut myru i porozuminnia URL: <https://rj.org.ua/>. **9.** Aktualni pytannia zakhystu nepovnlitnikh u kryminalnykh provadzheniakh pry vidsutnosti zakonnoho predstavnyka Abo scho zavazhaie vidnovnomu pravosuddiu? URL: <https://www.hsa.org.ua/blog/aktualni-pytannia-zahystu-nepovnlitnih-u-kryminalnykh-provadhennyah-pry-vidsutnosti-zakonnoho-predstavnyka-abo-shho-zavazhaie-vidnovnomu-pravosuddyu/>. **10.** Kryminalnyi kodeks Ukrainy: chynne zakonodavstvo zi zminamy ta dopovnenniamy stanom na 03.06.2020 (ofits. tekst). Kyiv: Palyvoda A. V., 2020. 212 s. **11.** Dukhovno-psykholohichni osnovy khrystianskoi psykholohii: kol. monohr. / [za red. Hrydkovets L. M.]. Lviv: Skrynia, 2015. 367 s. **12.** Predstavnyk NAAU doluchyvsia do obhovorennia normatyvno-pravovoi modeli dosudovoho rozsliduvannia URL: <https://unba.org.ua/news/5957-predstavnik-naau-doluchivsvia-do-obgovorennia-normatyvno-pravovoi-modeli-dosudovogo-rozsliduvannya.html>. **13.** Khroniky uspishnykh ta/abo rezonansnykh sprav za uchasti advokativ systemy BVPD. URL: <https://www.legalaid.gov.ua/publikatsiyi/hroniky-uspishnyh-ta-abo-rezonansnyh-sprav-za-uchasti-advokativ-systemy-bvpd/>. **14.** Svietchny I. V., Zeikan Ya. P. Praktyka provadzen v antykoruptsiinykh spravakh: nauk.- prakt. posib. Kyiv: Yurinkom Inter, 2020. 452 s. **15.** Kryminalnyi protsesualnyi kodeks Ukrainy : chynne zakonodavstvo zi zminamy ta dopov. stanom na 1 lyp. 2020 r.: (ofits. tekst). Kyiv: Palyvoda A.V., 2020. 416 s. **16.** Pro bezoplatnu pravovu dopomohu: Zakon Ukrainy: vid 02.06.2011 # 3460- VI. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>. **17.** U NAAU vidbulosia fakhove obhovorennia kliuchovykh priorytetiv rozbudovy tsilisnoi efektyvnoi systemy zakhystu prav ta interesiv dytyny v Ukrain URL: <https://unba.org.ua/news/6050-u-naau-vidbulosya-fahove-obgovorennia-klyuchovih-priorytetiv-rozbudovi-cilisnoi-efektivnoi-sistemi-zahistu-prav-ta-interesiv-ditini-v-ukraini.htm> **18.** Lyst VSSU vid 16.01.2017 #223-66/0/4-17 pro praktyku zdiisnennia sudamy kryminalnoho provadhennia schodo nepovnlitnikh. URL: https://zib.com.ua/ua/print/127476-list_vssu_vid_16012017_223-6604-17_pro_praktiku_zdiysnennya_.html. **19.** Stratehiia Rady Yevropy z prav dytyny (2016 – 2021). URL: http://www.nsj.gov.ua/files/147679858320161003101948_CoE%20Strategy%20on%20children_ukr-1.pdf.

Svietlichnyi Igor. Some issues of criminal law protection of the rights of minors in criminal proceedings, of the implementation of restorative justice for children and young people

The article covers the issues of criminal law protection of the rights of minors in criminal proceedings, some problems of implementation of the principles of restorative justice for minors. In the context of social naturalism, the use of restorative justice for minors is considered.

The criminal process is the most traumatic for the psyche of children. A lawyer is the only person without whom it is impossible to conduct criminal proceedings with a child. Unfortunately, all other people may be absent. In some cases, the child's parents, next of kin or legal representatives do not appear in court, and the participation of the appointed legal representative remains formal.

As a matter of priority, in order to improve the situation regarding the criminal law protection of the rights of minors, it is expedient to start discussing systemic changes in national legislation and relevant work, including social work, which will create a basis for improving the protection of juvenile rights in criminal proceedings. Regarding the application of the Criminal Code of Ukraine on exemption from criminal liability and exemption from criminal punishment of minors, we note that according to the author's research, exemption from criminal liability under Articles 45-48 of the Criminal Code of Ukraine and exemption from criminal punishment under Article 74 of the Criminal Code applied by courts at the request of lawyers, if such release is the best option for a particular juvenile.

In conclusion, it should be concluded that only if all participants in criminal proceedings involving a child fully exercise their rights and properly perform their duties, the tasks of such criminal proceedings will be performed and the child's rights will be reliably protected.

Given the above, it can be reasonably argued that in the current legislation of Ukraine (as of the date of this article) there are problems of criminal protection of minors in criminal proceedings, problems of implementation of the principles of restorative justice for minors, including the issue of exemption from criminal liability. Ways to solve problematic issues are analyzed.

Some gaps in legislation that restrict or violate the rights of children in criminal proceedings need further settlement, including in accordance with international standards and Council of Europe priorities. Proposals to improve the legislation include the introduction of the concept of "young people" (up to 21 years) and the expansion of the possibility of releasing young people from criminal liability or punishment in case of committing certain serious crimes.

Key words: criminal offense, minors, protection of minors, criminal proceedings, implementation of restorative justice, young people, improving national legislation.

КОНСТРУКТИВНЕ І ДЕСТРУКТИВНЕ У КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІЙ РЕФОРМІ

Висвітлюються питання оновлення системи кримінального законодавства, яке відбулося після прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень». Дається комплексна оцінка прийнятих у межах кримінально-правової реформи змін.

Виокремлено низку проблемних аспектів, основним з яких є незавершеність кримінально-правової реформи у цілому, що проявилось у неповному формуванні нормативно-правової бази, у формально-юридичних суперечностях і неточностях.

Ключові слова: кримінально-правова реформа, кримінальне правопорушення, злочин, проступок, санкція.

Basaliuk Natalia. Constructive and destructive in criminal law reform

This article is devoted to the update of the criminal law system, which occurred as result of entry into legal force of Law of Ukraine “About amending of certain legislative acts on simplifying the pre-trial investigation of certain categories of criminal offenses” on 01.07.2020. The purpose of writing of this article is to comprehensively access the changes made in the framework of criminal law reform. Understanding the results of the criminal law reform allowed the author to identify a number of problematic aspects, the main of which is its incompleteness as a whole, which manifests itself in the incomplete formation of the regulatory framework, formal and legal contradictions and inaccuracies. All the problems mentioned in this article are not only theoretical, but practical also, as their ignoring will inevitably lead to low efficiency in the executing of laws and difficulties in law enforcement practice.

Key words: criminal law reform, criminal offense, crime, misdemeanor, sanction.

Кримінальне право – не замкнена самодостатня система, а динамічна галузь, де норми час від часу змінюються й оновлюються. Відносна стабільність поєднується із динамізмом, який зрештою призводить до формування багатьох нових інститутів, що відповідають критеріям правової держави й тенденціям

гуманізації. Суттєві результати кримінально-правової реформи втілилися у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» [1], який став чинним 1 липня 2020 року. Зміни у Законі стосуються норм матеріального і процесуального кримінального права.

Пізнання результатів реформаторської роботи за новою редакцією КК України викликає необхідність виокремлення і вирішення проблемних питань, адже інтенсивні зміни у багатьох місцях виявилися безсистемними, із частковою конкретизацією або взагалі без неї, вирізняються суперечливістю і непослідовністю. Проведена кримінально-правова реформа вимагає оновлення доктринальних поглядів і обґрунтованих наукових пропозицій, а відтак дана стаття є актуальною як теоретично, так і практично. Метою статті є комплексна оцінка прийнятих у межах кримінально-правової реформи змін, їх ефективності. Поставлена мета досягається

шляхом постановки низки науково-дослідницьких завдань: 1) ознайомитися із новелами сфери кримінально-правового регулювання, визначити їх зміст і функціональні особливості; 2) проаналізувати оновлений категоріальний апарат; 3) критично оцінити зміни кримінально-правових норм; 4) надати конструктивні рекомендації, які сприятимуть цілісності, ясності і послідовності у кримінально-правовому механізмі.

Аналіз наукової літератури свідчить, що у вітчизняній доктрині виокремлювалися окремі аспекти вдосконалення кримінального права, частина із яких дістала відображення у реформаторській роботі. Вони були предметом аналізу таких учених, як Ю.В. Баулін, В.М. Бурдін, Н.О. Гуторова, М.М. Дмитрук, Л.М. Кривоченко, Н.А. Мирошніченко, В.О. Навроцький, М.І. Панов, Є.Л. Стрельцов, В.Я. Тацій, В.О. Туляков, П.Л. Фріс, М.І. Хавронюк та ін.

Методологічну основу дослідження є система загальнонаукових методів (діалектичного, аналізу та синтезу, інтерпретації, оцінювання) та спеціальних (компаративний, формально-юридичний, критично-правовий, структурно-функціональний).

Основною новелою кримінального законодавства стало запровадження дихотомії, яка передбачає розподіл на злочин

і проступок, що, у свою чергу, узагальнюється «кримінальним правопорушенням». «Кримінальне правопорушення – це передбачене Кримінальним кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом кримінального правопорушення» [2].

Караність, як і у попередній редакції КК України, у законодавчій дефініції не вказується. З одного боку, може здатися, що ігнорування цієї ознаки, пов'язаної насамперед із призначенням покарання і суттєвим обмеженням прав і свобод людини, повинна була дістати відображення в оновленому законодавстві. Адже при її виключенні стирається межа між кримінальними правопорушеннями та іншими правопорушеннями (цивільними, адміністративними тощо). О.М. Бібік зазначає, що «ознака кримінальної караності означає не лише наявність у кримінальному законі санкції за вчинений злочин... а й принципову можливість притягнути особу до кримінальної відповідальності як найбільш репресивного виду державного примусу.. Тобто ознака караності свідчить про те, що діяння заслуговує саме кримінального покарання, а не, наприклад, адміністративного стягнення» [3, с.123]. Однак більш справедливим нам видається підхід Н.Л. Кривоченко: «Караність, будучи потенціалом кримінально-правової репресії, є не самостійною ознакою злочину, а складовою його кримінальної протиправності» [4, с.29-30]. Доповнюють дану тезу П.С.Матишевський та П.П. Андрушко: «Винність і караність є структурними елементами відповідно суспільної небезпечності і протиправності діяння, а тому визнання їх самостійними ознаками злочину не є обов'язковим, хоча і допустимим» [5, с.60].

Усвідомлення суспільної небезпеки кримінального правопорушення неможливе без розуміння кримінально-правової заборони, яка закріплює модель кримінальної поведінки, що визнається протиправною на конкретному етапі розвитку суспільства. Як і ознака караності, протиправність при викладенні дефініції «кримінальне правопорушення» окремо не визначена, однак вона замінила поняття «злочинність». Попри цей факт Міністерство внутрішніх справ України так і залишилося «головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сферах:

забезпечення охорони прав і свобод людини, інтересів суспільства і держави, *протидії злочинності*, підтримання публічної безпеки і порядку, а також надання поліцейських послуг». Згідно із ст. 20 Закону України «Про Конституційний Суд» однією з підстав припинення повноважень судді є «набрання законної сили обвинувальним вироком щодо нього за вчинення ним *злочину*»; відповідно до п. 6 ст. 73 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» вона «може звернутися до прокуратури та органів правопорядку щодо надання інформації про розкриття та розслідування *злочинів*, вчинених щодо суду, суддів, членів їх сімей, працівників апаратів судів, злочинів проти правосуддя, вчинених судьями, працівниками апарату суду»; згідно із ст. 49 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» «суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судове рішення, за винятком *вчинення злочину* або дисциплінарного проступку». Хоча розділ XVIII КК уже перейменовано на «Кримінальні правопорушення у сфері правосуддя» і санкція ст. 371 КК (позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до п'яти років або обмеженням волі на строк до трьох років), яка розпочинає розділ, дає зрозуміти, що перед нами — кримінальний проступок, галузеве законодавство, яке забезпечує функціонування органів судової влади, розглядає «проступок» лише у контексті «дисциплінарний», як і багато інших законів.

Стосовно внутрішньої неузгодженості варто також наголосити на змінах у санкції ч. 1 ст. 365-2 КК «Зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги», яка викладена так: «...карається штрафом від двох до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк *до десяти років*», що йде врозрід із ст. 55 КК, яка вказує, що «позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю може бути призначене як основне покарання на строк від двох до п'яти років або як додаткове покарання на строк від одного до трьох років», або у випадках, передбачених Законом України «Про очищення влади», як додаткове покарання строком до п'яти років. Незро-

зуміло й те, чому лише за цією статтею передбачене позбавлення права строком у 10 років – «привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем» (ст. 191 КК) передбачає позбавлення такого права у межах дозволеного – до трьох років, «зловживання владою або службовим становищем» (ст. 364 КК) – до трьох років тощо.

Навіть при поверховому огляді Конституції України стає зрозуміло, що Основний Закон держави поки що новели кримінального законодавства не перейняв: «Особа вважається невинуватою у вчиненні *злочину* і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду» (ст. 62), «виключно законами України визначаються діяння, які є *злочинами*, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них» (п. 22 ст. 92 Конституції України) тощо.

Наведене вище у доктрині визначається як колізія правового акту (формально-юридичне протиріччя) – об'єктивний у формі різниці й суперечності зв'язок нормативно-регулятивних засобів, який виражає несумісність їх одночасного існування, дієвості і таких, що породжує необхідність вибору моделі поведінки. Така суперечність і відсутність узгодженості у підпорядкуванні викликає наступні проблеми: 1) право за таких умов не може бути визнане універсальним нормативним соціальним регулятором; 2) призводить до деформації правосвідомості як правозастосувачів, так і пересічних громадян; 3) проблеми, які пов'язані як із тлумаченням, так і реалізацією права; 4) ексцеси правового нігілізму.

Зрозуміло, що деякі з окреслених моментів належать до дефектів юридичної техніки, і нескладно буде досягнути єдності у використанні термінів у тій же Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про МВС», замінивши «протидію злочинності» «кримінальною протиправністю». Однак більшість означених аспектів не стосуються адекватного словесного вираження волі законодавця чи простої заміни терміна, а містять суперечність між окремими нормами, частина з яких у законодавчій ієрархії знаходяться на одному рівні. Наведена норма Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає притягнення до відповідальності за вчинення злочи-

ну і ні слова – про проступок. На практиці це повинно виглядати так: за ст. 372 КК «Притягнення завідомо невинного до кримінальної відповідальності» відповідальність судді настає, адже це злочин. А за ст. 367 КК «Службова недбалість» суддя отримує індульгенцію, адже це, на перший погляд, проступок – санкція передбачає як одну із альтернатив штраф від двох до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів, тоді як верхня межа для проступку передбачена до трьох тисяч. Логічно припустити, що за таких умов йдеться про якусь неконкретну градацію від кримінального проступку до нетяжкого злочину. Принагідно зазначимо, що санкція ст. 367 «Службова недбалість», на жаль, далеко не єдина «балансуюча» – у КК таких десятки (ч. 1 ст. 136 «Ненадання допомоги особі, яка перебуває в небезпечному для життя стані», ст. 145 «Незаконне розголошення лікарської таємниці», ст. 197 «Порушення обов'язків щодо охорони майна», ч. 3 ст. 197-1 «Самовільне будівництво будівель або споруд на самовільно зайнятій земельній ділянці», ч.1 ст.210 «Нецільове використання бюджетних коштів службовою особою...» та багато інших). Причому санкції більшості із цих статей оновилися саме Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень».

Усі ці аспекти мають цілком прикладне значення, пов'язане із питанням судимості. Наприклад, особи, засуджені за вчинення кримінального проступку, після відбуття покарання визнаються такими, що не мають судимості (пункт 2-1 ч.1 ст. 89 КК). Водночас такими, що не мають судимості, визнаються «особи, засуджені за вчинення злочину до основного покарання у виді штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, позбавлення права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю, громадських робіт, виправних робіт або арешту, якщо вони протягом року з дня відбуття покарання (основного та додаткового) не вчинять нового кримінального правопорушення (п. 5 ч. 1 ст. 89 КК) та «особи, засуджені за вчинення злочину до обмеження волі, якщо вони протягом року з дня відбуття покарання (основного та додаткового) не вчинять нового кримінального правопорушення (п. 6 ч. 1 ст. 89 КК). Враховуючи той факт, що у Загальній частині Кримінального кодек-

су України не проведено чіткого розмежування кримінальних проступків та злочинів, а основним критерієм розмежування нетяжких злочинів і кримінальних проступків є фактично розмір штрафних санкцій за ці діяння, то і адекватне, однакове застосування цих положень ставиться під сумнів.

Нова редакція КК України надає визначення кримінального проступку як «передбаченого Кримінальним кодексом діяння (дії чи бездіяльності), 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», однак прибирає законодавчу дефініцію поняття «злочин», залишаючи лише класифікацію злочинів, яка у зв'язку із заміною частини злочинів невеликої тяжкості та усіх злочинів середньої тяжкості нетяжкими злочинами, у ч. 3 ст. 12 КК виглядає тепер так: «Злочини поділяються на нетяжкі, тяжкі та особливо тяжкі».

Тобто легальна дефініція одного з основних інститутів кримінального права, завдяки якому галузь і отримала назву («crime» — злочин), більше не визначається у Кримінальному кодексі. Хоча при попередньому обговоренні у КК планувалося ввести так зване формальне поняття злочину: «Злочин — протиправне діяння, що містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом» [6].

Слід зазначити, що у законодавстві країн, де існує поділ на злочин і проступок, різні підходи до питання доцільності розкриття категорії «злочин». Наприклад, у Швейцарії злочин означає «таку поведінку особи, яка приводить до виникнення у держави права застосування покарання до цієї людини» [7]. У Кримінальному кодексі Франції чітко визначення відсутнє і вказуються лише деякі ключові ознаки злочинного діяння і критерії злочину, такі, як ступінь тяжкості, винуватість, віковий ценз тощо. У французькому кримінальному законодавстві, існує чітка трьохступенева класифікація злочинних діянь, яка залежить від їх тяжкості, а не розміру штрафу, як тепер в Україні. Таким чином, в основу диференціації французьким законодавцем покладено матеріальний критерій. Залежно від характеру вчиненого призначається відповідна кримінально-правова санкція. Трьохступеневій класифікації за КК Франції злочин,

проступок, порушення) відповідає своя система покарань: ув'язнення строком не більше 15, 20, 30 років та довічного позбавлення волі за вчинення злочину; виправні покарання – за вчинення проступку та інші покарання (наприклад, поліцейський штраф) за вчинення порушення.

Не можна не звернути увагу й на неузгодженість Загальної і Особливої частин КК України у питанні видів покарань. Перелік видів покарань в оновленій редакції залишився незмінним, тільки тепер види покарань передбачені за кримінальне правопорушення, а не злочин: «до осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального правопорушення, судом можуть бути застосовані такі види покарань: 1) штраф; 2) позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу; 3) позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; 4) громадські роботи; 5) виправні роботи; 6) службові обмеження для військовослужбовців; 7) конфіскація майна; 8) арешт; 9) обмеження волі; 10) тримання в дисциплінарному батальйоні військовослужбовців; 11) позбавлення волі на певний строк; 12) довічне позбавлення волі» (ст. 51 КК).

Основна функція системи покарань – встановлення розмірів і видів кримінальних покарань. Вони встановлюються, по-перше, узагальнено – у типових санкціях, які виражають тяжкість кримінального правопорушення через встановлення розміру і виду покарання (ст. 12 КК) та у наведеному переліку ст. 51 КК. По-друге, конкретизовано – у статтях Загальної частини, де характеризується кожний вид покарання і статтях Особливої частини, де конкретизується покарання за кожен вид кримінального правопорушення.

Відповідно до ч. 7 ст. 12 Кримінального кодексу України «ступінь тяжкості кримінального правопорушення, за вчинення якого передбачене одночасно основне покарання у виді штрафу та позбавлення волі, визначається, виходячи зі строку покарання у виді позбавлення волі, передбаченого за відповідний злочин». Така позиція законодавця є недостатньо обґрунтованою, адже позбавлення волі залишається лише за вчинення злочинів, а кримінальне правопорушення як родове поняття включає тепер і кримінальні проступки. *Штраф*, на нашу думку, теж не повинен

опосередковувати ступінь тяжкості кримінального правопорушення: розмір штрафу за злочин у сфері господарської діяльності, наприклад, за ст. 203-2 «Незаконна діяльність з організації або проведення азартних ігор, лотерей» (від 10 до 40 н.м.д.г.), і за кримінальний проступок, наприклад, за ст. 195 «Погроза знищення майна» (до 50 н.м.д.г.), є неспівставним. Тому такий підхід є нераціональним, адже стирає межі категорій кримінальних правопорушень. На тлі змін типова санкція втрачає своє значення, оскільки вже не може відповідати ступеню суспільної небезпеки кримінального правопорушення – її штучно підлаштовують під новоутворену класифікацію. Але саме типова санкція повинна бути індикатором визначення ступеня тяжкості, оскільки містить всі варіанти наслідків вчиненого кримінального правопорушення із кількісними показниками. А критеріями поділу кримінальних правопорушень повинні бути давно обговорені й визнані кримінально-правовою наукою ступінь тяжкості діяння та форма вини (умисел чи необережність).

Як слішно наголошувалося у «Зауваженнях до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» (які при остаточному прийнятті акта, принаймні у частині змін до кримінального законодавства, до уваги фактично не бралися), «коло злочинів, які доцільно трансформувати у кримінальні проступки, можна буде обґрунтовано визначати лише після ревізії чинного кримінального законодавства, принаймні в частині нормативної оцінки суспільної небезпеки кожного посягання, що має ґрунтуватися на системі чітких критеріїв» [8]. Натомість у чинному КК до кримінальних проступків віднесено деякі злочини, які не можуть бути ними з огляду на ступінь тяжкості та суспільну небезпечність. Так, проступком стало «шахрайство з фінансовими ресурсами», санкція якого теж «розмита» і коливається у розмірі штрафу від однієї до чотирьох тисяч н.м.д.г. (ч. 1 ст. 222 КК). Не зовсім зрозуміло, чому загальна норма ст. 190 КК «Шахрайство» містить як одну із альтернатив санкцію у вигляді штрафу від двох до трьох тисяч, а спеціальна – до чотирьох. Можна припустити, що вищим розміром штрафу сам законодавець визнає необхідність встановлення адекватних

заходів відповідальності за шахрайські дії з фінансовими ресурсами і надання гарантій захисту суб'єктам господарювання. Ст. 223-1 КК «Підроблення документів, які подаються для реєстрації випуску цінних паперів» теж балансує між злочином і проступком із «блукаючою» санкцією: «карається штрафом від однієї тисячі до чотирьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян». У проекті Закону пропонувалося й ст. 223-2 КК «Порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів» віднести до категорії проступків. Однак санкція «караються штрафом від трьох тисяч до п'яти тисяч н.м.д.г.» дає зрозуміти, що це досі злочин. Основна проблема і «службового підроблення», і «підроблення документів, які подаються для реєстрації випуску цінних паперів» у тому, що після запровадження усіх змін ці правопорушення будуть розслідуватися у формі дізнання, яке повинно бути закінчене з дня повідомлення особі про підозру протягом 72 годин або 20 діб, якщо підозрюваний не визнає вину або існує необхідність проведення додаткових слідчих (розшукових) дій або вчинення кримінального проступку неповнолітнім. Одна лише судова-технічна експертиза документів, без якої навряд чи може бути проведене об'єктивне дізнання, згідно з Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, встановлюється у межах 10 днів щодо матеріалів з невеликою кількістю об'єктів і нескладних за характером досліджень, максимальний термін експертизи — не повинен перевищувати 3 місяці. Тому якість таких «розслідувань» уже ставиться під сумнів.

Так само не зрозуміло, чому умисне легке тілесне ушкодження (ст. 125 КК) у разі призначення покарання у вигляді арешту, строком до шести місяців визнається проступком, а призначення такої ж санкції за ч. 2 ст. 185 КК — злочином тільки тому, що в одному серед альтернатив є позбавлення волі, а в іншому — немає. Також можна порівняти ст. 122 КК (умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження) і ч. 1 ст. 144 КК (насильницьке донорство) — у разі призначення, до прикладу, виправних робіт, тілесне ушкодження буде визнаватися злочином, а насильницьке донорство — ні. Наскільки можливо визнавати проступками діяння, що мають насильницький характер — питання уже риторичне, оскільки жодної системи критеріїв відбору і віднесення

певних у минулому злочинів до проступків не існувало, а реформаторська робота звелася до гасла: «Це... і це – не варте бути злочином». У цьому контексті ще більш гостро постає питання необхідності врахування матеріального критерію – закріплену класифікацію злочинів за ступенем їх суспільної небезпеки (злочини нетяжкі, тяжкі та особливо тяжкі), який відображає ступінь небезпечності кримінальних правопорушень, охоронюваних кримінальним законом, як це й було у Кримінальному кодексі України до змін. Наразі лише формальний критерій (певний вид і розмір покарання) відображає тяжкість конкретної групи (категорії) злочинів. Наявність у законі не тільки матеріального, а й формального критеріїв пояснюється тим, що саме покарання, передбачене у санкції конкретної статті Кримінального кодексу України, є тією мірою, яка найбільш повно виражає ступінь суспільної небезпечності злочинів, дає змогу розмежувати їх за тяжкістю і визначити їх різні правові наслідки. Це ж дозволяє об'єднати в одну категорію близькі за ступенем суспільної небезпечності злочини і визначити типову санкцію – вид і розмір покарання, що є показником для певної групи злочинів, які належать до однієї категорії [9]. Суворість покарання не повинна змінювати вид кримінального правопорушення.

Кримінально-правова реформа неможлива без: 1) приведення до єдиної системи ознак усіх складів злочинів; 2) визначення їх суспільної небезпеки; 3) розподілу за ступенем тяжкості – саме воно повинно бути мірилом для оцінки класифікації кримінальних правопорушень; і лише тоді – 4) остаточний розподіл кримінальних правопорушень на злочини й проступки.

Не є зрозумілим і призначення покарання при повторному вчиненні й сукупності злочинів. Відповідно до ч. 1 ст. 32 КК повторністю кримінальних правопорушень визнається вчинення двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених тією самою статтею або частиною статті Особливої частини цього Кодексу. З урахуванням змін до ч. 3 ст. 32 КК цієї ж статті «вчинення двох або більше кримінальних правопорушень, передбачених різними статтями цього Кодексу, визнається повторним лише у випадках, передбачених в Особливій частині цього Кодексу». Чи буде вчинення злочину і проступку або проступку і злочину створювати повторність кримінальних пра-

випорушень? Очевидно, повторність проступку і повторність злочину повинні мати самостійне значення.

Зміни, які стосуються ст. 70 КК «Призначення покарання за сукупністю злочинів» і ст. 71 КК «Призначення покарання за сукупністю вироків» Кримінального кодексу України, обмежилися заміною «злочину» на «кримінальне правопорушення» і питання призначення покарання як за сукупністю правопорушень, так і за сукупністю вироків особі, *яка вчинила злочин і проступок*, залишилося відкритим А між тим питання особливо актуалізується тепер, коли особа може притягатися до відповідальності за статтею, одна частина якої – проступок, а інша – злочин.

У ч. 1 ст. 70 КК зазначено, що «при сукупності кримінальних правопорушень, суд, призначивши покарання (основне і додаткове) за кожне кримінальне правопорушення окремо, визначає остаточне покарання шляхом поглинення менш суворого покарання більш суворим або шляхом повного чи часткового складання призначених покарань». Однак, на нашу думку, алгоритм призначення покарання за злочин і проступок повинен бути уточнений у КК. Покарання за сукупністю кримінальних правопорушень і вироків повинно призначатися, виходячи з наступного: 1) чи вчинено злочин і проступок послідовно чи одночасно; 2) пов'язані між собою ці два кримінальні правопорушення чи ні.

Отже, сама ідея реформування кримінального законодавства видається вдалою, адже традиційні для нього функції (загальної і спеціальної профілактики, превентивна, захисна) зберігаються і доповнюються запобіганням небажаним результатам покарання, таким як виведення правопорушника із нормального життя, запобігання надмірному соціальному контролю і беззмистовним позбавленням волі за ті правопорушення, де вистачило б штрафу чи виправних робіт. Однак мети захисту законних інтересів з урахуванням ефективності кримінальної політики і прагнення більш широкого застосування «амбулаторного» лікування правопорушника на волі поки що не досягнуто через недосконалість законодавчої бази.

По-перше, необхідно в цілому відзначити незавершеність кримінально-правової реформи, вона проявляється як у непов-

ному формуванні нормативно-правової бази, неузгодженості нової редакції КК України із Конституцією, з іншими законами, підзаконними актами й суперечностями, які містяться у нормах самого КК. Ллюзорна «непогрішність» офіційного права у процесі навіть поверхового вивчення дає змогу виявити деструктивні розбіжності й розбалансованість. Цей законодавчий дисбаланс має суб'єктивні причини, адже законодавство – результат свідомої діяльності. Вирішення питання правової колізії повинно відбуватися системно. Введення принципово нових утворень вимагає інтенсивної правотворчості, а не формального перейменування і некритичного запозичення не лише термінології, а й цілих інститутів, які існують у європейських країнах, усупереч принципам наступності та спадкоємності права. Створений продукт реформаторської роботи має різко виражену дефектність.

По-друге, проблема застосування прийнятих змін. Бажання швидких реформ призвело до зниження якості інструментів, за допомогою яких вони проводяться. Кримінальний кодекс – не мораліст у сухих параграфах, а живе законодавство, і сьогодні воно виглядає позбавленим логіки і визначеності. За таких умов правозастосувачі змушені або ігнорувати усі приписи закону (наприклад, у випадку строків розгляду певних проступків), або свавільно і безсистемно їх застосовувати.

По-третє, важлива класифікація покарань за ступенем їх суворості. Це одна з основних ознак, яка відрізняє кримінально-протиправне діяння від інших правопорушень (адміністративних, цивільних тощо). Саме ступінь тяжкості дає змогу шляхом типової санкції провести розмежування діянь різного рівня суспільної небезпеки і, як наслідок, встановити різний за негативним впливом на винного набір кримінально-правових наслідків. Поки що ми маємо певну неузгодженість на усіх рівнях системи покарань, а її ефективна і перевірена часом робота поставлена під сумнів. Кардинальні й необґрунтовані зміни призвели до втрати її стабільності, що, як наслідок, матиме суперечливу практику застосування.

По-четверте, численні, у минулому невеликої та середньої тяжкості, злочини тепер визнаються проступками. Щодо фундаментальних засад кримінального права це визнання відбулося

без виокремлення адекватних кваліфікаційних критеріїв, теоретичної побудови у вигляді кримінально-правової доктрини.

По-п'яте, чітке розмежування кримінальних проступків та злочинів у Кримінальному кодексі України не проведено. Тому спроба поділу кримінальних правопорушень на кримінальні проступки та злочини міститиме надмірну дискрецію правозастосувачів. А між тим віднесення того чи іншого кримінального правопорушення до певної категорії тягне широкий спектр кримінально-правових наслідків, що забезпечує диференціацію кримінальної відповідальності й індивідуалізацію покарання. Помилка у законодавчій оцінці суспільної небезпеки злочинів може виявлятися у встановленні неадекватної типової міри покарання – менш суворої або більш суворої, ніж необхідно у кожному конкретному випадку.

Підхід, обраний законодавцем, – недостатньо продуманий, без врахування загальних принципів криміналізації діянь. Він неминує тягне за собою суперечливість системи, а відтак – низьку ефективність застосування закону і труднощі у правозастосовній практиці.

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень: Закон України від 22 листопада 2018 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 17. Ст. 71. 2. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. (у ред. від 12.09.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>. 3. Бибик О.Н. Наказуемость как признак преступления. *Вестник Омского университета*. Сер. «Право». 2008. № 2 (15). С. 123-126. 4. Кривоченко Л. М. Класифікація злочинів за ступенем тяжкості у Кримінальному кодексі України: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2010. 120 с. 5. Кримінальне право України: Загальна частина: підручник / заред. П. С. Матишевського, П. П. Андрушка, С. Д. Шапченка. Київ: Юрінком Інтер, 2002. 528 с. 6. Мамченко Н. Чи треба в новій редакції Кримінального кодексу визначити поняття злочину? *Судебно-юридическая газета*. 2019. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/150934-chi-treba-v-noviy-redaktsiyi-kriminalnogo-kodeksu-viznachati-ponyattya-zlochynu>. 7. Кримінальний кодекс Швейцарії: 21 грудня 1937 р. (у редакції станом на 1 липня 2020 р.). URL: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html>. 8. Зауваження до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2617-19>. 9. Висновок на проект Закону

України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2617-19>.

References

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України швидко спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень: Закон України від 2 листопада 2018 р. *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*. 2019. № 17. Ст. 71. 2. Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. (у ред. від 12.09.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>. 3. Bybyk O.N. Nakazuemost kak pryznak prestupleniya. *Vestnyk Omskogo unyversyteta*. Ser. «Pravo». 2008. № 2 (15). S. 123-126. 4. Kryvochenko L. M. Klasyfikatsiia zlochyniv za stupenem tiazhkosti u Kryminalnomu kodeksi Ukrainy: monohrafiia. Kyiv: Yurinkom Inter, 2010. 120 s. 5. Kryminalne pravo Ukrainy: Zahalna chastyna: pidruchnyk / za red. P. S. Matyshevskoho, P. P. Andrushka, S. D. Shapchenka. Kyiv: Yurinkom Inter, 2002. 528 s. 6. Mamchenko N. Chy treba v novii redaktsii Kryminalnogo kodeksu vyznachaty poniattia zlochynu? *Sudebno-yurydycheskaia hazeta*. 2019. URL: Rezhym dostupu: <https://sud.ua/ru/news/publication/150934-chi-treba-v-noviy-redaktsiyi-kriminalnogo-kodeksu-vyznachaty-ponyattia-zlochynu>. 7. Kryminalnyi kodeks Shveitsarii: 21 hrudnia 1937 r. (u redaktsii stanom na 1 lyupnia 2020 r.). URL: <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html>. 8. Zauvazhennia do proektu Zakonu Ukrainy «Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo sproschennia dosudovoho rozsliduvannia okremykh katehorii kryminalnykh pravoporushen». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2617-19>. 9. Vysnovok na proekt Zakonu Ukrainy «Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo sproschennia dosudovoho rozsliduvannia okremykh katehorii kryminalnykh pravoporushen». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2617-19>.

Basaliuk Natalia. Constructive and destructive in criminal law reform

The article is devoted to the updating of the criminal law system that occurred as result of the entry into legal force of the Law of Ukraine “About amending of certain legislative acts on simplifying the pre-trial investigation of certain categories of criminal offences” on 01.07.2020. Understanding the results of this reform made it possible for the author to identify a number of problematic aspects, including incompleteness, inaccuracy and contradictory of these changes.

Searches of the optimal model of criminal law system with the obligable borrowing of humanism ideas led to the emergence of a new concept in the Criminal Code of Ukraine – criminal offence. Changing the essence of the concept of criminal legislation, which is based on a qualitatively new approach, guidelines and values, requires legal justification and post factum criticism, as almost all legislative changes were made without proper methodological development and theoretical basis.

Expectations of the law society for a positive modernization of criminal law have not yet been met – in some cases, modernized criminal law provisions look like an unsuccessful copy of the legislation of European countries. As results, it is possible to note some crisis of criminal law due to mentioned legislative imperfections. Meanwhile, the high quality of criminal legislation is not only the key to the lack of excessive discretion among law enforcements and indicator of consistent and systematic work of legislators, but also one of indicators of democratic country. Therefore, the author hopes that all the shortcomings (which not only solve the problems of legislative regulations, but also gave rise to new ones) will be resolved in the nearest future.

Key words: criminal law reform, criminal offense, crime, misdemeanor, sanction.

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО І ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОНАВСТВО

УДК 341.9

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-241

О. С. ОВЕЧКИНА

СВОБОДА ЗАСНУВАННЯ КОМПАНІЙ І «ТЕОРІЯ ОСІЛОСТІ» В ПРАКТИЦІ СУДУ ЄС ІЗ ВИРІШЕННЯ СПОРІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ ПРАВОВИМ СТАТУСОМ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Досліджуються способи вирішення правових колізій, обумовлених відсутністю у праві держав-членів ЄС єдиного підходу до регулювання приватноправового статусу юридичних осіб. Зокрема, коротко проаналізовано практику Суду ЄС у спорах, пов'язаних із правовим статусом юридичних осіб. Установлено, що застосування критерію осілості в державах-членах ЄС фактично перешкоджає реалізації принципу свободи заснування, передбаченого установчими договорами ЄС. У рішеннях Суду ЄС, серед іншого, зазначено, що за умови заснування компанії відповідно до вимог держави-члена ЄС, така компанія має визнаватись іншими державами-членами ЄС, і зокрема державою, де розташовано фактичне місце знаходження компанії.

***Ключові слова:** особистий закон юридичної особи, критерій інкорпорації, критерій осілості, Суд ЄС.*

Ovechkina Olga. Freedom of establishment and «settlement theory» in the case law of the Court of Justice of the European Union on the settlement of disputes related to the legal status of legal entities

The article examines ways to resolve legal conflicts due to the lack of law in the law of EU member states on a unified approach to regulating the private status

of legal entities. In particular, the case law of the Court of Justice in disputes related to the legal status of legal entities is briefly analyzed. It has been established that the application of the criterion of settlement in the EU Member States actually hinders the implementation of the principle of freedom of establishment provided for in the EU's founding treaties. The judgments of the Court of Justice state, inter alia, that if a company is established in accordance with the requirements of an EU Member State, such a company must be recognized by other EU Member States, including the country where the company is actually located.

Key words: *personal law of a legal entity, incorporation criterion, settlement criterion, EU Court.*

Особлива юридична природа права Європейського Союзу (далі – ЄС) уособлює унікальне поєднання та співіснування норм права національних законодавств держав-членів та власне наднаціонального права інтеграційного об'єднання. Водночас слід зазначити наявність неузгодженого комплексу первинного та вторинного права ЄС, положень національних законодавств, міжнародних договорів країн, що унеможливорює, серед іншого, злагоджену та стабільну діяльність юридичних осіб в умовах спільного ринку ЄС. Також відсутність у праві ЄС одноманітних колізійних норм щодо питань правового статусу юридичних осіб на практиці призводить до виникнення складних питань правового характеру.

Уніфікація міжнародно-правового регулювання колізійних питань статусу юридичних осіб, яку намагалися здійснити в рамках Гаазької конференції з міжнародного приватного права та Європейського економічного співтовариства, зокрема, шляхом розробки Конвенції про визнання правосуб'єктності іноземних товариств, асоціацій та установ 1956 р. та Брюсельської конвенції про взаємне визнання компаній 1968 р., виявилася безуспішною у зв'язку із ненабуттям чинності вказаних міжнародно-правових актів.

Європейський Союз для вирішення проблем, що виникають у зв'язку із неодноманітним національним колізійним регулюванням правового статусу юридичних осіб, обрав такі шляхи їх подолання, як гармонізація правового регулювання окремих питань статусу юридичної особи, що зумовлено реалізацією ідеї спільного, вільного ринку, а також шлях розробки уніфіковано-

го правового регулювання статусу та діяльності юридичних осіб нового типу – «європейських» юридичних осіб.

Поряд із цим Суд ЄС зробив вагомий внесок у подолання зазначених проблем, що зумовлює актуальність дослідження практики Суду ЄС із вирішення спорів, пов'язаних із правовим статусом юридичних осіб.

Колізійні питання правового статусу юридичних осіб вивчаються такими фахівцями у сфері міжнародного приватного права, як О. Р. Кібенко, Г.С. Федяник, Р. В. Чернолуцький, В. Л. Чубарев, М. П. Юніна та ін. Питання правового статусу юридичних осіб у рішеннях суду ЄС досліджувалися П. Варговою, О. О. Дубовицькою, О. С. Касаткіною, І. Ф. Рудерман, О. М. Калініною та ін.

У державах-членах ЄС при визначенні правового статусу юридичних осіб переважно застосовуються два критерії (теорії, доктрини) встановлення національності та особистого закону юридичної особи – критерій осілості чи місцезнаходження юридичної особи та критерій інкорпорації або місця створення юридичної особи.

Теорія інкорпорації застосовується у таких країнах як Чехія, Данія, Швеція, Фінляндія, Нідерланди, Ірландія, Кіпр, та визначає статус юридичної особи правом держави, де вона створена. Наприклад, відповідно до Цивільного кодексу Нідерландів (ст. 118 книга 10) особистим законом для організації, яка зареєстрована як юридична особа, що має адміністративний центр, або за відсутності такого, має центр діяльності на момент створення на території певної держави, згідно із законодавством якої вона створена, буде закон цієї держави [1].

Факт створення юридичної особи підтверджується відповідною реєстраційною дією на підставі визначених законодавством певної держави норм, що засвідчує витяг із державного реєстру або інше свідоцтво, яке видається при реєстрації. Використання критерію інкорпорації є досить простим, проте має широкі можливості щодо «обходу» закону та зловживання правом юридичною особою шляхом «штучного» обрання юрисдикції, створення юридичних осіб у країнах – «правових оазисах» та ін.

Критерій осілості, що застосовується в Німеччині, Франції, Люксембурзі, Австрії, Бельгії, Іспанії, Португалії, Латвії, Литві, Польщі, Румунії, Угорщині та інших державах-членах ЄС, вста-

новлює особистий закон юридичної особи за місцем знаходження її адміністративного центру, а саме формального місцезнаходження (що зазначено в установчих документах) або реального місцезнаходження органів управління (головного офісу, ради директорів тощо).

У таких державах-членах ЄС, як Італія та Швейцарія, законодавством закріплено використання двох критеріїв визначення правового статусу юридичної особи.

Застосування вказаних критеріїв на практиці означає, що у зв'язку із різними колізійними нормами в різних державах одним і тим же правовідносинам, що обтяжені іноземним елементом, може бути дана різна правова оцінка, внаслідок чого може виникнути проблема «колізії колізій». Наприклад, юридична особа, що зареєстрована в Данії та має головний орган правління в Німеччині, у Франції вважатиметься німецькою, у Фінляндії – датською, у зв'язку із чим при вирішенні статутних питань постане проблема визначення застосовного права (німецького або датського).

З поглибленням інтеграційних процесів європейських країн та створенням ЄС вирішення вказаних питань набуло більшої актуальності, що обумовлюється специфікою правопорядку ЄС. Договір про функціонування Європейського Союзу (далі – ДФЄС), а саме статті 49 та 54 (в минулому статті 43 та 48 Договору про заснування Європейського економічного співтовариства), містить положення щодо свободи заснування та економічної діяльності компаній. «...Забороняється обмеження щодо створення представництв, філій або дочірніх підприємств громадянами будь-якої держави-члена, заснованими на території будь-якої держави-члена. Свобода заснування включає право започатковувати та вести діяльність..., а також створення й управління суб'єктами господарювання... згідно з умовами, передбаченими для власних громадян законодавством країни, де здійснюється таке заснування, з урахуванням положень Глави, що стосується капіталу» [2].

Як зазначає В.І. Муравйов «свобода заснування та економічної діяльності означає заборону прямої або непрямой дискримінації суб'єктів підприємницької діяльності держав-членів та території іншої держави-члена» [3, 77].

З точки зору міжнародного приватного права, запроваджений у рамках ЄС принцип свободи заснування означає: по-перше, законодавство держави-члена ЄС, на території якої має бути розміщено орган правління юридичної особи, не повинно містити норми, що перешкоджатимуть переміщенню місця ефективного управління юридичної особи з держави, в якій її було засновано; по-друге, законодавство країни-члена ЄС, в якій створено юридичну особу, також не має містити перешкод щодо можливості такого переміщення; по-третє, юридична особа як така повинна мати можливість щодо переміщення центру управління без необхідності ліквідації та здійснення інших процедур реорганізації, реструктуризації або іншої трансформації.

Таким чином, застосування теорії осілості, що, як правило, передбачає збіг/співпадіння фактичного та статутного місцезнаходження юридичної особи, суперечить змісту принципу свободи заснування та економічної діяльності. Це пов'язано із тим, що юридична особа, здійснюючи діяльність у державі, що використовує критерій осілості, та маючи заснування в іншій державі, не визнаватиметься як учасник правовідносин та не матиме правосуб'єктності в приймаючій державі, поки не буде пройдено процедуру ліквідації в державі заснування та створення «заново» юридичної особи в приймаючій державі відповідно до норм її законодавства.

Особливу роль у вирішенні питань, що пов'язані з правовим статусом юридичних осіб, відіграє Суд ЄС. На підставі статті 19 Договору про Європейський Союз (в редакції 2007 року) Суд ЄС забезпечує дотримання прав при тлумаченні та застосуванні положень установчих договорів [4]. Рішення Суду роз'яснюють, коли держави-члени порушують законодавство ЄС, а також як саме необхідно тлумачити і застосовувати норми права ЄС на національному рівні. Це допомагає, в свою чергу, вирішенню колізій та суперечностей між нормами права ЄС та національними законодавствами держав-членів ЄС.

Як зазначає Т. В. Комарова, на даному етапі розвитку правової системи ЄС, безперечно, можна говорити про існування сформованого прецедентного права, створеного Судом ЄС, яке є одним із джерел наднаціонального права. ... Щодо рішень Суду ЄС, то є підстави визнавати за ними якості прецедентів за фактичними обставинами, тобто «квазіпрецедентами», через

їх важливість та необхідність дотримання як певного зразка, принципу, який використовується для вирішення спору в різних юридичних ситуаціях. Правила, які встановлює Суд ЄС у своїх рішеннях, є обов'язковими для всіх судів держав-членів. Незважаючи на те, що між національними судами та Судом ЄС немає ієрархії, обов'язковість рішень Суду визначається ієрархією інтеграційної правової системи над національними правовими системами [5, 286].

Таким чином, виникає необхідність вивчити позиції Суду ЄС з різних питань правового статусу юридичних осіб, що постановлено в його рішеннях.

У справі «Daily Mail» [6] англійська інвестиційна холдингова компанія «Daily Mail» намагалася здійснити переміщення органів управління до Нідерландів з метою уникнення сплати податків відповідно до англійського права, проте дозвіл від Міністерства фінансів Великобританії отримано не було. При цьому важливо зазначити, що обидві держави застосовують критерій інкорпорації. Судом ЄС було наголошено, що в цій справі положення права ЄС щодо свободи заснування не підлягають застосуванню через достатньо різні положення національних законодавств Великобританії та Нідерландів, підкреслюючи необхідність врахування юридичною особою норм законодавства держави, в якій вона була створена. Також Судом ЄС підкреслено право юридичної особи здійснювати заснування дочірніх організацій, філій, агентств в інших державах, проте наголошується, що держави мають самостійно визначати можливість юридичних осіб «мігрувати» в інші національні правопорядки, при цьому встановлюючи певні обмеження для таких юридичних осіб.

По суті, цим рішенням було надано пріоритет норм національного права над нормами засновницьких договорів ЄС про свободу заснування компаній. Крім того, Судом ЄС у цій справі зазначено, що питання стосовно переміщення статутного місцезнаходження або реального місцезнаходження органів правління юридичної особи не може вирішуватися в межах принципу свободи заснування та має знайти своє вирішення у національних законодавствах або міжнародних договорах.

Висновки у справі «Daily Mail» частково підтверджено рішенням Суду ЄС у справі «Cartesio» [7], в якій розглядалася можли-

вість переміщення фактичного місцезнаходження угорського товариства з обмеженою відповідальністю «Cartesio» до Італії без зміни застосовного до нього права та з одночасним збереженням правосуб'єктності в Угорщині. Суд ЄС зазначив, що держава має право визначати колізійні норми щодо діяльності компанії, якщо вона створена в цій державі, також має компетенцію вирішувати питання щодо правосуб'єктності такої компанії, зокрема можливість заборони збереження правосуб'єктності компанії, яка переміщує місцезнаходження в іншу державу. Так, держава заснування має право не дозволяти фактичне переміщення місцезнаходження компанії, якщо компанія бажає зберегти свою правосуб'єктність та застосовне право за нормами держави заснування, що не суперечить принципу свободи заснування. При цьому держава не має перешкоджати переміщенню компанії, якщо остання не має наміру зберегти правосуб'єктність та застосовне право в державі заснування.

Іншою є позиція Суду ЄС у справі «Centros Ltd.» [8]. У цій справі розглядалася правомірність рішення про відмову Міністерства торгівлі Данії у реєстрації філії компанії «Centros Ltd.», яка створена у Великобританії двома датськими громадянами, не здійснюючи жодної діяльності в державі заснування. Позиція датської сторони полягала у тому, що створення компанії «Centros Ltd.» за англійським правом є «обходом» закону, а саме датського законодавства, в частині мінімального розміру статутного капіталу, через штучну реєстрацію за англійським правом товариства з обмеженою відповідальністю (*privat limited company*), де відсутні аналогічні вимоги при створенні компанії. На думку датської сторони, справжнім наміром засновників було не відкриття філії у Данії, а «первинне» заснування юридичної особи – відкриття штаб-квартири (головного органу правління), позаяк жодної господарської діяльності з моменту її створення у Великобританії не здійснювалося, а також діяльність на території Данії «CentrosLtd.» призвела би до порушень прав кредиторів.

Суд ЄС постановив, що відмова у реєстрації філії є порушенням положень статей 52 та 58 Договору про заснування європейського економічного співтовариства (нині статті 49 та 54 ДФЕС), а саме принципу свободи заснування. Також Судом зауважено, що створення за більш ліберальними вимогами у державі-члені

юридичної особи, з подальшою реєстрацією її філії в іншій державі-члені ЄС, не є ознакою зловживання правом. Факт того, що юридична особа не здійснює жодної діяльності за місцем реєстрації та здійснює всю діяльність у державі, де створено її філію, також не є «обходом» закону, і не є підставою незастосування положень права ЄС щодо свободи заснування.

У справі «Überseering B. V.» [9] Суд ЄС розглядав питання невизнання правосуб'єктності іноземної юридичної особи судом ФРН. Так, нідерландське ТОВ «Überseering B. V.» уклало договір з німецькою Північною будівельною компанією «Baumanagement GmbH» про здійснення будівельних робіт приміщення, що мало бути розташовано в м. Дюссельдорф (Німеччина). В подальшому всі частки у ТОВ «Überseering B. V.» було придбано двома громадянами Німеччини. Через деякий час ТОВ «Überseering B. V.» звернулася до суду ФРН з позовними вимогами до контрагента Північної будівельної компанії «Baumanagement GmbH» стосовно неналежного виконання договірних зобов'язань. Проте судом ФРН у розгляді позову було відмовлено, посилаючись на те, що з придбанням німецькими громадянами часток компанії «Überseering B. V.» управління її діяльністю здійснювалось у Німеччині, відповідно відбулося переміщення фактичного місцезнаходження юридичної особи. Оскільки в Німеччині застосовується критерій осілості, то німецький суд не визнав правосуб'єктності компанії «Überseering B. V.», що створена за голландським правом, а фактичне місцезнаходження має в Німеччині, відповідно до права якої така юридична особа має пройти процедуру ліквідації у Голландії та створення за німецьким законодавством.

Суд ЄС, розглядаючи обставини справи, вирішив, що юридична особа, яка створена відповідно до норм законодавств держави-члена, має право переміщення статутного або фактичного місцезнаходження в іншу державу-член без втрати її правосуб'єктності. При цьому право держави створення може містити певні обмеження щодо правосуб'єктності такої юридичної особи в державі створення. Такі обмеження мають бути співмірними та обґрунтовані публічними інтересами.

Слід зазначити, що у справах «Centros Ltd» та «Überseering B. V.» Судом ЄС наголошено на необхідності розробки державами-членами норм національного законодавства, що перешкоджатимуть зловживанню правом при заснуванні юридичних осіб,

позаяк фактично рішення у цих справах давало можливість формального заснування компаній у державах з найбільш ліберальними умовами ведення діяльності, що призводить до зловживань з боку компаній. Проте на сьогодні подібних ухвалених правових актів у ЄС немає.

У подальшому Судом ЄС у таких справах, як «Inspare Art» [10], «Sevic» [11], «Vale» [12], розглянуто питання суперечності норм національного права держав-членів ЄС положенням статей 49, 54 ДФЕС та наголошено, серед іншого, на тому, що за умови заснування компанії відповідно до вимог держави-члена ЄС така компанія має визнаватись іншими державами-членами ЄС, і зокрема державою, де розташовано фактичне місце знаходження компанії. Крім того, приймаюча держава може дозволити компанії переміщення місцезнаходження до іншої держави при збереженні її правосуб'єктності, проте із зміною застосовного права (з метою відповідності вимогам права приймаючої держави щодо організаційно-правових форм компаній, що здійснюють діяльність на території приймаючої держави).

У справі «Polbud» Суд ЄС підкреслив можливість транскордонних перетворень компаній у ЄС, розглядаючи правомірність рішення Верховного Суду Польщі про відмову польського суду вилучити компанію «Polbud» з польського торгового реєстру після того, як компанія перенесла свій зареєстрований офіс до Люксембурга. Вказана відмова польським судом обґрунтовувалася ненаданням компанією «Polbud» документів щодо завершення процедури її ліквідації у Польщі після переміщення офісу до Люксембурга. Суд ЄС вирішив, що принцип свободи заснування застосовується до всіх компаній, які створені відповідно до норм держав-членів і які мають зареєстрований орган правління, адміністрацію або основне місце діяльності в ЄС. Це означає, що компанія може здійснити в межах ЄС перетворення на іншу компанію, діяльність якої регламентується законодавством іншої держави-члена. «Сам факт, що компанія переносить свій зареєстрований офіс з однієї держави-члена до іншої, не може бути підставою для загальної презумпції шахрайства і не може виправдовувати заходи, що негативно впливають на здійснення гарантованої Договором про функціонування ЄС свободи заснування» [13].

Отже, Суд ЄС, розглядаючи кожний випадок окремо, не вирішує всіх правових аспектів діяльності юридичних осіб, що пов'язані з їх правовим статусом, та не створює правових норм. Водночас у своїх рішеннях Суд ЄС розтлумачив принцип свободи заснування, що міститься у статтях 49 та 54 ДФЄС.

Водночас висновки, що містяться у рішеннях Суду ЄС, часто містять чимало неоднозначних та суперечливих позицій у питаннях, які ним розглядалися, що актуалізує створення єдиного, узгодженого нормативно-правового регулювання вказаних питань у рамках ЄС. Так, у справі «Daily Mail» Суд ЄС наголошує, що свобода заснування не охоплює питання щодо переміщення місця знаходження юридичної особи, тим самим обґрунтовує можливість застосування теорії осілості. Водночас в інших справах Судом ЄС наголошується на неправомірній вимозі держави-члена ЄС, що застосовує теорію осілості до іноземних юридичних осіб, стосовно ліквідації іноземної юридичної особи при її переміщенні, а також неправомірності невизнання такої юридичної особи в приймаючій державі. Вказану позицію обґрунтовано Судом ЄС тим, що застосування теорії осілості при визначенні особистого закону (статуту) юридичної особи фактично перешкоджає реалізації принципу свободи заснування, який міститься в ДФЄС, позаяк переміщення центрів управління юридичної особи на територію держави, де застосовується теорія осілості, має наслідком зміну застосовного права, а також втрату правосуб'єктності юридичної особи.

Аналіз рішень Суду ЄС, зокрема в частині «співіснування» задекларованого в установчих договорах ЄС принципу свободи та норм національних законодавств, виявляє важливі для міжнародного приватного права тенденції щодо нівелювання значення такого колізійного критерію визначення правового статусу юридичної особи, як теорія осілості. Зміст зазначених рішень Суду ЄС дає змогу стверджувати, що за умови заснування компанії відповідно до вимог держави-члена ЄС така компанія має визнаватись іншими державами-членами ЄС, і зокрема державою, де розташовано фактичне місце знаходження компанії. Водночас гармонізовані норми у національних законодавствах державах-членах ЄС щодо широкого кола питань правового статусу юридичних осіб відсутні.

1. Dutch Civil Code. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. 2. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the functioning of the European Union. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text. 3. Європейське право: Право Європейського Союзу: підручник. У 3 кн. Кн. 2. / за заг. ред. В. І. Муравйова. Київ: Ін Юре, 2015. 456 с. 4. Договір про Європейський Союз. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029#Text. 5. Комарова Т. В. Юрисдикція Суду Європейського Союзу: монографія. Харків: Право, 2010. 360 с. 6. Case C-81/87 Daily Mail [1988] ECR 5483. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ0081>. 7. Case C-210/06 Cartesio [2008] ECR I-9641. URL: https://eur-lex.europa.eu/search.html?DN=62006C%20210&qid=1598202906646&DTS_DOM=ALL&type=advanced&lang=en&SUBDOM_INIT=ALL_ALL&DTS_SUBDOM=ALL_ALL. 8. Case 212/97 Centros [1999] ECR I-01459. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0212>. 9. Case C-208/00 Überseering [2002] ECR I-09919. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0208#>. 10. Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR 2003 I-10155. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0167>. 11. Case C-411/03 Sevic [2005] ECR I-10805. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62003CJ0411>. 12. Case C-378/10 Vale Építési kft. [2012] URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0378>. 13. Case C-106/16 Polbud [2017] URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0106>.

References

1. Dutch Civil Code. URL: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodegeneral.htm>. 2. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the functioning of the European Union. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text. 3. Yevropeiske pravo: Pravo Yevropeiskoho Soiuzu. Pidruchnyk. U 3 kn. Kn. 2 / Za zah. red. V. I. Muraviova. Kyiv. In Yure, 2015. 324 s. 4. Dohovir pro Yevropeyskiy Soiuz. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029#Text. 5. Komarova T. V. Yurysdyktsiia Sudu Yevropeiskoho Soiuzu: monohrafiia. — Kharkiv: Pravo, 2010. 360 s. 6. Case C-81/87 Daily Mail [1988] ECR 5483. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ0081>. 7. Case C-210/06 Cartesio [2008] ECR I-9641. URL: https://eur-lex.europa.eu/search.html?DN=62006C%20210&qid=1598202906646&DTS_DOM=ALL&type=advanced&lang=en&SUBDOM_INIT=ALL_ALL&DTS_SUBDOM=ALL_ALL. 8. Case 212/97 Centros [1999] ECR I-01459. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0212>. 9. Case C-208/00 Überseering [2002] ECR I-09919. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0208#>. 10. Case C-167/01 Inspire Art [2003] ECR 2003 I-10155. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62001CJ0167>. 11. Case C-411/03 Sevic [2005] ECR

I-10805. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62003CJ0411>. **12.** Case C-378/10 Vale Építési kft.[2012] URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0378>. **13.** Case C-106/16 Polbud [2017] URL:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0106>.

Ovechkina Olga. Freedom of establishment and «settlement theory» in the case law of the Court of Justice of the European Union on the settlement of disputes related to the legal status of legal entities

The article notes the existence of an uncoordinated set of primary and secondary EU law, provisions of national legislation, international treaties, which prevents, among other things, the coordinated and stable activities of legal entities in the common EU market. Also, the lack of uniform conflict of law rules in EU law on the legal status of legal entities leads to the emergence in practice of complex legal issues.

The Court of Justice, considering each case separately, does not resolve all legal aspects of the activities of legal entities related to their legal status, and does not create legal norms. At the same time, in its judgments, the Court of Justice has interpreted the principle of freedom of establishment contained in Articles 49 and 54 TFEU.

At the same time, the conclusions contained in the decisions of the Court of Justice of the EU often contain many ambiguous and contradictory positions in the issues it considered, which makes it important to create a single harmonized legal regulation of these issues within the EU.

Thus, the analysis of the judgments of the Court of Justice conducted in this study, in particular, in terms of “coexistence” of the principle of freedom and norms of national laws declared in the founding treaties of the EU, reveals important trends in private international law. as a theory of settlement. The content of these judgments of the Court of Justice states that if a company is established in accordance with the requirements of an EU Member State, such a company should be recognized by other EU Member States, including the country where the company is actually located.

However, to date, there are no harmonized rules in the national legislation of the EU member states on a wide range of issues related to the legal status of legal entities.

Key words: personal law of a legal entity, incorporation criterion, settlement criterion, EU Court.

РЕЦЕНЗІЇ

О. С. ПЕРЕВЕРЗЄВА

**НАУКОВО-ДОСЛІДНИЦЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ
У ВОДАХ СВІТОВОГО ОКЕАНУ**

Монографія «Міжнародне морське право: правовий статус науково-дослідних суден»* присвячена висвітленню питань історії зародження та формування міжнародно-правових положень, що регламентують науково-дослідницьку діяльність у водах Світового океану. В книзі висвітлюється статус науково-дослідних суден та даються рекомендації щодо подальшого вдосконалення міжнародно-правової регламентації морських наукових досліджень.

Перша частина «Зародження і розвиток міжнародно-правових відносин у сфері науково-дослідницької діяльності у водах Світового океану» висвітлює історичні питання свободи наукових досліджень, розвитку й становлення міжнародно-правових відносин у сфері морських наукових-досліджень. Окремі розділи присвячено підготовці питань про морські наукові дослідження до III Конференції ООН з морського права та розгляду морських

© ПЕРЕВЕРЗЄВА Ольга Сергіївна – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу міжнародного права і порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

* Шипцов О.А., Анцелевич Г.О., Гіренко О.Т., Моцик О.Ф., Стефанов Г.С., Шипцов О.О. Міжнародне морське право: правовий статус науково-дослідних суден: монографія. Київ: ДУ «Гідрофізичний центр НАН України», Одеса: Фенікс, 2019. 436 с.

наукових досліджень у світлі положень Конвенції ООН з морського права 1982 р.

У другій частині «Регламентація проведення морських наукових досліджень» розглядається понятійний апарат дослідження, правова регламентація здійснення морських наукових досліджень як складової процесу пізнання природного середовища, юридичні аспекти та правові підстави використання методів і засобів здійснення морських наукових досліджень. Спеціальні розділи присвячено огляду міжнародних багатосторонніх договорів у сфері морських наукових досліджень, правовому регулюванню науково-дослідницької діяльності у морських просторах, розташованих за межами національної юрисдикції, і таких, що підпадають під юрисдикцію прибережних держав.

Третя частина «Правові аспекти діяльності науково-дослідних суден в інтересах збереження морського природного середовища» присвячена аналізу такого важливого питання, як захист і збереження морського середовища. Окремий розділ висвітлює правове регулювання здійснення екологічних морських наукових досліджень із використанням науково-дослідних суден у морських просторах, які підпадають під юрисдикцію прибережних держав.

У четвертій частині «Правовий статус науково-дослідних суден у порядку DE LEGE FERENDA» автори аналізують правовий режим проведення морських наукових досліджень у порядку *de lege ferenda*.

П'ята частина «Правовий статус, режим діяльності та класифікація науково-дослідних суден на сучасному етапі» присвячена розгляду питань про правовий статус, режим діяльності та класифікацію науково-дослідних суден на сучасному етапі, формування міжнародно-правової бази, що стосується їх діяльності, загальному огляду їх правового становища на сучасному етапі. В окремому розділі автори розглядають науково-дослідні судна як основний засіб морських наукових досліджень.

У шостій частині «Практика міжнародно-правової регламентації та реалізації суверенних прав прибережних держав Азово-Чорноморського басейну в сфері організації та проведення морських експедиційних досліджень» здійснено огляд виконання вимог універсальних міжнародних багатосторонніх договорів у сфері організації та проведення морських експеди-

ційних досліджень державами Азово-Чорноморського басейну, а саме Республікою Болгарія, Республікою Грузія, Російською Федерацією, Румунією, Турецькою Республікою та Україною, а також оцінка практики міжнародно-правової регламентації та реалізації суверенних прав прибережних держав Азово-Чорноморського басейну в сфері організації та проведення морських експедиційних досліджень.

У сьомій частині «Імплементация в Україні норм міжнародного морського права в сфері безпеки мореплавства» викладено погляди авторського колективу на певні аспекти виконання Україною міжнародних зобов'язань у сфері безпеки мореплавства, на інструменти виконання міжнародних стандартів забезпечення безпеки мореплавства, на проблеми арешту та затримання морського науково-дослідного судна, на міжнародно-правові особливості забезпечення безпеки мореплавства в районах Чорного та Азовського морів, прилеглих до Автономної Республіки Крим, на міжнародні інституційно-правові основи забезпечення безпеки мореплавства.

У восьмій частині «Міжнародно-правова регламентація проведення морських експедиційних досліджень в інтересах військового мореплавання» розглянуто такі питання, як вплив особливостей розвитку військового мореплавства на кодифікацію міжнародного морського права, поняття та міжнародно-правову регламентацію проведення морських експедиційних досліджень в інтересах військового мореплавства та національні правові норми держав Азово-Чорноморського басейну, що регламентують таку діяльність.

У роботі автори акцентують на актуальності та пріоритетному характері розвитку міжнародного морського права у сфері регламентації морських наукових досліджень, по-перше, з огляду на постійне зростання зацікавлення людства у використанні найрізноманітніших запасів Світового океану, по-друге, внаслідок відсутності в законодавстві України чіткої нормативно-правової регламентації роботи науково-дослідних суден, прав і обов'язків їхньої адміністрації, а також організаторів і керівників наукових морських експедицій.

Варто зазначити, що робота має насамперед інформативний та аналітичний характер, має за мету застерегти організаторів,

керівників і учасників експедицій від небажаних наслідків, вимушеного чи необережного відхилення від норм міжнародного морського права або місцевих правил і звичаїв у намічених районах роботи при проведенні морських наукових досліджень за допомогою науково-дослідних суден.

Заслужують на увагу висновки та практичні рекомендації, зокрема про необхідність завчасного здійснення дипломатичними каналами запитів щодо національних нормативно-правових вимог до проведення морських експедиційних досліджень у зонах національної юрисдикції прибережних держав Азово-Чорноморського басейну, про планування, організацію та проведення морських експедиційних досліджень у співробітництві з компетентними міжнародними та національними організаціями. Авторами критично проаналізовано підхід прибережних держав Азово-Чорноморського басейну до імплементації міжнародно-правових норм стосовно проведення морських наукових досліджень до національного законодавства.

Отже, монографія О.А. Щипцова, Г.О. Анцелевича, О.Т. Гіренка, О.Ф. Моцика, Г.С. Стефанова, О.О. Щипцова «Міжнародне морське право: правовий статус науково-дослідних суден» є добре аргументованим науковим дослідженням, що має суттєве теоретичне значення та практичну цінність у сфері регламентації правового статусу науково-дослідних суден.

Держава
і право Випуск 88

Частина 2

ПОЛІТИЧНІ
НАУКИ

ЕТНОПОЛІТОЛОГІЯ ТА КОНФЛІКТОЛОГІЯ

УДК 323.11(477): 327.5

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-258

С. А. АСЛАНОВ

ТИПОЛОГІЯ ЕТНОПОЛІТИЧНОЇ СТАБІЛЬНОСТІ У ЕТНОПОЛІТИЧНИХ СИСТЕМАХ ЗАКРИТОГО І ВІДКРИТОГО ТИПУ

Здійснено аналіз класифікації типів етнополітичної стабільності, зокрема динамічної, статичної та абсолютної. Автор доходить висновку про беззаперечний дестабілізаційний вплив етнічного конфлікту та вказує на необхідність перегляду засад етнонаціональної політики України.

Ключові слова: етнічний конфлікт, етнополітична стабільність, етнонаціональна політика.

Aslanov Stellas. Typology of ethno-political stability in open and closed type ethno-political systems

The analysis of classification of ethno-political stability types, in particular dynamic, static and absolute, has been carried out. The author concludes about the undeniable destabilizing impact of ethnic conflict and points to the need to revise the principles of the ethno-national policy of Ukraine.

Key words: ethnic conflict, ethno-political stability, ethno-national policy.

Актуальність досліджуваної проблематики обумовлена тим, що наразі підтримання етнополітичної стабільності в державі є найголовнішим і першочерговим завданням етнонаціональної політики всіх пострадянських країн, про що свідчить етнополітичний конфлікт на Сході України. Водночас як законодавство

© АСЛАНОВ Стеллас Антйович – доктор політичних наук, професор кафедри політології і державного управління Ужгородського національного університету; ORCID: 0000-0001-5510-0998; e-mail: Stelas1969@gmail.com

цих держав питанню забезпечення етнополітичної стабільності не приділяє належної уваги. Не останню роль у сприйнятті та трактуванні етнополітичної стабільності відіграє тип етнополітичної стабільності, що формується етнополітичною системою кожної країни.

Етнополітична стабільність є порівняно малодослідженим сегментом етнополітології, наукових спроб вивчення та класифікації цього політико-правового явища раніше не спостерігалося. Тому, виходячи з науково-теоретичних напрацювань політології та права, спробуємо класифікувати етнополітичну стабільність як політичну стабільність, різновидом якої і є об'єкт дослідження, в свою чергу, виділивши типи етнополітичної стабільності.

Незважаючи на те, що окремих досліджень і класифікацій етнополітичної стабільності не проводилося, слід відзначити роботи А. Макаричева, А. Семченка, О. Кривицької, К. Вітмана, А. Колодій, І. Кресіної, М. Василика, О. Майбороди, Є. Бистрицького, Ю.Мацієвського, В. Євтуха, В. Явір, які стали науковою базою цих спроб класифікації явища. Слід зазначити, що єдиного трактування етнополітичної стабільності, бачення її суті та особливостей у вищезгаданих дослідників не спостерігається. У політичній науці виокремлюється величезна кількість підходів до політичної стабільності, її класифікацій залежно від типу політичного режиму, вектору розвитку держави тощо. Більша частина з них не можуть бути застосовані до етнополітичної стабільності, як, наприклад, типологія Д. Яворськи, що розмежовує мінімальну та демократичну політичну стабільність. У класифікації американського політолога мінімальний рівень політичної стабільності означає відсутність на території держави громадянських воєн чи інших форм збройних конфліктів. Така стабільність може бути досягнута за допомогою, в тому числі, авторитарних механізмів. Демократична ж стабільність розглядається скоріше як функція демократії, що передбачає участь громадян в управлінні державою за допомогою інститутів громадянського суспільства. «Демократична ж стабільність ґрунтується на здатності демократичних структур швидко реагувати на зміни громадського настрою для забезпечення досягнення миру і громадянської згоди», – вважає вчений [1].

Виходячи з науково-теоретичних напрацювань та класифікацій політичної стабільності, спробуємо виокремити статичну та динамічну етнополітичну стабільність. Статична етнополітична стабільність характеризуватиметься формуванням та збереженням статичності, сталості етнічних і політичних структур, зв'язків, етнонаціональних відносин. Як правило, статична етнополітична стабільність спостерігається там, де практикуються недемократичні типи етнонаціональних відносин: 1) патерналістський тип – відносини панування та підкорення (домінування одного етносу й утиск прав інших етноспільнот, які населяють державу) або 2) тип деетнізації відмінностей – насильницьке зменшення чисельності етносуб'єктів (колонізаторська політика, етноцид). Домінування того чи іншого типу етнонаціональних відносин у поліетнічній державі спричиняється тим, що етнополітична система має таку властивість як здатність переконувати (шляхом насильства або визнання) громадян прийняти відповідний тип етнополітичних відносин як обов'язковий. Для держав із демократичним, рівноправним типом етнонаціональних відносин, в яких, за твердженням В. Котигоренка, держава опікується розширенням можливостей національних меншин у користуванні та навчанні рідними мовами, підтримкою національних культурних традицій і забезпеченням умов сповідування релігій, підготовкою національних культурно-освітніх кадрів, організацією національних навчальних закладів, сприянням випускові літератури, радіо- і телепрограм національними мовами [2], – цей тип етнополітичної стабільності не характерний. Статична етнополітична стабільність базується на стереотипах та уявленнях про непорушність підвалин етнополітичної сфери, уповільнений (що трактується як обережний, стриманий) темп етнонаціонального розвитку, визнанні необхідності застосування консервативних підходів у етнонаціональній політиці, формуванні відповідних стереотипів політичної свідомості і поведінки. За умов статичної етнополітичної стабільності будь-які зміни трактуються як загроза етнополітичній безпеці, порушення міжетнічного миру, балансу інтересів етноспільнот, джерело ймовірного виникнення міжетнічних конфліктів.

Статична етнополітична стабільність характерна для політичних систем закритого типу. Однак, на думку М. Василика, жит-

тездатність політичних систем за підтримання цього типу стабільності дуже лімітована [3]. Статична етнополітична стабільність виникає як результат жорсткої протидії як зовнішнім, так і внутрішнім змінам в етнополітичних системах закритого типу. Вимоги етноспільнот щодо покращення свого етнополітичного статусу ігноруються, жорстко придушуються або переспрямовуються в інше русло. Яскравим прикладом особливостей функціонування статичної етнополітичної стабільності у етнополітичній системі закритого типу, до яких належить Росія, є становище кримських татар у окупованому Криму. Автономна республіка Крим незаконно набула статус федеративного суб'єкта федерації Російської Федерації – відповідно кримські татари – статус національної меншини РФ. Відомо, що росіяни з часів СРСР сприймають присутність кримських татар у Криму як загрозу своєму етнополітичному домінуванню і всіма можливими способами конкурують з цією етноспільнотою. За перебування АР Крим у складі України вони не мали етнополітичних механізмів для переслідування кримських татар і задоволення своїх претензій, після окупації півострова ситуація докорінно змінилася не на користь кримських татар.

Окупаційна влада Криму тривалий час забороняє в'їзд додому, до Криму лідерам Меджлісу Р. Чубарову і М. Джемілеву. ФСБ чинить тиск на членів Меджлісу, що унеможлиблює проведення зборів Курултаю кримськотатарського народу на окупованій території.

Статична етнополітична стабільність може бути характерною також для перехідних суспільств, на зразок українського. Перехідні держави досить вразливі з точки зору досягнення та підтримання стабільності, вони мають багато як внутрішніх, так і зовнішніх факторів дестабілізації. Тому політична система для власного збереження, контролю над суспільством тяжіє більше до статичної, аніж динамічної стабільності попри демократичний тип етнонаціональних відносин. Як зауважує О. Майборода, держава – це насамперед єдина для усіх система права, у тому числі того, яке регулює міжетнічні відносини [4]. А отже, задає вектор формування етнополітичної стабільності. Дослідник запевняє, що правове поле України визнається, у тому числі міжнародними експертами, таким, що відповідає загальнови-

знаним демократичним засадам, аналогічним тим, на які спираються передові країни світу. Серед цих засад – гарантування рівних прав усім громадянам незалежно від етнічної чи расової належності, право вільного національно-культурного розвитку усіх етнічних спільнот, недопущення як дискримінації, так і привілеїв за етнічною ознакою, рівність прав і можливостей громадян незалежно від етнічної належності у створенні, використанні та поширенні культурних цінностей, гарантування вільного розвитку мов – як титульного етносу, так і національних меншин.

Українські етнополітологи впродовж багатьох років неодноразово вказували, що етнонаціональна політика України потребує якісного оновлення політико-правової основи функціонування, вдосконалення у вигляді модернізації та реформування. Однак влада, незалежно від політичних сил, які її представляли на будь-якому етапі функціонування Української держави, продовжувала дотримуватися статичного типу етнополітичної стабільності, неодноразово підкреслюючи, що головним її досягненням в етнонаціональній сфері залишається відсутність між-етнічних конфліктів в Україні [5].

Тому принагідно К. Вітман цікавиться, навіщо змінювати модель етнонаціональної політики, вдаватися до радикальних заходів із непередбачуваними наслідками, якщо вона стабільно виконує свою головну функцію – підтримує етнополітичну стабільність та міжнаціональну злагоду в державі? Однак дослідник переконаний, що подальша консервація етнополітичної ситуації несе в собі набагато більше ризиків, ніж переваг [6].

Науковці неодноразово вказували на вади правового регулювання сфери національних відносин та необхідність його модернізації: “Недосконалість законодавчої бази державної етнонаціональної політики України, недостатній рівень правового регулювання багатьох сфер, недовірливість багатьох механізмів захисту прав представників національних меншин в українському правовому полі є причиною деструктивних явищ в сфері етнонаціональних відносин... Це акумулює невдоволення в середовищі національних меншин, спонукає їх іти в політику та лобіювати прийняття рішень, спрямованих на покращення свого становища за рахунок інших національних меншин [7].

Державна етнонаціональна політика, що базувалася на підтриманні статичної етнополітичної стабільності, у критичний момент – виникнення етнополітичного конфлікту з Російською Федерацією в 2014 році продемонструвала недовіру. Адже, за словами К. Вітмана, чинна модель етнонаціональної політики не передбачала механізмів швидкого, ефективного реагування на етнополітичні виклики. Більшість навіть широко обговорюваних етнополітичних проблем залишалися невирішеними протягом багатьох років, накопичуючи етноконфліктогенний потенціал [8]. Серед них – узгодження загальнонаціональної етнонаціональної політики з регіональною, яка із суттєвими відмінностями реалізовувалася в окремих регіонах Півдня та Сходу, уточнення статусу етноспільнот, зокрема процедури набуття статусу національної меншини, регулювання міграційних процесів, інтеграція мігрантів, зростання ксенофобії та запровадження відповідальності за прояви етнічної нетолерантності, подвійне громадянство.

Внесення необхідних змін до законодавства, які б започаткували розв'язання цих проблем, гальмувалося складною процедурою (особливо це стосується внесення змін до Конституції України), відсутністю політичної волі, браком консенсусу серед поляризованих політичних сил, представлених у парламенті, та побоюванням дестабілізації етнополітичної ситуації. Попри те, що українську етнополітичну систему жодним чином не можна було характеризувати як закриту і навіть умовно закриту за критерієм обміну імпульсами та ресурсами із зовнішнім середовищем, але очевидно, що вона була закритою до змін та інновацій, які хибно розглядалися як загроза етнополітичній стабільності та безпеці.

На противагу статичній етнополітичній стабільності, за аналогією з політичною стабільністю, до різновиду якої належить і етнополітична стабільність, виокремимо також динамічну етнополітичну стабільність. Саме динамічною стабільністю характеризують сучасний стан глобального суспільного середовища. Цей тип стабільності формується і підтримується відкритими етнополітичними системами, що активно використовують всі доступні можливості та ресурси для оновлення, модернізації, розвитку. Відкриті етнополітичні системи перебувають у

постійній взаємодії з іншими етнополітичними системами на міжнародному та двосторонньому рівні. Такі системи відкриті до інновацій, діалогу, обміну напрацьованими механізмами підтримання етнополітичної стабільності з іншими державами та міжнародним співтовариством, вони не створюють такої великої кількості загороджувальних бар'єрів, на відміну від закритих статичних етнополітичних систем. В умовах динамічної етнополітичної стабільності переважає консенсусний спосіб регуляції етнонаціональних інтересів у межах поліетнічного суспільства. Консенсусний тип регуляції соціальних відносин базується на визнанні різних інтересів і необхідності пошуку їх згоди з принципових проблем етнонаціонального та етнополітичного розвитку. Підставою для такого консенсусу слугують загальні принципи, цінності, що поділяються всіма учасниками етнополітичної взаємодії [9].

Слід зауважити, що в політології, окрім статичної та динамічної політичної стабільності, дослідники виокремлюють також абсолютну (повну) політичну стабільність, при цьому наголошуючи, що абсолютна стабільність політичної системи є абстракцією, що не має втілення у реальному світі. О. Семченко стверджує, що абсолютної стабільності не може бути навіть у так званих «мертвих» політичних системах, позбавлених внутрішньої динаміки, оскільки цей тип стабільності передбачає не тільки повну нерухомість політичної системи та її елементів, а й повну ізоляцію від будь-яких впливів ззовні [10]. Навіть у найстабільнішій сучасній державі неможливо уникнути ротації влади, діяльності опозиції. На думку дослідника, абсолютна політична стабільність шкідлива для розвитку держави і суспільства, оскільки держава з таким типом стабільності не має перспектив розвитку, всі системи життєдіяльності її з часом просто зупиняться, що означатиме стагнацію і подальший крах держави.

Отже, переваги динамічної етнополітичної стабільності над статичною, а тим більше абсолютною очевидні. Лише динамічна етнополітична стабільність має достатній запас гнучкості, передбачає участь у її забезпеченні не лише держави, керівної політичної сили чи титульного етносу, а й широкої соціальної, етнічної бази, громадянського суспільства. Цей тип стабільності забезпечує еволюцію етнополітичної системи, її демократичний розвиток.

1. Jaworsky J. Ukraine: Stability and Instability. *McNair Paper* 42. August 1995. 90 p.
2. Котигоренко В. Становлення державного етнополітичного менеджменту в Україні. *Політичний менеджмент*. 2004. № 6 (9). С. 48-63.
3. Василик М. Политическая стабильность и политический риск. *Политология*. Москва: Гардарики, 2007. 895 с.
4. Майборода О. Український етнополітичний менеджмент: специфіка, здобутки, проблем. *Диалог.UA*. URL: <http://dialogs.org.ua/ru/project/page8771.html>.
5. Кривицька О. Конфліктний вимір етнонаціонального розвитку України. *Політичний менеджмент*. 2005. № 3. С. 42-62.
6. Вітман К. Перші кроки реформування моделі етнонаціональної політики України. *Держава і право*. 2011. № 54. С. 576-583.
7. Кресіна І.О. та ін. Політико-правові засади етнокультурної консолідації українського суспільства: наукова записка. Київ: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2013. 100 с.
8. Вітман К. Перші кроки реформування моделі етнонаціональної політики України. *Держава і право*. № 54. 2011. С. 576-583.
9. Котигоренко В. До питання про концептуальні засади етнонаціональної політики України. *Політичний менеджмент*. 2006. № 4. С. 20-43.
10. Семченко О. Политическая стабильность: сущность, понятие, информационные механизмы. *Вопросы управления*. 2015. № 1. С. 14-19.

References

1. Jaworsky J. Ukraine: Stability and Instability. *McNair Paper* 42. August 1995. 90 p. (3-4).
2. Kotihorenko V. Stanovlenya derzsavnoho etnopolitishnoho menezhmentu v Ukraini. *Politicsniy menezhment*. 2004. № 6 (9). С.48-63.
3. Vasilik M. Politiceskaya stabilnocty i politicseskiy risk. *Politologiya*. Moskva: Gardariki, 2007. — 895 с. (344).
4. Mayboroda O. Ukrayncykiy etnopoliticsniy menezhment: specifika, zdobutki, problem. *Dialog.UA*. URL: <http://dialogs.org.ua/ru/project/page8771.html>.
5. Krivicka O. Konfliktniy vimir etnonacionalynoho rozvitku Ukraini. *Politicsniy menezhment*. 2005. № 3. С. 42-62.
6. Vitman K. Perchi kroki reformuvannya modeli etnonacionalnoiy politiki v Ukrayny. *Derzhava i pravo*. № 54. 2011. С. 576-583.
7. Kresina I.O. ta in. Politiko-pravovi zasadi etnokulturnoi konsolidacii ukrainsykooho suspilystva: naukova zapiska. Kiyv: In-t derzhavi i prava im. V. M. Koreckoho NAN Ukraini, 2013. 100 с.
8. Vitman K. Pershi kroki reformuvannya modeli etnonacionalnoy politiki Ukraini. *Derzhava i pravo*. 2011. № 54. С. 576-583.
9. Kotihorenko V. Do pitannya pro konceptualni zasadi etnonacionalnoyi politiki v Ukraini. *Politicsniy menezhment*. 2006. № 4. С. 20-43.
10. Semcsenko O. Politiceskaya stabilynosty:sushnosty, ponyatiye, informacionniye mehanizmi. *Voprosi upravleniya*. 2015. № 1. С. 14-19.

Aslanov Stellas. Typology of ethno-political stability in open and closed type ethno-political systems

The article analyzes ethno-political stability, which is much more difficult to ensure in a democratic environment, because democratic transformations, democratic forms of participation of ethnic actors in politics often destabilize the ethno-political situation. The combination of the theory of political stability and ethno-political practice, the study of the ethno-political situation in

individual states made it possible to distinguish several types of ethno-political stability: by the dynamics of changes in the ethno-political system and the level of its openness we have distinguished static, dynamic, and absolute types of ethno-political stability. As for the first classification, absolute and static ethno-political stability belong to the types of stability that are achieved by unlawful methods, particularly through violence, oppression of rights, and repression. They are historically short-lived, as they are formed by the authorities without the participation and consideration of the interests of the society, its ethnic composition, and the political opposition. Dynamic ethno-political stability, which is formed on the basis of democracy, broad social and ethnic framework, representation of ethnic communities, developed civil society, participating in the process of making the most important decisions concerning the ethno-political development of the state, is much more reliable and durable.

Key words: ethno-political stability, democratic transformations, ethnic actors, static stability, dynamic, absolute, democratic transformations.

ПОЛІТИЧНІ ІНСТИТУТИ ТА ПРОЦЕСИ

УДК 323.2

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-267

І. О. КРЕСІНА
О. М. СТОЙКО
А. А. КОВАЛЕНКО

НЕДОЛІКИ МІСЦЕВОГО ПОВОРОТУ В ПОСТКОНФЛІКТНІЙ ВІДБУДОВІ

Розглянуто новий етап у розвитку міжнародної миротворчої діяльності – місцевий поворот, який акцентує увагу на необхідності врахування позицій місцевих акторів та встановлення контактів з місцевими громадами. Відзначено, що політизація процесу постконфліктної відбудови супроводжується такими негативними феноменами, як ексклюзивність, нерепрезентативність та видимість участі. На прикладі миротворчих операцій у Камбоджі, Косово та Східному Тиморі доведено, що їх вплив може мати тривалі наслідки для функціонування демократичних інститутів у державі.

Ключові слова: *постконфліктна відбудова, локальний поворот, міжнародні організації, інтервенція, громадянське суспільство, репрезентативність.*

© *КРЕСІНА Ірина Олексіївна* – доктор політичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач відділу правових проблем політології Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України; ORCID: 0000-0003-0771-9707; e-mail: i.kresina@icloud.com

© *СТОЙКО Олена Михайлівна* – доктор політичних наук, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України; ORCID: 0000-0002-1021-5270; e-mail: starkol@gmail.com

© *КОВАЛЕНКО Анатолій Андрійович* – доктор політичних наук, провідний науковий співробітник Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України; ORCID: 0000-0002-8033-4427; e-mail: polit@ln.ua

Kresina Iryna, Stoyko Olena, Kovalenko Anatolij. Disadvantages of the local turn in post-conflict reconstruction

A new stage in the development of international peacekeeping activities – the local turn, which emphasizes the need to take into account the positions of local actors and establish contacts with local communities, is considered. It is noted that the politicization of the post-conflict reconstruction process is accompanied by such negative phenomena as exclusivity, unrepresentativeness and superficial participation. The example of peacekeeping operations in Cambodia, Kosovo and East Timor has shown that their impact can have long-term consequences for the functioning of democratic institutions in the country.

Key words: *post-conflict reconstruction, local turn, international organizations, intervention, civil society, representativeness.*

На початку 2000-х років після низки невдач із врегулювання конфліктів через застосування універсального підходу в міжнародній практиці мирного будівництва відбувся так званий «місцевий поворот» (local turn), що акцентував увагу на необхідності врахування особливостей конкретної країни та розвитку інститутів громадянського суспільства, які надалі могли стати надійною основою демократичного режиму.

Протягом 1990-х років з'явилася низка публікацій, в яких наголошувалося на важливій ролі громадянського суспільства, місцевих громад та локальних акторів у розбудові стабільного і тривалого миру, обґрунтовувалася ідея «будівництва миру знизу» [1, 2]. Прихильники нового підходу стверджували, що замість насадження зверху ліберальних цінностей у постконфліктному суспільстві слід пам'ятати, що миротворчість ніколи не здійснюється у вакуумі, й потрібно зважати на потреби та інтереси місцевих акторів. Міжнародні організації, що беруть участь у миротворчому процесі, для встановлення стабільного миру повинні враховувати місцеві особливості, проходити процес взаємної адаптації з місцевими акторами, результатом чого є звільнювальний мир [3], гібридний мир [4, 5] чи народний мир [6].

Однак попри очевидні переваги такого локалізованого підходу, його застосування на практиці стикнулося із низкою труднощів, аналізу яких і присвячено дану статтю. Найчастіше міжнародна спільнота припускалася таких помилок у залученні місцевих акторів до процесів постконфліктної відбудови: вибірковість (ексклюзивність) участі, нерепрезентативність та формальність (видимість участі).

Залучення місцевих акторів до відбудови зруйнованих війською територій не завжди давало очікувані результати, оскільки будь-яке зовнішнє втручання несе загрозу поглиблення причин конфлікту та повернення до насильства. Невирішені суперечності, що неминуче виникають у ході взаємодії між міжнародними та місцевими акторами, створюють сприятливі умови для повернення конфлікту в «гарячу» фазу, а нерівність їх статусу може підштовхувати місцеву владу до відродження репресивних режимів, які часто і є одним з основних чинників виникнення конфлікту.

В окремих випадках міжнародні організації та місцева громада можуть активно співпрацювати та користуватися перевагами зовнішньої допомоги для досягнення цілей, які не завжди сприяють підтриманню миру в тривалій перспективі. Основна причина можливих негативних явищ – політизація мирного процесу, яка, в свою чергу, зумовлює появу інших супутніх феноменів участі місцевих акторів у постконфліктній відбудові: ексклюзивності, нерепрезентативності та формалізації.

Ексклюзивність проявляється у співробітництві міжнародних та донорських організацій лише з представниками місцевої еліти або її частиною. Саме вона, попри масштабність наслідків військового конфлікту, має достатні людські та матеріальні ресурси, щоб стати партнером у відбудові зруйнованої інфраструктури. Очевидно, що таке партнерство полегшує міжнародній місії досягнення однієї з основних цілей: гарантування безпеки та стабільності розвитку у відносно стислі терміни. Водночас досвід Камбоджі свідчить, що надмірне покладання надій на місцеву еліту відкриває шлях для формування нового авторитарного режиму на уламках старого. Так, Тимчасова адміністрація ООН у Камбоджі після завершення громадянської війни в 1993 році сприяла проведенню вільних виборів, на яких Народна партія колишнього командира червоних кхмерів та прем'єр-міністра Хун Сена отримала менше голосів, ніж прихильники відновлення монархії. Однак, побоюючись нового спалаху громадянської війни, чиновники ООН з Тимчасової адміністрації пішли на компроміс й підтримали ідею запровадження подвійного прем'єрства: першим прем'єр-міністром став син короля Сіанука Нородом Ранаріт, а другим – Хун Сен. Попри напружені

відносини між ними в ООН вирішили, що Тимчасова адміністрація досягла поставлених цілей, і її мандат не було продовжено. Однак уже в 1997 році у результаті військового перевороту Хун Сен узурпував державну владу і легалізував своє правління завдяки демократичним механізмам, що залишилися у спадок від миротворчої місії ООН. Більше того, Хун Сену вдалося навіть втрутитися у структуру та діяльність Надзвичайних палат суду Камбоджі. Цей суд був спеціально створений за підтримки ООН для розслідування злочинів, вчинених у часи правління червоних кхмерів. Скориставшись своїми повноваженнями, Хун Сен обмежив коло осіб, яких можна було притягнути до відповідальності, опосередковано підтвердивши причетність правлячої партії до злочинів минулого. Таке політичне втручання підірвало довіру суспільства до трибуналу і засвідчило про відхід керівництва країни від принципів чесного правосуддя і верховенства права. Хун Сен перебуває при владі 35 років, а створений ним авторитарний режим є найдовшим в історії Камбоджі й другим за тривалістю серед країн Азії. Отже, приклад Камбоджі свідчить, що свідоме залучення окремих представників еліти з недемократичним минулим заради гарантування стабільності миру, хоч і сприяє досягненню поставленої мети — повернення до мирного життя, але створює передумови для заморожування демократичного розвитку країни на десятиліття.

І це далеко не поодинокий випадок, коли представники миротворчої місії вибірково співпрацюють із представниками місцевої еліти для надання політичної і технічної підтримки у постконфліктній відбудові, що негативно впливає на довіру до демократичних інститутів, ускладнює загальну ситуацію із дотриманням прав людини у конкретній країні.

Зазвичай миротворчі операції розраховані на досить короткий часовий період, що не дає можливості залучити максимальну кількість зацікавлених сторін, узгодження позицій яких вимагає тривалих переговорів, тому представники міжнародних організацій віддають перевагу місцевим елітам, здатним у стислі терміни мобілізувати певну частину суспільства, що допомагає реалізації миротворчого мандату. Однак орієнтація на залучення представників місцевої еліти негативно впливає на ліберальні цінності, які відстоює міжнародна спільнота.

Ще одним прикладом є діяльність Тимчасової адміністрації ООН у Косово (ТАООНК). Вона розпочала співробітництво з місцевими акторами, які, на її думку, могли підтримувати стабільність завдяки участі у миротворчому процесі, а у випадку ігнорування їх позицій могли б стати загрозою для стабільності. Свого часу саме Армія визволення Косово (АВК) розпочала збройну боротьбу за незалежність, що вилилися у війну із Сербією за вихід зі складу Югославії. Завдяки цьому члени АВК користувалися значною популярністю серед місцевих жителів, однак деякі з них підозрювалися у скоєнні воєнних злочинів і мали постати перед Міжнародним трибуналом для колишньої Югославії (МТКЮ). Однак ТАООНК надала особливий статус колишнім членам АВК у ході розслідування та судового процесу, через що Трибунал був змушений заявити про недостатній рівень співробітництва з боку ТАООНК і звинувати її членів у перешкоджанні у доступі до документів. Представники ООН розуміли, що винесення обвинувальних вироків лідерам АВК ускладнить і сповільнить переговорний процес щодо статусу краю та викличе обурення серед албанців у Косово. Зрештою, ТАООНК вдалося успішно підтримувати стабільність, хоча і за рахунок ослаблення міжнародного права, гарантій прав людини та довіри до судового процесу. Ексклюзивний підхід до повоєнної відбудови у підсумку посилив етнічні суперечності в ході судового процесу в Косово, і перехідні суди стали місцем для зведення особистих рахунків, а не встановлення справедливості [7].

До того ж ексклюзивна участь локальних акторів може призвести до «приватизації» елітою державних механізмів, позбавляючи права голосу представників інших соціальних груп. Тимчасову адміністрацію ООН у Східному Тиморі (ТАООНСТ) критикували за надання преференцій політичній еліті, сформованій в часи спротиву. Ця ексклюзивна участь проявилася у складі Установчих зборів для прийняття нової конституції, які підготувала і провела ТАООНСТ. Хоча ці збори були сформовані демократичним шляхом через вибори, однак найбільша і найвпливовіша партія – Революційний фронт за незалежність Східного Тимору отримала панівне становище. Відповідно саме він спрямовував конституційний процес у вигідному для себе

напрямі, ігноруючи позицію інших соціальних груп, зокрема представників молодого підпільного руху спротиву. Обмежена участь у конституційному процесі спровокувала невдоволення регіональних еліт, фрагментацію суспільства та зумовила заворушення, що охопили столицю країни у 2006 році. Позбавлені голосу у конституційному процесі маргіналізовані соціальні групи вийшли на вулиці на знак протесту, спровокувавши двохмісячну кризу, в ході якої загинули 38, поранені 69 осіб, а понад 150 тис. осіб змушені покинути країну.

Ексклюзивне залучення місцевих акторів породжує іншу проблему – нерепрезентативність учасників повоєнного відродження. Зазвичай результатом непередставницького залучення місцевих акторів стає реалізація державної політики, орієнтованої на задоволення інтересів еліти за рахунок потреб та прагнень народу загалом. У рамках ліберальної постконфліктної відбудови демократична участь забезпечує рівне представництво зазвичай через проведення виборів, які часто мають лише формальні ознаки демократичності, й досить часто політичні сили, що стояли біля витоків конфлікту, мають більше можливостей для маніпуляцій у ході виборчої кампанії, ніж представники інших соціальних груп. У підсумку демократичні механізми використовуються для посилення влади окремих груп, легітимації узурпації влади, що призводить до обмеження прав і свобод людини і громадянина, створення передумов для відродження конфлікту [8]. Відповідно вибори повинні розглядатися не як кульмінація процесу мирного будівництва, а як один з етапів на шляху до формування справжніх демократичних органів влади. Вибори також не є визначальним показником репрезентативності залучення місцевих акторів. Принцип репрезентативності не повинен обмежуватися лише виборами, а й дотримуватися в ході проведення регулярних консультацій у вертикальних та горизонтальних мережах. У випадку діяльності Тимчасової адміністрації ООН у Камбоджі репрезентативність розумілася як представництво основних політичних груп, а не участь народу в формуванні органів влади. Адміністрація не взяла на себе відповідальність за забезпечення ліберальних ідеалів, і після завершення мандату міжнародної місії уряд почав зловживати демо-

кратичними механізмами заради посилення своєї влади шляхом проведення нечесних і неконкурентних виборів.

Водночас є приклади, коли з огляду на катастрофічні наслідки збройних сутичок місцева еліта відмовляється від авторитарних амбіцій і вибирає курс на політичну стабільність та встановлення дипломатичних відносин із сусідами та світом загалом. Так, керівництво Східного Тимору та Індонезії провели незалежне розслідування злочинів, скоєних у ході проведення референдуму про незалежність у 1999 році. Вони також створили спільну Комісію із встановлення істини та дружби для розслідування випадків порушень прав людини та відповідальності органів публічної влади, сподіваючись на досягнення взаємного примирення [9]. Однак низка дослідників виступила із критикою такого підходу, який замість виконання суспільного запиту на проведення справедливого судового процесу спеціальним міжнародним трибуналом [10, 11] пропонує компромісний варіант із м'якшим покаранням осіб, які скоїли злочини [12]. Якщо керівництво Східного Тимору робило акцент на політичному примиренні та встановленні дипломатичних відносин з Індонезією, то організації громадянського суспільства та правозахисники вимагали справедливого покарання для усіх порушників прав людини і компенсації збитків жертвам [13]. Тобто попри суспільний запит проведення чесного і справедливого судового процесу перевага була віддана підтримці політичної стабільності, оскільки перед судом могли постати представники панівної політичної сили.

Ексклюзивне залучення місцевих акторів призводить до ще одного негативного явища – видимості участі, формалізації процесу консультацій. Деякі місцеві актори в Камбоджі, Косово, Східному Тиморі висловлювали незадоволення рівнем співробітництва з ООН, зокрема скаржилися на позбавлення їх можливості брати участь у розробці та реалізації програм розвитку. Вони стверджували, що ООН їх розглядало радше як ресурс, а не партнерів по діалогу щодо відбудови територій. На додаток постійна ротація кадрів у системі ООН сприяла проведенню консультацій лише з окремими членами місцевої громади, які не могли повною мірою представити потреби та інтереси місцевого населення, поділитися експертними знаннями з міжнародними чиновниками.

Такий формальний підхід у кінцевому підсумку нівелював ентузіазм місцевих акторів та ослабив їх довіру до процесу мирної відбудови. У Косово консультації та обговорення велися лише між чиновниками ТАООНК та елітою, які більше переймалися досягненням визначених міжнародних критеріїв, ніж задоволенням потреб та інтересів пересічних громадян.

У Східному Тиморі ТАООНСХ на початку своєї місії отримало скарги від керівництва країни про недостатнє залучення місцевого населення до постконфліктної відбудови. У відповідь ТАООНСХ взяло курс на розширення участі місцевих акторів шляхом набору місцевого персоналу на адміністративні посади, однак критика про недостатню представленість тиморців та обмеження їх повноважень лунала протягом усієї місії ООН. Серед причин видимості участі були брак чіткої структури залучення тиморців до процесу прийняття рішень і тривалі переговори про розподіл повноважень та компроміси між ООН та політиками Тимору.

Отже, такі негативні явища, як ексклюзивність, нерепрезентативність та видимість, є результатом політизації миротворчої місії. Хоча миротворчі місії міжнародних організацій, зокрема ООН, у постконфліктних країнах мають політичний характер, однак міжнародні миротворці та місцеві актори при виконанні свого мандату повинні дотримуватися нейтралітету та збалансовувати різноманіття інтересів, оскільки надання пріоритету окремим представникам місцевої політичної еліти порушує хиткий баланс політичних імперативів, сприяє зміцненню певної частини еліти та зародженню авторитарних тенденцій. До певної міри справедливим є твердження, що обрані за допомогою демократичних процедур місцеві актори є легітимними представниками народу в ході процесу мирної відбудови. Однак у деяких випадках місцеві актори схильні до політизації процесу постконфліктної відбудови, що зрештою ослаблює демократичні інститути та ліберальні цінності. До того ж існує небезпека, що місцеві актори, залучені до співпраці з міжнародною місією, монополізують політичні інструменти політичного впливу після закінчення мандату міжнародної місії за рахунок прав та свобод людини і громадянина. Такий тип співробітництва сприяє кращій адаптації до умов конкретної країни, але призводить до

надмірної політизації мирного процесу, що ослаблює принцип верховенства права.

1. Curle A. New Challenges for Citizen Peacemaking. *Medicine and War*. 1994. Vol. 10. № 2. P. 96–105. 2. Lederach J. P. *Building Peace: Sustainable Reconciliation in Divided Societies*. Washington, DC: US Institute of Peace Press, 1997. 3. Richmond O. P. *A Post-liberal Peace*. London: Routledge, 2011. 4. Wilen N. A Hybrid Peace through Locally Owned and Externally Financed SSR-DDR in Rwanda. *Third World Quarterly*. 2012. Vol. 33. № 7. P. 1323–1336. 5. MacGinty R. *International Peacebuilding and Local Resistance: Hybrid Forms of Peace*. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011. 6. Roberts D. Post-conflict Peacebuilding, Liberal Irrelevance and the Locus of Legitimacy. *International Peacekeeping*. 2011. Vol. 18. № 4. P. 410–424. 7. Hartmann M. E. *International Judges and Prosecutors in Kosovo: A New Model for Post-conflict Peacekeeping*. Washington, DC: United States Institute of Peace, October 2003. 8. Paris R. *Peacebuilding and the Limits of Liberal Internationalism*. *International Security*. 1997. Vol. 22. № 2. P. 54–89. 9. *Final Report of the Commission of Truth and Friendship (CTF) Indonesia-Timor-Leste*. Denpasar: CTF, 2008. 10. Bhuta N. *East Timor: Justice Delayed*. *Alternative Law Journal*. 2003. Vol. 28. № 3. P. 141–143. 11. Kent L. *Interrogating the “Gap” between Law and Justice: East Timor’s Serious Crimes Process*. *Human Rights Quarterly*. 2012. Vol. 34. № 4. P. 1021–1044. 12. Bowman H. D. *Letting the Big Fish Get Away: The United Nations Justice Effort in East Timor*. *Emory International Law Review*. 2004. Vol. 18. P. 371–400. 13. Grenfell D. *When Remembering Isn’t Enough: Valuing Pragmatism Over Justice May Jeopardise Lasting Reconciliation in East Timor*. *Arena Magazine*. 2005. Vol. 80. P. 32–35.

Kresina Iryna, Stoyko Olena, Kovalenko Anatolij. Disadvantages of the local turn in post-conflict reconstruction

A new stage in the development of international peacekeeping activities – the local turn, which emphasizes the need to take into account the positions of local actors and establish contacts with local communities, is considered. It is noted that the politicization of the post-conflict reconstruction process is accompanied by such negative phenomena as exclusivity, unrepresentativeness and superficial participation. The example of peacekeeping operations in Cambodia, Kosovo and East Timor has shown that their impact can have long-term consequences for the functioning of democratic institutions in the country.

Such phenomena as exclusivity, non-representativeness and superficial participation are the result of the politicization of the peacekeeping mission. Although the peacekeeping missions of international organizations, in particular the UN, in post-conflict countries have political nature, international peacekeepers and local actors in fulfilling their mandates must observe neutrality and balance the diversity of interests, since giving priority to

individual representatives of the local political elite upsets the delicate balance of political imperatives, contributes to strengthening of a certain part of the elite and the emergence of authoritarian tendencies. To a certain extent, it is true that the local actors selected through democratic procedures are the legitimate representatives of the people in the process of peaceful reconstruction. However, in some cases, local actors are prone to politicization of the post-conflict reconstruction process, which ultimately weakens democratic institutions and liberal values. In addition, there is a danger that local actors involved in cooperation with an international mission will monopolize political instruments of political influence after the end of the mandate of an international mission at the expense of human and civil rights and freedoms. This type of cooperation contributes to better adaptation to the conditions of a particular country, but leads to excessive politicization of the peace process, weakens the principle of the rule of law.

Key words: post-conflict reconstruction, local turn, international organizations, intervention, civil society, representativeness.

УДК 323.01

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-277

П. П. ШЛЯХТУН
В. В. КОЛЮХ
Г. М. МАЛКІНА

КЛЮЧОВА ЛАНКА ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

Здійснено порівняльний аналіз законопроектів про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади, поданих Президентом України П. Порошенком і В. Зеленським до Верховної Ради України в 2014–2019 роках. Відзначено посилення влади Президента України згідно із поданими законопроектами, що суперечить самій ідеї децентралізації влади. Проаналізовано законодавство України щодо добровільного об'єднання територіальних громад та започатковані ним процеси децентралізації влади. Обґрунтовано необхідність зміни порядку призначення на посаду та звільнення з посади керівників місцевих органів виконавчої влади як ключової ланки децентралізації влади. Сформульовано пропозиції щодо використання відповідної термінології у політико-правовому дискурсі.

Ключові слова: конституція, закон, законопроект, децентралізація, виконавча влада, місцеве самоврядування, територіальна громада, представник Президента України, префект.

Shliakhtun Petro, Kolyukh Valeriy, Malkina Ganna. Key element in the decentralization of power in Ukraine

A comparative analysis of bills on amending the Constitution of Ukraine regarding the decentralization of power submitted by the presidents of Ukraine P. Poroshenko and V. Zelensky to the Verkhovna Rada of Ukraine in 2014–2019 has been carried out. The strengthening of the power of the President of Ukraine according to the submitted bills is noted, which contradicts the very idea of

© ШЛЯХТУН Петро Панасович – доктор філософських наук, професор, завідувач кафедри політичних наук Київського національного університету імені Тараса Шевченка; ORCID: 0000-0002-7420-7325; e-mail: polit-nauk@ukr.net

© КОЛЮХ Валерій Вікторович – доктор політичних наук, доцент кафедри політичних наук філософського факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка; ORCID: 0000-0002-8545-7450; e-mail: vmedvin@gmail.com

© МАЛКІНА Ганна Миколаївна – доктор політичних наук, доцент, професор кафедри політичних наук філософського факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка; ORCID: 0000-0002-2307-4702; e-mail: anna-malkina@ukr.net

decentralization of power. The article analyzes the legislation of Ukraine on voluntary association of territorial communities and the processes of decentralization of power initiated by it. The necessity of changing the procedure for appointing and dismissing heads of local executive authorities as a key element in the decentralization of power is justified. Suggestions were made regarding the use of relevant terminology in political and legal discourse.

Key words: *Constitution, law, bill, decentralization, executive power, local self-government, territorial community, representative of the President of Ukraine, prefect.*

Децентралізація влади, як передання функцій і повноважень щодо вирішення місцевих питань від центральних до територіальних органів державної влади або до органів місцевого самоврядування, є одним з основних напрямів подальшої демократизації українського суспільства, реформування його політичної системи загалом. Розрізняють децентралізацію адміністративну і демократичну. Адміністративна децентралізація полягає в переданні повноважень державної виконавчої влади від центральних до місцевих органів, демократична – у створенні розгалуженої системи місцевого самоврядування та переданні йому функцій і повноважень органів державної влади щодо управління місцевими справами. Демократизація влади передбачає поєднання адміністративної і демократичної децентралізації.

У незалежній Україні неодноразово робились як успішні, так і безуспішні спроби децентралізації влади. Зупинимося тільки на тих із них, які було зроблено після зміни влади в Україні в результаті Революції Гідності та які поки що не стали об'єктом наукового аналізу.

Такий аналіз доцільно розпочати з розгляду законопроекту “Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)” від 26 червня 2014 року № 4178а, внесеного до Верховної Ради України Президентом України П. Порошенком [1]. Законопроект передбачає істотні конституційні зміни в організації і повноваженнях як органів державної влади, так і органів місцевого самоврядування. В частині організації публічної влади на місцях законопроектом передбачено такі основні конституційні зміни:

— скасування інституту місцевих державних адміністрацій і надання районним та обласним радам права формувати власний виконавчий орган;

— запровадження на обласному і районному рівнях інституту представника Президента України, головною функцією якого є нагляд за додержанням органами місцевого самоврядування Конституції і законів України; представники Президента України призначаються на посади і звільняються з посад Президентом України; представники Президента України в регіонах координують діяльність представників Президента України в районах; представники Президента України при здійсненні своїх повноважень відповідальні перед Президентом України, підзвітні та підконтрольні йому;

— розмежування повноважень у системі органів місцевого самоврядування різних рівнів за принципом субсидіарності, згідно з яким органи місцевого самоврядування, що діють на рівні областей, здійснюють визначені законом повноваження, які, виходячи з обсягу і характеру завдань, вимог досягнення ефективності та економії, найкращим чином можуть бути здійснені на цьому рівні.

Законопроект “Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)”, який передбачав значне розширення конституційних повноважень Президента України, був критично сприйнятий народними депутатами, представниками наукової громадськості й відкликаний з Верховної Ради України його ініціатором.

Новий законопроект “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)”, підготовлений Конституційною Комісією, утвореною Президентом України П. Порошенком Указом “Про Конституційну Комісію” від 3 березня 2015 року № 119/2015, був внесений ним до Верховної Ради України 1 липня 2015 року і зареєстрований під № 2217а [2]. Законопроект, зокрема, передбачає:

— скасування інституту місцевих державних адміністрацій — обласних і районних, а також у містах Києві та Севастополі, створення виконавчих комітетів обласних і районних рад та запровадження інституту префектів, які здійснюють виконавчу владу в

районах і областях, у Києві та Севастополі; префекта призначає на посаду та звільняє з посади за поданням Кабінету Міністрів України Президент України; префект під час здійснення своїх повноважень відповідальний перед Президентом України, підзвітний та підконтрольний Кабінетові Міністрів України.

По суті, префект є такою ж посадовою особою, як і представник Президента України згідно із законопроектом “Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)”. Головною функцією префекта також є нагляд за додержанням органами місцевого самоврядування Конституції і законів України. Однак функції і повноваження префекта значно ширші, ніж представника Президента України, що означає не децентралізацію державної виконавчої влади, а навпаки, її централізацію.

Якщо представники Президента України на відповідній території:

“1) здійснюють нагляд за відповідністю Конституції та законам України актів органів місцевого самоврядування та територіальних органів центральних органів виконавчої влади;

2) координують взаємодію територіальних органів центральних органів виконавчої влади” (ч.3 ст.107),
то префект на відповідній території:

“1) здійснює нагляд за додержанням Конституції і законів України органами місцевого самоврядування та територіальних органів центральних органів виконавчої влади;

2) координує діяльність територіальних органів центральних органів виконавчої влади та здійснює нагляд за додержанням ними Конституції і законів України;

3) забезпечує виконання державних програм;

4) спрямовує і організовує діяльність територіальних органів центральних органів виконавчої влади та забезпечує їх взаємодію з органами місцевого самоврядування в умовах воєнного або надзвичайного стану, надзвичайної екологічної ситуації;

5) здійснює інші повноваження, визначені Конституцією та законами України” (ч.1 ст.119).

Законопроект “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)” був попередньо схвалений Верховною Радою України 31 серпня 2015 року. Проте його схвален-

ня викликало рішучий протест радикально-націоналістичних політичних сил, який вилився в їх зіткнення з правоохоронцями біля будівлі парламенту з людськими жертвами з боку останніх. Протест був викликаний не основним змістом законопроекту, а пунктом 8 його Прикінцевих та перехідних положень (у розділі XV “Перехідні положення” Конституції України це мав би бути пункт 18), який передбачав, що “особливості здійснення місцевого самоврядування в окремих районах Донецької і Луганської областей визначаються окремим законом”, проти чого рішуче виступили радикали. В кінцевому підсумку остаточне прийняття цього законопроекту було відкладено на невизначений час й так і не відбулося.

Чергову спробу прийняти законопроект було зроблено вже наступною українською владою. 13 грудня 2019 року Президент України В. Зеленський вніс до Верховної Ради України законопроект “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)” № 2598, який відрізняється від аналогічного законопроекту його попередника здебільшого редакційними правками [3]. Хоча є й деякі принципові моменти.

В інституті префекта увагу привертає передусім розширення компетенції префекта новим повноваженням: префект на відповідній території “4) вносить Президенту України подання про зупинення дії ухваленого радою, головою громади, окружною (законопроектном передбачено перейменування районів на округи. — Авт.), обласною радою акта, що не відповідає Конституції України та створює загрозу порушення державного суверенітету, територіальної цілісності чи загрозу національній безпеці” (п. 4 ч. 1 ст. 119). По суті, таке пропонуване конституційне положення ставить під контроль префекта і в кінцевому підсумку Президента України всі органи місцевого самоврядування. Воно не лише суперечить ідеї децентралізації влади, а й ставить під сумнів саме місцеве самоврядування як певну автономію від органів державної влади.

Законопроект “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)” № 2598 був відкликаний з Верховної Ради України Президентом України В. Зеленським через два тижні після його подання — 27 грудня 2019 року, і цього ж дня до парламенту ним було внесено його доопрацьовану редак-

цію [4]. Знову ж таки, в основному з редакційними правками. Проте пункт 4 частини першої статті 119, цитований вище, в кінці було доповнено таким формулюванням: "...та про тимчасове зупинення у зв'язку з цим повноважень голови громади, складу ради громади, окружної, обласної ради", яке ще більше узалежнює діяльність органів місцевого самоврядування від префекта і Президента України.

Виходить, що кожний наступний законопроект про внесення змін до Конституції України не звужував, а навпаки, розширював обсяг повноважень представника Президента України (префекта) щодо органів місцевого самоврядування, що суперечить самій ідеї децентралізації влади. Щоправда, і цей законопроект невдовзі після його внесення – 17 січня 2020 року – було відкликано з Верховної Ради України його ініціатором. На цей раз не через спротив радикально-націоналістичних сил, оскільки в двох останніх законопроектах вже не йшлося про особливості здійснення місцевого самоврядування в окремих районах Донецької і Луганської областей, а під тиском асоціацій місцевого самоврядування та експертного середовища, які небезпідставно вбачали в законопроектах посилення влади Президента України та його представників на місцях.

Паралельно з безуспішними спробами внести зміни до Конституції України щодо децентралізації влади в Україні було здійснено заходи щодо децентралізації законодавчим шляхом. 5 лютого 2015 року Верховна Рада України прийняла Закон України "Про добровільне об'єднання територіальних громад" № 157-VIII [5]. Закон передбачає можливість добровільного об'єднання суміжних територіальних громад сіл, селищ, міст у більшій за складом адміністративно-територіальній утворення – об'єднані територіальні громади (ОТГ). Об'єднана територіальна громада, адміністративним центром якої визначено місто, є міською територіальною громадою, центром якої визначено селище, – селищною, центром якої визначено село, – сільською. Закон визначає принципи (ст.2), основні умови (ст.4) та порядок (ст.5-8) добровільного об'єднання територіальних громад.

У розвиток Закону України "Про добровільне об'єднання територіальних громад" 9 лютого 2017 року було прийнято зако-

ни “Про внесення змін до законів України щодо статусу старости села, селища” № 1848-VIII [6] та “Про внесення змін до деяких законів України щодо добровільного приєднання територіальних громад” № 1851-VIII [7], який передбачає право суміжної сільської, селищної територіальної громади приєднатися до вже існуючої об’єднаної територіальної громади.

Логічним завершенням процесів добровільного об’єднання і приєднання територіальних громад стало прийняття Верховною Радою України 17 липня 2020 року Постанови “Про утворення та ліквідацію районів” № 807-IX, якою замість існуючих в Україні 490 районів у Автономній Республіці Крим і областях України утворено 136 нових, укрупнених районів з новоутвореними об’єднаними територіальними громадами [8].

Саме по собі добровільне об’єднання (фактично укрупнення) територіальних громад, як і укрупнення районів, не означає децентралізації влади. Децентралізація вбачається у тому, що до відання органів самоврядування новоутворених громад від місцевих державних адміністрацій передаються об’єкти інфраструктури (спеціалізовані освітні, медичні та соціальні заклади, об’єкти культури, туризму, фізичної культури, транспорту тощо), об’єкти водного, лісового, сільського господарства з повноваженнями щодо управління ними та відповідним бюджетним фінансуванням. Закон України “Про добровільне об’єднання територіальних громад” передбачає фінансову підтримку державою об’єднання територіальних громад, у тому числі шляхом надання їм коштів у вигляді субвенцій на формування відповідної інфраструктури згідно з планами соціально-економічного розвитку громад. Загальний обсяг субвенцій на формування відповідної інфраструктури об’єднаних територіальних громад визначається законом про Державний бюджет України (ч. 1,3 ст. 10).

Вносяться відповідні зміни до податкового та бюджетного законодавства. Після укрупнення районів перерозподіл бюджетних коштів на користь об’єднаних територіальних громад і укрупнених районів було здійснено Законом України «Про внесення змін до Закону України “Про Державний бюджет України на 2020 рік”» від 25 серпня 2020 року № 822-IX [9]. Фінансова децентралізація вважається серцевиною реформи

щодо децентралізації влади, а фінансова спроможність об'єднаних територіальних громад – одним із її засадничих принципів.

Згідно із внесеними Законом України “Про добровільне об'єднання територіальних громад” змінами до Закону України “Про місцеве самоврядування в Україні” від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР об'єднані територіальні громади утворюють єдині органи місцевого самоврядування (місцеві ради) та обирають відповідно сільського, селищного, міського голову (ч. 2 ст. 6). У селах, селищах, визначених за рішенням місцевої ради об'єднаної територіальної громади, за винятком її адміністративного центру, на строк повноважень місцевої ради обирається староста, який є посадовою особою місцевого самоврядування і представляє інтереси жителів села, селища у виконавчих органах сільської, селищної, міської ради (ч. 1-3 ст. 141). Правовий статус старости села, селища докладно визначено Законом України “Про внесення змін до законів України щодо статусу старости села, селища” від 9 лютого 2017 року № 1848-VIII.

Очевидно, що реформа щодо децентралізації влади ще далека від завершення і має бути закріплена в Конституції України, чого поки що не вдалося зробити. Очевидним є також і те, що запровадження інституту представника Президента України (префекта) в районах і областях з передбачуваними проектами конституційних змін порядком його призначення на посаду і звільнення з посади та повноваженнями, особливо визначеними законопроектом “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)” від 27 грудня 2019 року, ставить під контроль такої посадової особи і в кінцевому підсумку – Президента України всі органи місцевого самоврядування, що суперечить самій ідеї децентралізації влади.

У зв'язку з цим у разі запровадження інституту префекта, на нашу думку, визначальним, ключовим має бути питання про порядок призначення такої посадової особи.

Згідно із законопроектом “Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)” від 26 червня 2014 року представники Президента України призначаються на посади і звільняються з посад Президентом України. Згідно із законопроектом “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації

влади)” від 1 липня 2015 року префекта призначає на посаду та звільняє з посади за поданням Кабінету Міністрів України Президент України. Наступні законопроекти “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)” від 13 і від 27 грудня 2019 року зберігають такий порядок призначення префекта.

Як свідчить український досвід призначення на посаду і звільнення з посади голів місцевих державних адміністрацій (Президентом України за поданням Кабінету Міністрів України), за такого порядку визначальну роль у призначенні на посаду і звільненні з посади конкретних осіб відіграє не Кабінет Міністрів України, а Президент України. Так само буде і з призначенням на посаду чи звільненням з посади префектів. Вони будуть “людьми” глави держави, а не уряду.

На нашу думку, призначати префекта як посадову особу виконавчої влади повинен не Президент України (ні самостійно, ні за поданням Кабінету Міністрів України), який конституційно не належить до виконавчої влади, а Кабінет Міністрів України, який згідно з Конституцією України “є вищим органом у системі органів виконавчої влади” (ч. 1 ст. 113) [10], за поданням Прем’єр-міністра України.

У європейських країнах державний контроль за додержанням в адміністративно-територіальних одиницях органами місцевого самоврядування законодавства здійснюють представники не президента, а уряду, який їх і призначає на посаду. Наприклад, у Франції “у територіальних колективах Республіки представник держави, який представляє кожного із членів Уряду, відповідальний за забезпечення національних інтересів, за адміністративний контроль і додержання законів” (ч. 6 ст. 72 Конституції Франції 1958 р.) [11]; в Румунії “1. уряд призначає по одному префекту в кожний повіт і в муніципiю Бухарест. 2. Префект є представником Уряду на місцевому рівні і керує децентралізованими публічними службами міністерств та інших центральних органів в адміністративно-територіальних одиницях” (ч. 1, 2 ст. 122 Конституції Румунії 1991 р.) [12]; у Польщі “представником Ради Міністрів у воєводстві є воєвода. Порядок призначення і відкликання, а також сфера діяльності воєвод визначається законом” (ст. 152 Конституції Польщі 1997 р.) [13].

Призначення Президентом України префектів, особливо з передбачуваними законопроектами “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)” від 13 і 27 грудня 2019 року повноваженнями, та встановлення їх відповідальності перед ним значно розширює повноваження Президента України, можливості його впливу на діяльність місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, тоді як глава держави має зосереджуватися на вирішенні загальнодержавних питань; звужує можливості Кабінету Міністрів України щодо здійснення державного управління в адміністративно-територіальних одиницях внаслідок відсутності у нього правових засобів впливу на префектів (він їх не призначає на посаду і не звільняє з посади); поглиблює таке негативне явище, притаманне змішаній формі республіканського правління, як дуалізм виконавчої влади, тому що передбачає формування ще й президентської її вертикалі по лінії: Президент України – префект області (регіону) – префект району (округу); суперечить переходу до парламентарно-президентської форми правління, яка передбачає розширення повноважень парламенту та сформованого ним уряду у здійсненні державної влади.

Характерно, що в Грузії, де здійснюється такий перехід, державний уповноважений в адміністративно-територіальних одиницях (губернатор), згідно з конституційними змінами, став призначатись урядом. Якщо стаття 813 Конституції Грузії в редакції Конституційного закону Грузії від 11 березня 2008 року № 5833 передбачала, що “1. представництво Президента і Уряду Грузії в адміністративно-територіальних одиницях Грузії забезпечує державний уповноважений – губернатор... 3. Порядок призначення на посаду та звільнення з посади державного уповноваженого – губернатора визначається законом”, то в редакції Конституційного закону Грузії від 15 жовтня 2010 року № 3710 ця стаття встановлює: “Представництво виконавчої влади в адміністративно-територіальних одиницях Грузії забезпечує державний уповноважений – губернатор... 3. Державного уповноваженого – губернатора призначає на посаду та звільняє з посади Уряд” [14].

Важливе значення щодо децентралізації влади має питання про те, як саме префект чи аналогічна посадова особа має реагу-

вати на можливе порушення органами місцевого самоврядування законодавства. Як вже зазначалося, згідно із законопроектом “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)” від 27 грудня 2019 року префект “вносить Президенту України подання про зупинення дії ухваленого радою, головою громади, окружною, обласною радою акта, що не відповідає Конституції України та створює загрозу порушення державного суверенітету, територіальної цілісності чи загрозу національній безпеці, та про тимчасове зупинення у зв’язку з цим повноважень голови громади, складу ради громади, окружної, обласної ради” (п. 4 ч. 1 ст. 119).

У країнах з романо-германською моделлю організації публічної влади на місцях (передбачає функціонування в адміністративно-територіальних одиницях одночасно органів державної виконавчої влади і органів місцевого самоврядування), де є така посадова особа (префект, урядовий комісар, комісар республіки, воєвода тощо), вона може лише оскаржити акт органу місцевого самоврядування з мотивів його невідповідності конституції чи законам в органі адміністративної юстиції і не звертається з такого питання ні до президента, ні до уряду. У Румунії, наприклад, “4. префект може опротестувати перед інстанцією адміністративної юстиції акт повітової ради, місцевої ради або примаря, якщо вважає його незаконним. Дія опротестованого акта призупиняється за правом” (ч. 4 ст. 122 Конституції Румунії 1991 р.) [12].

У зв’язку з обговоренням питань про децентралізацію влади у політико-правовому дискурсі розгорнулася дискусія щодо загальних назв адміністративно-територіальних утворень, їх суб’єктів та посадових осіб органів державної влади та органів місцевого самоврядування: громада – муніципалітет – волость; район – повіт – округ; область – регіон; представник держави – представник президента – префект – урядник; поселення – населений пункт; селище – містечко; мешканці – жителі тощо. Не вдаючись у деталі дискусії, вважаємо за необхідне у визначенні таких назв уникати двох крайнощів, одна з яких – відновлення архаїчних назв, які давно залишились у минулому (волость, повіт, урядник), а друга – запозичення чужих для української мови іншомовних назв (муніципалітет, префект, офіс префекта)

та залишити вже звичні, усталені в політиці і праві терміни – “громада” (“територіальна громада”, “об’єднана територіальна громада”), “район”, “область”, “селище”, “жителі”.

“Офіс” (англ. office, в англомовних країнах – контора, канцелярія, служба) – це абсолютно чуже для української мови і політико-правової термінології слово, тому вже запроваджені назви “Офіс Президента України”, “Офіс Генерального прокурора”, “Офіс фінансового контролю” звучать недоречно. “Жителі” – місцевості, населеного пункту, району, області, країни; “мешканці” – квартири, будинку, гуртожитку, готелю тощо. “Селище” – адміністративно-територіальна одиниця, а не маленьке місто (“містечко”). “Поселенням” може бути і стихійно заселена територія, і місце примусового заслання як одного із засобів покарання, і місце, де гніздяться великою масою деякі птахи, а не тільки населений пункт як адміністративно-територіальна одиниця. “Представник президента”, а краще – “представник уряду”, якщо вже без нього ніяк не можна обійтися, але не “префект” (від лат. praefectus – начальник, у Стародавньому Римі так називали особу, що обіймала військову, адміністративну, судову або господарську посаду). З огляду на можливе фактичне зосередження влади в руках повністю залежного від Президента України префекта в районі чи області його вже зараз іноді скептично називають “наглядачем”, “намісником” і навіть... “прокуратором”.

Отже, порівняльний аналіз законопроектів “Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування)” від 26 червня 2014 року, “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)” від 1 липня 2015 року, 13 і 27 грудня 2019 року свідчить, що всупереч самій ідеї децентралізації влади вони передбачали посилення влади Президента України в адміністративно-територіальних одиницях України через запровадження в районах і областях замість місцевих державних адміністрацій посади повністю залежного від нього і підконтрольного йому представника Президента України (префекта) з наділенням його повноваженнями щодо здійснення адміністративного нагляду за додержанням Конституції і законів України органами місцевого самоврядування з можливістю ініціювання зупинен-

ня Президентом України дії не тільки виданого ними акта, а й їхніх повноважень. У зарубіжних країнах з романо-германською моделлю організації публічної влади на місцях, яка передбачає таку посадову особу, вона є представником уряду, ним призначається і може лише оскаржити акт органу місцевого самоврядування з мотивів його невідповідності законодавству в органі адміністративної юстиції. Запровадження такого порядку є ключовою ланкою децентралізації влади в Україні.

Більшою мірою ідеї децентралізації влади відповідає законодавча децентралізація, яка започаткована Законом України “Про добровільне об’єднання територіальних громад” від 5 лютого 2015 року і передбачає поступове передання до відання сформованих об’єднаними територіальними громадами органів місцевого самоврядування об’єктів інфраструктури з відповідним бюджетним фінансуванням, що, в свою чергу, породжує проблему реформування місцевих органів державної виконавчої влади щодо порядку їх формування, складу та повноважень.

У здійсненні конституційних і законодавчих перетворень доцільно зберегти вже усталену політико-правову термінологію, уникаючи як відновлення архаїчної української, так і некритичного запозичення іншомовної термінології.

1. Про внесення змін до Конституції України (щодо повноважень органів державної влади та місцевого самоврядування): Проект Закону України від 26 червня 2014 р. № 4178а. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=51513. **2.** Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади): Проект Закону України від 1 липня 2015 р. № 2217а. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55812. **3.** Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади): Проект Закону України від 13 грудня 2019 р. № 2598. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67644. **4.** Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади): Проект Закону України від 27 грудня 2019 р. № 2598. **5.** Про добровільне об’єднання територіальних громад: Закон України від 5 лютого 2015 р. № 157-VIII. *Голос України*. 2015. 4 березня. **6.** Про внесення змін до законів України щодо статусу старости села, селища: Закон України від 9 лютого 2017 р. № 1848-VIII. *Голос України*. 2017. 11 березня. **7.** Про внесення змін до деяких законів України щодо добровільного приєднання територіальних громад: Закон України від 9 лютого 2017 р. № 1851-VIII. *Голос України*. 2017. 18 березня. **8.** Про утворення та ліквідацію районів: Постанова Верховної Ради України від 17 липня 2020 р. № 807-IX. *Голос України*. 2020. 18 липня.

9. Про внесення змін до Закону України “Про Державний бюджет України на 2020 рік”: Закон України від 25 серпня 2020 р. № 822-IX. *Голос України*. 2020. 31 серпня. 10. Конституція України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr#Text>. 11. Конституция Франции. *Конституции государств Европы*: в 3 т. / Л. А. Окуньков (общ. ред. и вступ. ст.). Москва: НОРМА, 2001. Т. 3. С. 411-434. 12. Конституция Румынии. Там же. С. 63-92. 13. Конституция Республики Польша. Там же. Т. 2. С. 686-732. 14. Конституция Грузии (по состоянию на 1 ноября 2013 года). Тбилиси, 2013.

References

1. Pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy (shchodo povnovazhen orhaniv derzhavnoi vlady ta mistsevoho samovriaduvannia): Proekt Zakonu Ukrainy vid 26 chervnia 2014 r. № 4178a. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=51513. 2. Pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy (shchodo detsentralizatsii vlady): Proekt Zakonu Ukrainy vid 1 lypnia 2015 r. № 2217a. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55812. 3. Pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy (shchodo detsentralizatsii vlady): Proekt Zakonu Ukrainy vid 13 hrudnia 2019 r. № 2598. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67644. 4. Pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy (shchodo detsentralizatsii vlady): Proekt Zakonu Ukrainy vid 27 hrudnia 2019 r. № 2598. 5. Pro dobrovilne obiednannia terytorialnykh hromad: Zakon Ukrainy vid 5 liutoho 2015 r. № 157-VIII. *Holos Ukrainy*. 2015. 4 bereznia. 6. Pro vnesennia zmin do zakoniv Ukrainy shchodo statusu starosty sela, selyshcha: Zakon Ukrainy vid 9 liutoho 2017 r. № 1848-VIII. *Holos Ukrainy*. 2017. 11 bereznia. 7. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakoniv Ukrainy shchodo dobrovilnoho pryednannia terytorialnykh hromad: Zakon Ukrainy vid 9 liutoho 2017 r. № 1851-VIII. *Holos Ukrainy*. 2017. 18 bereznia. 8. Pro utvorennia ta likvidatsiiu raioniv: Postanova Verkhovnoi Rady Ukrainy vid 17 lypnia 2020 r. № 807-IX. *Holos Ukrainy*. 2020. 18 lypnia. 9. Pro vnesennia zmin do Zakonu Ukrainy “Pro Derzhavnyi biudzheth Ukrainy na 2020 rik”: Zakon Ukrainy vid 25 serpnia 2020 r. № 822-IX. *Holos Ukrainy*. 2020. 31 serpnia. 10. Konstytutsiia Ukrainy. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-vr#Text>. 11. Konstytutsiia Frantsyy. *Konstytutsiia hosudarstv Evropy*: v 3 t. / L. A. Okunkov (obshch. red. y vstup. st.). Moskva: NORMA, 2001. Т. 3. С. 411-434. 12. Konstytutsiia Rumynyy. Там zhe. S.63-92. 13. Konstytutsiia Respublyky Polsha. Там zhe. Т. 2. С. 686-732. 14. Konstytutsiia Hruzyy (po sostoianyiu na 1 noiabria 2013 hoda). Tbylisy, 2013.

Shliakhtun Petro, Kolyukh Valeriy, Malkina Ganna. Key element in the decentralization of power in Ukraine

Decentralization of power, as the transfer of functions and powers to resolve local issues from central to territorial bodies of state power or to local authorities, is one of the main directions of further democratization of Ukrainian society, reforming its political system as a whole. There is a

distinction between administrative and democratic decentralization. Administrative decentralization consists in transferring the powers of the state executive power from central to local authorities. Democratic decentralization consists in creating an extensive system of local self-government and transferring to it the functions and powers of state authorities to manage local affairs. Democratization of power involves a combination of administrative and democratic decentralization.

A comparative analysis of draft laws «On Amendments to the Constitution of Ukraine (regarding the powers of state authorities and local self-government)» dated June 26, 2014, «On Amendments to the Constitution of Ukraine (regarding the decentralization of power)» dated July 1, 2015, December 13 and 27, 2019 shows that contrary to the very idea of decentralization of power, they envisaged strengthening the power of the President of Ukraine in the administrative-territorial units of Ukraine due to the introduction in the districts and regions of the position of a completely dependent on him and controlled by him representative of the President of Ukraine (prefect) (instead of local state administrations) with the empowerment on the implementation of administrative supervision over the observance of the Constitution and the laws of Ukraine by local self-government authorities with the possibility of initiating the stopping by the President of Ukraine of the action not only of the act issued by them, but also of their powers. In foreign countries with the Romano-Germanic model of organizing local public authority, which provides for such an official – a representative of the government, appointed by the government and can only appeal against an act of the local self-government authority on grounds of its inconsistency with the legislation in the administrative justice body. The introduction of such a procedure is a key element in the decentralization of power in Ukraine.

To a greater extent, the idea of decentralization of power is answered by legislative decentralization, which was founded by the Law of Ukraine «On Voluntary Association of Communities» dated February 5, 2015 and provides for the gradual transfer of infrastructure facilities to the jurisdiction of the existing united territorial communities of local self-government authorities with appropriate budget funding, which, in turn, gives rise to the problem of reforming local state executive authorities regarding the procedure for their formation, composition and powers.

Key words: Constitution, law, bill, decentralization, executive power, local self-government, territorial community, representative of the President of Ukraine, prefect.

**О. П. ДЕМ'ЯНЧУК
В. О. УРУБКОВ**

УХВАЛЕННЯ ПОЛІТИЧНИХ РІШЕНЬ У ТРИСТОРОННІЙ КОНТАКТНІЙ ГРУПІ: НЕОІНСТИТУЦІЙНИЙ ПІДХІД

У статті з позицій неoinституційного підходу аналізуються особливості формування і діяльність Тристоронньої контактної групи (ТКГ) з мирного врегулювання ситуації на Сході України. За час діяльності ТКГ вдалося досягти тристоронніх домовленостей у гуманітарній та безпековій сферах. Водночас вищі посадові особи уникали своєї прямої участі в ухваленні рішень, можливо, щоб уникнути відповідальності в разі їх невиконання. Очевидно, в цьому й полягали мотиви формальних державних і політичних інститутів щодо формування ТКГ і надання їй особливого статусу як «напівнеформального» політичного інституту.

Ключові слова: неoinституціоналізм, політичні рішення, Тристороння контактна група, війна, Мінські домовленості.

Demianchuk Oleksandr, Urubkov Vladyslav. Political decisions making in the trilateral contact group: neoinstitutional approach

The article contains consideration and explanation from the neoinstitutional perspective the features of founding and functioning of the Trilateral Contact Group on the peaceful settlement of the situation in the East Ukraine. In a number of cases TCG had come to agreement in humanitarian and security issues. At the same time the top politicians avoided explicit participation in making TCG decisions perhaps trying to escape from the responsibility when the decision implementation failed. Probably these were the reasons of the formal administrative and political authorities to establish TCG and give it a special status as a “semi-informal” political institution.

Key words: neoinstitutionalism, political decision making, Trilateral Contact Group, war, Minsk arrangements.

Неоголошена війна на Сході України триває вже сьомий рік. Перші 10 місяців – орієнтовно з весни 2014 року до початку

© ДЕМ'ЯНЧУК Олександр Петрович – доктор політичних наук, професор Національного університету «Києво-Могилянська академія»; ORCID: 0000-0003-1389-1714

© УРУБКОВ Владислав Олексійович – студент МП «Європейські студії» Національного університету «Києво-Могилянська академія»; ORCID: 0000-0001-7488-2788; e-mail: v.urubkov@ukma.edu.ua

2015 року – конфлікт перебував у найактивнішій військовій фазі, що характеризувалася масштабними зіткненнями – битвами під Іловайськом, Дебальцевим, а також у Донецькому аеропорту. Після цього, від перших місяців 2015 року, розпочалася друга – «холодна» фаза протистояння Російської Федерації та України. Точку відліку другого етапу пов'язують з укладанням документа, що має назву *Комплекс заходів щодо виконання Мінських угод*, або ж частіше вживаний термін «Другі Мінські домовленості» [1]. Він був погоджений 12 лютого 2015 року в Мінську представниками «нормандської четвірки» – президентами РФ, України, Франції та канцлером Німеччини. Слід зазначити, що попри тривалі 16-годинні перемовини [2] і спільний пошук компромісного рішення лідери держав самітоско не ставили жодних підписів на новоукладеному договорі. Замість них це зробили учасники Тристоронньої контактної групи, до якої входили представники України, РФ, окремо представники Донецької та Луганської областей, а також ОБСЄ у ролі модераторів. Чому право офіційно завізувати договір, який і на сьогодні залишається найактуальнішим загальноприйнятим документом щодо деокупації окремих районів Донецької та Луганської областей, передали саме цьому органу? Які повноваження має ТКГ і якими юридичними актами вона керується у своїй діяльності? За шість років українські науковці приділяли велику увагу проблемі російської агресії на Сході України. Проте найчастіше Тристороння контактна група згадувалася в їхніх дослідженнях лише у контексті Мінських угод, які й були предметом дослідження. Ця стаття пропонує першу спробу віднесення до категорії предмета дослідження саме діяльність Тристоронньої контактної групи, визначення кола її функцій та аналіз процесу ухвалення рішень. Задля досягнення мети була проведена робота із документами, зокрема звітами та офіційними публікаціями ОБСЄ, законами України, указами президентів України та Російської Федерації, Конституціями обох держав. Крім того, були досліджені публічні заяви представників групи, що допоможе глибше зрозуміти специфіку діяльності органу. Також у пригоді стане історичний метод, який потрібен для порівняння умов діяльності ТКГ у часовому вимірі.

Слід зазначити, що рішення, ухвалені ТКГ, є політичними, оскільки містять чітко виражений ціннісний характер і значною мірою впливають на подальші кроки політичного керівництва країн-учасниць конфлікту і країн-посередниць у ньому. Тому логічно побудувати цей аналіз на інституційному, чи радше неоінституційному підході.

Що таке тристороння контактна група? На тлі інтенсифікації протистояння у червні 2014 року сторони конфлікту дійшли згоди щодо необхідності створення консультативного органу, покликаного знайти спільну мову та припинити збройний конфлікт у дипломатичний спосіб. Так була створена Тристороння контактна група з мирного врегулювання ситуації у Донецькій та Луганській областях. Сторонами були визначені Україна, Російська Федерація, а також модератор – представник Організації з питань безпеки та співробітництва у Європі (ОБСЄ). Прикметно, що на той час на території ОРДЛО вже були проведені незаконні референдуми, внаслідок чого представники квазіутворень – «Донецької народної республіки» та «Луганської народної республіки» почали заявляти про власний суверенітет та вимагати визнання. Натомість у ТКГ вони бажаної суб'єктності не отримали. У липневому звіті ОБСЄ їхніх представників, що були присутні на зустрічах, попервах називали «сепаратистськими групами зі сходу України» [3]. За даними Т. Соломенної, відбувалося визначення позиції бойовиків у ТКГ лише як фізичних осіб без визнання статусу сторони у перемовинах [4]. З огляду на цей факт російські органи влади та окупаційні адміністрації ігнорують поняття «тристороння», обмежуючись словосполученням «контактна група» [5]. Натомість в офіційних документах України та ОБСЄ присутнє визначення «Тристороння контактна група».

Після ухвалення Комплексу заходів щодо виконання Мінських угод ТКГ була додатково структурована. Консультації щодо різних аспектів мирного врегулювання вирішили розділити на підгрупи. Таким чином у межах ТКГ наразі функціонують підгрупи із *безпекових* питань, із *соціально-економічних* питань, з *гуманітарних* питань та з *політичних* питань. У 2020 році один із представників України у ТКГ Олексій Резніков запропонував доповнити цю структуру п'ятою підгрупою, яка б займалася

забезпеченням повернення української частини кордону із РФ під контроль України [6].

Політико-правова база та повноваження ТКГ. Діяльність ТКГ не визначена жодними окремими законами чи нормативно-правовими актами України чи Російської Федерації. Вона була створена у червні 2014 року рішенням першої зустрічі голів держав у форматі, який згодом назвали Нормандським. Саме саміти президентів України, РФ, Франції, а також канцлера Німеччини наразі залишаються найвищим рівнем ухвалення стратегічних політичних рішень щодо врегулювання збройного конфлікту на Сході України. Такі зустрічі мають нерегулярний характер і зазвичай відбуваються у разі прогресу у виконанні попередніх домовленостей або ж різкого погіршення ситуації, що найчастіше траплялося у 2014-2015 роках. Остання зустріч у Нормандському форматі відбулася в грудні 2019 року. Тристороння контактна група при цьому виступає у ролі консультативного та переговорного органу. Саме до компетенції ТКГ входять пошук механізмів імплементації рішень Нормандського саміту та контроль за виконанням рішень лідерів. Наприклад, перший пункт у всіх ухвалених документах щодо мирного врегулювання конфлікту включає необхідність повного і всеосяжного режиму припинення вогню. За це у ТКГ відповідає безпекова підгрупа. Спостереження «тиші» або ж її відсутності на лінії зіткнення проводить Спеціальна моніторингова місія (СММ) ОБСЄ, яка працює на Донбасі від березня 2014 року. За підсумками кожного дня СММ робить звіти, що згодом обговорюються на засіданнях ТКГ. У цій же підгрупі також розглядаються питання розведення військ, розмінування територій, відкриття нових контрольних пунктів в'їзду-виїзду на лінії розмежування. Усі вищеназвані процеси так само контролюються третьою стороною – СММ ОБСЄ.

Гуманітарна підгрупа, у свою чергу, займається питаннями пошуку безвісти зниклих осіб та обміну полоненими. Обидві сторони формують списки утримуваних осіб, передають одна одній та визначають час, дату і місце майбутнього взаємного звільнення. Значно повільніше просувається робота міжнародних гуманітарних організацій на тимчасово окупованих територіях. Адже, приміром, представників Міжнародного комітету

Червоного Хреста окупаційні адміністрації не пропускають до місць утримання заручників для моніторингу стану їх здоров'я та контролю за дотриманням прав людини [7].

Соціальні виплати та гарантії українським громадянам, а також питання функціонування банківського сектора обговорюються в межах соціальної-економічної підгрупи ТКГ. Політична ж підгрупа відповідальна за усі найменш компромісні питання. Зокрема, до її повноважень входять консультації стосовно трактування окремих положень Комплексу заходів щодо виконання Мінських угод. Це стосується Закону України «Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей» [8], майбутнього закону про амністію деяких учасників війни. Загалом завданням підгрупи є напрацювання модальностей закону, або ж іншими словами усунення його різночитань [9].

Якщо підсумувати компетенції Тресторонньої контактної групи, то вони є безпосереднім механізмом реалізації домовленостей, досягнутих «Нормандською четвіркою». Для цього ТКГ збирається на регулярній основі, не менше одного разу на місяць. Раніше ці зустрічі відбувалися на нейтральній території у Мінську. Внаслідок обмежень, спричинених пандемією коронавірусу, перемовини продовжують відбуватися у відеоформаті.

Функціонал ТКГ визначається, зокрема, й механізмом призначення відповідних представників у кожній з країн. Зокрема, в Україні голову Групи, його заступників, а також голів підгруп делегує особисто Президент своїми указами. Ідентичний процес відбувається і в РФ, де відповідні розпорядження про призначення підписує глава держави. З огляду на конституційне визначення повноважень як в Україні [10], так і в РФ [11] саме президент відповідає за зовнішню політику держави. Отже, члени ТКГ є безпосередніми політичними призначеннями, які узгоджують із главою держави спільну позицію на перемовинах.

Роль ТКГ у вирішенні конфлікту. Загострення ситуації на лінії розмежування наприкінці 2014 – напочатку 2015 року змусило лідерів країн Нормандського формату організувати нову зустріч у Мінську, де ухвалили вищезгаданий Комплекс заходів щодо виконання Мінських угод, однак не підписали його осо-

бисто. Це право знову делегували ТКГ у тому ж складі підписантів. Відтоді саме на цей документ як на основну дорожню карту з вирішення конфлікту посилаються і в Україні, і в РФ, і на окупованих територіях. Ба більше, «Мінськ-2» навіть потрапив до резолюції Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй [12]. Хоча насправді, як помітила українська дослідниця Н. Волкова, Другі Мінські домовленості все ще не є обов'язковими для виконання з обох сторін. Вони не є ратифікованими юридично ані в РФ, ані в Україні, а посади підписантів не підпадають під статтю 7.2 Віденської конвенції про право міжнародних договорів [13]. Зважаючи на те, що воєнний конфлікт досі триває, можна зробити висновок, що делегування повноважень письмової ратифікації угод Тристоронній контактній групі було цілеспрямованим кроком, який не змушував держави поступатися власними інтересами. Зокрема, Російській Федерації було вигідно отримати підписаний Україною документ і використовувати його як елемент власної інформаційної війни, при цьому самій не виконувати навіть першого його пункту. Україна ж невизнанням Мінська на офіційному рівні отримала час наростити військову силу, паралельно просуваючи ідею зміни порядку виконання Комплексу заходів та запровадження моделі «спочатку кордон — потім вибори».

З позиції неінституціоналізму, ТКГ фактично є «напівнеформальним» політичним інститутом, на який покладено ухвалення низки політичних рішень, що базуються на ціннісному виборі. Адже ці рішення значною мірою зачіпають цінності та інтереси одночасно багатьох суспільних груп принаймні у двох країнах — Україні та Російській Федерації, однак вони не легалізуються, як це мало би бути, формальними політичними інститутами — президентами, парламентами чи очільниками виконавчої влади.

Ухвалення політичних рішень теоретично здійснюється політичними інститутами, які мають три атрибути — *повноваження, експертне знання і порядок* [14]. Оскільки ТКГ є «тимчасовим» утворенням, то її повноваження пов'язані з повноваженнями тих політичних інститутів, які її створили, в даному разі Президента України та Ради національної безпеки і оборони України, а також аналогічними політичними інститутами Російської

Федерації. Тобто керівництво ТКГ є повноважним де-факто, а не де-юре. У ролі підписантів будь-яких політичних документів члени ТКГ не мають повноцінного контролю за процесом реалізації рішень. При цьому в ТКГ представникам сторін потрібно узгодити між собою позиції держав і ухвалити рішення виключно одногосно. Згодом їхні домовленості мають бути реалізовані державними органами України та Російської Федерації, яка, зі свого боку, має вплив на процеси імплементації політик на окупованих територіях. Тож фактично за відсутності політичної волі державних інститутів рішення ТКГ можуть штучно залишатися на рівні дорадчих попри ухвалену Нормандською четвіркою стратегію.

Отже, ТКГ залишається ключовим органом, що має вплив на процес вирішення збройного конфлікту на Сході України навіть попри те, що механізми її діяльності не регламентуються нормативно-правовими актами жодної зі сторін конфлікту. Натомість юридичної ваги органу додає процедура призначення членів, яких делегують до ТКГ особисто президенти України та РФ. Саме члени Тристоронньої контактної групи підписували усі основні документи, що були сформовані за результатами засідань Нормандської четвірки лідерів. Делегування ТКГ повноважень щодо підписання документів могло бути пов'язано із небажанням лідерів держав візувати документ, який не був можливим до виконання у комплексі або ж у прописаній послідовності дій. Таким чином офіційні представники держав частково забезпечили себе від юридичної підзвітності по ухваленому документу.

Можна припустити, що саме через відносно невеликі розміри території, охопленої бойовими діями, і небезпеку переростання збройного конфлікту в повномасштабну російсько-українську війну вищі посадовці обох країн пішли на передачу обмежених повноважень у процесі залагодження цього конфлікту Тристоронній контактній групі – напівнеформальному політичному інституту. На користь такого припущення говорить і статус «Антитерористичної операції», а потім «Операції об'єднаних сил», і двоїстість дій керівників ТКГ, і відсутність підписів очільників держав на ключових документах у рамках Мінська-2. У кожній зі сторін залишаються можливості зриву досягнутих у рамках ТКГ домовленостей без будь-яких міжнародних санкцій

чи інших юридичних наслідків саме внаслідок «напівнеформальності» ТКГ як політичного інституту й певної відстороненості перших осіб держав по обидва боки лінії фронту.

1. Комплекс мер по выполнению Минских соглашений. URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/5/b/140221.pdf>. 2. Коментар: другий Мінськ залишає багато питань. URL: <https://www.dw.com/uk/коментар-другий-мінськ-залишає-багато-питань/a-18251315>. 3. Заява Тристоронньої контактної групи для преси. URL: <https://www.osce.org/uk/home/122149>. 4. Соломенна Т. ОБСЄ та врегулювання української кризи. *Вісник Дніпропетровського університету*. 2016. № 3, С. 74–82. 5. Распоряжение о назначении экс-спикера Госдумы Бориса Грызлова представителем России в контактной группе по урегулированию ситуации на Украине. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201512260004>. 6. У ТКГ потрібно створити ще одну підгрупу – Резніков. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-politics/3132166-u-tkg-potribno-stvoriti-se-odnu-pidgrupu-reznikov.html>. 7. Надайте доступ до «Ізоляції» – глава української делегації в ТКГ Леонід Кравчук вимагає від ОРДЛО негайно забезпечити Міжнародному комітету Червоного Хреста доступ до незаконно утримуваних громадян України. URL: <https://www.president.gov.ua/news/nadajte-dostup-do-izolyaciyi-glava-ukrayinskoji-delegaciyi-v-63725>. 8. Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей: Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1680-18#Text>. 9. Смирнова І. Є. Мінські домовленості: шлях до врегулювання конфлікту на сході або загроза національним інтересам України. *Глея*. 2016. № 106. С. 348–353. 10. Конституція України – Розділ V ПРЕЗИДЕНТ УКРАЇНИ. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/constitution/konstituciya-ukrayini-rozdil-v>. 11. Конституция Российской Федерации Глава 4. Президент Российской Федерации. URL: <http://www.constitution.ru/10003000/10003000-6.htm>. 12. Unanimously Adopting Resolution 2202 (2015), Security Council Calls on Parties to Implement Accords Aimed at Peaceful Settlement in Eastern Ukraine. URL: <https://www.un.org/press/en/2015/sc11785.doc.htm>. 13. Volkova N. The Minsk trap. Moscow's perversion of the conflict arbitration process in Ukraine. *Наукові записки НАУКМА. Юридичні науки*. 2019, С. 73–82. 14. Колбеч Гел К. Політика. Київ: КМ Академія, 2005. 136 с.

Demianchuk Oleksandr, Urubkov Vladyslav. Political decisions making in the trilateral contact group: neoinstitutional approach

Undeclared war between Ukraine and the Russian Federation continues over six years and causes significant losses of political, economic and social character. As the combat activities are localized on a relatively small Ukrainian territory of Donetsk and Luhansk oblasts, the negotiations concerning cease of fire, return to the before-the-war status quo and recovery of the area had been

delegated to the so-called Trilateral contact group (TCG) which contained representatives of Ukraine, the Russian Federation, as well as a few guerilla warriors who later were replaced by the civilians – internally displaced persons.

The Trilateral contact group (TCG) was established initially for the operational settlement of disputable issues by negotiations but then had adopted several functions of an informal political institution delegated by the leaders of Ukraine and Russia. Implementation of the Minsk-2 Arrangements agreed by the Normandy format talks in February 2015 has become the main task for TCG functioning.

Taking the neoinstitutional approach the TCG actually is a “semi-informal” political institution authorized to make some sorts of political decisions based on a value choice. For these decisions to much extent represent values and interests of numerous social groups both in Ukraine and Russia. At the same time their decisions are not always legalized by formal political institutions as it would have to be – by the presidents, parliaments and/or executives.

Authorization and implementation of TCG decisions is of rather de-facto than de-jure character. The TCG members are not independent in making final decisions and monitoring their realization. The complications arise at the very beginning of decision making as it should be agreed unanimously by the members with radically different interests and goals. Then the agreements are to be proved by the State authorities of Ukraine and Russia. The latter in turn has some influence on the administration of the occupied territories. All these complications may devastate the TCG efforts despite the strategy settled by the Normandy format talks.

Key words: neoinstitutionalism, political decision making, Trilateral Contact Group, war, Minsk arrangements.

УДК 323.2

DOI: 10.33663/1563-3349-2020-88-301

**В. М. ТАРАСЮК
Д. С. ДРОБОТУН**

ПРО ПРИЧИНИ І НАСЛІДКИ ОЛІГАРХІЗАЦІЇ УКРАЇНСЬКИХ МЕДІА

Розглядаються питання щодо доцільності впровадження обмежень на ринку реклами. Досліджуються причини і наслідки окремих євроінтеграційних процесів щодо ринку друкованих ЗМІ. Проаналізовано основні чинники формування державної політики в сфері реклами в друкованих ЗМІ. Сформульовано пропозиції щодо виходу з критичного стану друкованих медіа в Україні, обумовленого неефективним регулюванням ринку реклами.

Ключові слова: *реклама, засоби масової інформації, друковані медіа, регуляторна політика.*

Tarasjuk Volodymyr, Drobotun Dmytro. About the causes and consequences of the oligarchization of the Ukrainian media

The issues of expediency of introduction of restrictions in the advertising market are considered. The causes and consequences of certain European integration processes on the print media market are studied. The main factors of state policy for action in the field of advertising in the print media are analyzed. Proposals for resolving the critical state of print media in Ukraine due to inefficient regulation of the advertising market have been identified.

Key words: *advertising, mass media, print media, regulatory policy.*

Питання державного регулювання ринку реклами та ЗМІ в Україні та адаптації до стандартів ЄС у цій сфері викликає інтерес головним чином вітчизняних дослідників у галузі журналістики та права. Водночас у західних країнах вищезазначені питання становлять неабиякий політичний та державно-управлінський інтерес. За межами дослідницького інтересу в цих галузях в Україні залишаються питання, пов'язані із дослідженням трансформації ринку реклами і друкованих ЗМІ в нашій

© ТАРАСЮК Володимир Миколайович – кандидат політичних наук, науковий співробітник Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України; ORCID: 0000-0002-8915-2443; e-mail: volodymyr.tarasyuk@yahoo.com

© ДРОБОТУН Дмитро Сергійович – аспірант Інституту держави і права імені В. М. Корецького НАН України; e-mail: dmitry.icpress@gmail.com

державі, ролі і значення державної політики щодо функціонування та розвитку друкованих та онлайн медіа. Трансформація медіа-системи в Україні з метою її демократизації, у тому числі у зв'язку із стратегічним курсом на європейську інтеграцію, зумовлює необхідність поглибленого вивчення і систематизації досвіду, накопиченого у даній сфері. Зарубіжні дослідження таких процесів у країнах Центрально-Східної Європи, а також досвід державного регулювання ЗМІ на загальноєвропейському рівні мають безперечну цінність для вітчизняної науки, насамперед для вибору напрямів удосконалення медіарегулювання, як на теоретичному, так і на практичному рівні, що має особливу важливість у зв'язку із стратегічним курсом України на європейську інтеграцію.

Роль мас-медіа в демократизації країни та проблематика складних взаємовідносин медіа і політики після проголошення незалежності України та початку медіатрансформацій висвітлюються в працях багатьох українських учених. Ще в першій половині 1990-х років колишній голова Спілки журналістів України Є. Вербило говорив про тиск на журналістів з боку влади [6]. Про складні взаємовідносини медіа та правлячих еліт в Україні й через десять років після висловлювання Є. Вербило говорили М. Мельник і В. Постульга, В. Карпенко, О. Трошина, Ю. Фінклер та ін. [9] А. Костирев та Н. Олексієнко аналізували роль ЗМІ у демократизації України [7], І. Ненов вивчав масмедіа в умовах політичних трансформацій українського суспільства. Д. Дубов не лише звертав увагу на ЗМІ як на якісно нові суб'єкти політичних процесів, а й на політико-комунікативну безпеку України у євроінтеграційному контексті. Також роль ЗМІ у створенні політичної реальності та формуванні політичних орієнтацій українців аналізується в дослідженнях О. Шахтемірової та Д. Яковлева. Нерозривно із цією проблематикою пов'язана тема свободи слова в Україні, аналіз якої знаходить відображення в працях вітчизняних дослідників та правозахисників. На думку В. Шкляра, свобода слова є одним з основних демократичних принципів у суспільстві. С. Демченко наголошував на важливості відповідальної свободи слова, заснованій на принципах моралі, а також звернув увагу на різні аспекти, які заважають свободі слова в Україні [8].

Українськими вченими досліджуються й економічні аспекти трансформації медіа-політики в Україні. Наприклад, Р. Дяків у статті «Ринок засобів масової інформації: проблеми, становлення і розвитку» класифікував форми власності на ЗМІ в Україні, а також говорив про важливість державного протекціонізму національним медіа [9]. І. Лубченко, голова Національної спілки журналістів України, зауважив на необхідності введення до реєстраційних документів ЗМІ положення про власника медіа для забезпечення прозорого інформаційного простору, а також на важливості передачі державної і комунальної власності на ЗМІ у власність журналістських колективів у рамках приватизації місцевих та регіональних медіа. Відзначимо й роботу І. Міки, в якій аналізуються особливості спонсорської допомоги в електронних ЗМІ Польщі, як приклад для України [10].

Поточний стан та історичні передумови економічного й зовнішньополітичного становища України свідчать про неабияку роль західних акторів у досягненні тих «результатів», свідками яких сьогодні ми є.

З огляду на тематику статті розглянемо лише деякі західні ініціативи, впроваджені в процесі європейської інтеграції України, що призвели до негативних наслідків.

24 жовтня 2020 р. було оприлюднено лекцію экс-посла Канади в Україні Романа Ващука [1]. Аналізуючи причини складного політико-економічного стану нашої держави, він визнає не лише помилки, допущені західними партнерами під час впровадження реформ, а й вказує на ознаки зовнішнього управління Україною.

В той час як В. Путін публічно заявляє про неспроможність України до самоврядування, називаючи нашу державу вдаваною, західні партнери відзначають нездатність вітчизняних еліт й українського суспільства до впровадження реформ та ефективного урядування. Розцінюючи свою участь як обов'язок втручатися у ключові сфери суспільно-політичного життя українців, визначають пріоритетні напрями розвитку; впроваджуючи ті чи інші законодавчі ініціативи, встановлюють регуляторні обмеження, нав'язують відповідні принципи й методи функціонування державних інститутів, у тому числі ЗМІ, науки і освіти. Як зазначає Р. Ващук, значна частина західних ініціатив вияви-

лися неефективними, навіть ті, що мали характер соціального експерименту (окремі ідеї раніше не застосовувалися в жодній розвиненій країні й вперше були апробовані в Україні).

Намагання допомогти призвело до переміщення центру прийняття рішень з Києва до Брюсселя за принципом «хто платить, той і вирішує». Натомість Україна, крім боргів перед зовнішніми кредиторами, отримала зруйновану державну вертикаль, знівельовані традиції, дискредитовані професійні середовища й піраміду правоохоронних органів, покликаних контролювати одне одного на тлі постійно зростаючої корупції, рейдерства й свавілля влади.

Розглянемо ці аргументи на прикладі впроваджених в Україні європейських ініціатив щодо реклами у ЗМІ.

Спочатку дослідимо природу реклами, її різновиди, позитивні й негативні наслідки, технології, бо це покладено в основу регуляторних норм, і ми повернемося до цього питання в частині аналізу нормативно-правових актів, якими визначені «правила гри» на ринку реклами.

Рекламою вважається будь-яка оплачена інформація, що сприяє продажу товарів, послуг чи продуктів — від продажу речей до іміджу людей (політична реклама). Відповідно в процесі продажу та розміщення реклами виникає чимало етичних колізій. З одного боку, медіа мають задовольняти інформаційні потреби аудиторії (суспільний аспект діяльності медіа), а з іншого — заробляти гроші для власника медіа, отримуючи прибуток. У вітчизняних реаліях, де більшість медіа є інструментом політичного впливу, а прибуток для їх власників має другорядне значення, ситуація поступово змінюється в процесі демократизації. Адже саме реклама, а не прямий продаж інформаційного продукту є основним джерелом прибутку для мас-медіа.

Рекламування товарів чи послуг, інформаційне нав'язування їх аудиторії, яке суперечить суспільному завданню медіа, водночас є фінансовим джерелом існування ЗМІ. Рекламодавець зацікавлений у найефективнішому представленні своєї продукції, прагне, щоб реклама сприймалася як журналістська інформація, якій населення довіряє більше (саме тому рекламу на телебаченні часто стилізують під випуски новин, а ЗМІ вважається «четвертою владою»). Проте це сприяє знижен-

ню рівня довіри аудиторії до медіа, а рекламодавцеві важливо розміщувати свій продукт у тих медіа, які мають високий рейтинг та рівень довіри аудиторії.

Позаяк журналістика – це соціально-відповідальний бізнес, то розв'язати ці суперечності можна лише шляхом дотримання певних етичних принципів. Метою будь-якого бізнесу є егоїстична потреба в отриманні прибутку, а не створення робочих місць, розвиток галузі чи формування зрілого громадянського суспільства. Більше того, бізнес-інтереси суперечать основній меті держави – досягнення загального блага. Медіа, як будь-який інший бізнес, провадить свою діяльність із метою охоплення якомога більшої аудиторії, якомога більших переглядів чи продажів газет, якомога більших прибутків від основного джерела доходів – реклами. Отримання прибутків від продажу газет чи платних підписок/переглядів контенту зазвичай покриває меншу частину витрат, й мало кому зі світових лідерів ЗМІ вдається заробляти лише на цьому. Водночас неконтрольований продаж реклами зазвичай призводить до вкрай негативних наслідків.

Рекламодавець не має права зловживати довірою аудиторії, а медіа не повинні розміщувати недостовірну рекламу. В 1990-х роках тисячі людей втратили заощадження, повіривши артистичній рекламі МММ та інших трастів.

Методи «below-to-line» (тобто підсвідомо) прийшли з реклами у журналістику й досить активно використовуються донині. Це, на перший погляд, нічим не примітні методи на кшталт «product placement» (коли журналісти в кадрі та актори на телебаченні використовують товари певних фірм, і глядач, який підсвідомо наслідує відомих осіб, також використовує ці товари). «Product placement» може відігравати й негативну роль. Наприклад, Г. Форд, відомий своїми антисемітськими настроями, звинуватив Голлівуд в участі у сionістській змові з метою розбещення американців. У відповідь діячі Голлівуду попередили Г. Форда в разі, якщо він не припинить свої звинувачення, то всі машини, які розбиватимуться в американських фільмах, будуть марки «Ford». Погроза подіяла.

Порушенням журналістської етики є участь журналістів у рекламних кампаніях. Рекламодавці намагаються залучати

відомих осіб, щоб використати їхній авторитет у власних цілях. Аналогічно діють політичні партії, включаючи до своїх списків «зірок». Підсвідомо люди орієнтуються на публічних, популярних осіб, знаменитостей. Рекламуючи політичні партії, зубну пасту чи фармацевтичні товари, журналісти зраджують професії, адже місія журналіста полягає не у «просуванні» певної групи товарів чи послуг, а в чесному інформуванні населення. Якщо журналіст стверджує, що певна політична сила чи певний товар кращий за інші, то це має бути результатом проведення ґрунтового аналізу, а не наслідком отримання певної суми грошей чи місця у списку.

Актуальна проблема, з якою стикаються медіа, – це неетична поведінка рекламних персонажів. Не можна розміщувати рекламу, персонажі якої поводяться девіантно, адже все, що з'являється на телеекранах чи газетних або журнальних шпальтах, стає прикладом для наслідування (навіть комедійний мультфільм про Сімпсонів та російський «Маша і ведмідь» спричинили низку негативних наслідків).

Реклама має бути чітко відділена від редакційної частини, тобто власне журналістських матеріалів. Аудиторія повинна чітко усвідомлювати, де є реклама, а де результати журналістської діяльності. Реклама не повинна створювати враження, нібито вживання алкоголю сприяє досягненню спортивних успіхів, покращує фізичний стан чи допомагає виглядати дорослішим. Реклама подібних товарів не може бути адресована неповнолітній аудиторії.

Кризове фінансове становище більшості видань призвело до поширення прихованої реклами. Чимала кількість критичних матеріалів у медіа свідчить не про свободу слова, а про виконання замовлення засновників та/або спонсорів щодо знищення бізнес- чи політичних конкурентів. Прихована реклама – це реклама у вигляді звичайного журналістського матеріалу, яка не оплачується офіційно. Така реклама є ефективнішою за офіційну, бо аудиторія сприймає її як журналістські матеріали, а це вводить в оману як аудиторію, так і державу.

Державне регулювання рекламного ринку, яке покликане усунути вказані негативні явища, замість пошуку делікатного компромісу між бізнес- і суспільними інтересами, призвело до

скорочення рекламних замовлень у ЗМІ й відповідно значного зменшення доходів від реклами, що змусило редакції шукати спонсорів, акціонерів, інвесторів переважно за межами медіаринку. Це спричинило необмежений вплив на медіа нових засновників – фінансово-промислових груп, політичних партій, окремих політиків і бізнесменів. Цензурний тиск з їхнього боку значно сильніший за радянську цензуру.

Сьогодні вже стало очевидним, що основною загрозою свободі слова залишається складне економічне становище ЗМІ через недостатньо розвинений український ринок реклами. Це призводить до залежності медіа від власників-акціонерів, для яких медіа є не засобом одержання прибутку, а інструментом політичного впливу. Вкладаючи гроші в медіабізнес, більшість інвесторів не розглядає цю діяльність як основну. Як це не парадоксально, неприбутковість медіа вигідна їхнім власникам-олігархам. Журналістами легше управляти, коли їхня платня напряду залежить не від аудиторії і реклами, а від власника медіа. Вкорінилася практика «мотивування» журналістів пільговими кредитами на житло. Журналіст зазвичай не має вибору в подібній ситуації.

Законодавчі зміни порядку рекламування з метою усунення потенційних наслідків реклами поставили під загрозу існування ЗМІ не лише як бізнесу, а й як галузі, котра зародилася, розвивалася і успішно функціонувала з часів винаходу Й. Гутенберга, задовго до поширення демократії й розширення прав і свобод людини.

Регулювання ринку засобів масової інформації у країнах ЄС та його удосконалення становить постійний науковий інтерес. Медіадослідники В. Моско та В. Рідаут наголошували на зміні регулювання в Європі, що характеризується відходом від громадських та переходом до ринкових стандартів. Із цим висновком науковців погоджується і Я. Ван Куїленбург, а дослідники К. Марсден та С. Верхалст називали цей процес «регулювання» медіа в Європі.

Основою політики ЄС щодо реклами сьогодні є Європейська конвенція про транскордонне телебачення від 5 травня 1989 р., [2] на базі якої у 1989 р. Радою ЄС було схвалено Директиву 89/552/ЄС, більш відому як Директива про транскордонне

телебачення [3]. Регулюванню відносин у сфері реклами присвячено четвертий розділ Директиви, положення якого дістали відображення у законодавстві всіх країн ЄС та певною мірою – в законах України.

Цікавою тенденцією розвитку законодавства країн Євро-союзу є встановлення для суспільного телебачення і радіомовлення менших, порівняно з комерційним мовленням, квот на рекламу. Такий підхід пояснюється завданнями, які ставляться перед суспільним мовленням, а також тим, що, на відміну від комерційних мовників, суспільне мовлення отримує фінансову підтримку з державного бюджету. Так, квоти для реклами на суспільному та комерційному мовленні відрізняються, наприклад, у Болгарії, Ірландії, Латвії, Румунії, Словаччині, Угорщині, Франції та Чехії. На відміну від України, де ст. 7 Закону України «Про систему Суспільного телебачення і радіомовлення України» передбачається повна заборона реклами на каналах суспільного телерадіомовлення (крім комерційних презентацій, частка яких не може перевищувати 3% на добу), в усіх країнах ЄС реклама на суспільному радіо та телебаченні загалом дозволена.

Визначення реклами і спонсорства викладено у Законі України «Про рекламу» [4]. Відповідно до ст. 1 реклама – це інформація про особу чи товар, розповсюджена у будь-якій формі та у будь-який спосіб і призначена сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їх інтерес щодо таких особи чи товару. У вітчизняній літературі підкреслюється багатогранність поняття «реклама» і виділяються такі основні характеристики реклами як одного з головних засобів маркетингових комунікацій: неособовий характер; одностороння спрямованість рекламного звернення від продавця до покупця; невизначеність з погляду виміру ефекту реклами; суспільний характер; чітке визначення спонсора; реклама не претендує на неупередженість; помітність і здатність до умовляння.

Відповідно до ст. 9 Закону «Про рекламу» реклама має бути чітко відокремлена від іншої інформації, незалежно від форм чи засобів розповсюдження, таким чином, щоб її можна було ідентифікувати як рекламу. Для того, щоб відмежувати рекламу від іншої інформації, що не є такою, ч. 3 ст. 9 Закону містить спеціальне правило: інформаційний, авторський чи редакційний

матеріал, в якому привертається увага до конкретної особи чи товару і який формує або підтримує обізнаність та інтерес глядачів (слухачів, читачів) щодо цих особи чи товару, є рекламою і має бути вміщений під рубрикою «Реклама» чи «На правах реклами». Логотип телерадіоорганізації, яка здійснює трансляцію програм, передач, не вважається рекламою.

Таким чином, для визнання інформаційного, авторського або редакційного матеріалу рекламою обрано два критерії: 1) цілеспрямування його на звернення уваги споживачів на конкретну марку (модель, артикул) продукції або на її виробника для формування інтересу й сприяння реалізації продукції; 2) наявність в інформації вихідних даних (реквізитів) особи, яка виробляє та розповсюджує зазначену продукцію. Відповідно забороняється реклама у прихованій, завуальованій формі, тобто розміщення таких рекламних матеріалів, що публікуються у пресі, передаються на радіо, демонструються на телебаченні як редакційні, наприклад, у новинах і редакційних статтях газет.

Законодавство про рекламу має комплексний характер, у ньому норми приватного права перетинаються з нормами публічного права. Власне рекламні відносини потребують урахування приватних і публічних інтересів, що зумовлює взаємодію диспозитивного й імперативного методів регулювання.

Отже, для вдосконалення рекламного законодавства мають використовуватися господарсько-правові інструменти, спрямовані на забезпечення оптимального поєднання ринкового саморегулювання економічних відносин суб'єктів господарювання та державного регулювання макроекономічних процесів, а також збалансування публічних і приватних інтересів суб'єктів рекламної діяльності.

Враховуючи необхідність адаптування законодавства України до права ЄС, доцільним є вивчення досвіду правового регулювання рекламної діяльності економічно розвинутих країн. Проте здобутки цих країн не можна механічно переносити на українські реалії.

Політика стосовно обмеження реклами алкогольних напоїв в Україні не суперечить вимогам Директиви про транскордонне телебачення. Закон України «Про рекламу» (як і закони багатьох країн ЄС) у частині обмеження реклами алкогольних напоїв

їв містить положення, які встановлюють більш жорсткі вимоги до реклами алкогольних напоїв, порівняно з Директивою про транскордонне телебачення.

Сліпе, необдумане слідування стандартам ЄС у сфері регулювання реклами призвело до глибоких кризових явищ у медіагалузі. Молода держава з несформованою економікою, слабкими ринками й неефективним урядом, намагаючись відповідати канонам демократичної Європи, з метою демонстрації лояльності до західних стандартів, була змушена запровадити зміни до Закону України «Про рекламу» й заборонити рекламу тютюнових і алкогольних виробів у ЗМІ. Приймаючи це карколомне для українських медіа рішення під тиском міжнародних інституцій, ні парламент, ні уряд не спромоглися проаналізувати й спрогнозувати наслідки таких дій.

Оцінюючи співмірність суспільних наслідків від реклами тютюну і алкоголю та втрати ЗМІ основного джерела доходу, а разом із цим і незалежності редакційної політики, такі розвинуті країни, як Німеччина, Японія, Нідерланди та інші, відмовилися від запровадження вказаних обмежень, пояснюючи свою позицію суспільно-політичною доцільністю забезпечення незалежності ЗМІ від фінансово-промислових груп чи політичних партій. Ці держави не лише зберегли культуру друкованих медіа, а й запобігли скороченню кількості видань, забезпечивши економічні свободи та рівність медіабізнесу з іншими суб'єктами ринку [5].

Українська влада, приймаючи обмежувально-заборонні юридичні конструкції, спровокувала кризовий стан на ринку друкованих медіа, більшість з яких припинили своє існування, а частина була змушена увійти до складу олігархічних медіа-холдингів, втративши не лише незалежність, а й принципи професійної журналістської етики.

Як вбачається з аналізу правового регулювання реклами в ЗМІ, жодних обмежень не зазнала реклама цукру і цукровмісних продуктів харчування, хоча шкода для організму людини від споживання цукру не менша за наслідками, ніж вживання тютюну чи алкоголю. Також законодавець не обмежує виробництво м'яса із застосуванням консервантів-кіллерів, що мають вкрай негативний вплив на генетику людини. Такий підхід до

регулювання реклами є одностороннім і популістським, недалекоглядним, передчасним і руйнівним.

Сліпе, упереджене слідування усім вимогам та нормам ЄС ставить у несправедливе, неконкурентне становище вітчизняні ринки. Стан нашої економіки не дозволяє впровадження обмежень, релевантних для країн з розвинутою економікою, а наслідки олігархізації медіа є більш карколомними для суспільства, ніж реклама тютюну і алкоголю на шпальтах газет.

Економічна криза 1998-1999 рр. продемонструвала, що медіа, яким довіряє читач, можуть самостійно впоратися з фінансовими труднощами, якщо штучно не обмежувати їх інструментарій продажу реклами. Зокрема, на початку 2000-х років до 60% доходів друкованих ЗМІ надходило від рекламодавців – компаній-виробників тютюнової та алкогольної продукції. В один момент популістським рішенням парламентарів (VIII скликання) це джерело доходів ЗМІ було знищено, наслідком чого стало банкрутство сотень газет, особливо регіональної преси, журналів. Після чого ті ж суб'єкти, які просували популістське рішення про заборону реклами окремих видів продукції, почали звинувачувати журналістів у тому, що в Україні немає незалежних ЗМІ («всі продалися олігархам»): спочатку відібрали джерело отримання прибутків, а потім почали критикувати медіа за пошук джерел фінансування.

Основними бенефіціарами запровадження обмежувальних норм були громадські організації, пов'язані з Міжнародним фондом «Відродження». За їх сприяння Україна запровадила найжорсткіші обмеження щодо тютюнопаління. Американські «ініціативи» змусили український уряд заборонити тютюнопаління у громадських містах, закладах громадського харчування та на стадіонах. Подібних обмежень немає в жодній країні. Через це під час матчів Євро-2012 наші поліцейські не карали іноземців за тютюнопаління на стадіонах, бо для останніх це нонсенс.

Немаловажним фактом є те, кількість людей, які вживають алкоголь чи тютюнові вироби, після введення рекламних обмежень, в Україні не зменшилася, а навпаки, зросла. Тому що, як відомо, головним фактором стримування поширеності тютюнопаління та вживання алкоголю є не заборона реклами, а доступність цих продуктів і їх ціна.

Провідні економіки світу, демократичні країни, де ґрунтовно переймаються здоров'ям своїх громадян, такі, як Японія та Німеччина, не ризикнули ставити під загрозу існування демократичних медіа, обмежуючи їх джерела прибутків у подібний спосіб, там реклама товарів для дорослих у газетах та журналах, на інтернет-сайтах дозволена.

Одночасно із заборонаю реклами тютюну і алкоголю, в Україні заборонили й рекламу масажних салонів (прихована реклама сексуальних послуг). Сумарно реклама цих трьох видів товарів і послуг приносила редакціям до 2/3 загальних доходів. Наприклад, англomовна газета «Kyiv Post», переважно орієнтована на російськомовних читачів, отримувала від реклами «масажних салонів» до 30% доходів (цей розділ був найпопулярнішим серед читачів газети).

Враховуючи системну економічну кризу, перед якою опинився світ, та загрози молодій українській демократії, вважаємо за доцільне скасування обмежень щодо реклами алкогольної та тютюнової продукції в інтернеті та друкованих медіа. Це не повинно стосуватися телебачення (наймасовішого каналу комунікації, який разом із батьками дивляться діти), але слід дати можливість незалежним ЗМІ отримувати доходи з величезного ринку відповідної продукції, яку споживачі, незважаючи на обмеження реклами, купували і будуть купувати надалі.

Отже, меншовартість і провінційність українців, яку намагаються нав'язати проросійські засоби пропаганди й підтримати західні партнери, є результатом провальної, неефективної політики влади, яка, нехтуючи національними інтересами, намагається догодити західним партнерам, імітуючи демократичні перетворення й євроінтеграційні процеси в Україні.

1. Інтерв'ю екс-посла Канади в Україні Романа Вашука від 24.10.2020 р. URL: <https://youtu.be/wQvmNak7GVA>. 2. Європейська конвенція про транскордонне телебачення зі змінами, внесеними Протоколом від 9 вересня 1998 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_444#Text. 3. Директива про транскордонне телебачення від 03.10.1989 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_446#Text. 4. Про рекламу: Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80#Text>. 5. Експертний правовий аналіз регулювання реклами в країнах Європи від 09.09.2010 р. URL: <http://www.uapp.org/search/10019.html>. 6. Вербило Є. Чи потрібно Україні четверта влада?

Віче. 1999. № 8. С. 80–82. 7. Костирев А. Вплив ЗМІ на демократизацію політичного життя України. *Нова політика*. 2001. № 6. С. 26–30. 8. Демченко С. Ціна слова, його свобода не означає свободу від моралі та відповідальності. *Журналіст України*. 2003. № 1–2. С. 17–20. 9. Дяків Р. Ринок засобів масової інформації: проблеми становлення і розвитку. *Друкарство*. 2000. № 2. С. 22–23. 10. Міка І. Особливості спонсорської діяльності на радіо та телебаченні Польщі. *Інтелектуальна власність*. 2005. № 2. С. 40–46.

References

1. Interviu eks-posla Kanady v Ukraini Romana Vashchuka vid 24.10.2020 r. URL: <https://youtu.be/wQvmNak7GVA>. 2. Yevropeiska konventsiia pro transkordonne telebachennia zi zminamy, vnesenyму Protokolom vid 9 veresnia 1998 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_444#Text. 3. Dyrektyva pro transkordonne telebachennia vid 03.10.1989 r. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_446#Text. 4. Pro reklamu: Zakon Ukrainy. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80#Text>. 5. Ekspertnyi pravovyi analiz rehuliuвання reklamy v krainakh Yevropy vid 09.09.2010 r. URL: <http://www.uapp.org/search/10019.html>. 6. Verbylo Ye. Chy potribno Ukraini chetverta vlada? Viche. 1999. № 8. С. 80–82. 7. Kostyriev A. Vplyv ZMI na demokratyzatsiiu politychnoho zhyttia Ukrainy. *Nova polityka*. 2001. № 6. С. 26–30. 8. Demchenko S. Tsina slova, yoho svoboda ne oznachaie svobodu vid morali ta vidpovidalnosti. *Zhurnalist Ukrainy*. 2003. № 1–2. С. 17–20. 9. Diakiv R. Rynok zasobiv masovoi informatsii i problemy stanovlennia i rozvytku. *Drukarstvo*. 2000. № 2. С. 22–23. 10. Mika I. Osoblyvosti sponsorskoii diialnosti na radio ta telebachenni Polshchi. *Intelektualna vlasnist*. 2005. № 2. С. 40–46.

Tarasjuk Volodymyr, Drobotun Dmytro. About the causes and consequences of the oligarchization of the Ukrainian media

Blind, biased adherence to all EU requirements and norms puts domestic markets in an unfair, uncompetitive position. The current state of our economy does not allow the introduction of restrictions relevant to developed economies, and the consequences of the oligarchization of the media are more shocking for society than the advertising of tobacco and alcohol in newspapers.

The experience of the economic crisis of 1998–1999 showed that the media, which the reader trusts, can cope with financial difficulties on their own, if they do not artificially limit their tools for selling advertising. In particular, at the beginning of the 2000s, up to 60 percent of print media revenues came from advertisers – companies producing tobacco and alcohol. At one point, the populist decision of previous parliamentarians destroyed this source of media income, resulting in the ruin of hundreds of newspapers, especially the regional press and magazines. After that, the same subjects who promoted the populist decision to ban advertising of certain products began to accuse journalists that there are no independent media in Ukraine – «all sold to the oligarchs» – first selected the source of income, and then began to criticize the media for search for funding sources.

At the same time, the number of people who use alcohol or tobacco products, after the introduction of advertising restrictions, in Ukraine has not decreased, but rather increased. Because, as you know, the main factor in curbing the prevalence of smoking and alcohol consumption is not the ban on advertising, but the availability of these products and their price.

The world's leading economies, democracies that are deeply concerned about the health of their citizens, such as Japan and the leader of the European Union, Germany, have not risked jeopardizing the existence of democratic media by limiting their sources of income in a similar way, on Internet sites – allowed.

Given the systemic economic crisis facing the world and the threats to Ukraine's young democracy, we consider it appropriate to consider lifting restrictions on the advertising of alcohol and tobacco products on the Internet and in the print media. This should not apply to television (the most popular communication channel that children watch with their parents), but should allow independent media to generate revenue from the huge market for relevant products that consumers have bought and will continue to buy, despite advertising restrictions.

Key words: advertising, mass media, print media, regulatory policy.

ВПРОВАДЖЕННЯ ІННОВАЦІЙНИХ ПОЛІТИЧНИХ ТЕХНОЛОГІЙ У ФУНКЦІОНУВАННЯ ІНСТИТУТІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ В КОНТЕКСТІ КОНЦЕПЦІЇ СОЦІАЛЬНОЇ МОДЕРНІЗАЦІЇ

Проаналізовано використання «електронної демократії» як політичної технології на прикладі електронного голосування, в рамках впровадження інтернет-технологій у діяльність інститутів державної влади. Розкрито особливості різновидів політичних технологій. Показано, що за допомогою інтерпретації концепції соціальної модернізації в рамках проблем, які виникають в системі державної влади, з'являється можливість визначити два основних джерела інноваційної діяльності інститутів державної влади.

Ключові слова: інноваційні технології, інститути державної влади, інтернет-комунікація, електронна демократія, електронне голосування, політичні технології.

Prokhorenko Alina. Introduction of innovative political technologies in the functioning of state power institutions in the context of the concept of social modern

This article analyzes the use of “e-democracy” as a political technology on the example of electronic voting, in the implementation of Internet technologies in the activities of public institutions. The article also analyzes the features of different types of political technologies. Emphasis is placed on the fact that by interpreting the concept of social modernization in the context of problems that arise in the system of state power, it is possible to identify two main sources of innovation of public authorities. First of all, it is the management of innovation processes. Institutions of state power are involved in the management of many fundamentally new projects, and in the process of management inevitably draw from them innovative strategies. Moreover, participation in the management of innovation processes is a priority for public institutions. Both Ukrainian and Western researchers pay attention to this aspect of the functioning of state power. Secondly, it is an innovation in the functioning of the institutions of state power themselves. If in the first variant the source of transfer of innovations is projected from the bottom to the top, in the second projection occurs from top to bottom. It is very important to understand that the use of only certain elements of innovation in political technology, with rare exceptions, is unprofitable in terms of resources expended. The introduction of

innovative technologies into political technologies should be comprehensive, which will avoid various crises and ensure the development of social modernization.

Key words: *innovative technologies, institutions of state power, Internet communication, electronic democracy, electronic voting, political technologies.*

В рамках регулювання модернізаційних змін саме інновації на владному рівні є пріоритетними, тому в даній статті наголошено, що без них неможливе виконання інститутами державної влади своїх функцій щодо оптимального управління інноваційними процесами в суспільстві на етапі його модернізації.

У контексті конкретних інноваційних політичних технологій найбільш конструктивно говорити саме про виборчі технології. Такої ж думки дотримується і українська дослідниця політичних технологій Л.О. Кочубей.

Політичні технології у цілому – широке за обсягом поняття. Л.О. Кочубей застосування технологій в політиці визначає як «систему послідовних дій, спрямованих на досягнення необхідного політичного результату, які працюють над створенням власного іміджу, який би відповідав очікуванням громадськості» [1, с. 3]. А такий різновид, як виборчі технології, автор визначає як «мистецтво і вивчення електоральної мотивації, розробка механізмів, заснованих на певних психологічних підходах, з метою побудувати вдалу виборчу кампанію» [1, с. 8].

У межах концепції соціальної модернізації інститути державної влади як суб'єкт і об'єкт інновацій стають основою системних ринкових трансформацій українського соціуму. «Оскільки на органи державної влади покладено завдання з регулювання інноваційних процесів, то і система державної служби, і державні службовці теж виступають суб'єктами інноваційної діяльності, разом з іншими учасниками відкритого ринку вони стають своєрідним «інноваційним підприємством» [2, с. 84-92]. А от можливість бути конкурентоспроможними державними інститутами, економічна ефективність від їх роботи залежить від ролі людського фактора, позитивного і ефективного менеджменту як головного елемента інноваційної культури і компетентності співробітників державної служби.

Наприклад, один із сучасних варіантів функціонування інститутів державної влади за допомогою інтернет-комуніка-

цій – електронна демократія. Найбільшого успіху в цій сфері досягла Західна Європа, зокрема країни-члени Євросоюзу, що дістало відображення в Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи з електронної демократії 2009, яка стала першим міжнародним документом, що характеризував електронну демократію та її можливості [3].

В Україні цей процес відбувається не дуже швидко, але є бажаною перспективою. Адже використання електронної демократії як політичної технології не тільки підвищує лояльність громадян до такої прозорої системи, а й дає змогу реалізовувати громадянські ініціативи для зміцнення політичного впливу. Більше того, електронна демократія залучає громадян до прийняття політичних рішень, зміцнює вертикальну комунікацію, дає можливість «пробиватися» ініціативі «знизу». Звичайно, за певних умов це може призводити до маніпулювання свідомістю, коли, приймаючи і реалізуючи ініціативи, які не потребують колосальних ресурсів, політичні партії і уряди без втрат ресурсів підвищують рівень довіри до себе. Але переважно йдеться про позитивні здобутки електронної демократії та підвищення рівня громадянської активності. Це, зокрема, стосується електронного голосування.

Спираючись на стандарти, сформульовані експертами Ради Європи, можна дати визначення електронного голосування: це голосування на виборах чи референдумі, яке було здійснено за допомогою використання електронних і комп'ютерних засобів, зокрема електронного підрахунку голосів, замість ручного, який дає високий ступінь похибки, що не відповідає сучасним вимогам проведення виборів [4]. Електронні засоби голосування можна розділити на дві великі категорії.

1. Голосування шляхом використання мережі Інтернет. При такому варіанті голосування громадянину немає необхідності залишати своє житло або робоче місце, відстоювати чергу за виборчим бюлетенем. Він виходить у мережу через персональний комп'ютер, ноутбук або інший електронний засіб зв'язку, використовуючи свої особисті дані, реєструється на спеціальному, захищеному ресурсі, після чого приступає до процедури голосування, використовуючи свій особистий пароль.

2. Голосування за допомогою електронного терміналу, який повинен бути встановлений на території виборчої дільниці. Такі термінали зменшують кількість фізичних осіб, які беруть участь в організації голосування, але не є таким зручним засобом голосування, як особистий доступ до системи реєстрації голосу. Такий засіб досить прогресивний і, що важливо, досить наближений до реалій нашої держави, де голосування в Інтернеті за допомогою веб-сайту може сприйматися дещо негативно певними групами населення (які вважатимуть, що такі вибори не можуть бути чесними і справедливими).

Враховуючи, що у будь-якій достатньо розвиненій демократичній країні вибори посідають центральне місце в політичному житті, питання стратегій і можливостей їх вдосконалення, залучення до участі в них дедалі більшої кількості людей є досить актуальним. Вибори демонструють свободу волевиявлення цілої нації. Це єдиний законний, конституційний спосіб сформувати не тільки вищі органи політичного управління, а й органи місцевого самоврядування на будь-якому рівні. Вибори ґрунтуються на можливості вільного вибору, який нічим обмежений, крім норм проведення виборчих кампаній і не повинен здійснюватися примусово. Розвиток інтернет-голосування допомагає втілити саме ідеальне розуміння виборчого процесу.

Отже, в рамках процесу вдосконалення виборчого процесу основною тенденцією є його інформатизація і автоматизація, що в цілому відповідає загальній тенденції розвитку людства. Бюрократизація суспільства багато в чому гальмує цей процес. Хоча платіжні системи, інтернет-магазини, аеропорти і багато інших форм організації сервісу вже продемонстрували свою ефективність та анонімність щодо використання особистих даних. Електронний обіг грошей робить комерційні системи використання особистих даних навіть більш складними, ніж ті, які потрібні для здійснення електронного виборчого процесу. Проте до повної автоматизації цього процесу далеко навіть у найбільш прогресивних державах. Причини тут різні: і намагання зберегти певні маніпулятивні важелі впливу на виборчий процес, і побоювання несанкціонованого втручання в електронні системи, хакерських атак, недостатньої захищеності електронних мереж тощо.

Для того, щоб продемонструвати можливості та виявити позитивні й негативні аспекти виборів за допомогою електронних технологій, звернемося до світового досвіду. Виходячи із сучасної політичної ситуації, видається найбільш актуальним розглянути європейський досвід застосування електронних технологій у рамках програм залучення та заохочення населення до участі в голосуванні на різних рівнях.

Електронне голосування – це «процес, що охоплює як здійснення голосування за допомогою електронних засобів, так і процес автоматичного підрахунку голосів за допомогою електронних пристроїв та спеціального програмного забезпечення. Електронне голосування є одним з інструментів електронної демократії. Українське законодавство визначає електронне голосування як голосування з будь-якого публічного питання, зокрема участь в опитуваннях, виборах, референдумах, що передбачає використання електронних засобів для ідентифікації та підрахунку голосів» [5].

Незважаючи на те, що голосування за допомогою електронних носіїв із виходом в Інтернет досить детально описано в багатьох дослідженнях, проте фахівці висловлюють серйозні побоювання щодо подібних технологій. Це пов'язано насамперед із можливістю різноманітних кібератак і злочинів, зростання кількості яких сьогодні очевидно. Розвиток і поява нових поколінь вірусів, можливість цілеспрямованих DDOS атак на конкретний сервер, на якому можуть знаходитися, наприклад списки виборців, – усі ці нюанси, дійсно, викликають певні побоювання.

Якщо ж звернутися до питання електронного голосування з точки зору правових норм, то занепокоєння викликає дотримання конституційних прав громадянина у виборчому процесі: анонімність голосування, гласність і достовірність підрахованих результатів.

Суть таємного голосування зводиться до того, що будь-який громадянин має право таємно проголосувати за обраного ним кандидата таким чином, щоб ні у кого не було можливості дізнатися, за кого він голосував, – ні до дня виборів, ні після нього. Це право захищає особистий вибір, адже навіть найближче оточення може тиснути на громадянина, якщо дізнається про те, що його позиція суперечить їхнім поглядам або інтересам.

Зарубіжний досвід організації державного управління свідчить, що прагнення захистити суспільство від впливу зовнішньої інформації призводить до зниження стабільності державного управління. Впровадження сучасних інформаційних технологій сприяє цілісності інформаційної сфери, яка розвивається відповідно до тенденцій розвитку суспільства. Інформаційна сфера — це насамперед засіб реалізації державної політики. Від того, наскільки вона розвинена, залежить відкритість держави і ступінь зрілості громадянського суспільства.

На стадії активного економічного зростання дуже важливо приділяти особливу увагу інформованості населення, і насамперед молоді, щодо реалізації державної політики. Одержання відкритої і достовірної, своєчасної інформації на веб-ресурсах державних структур дає змогу громадянам відчувати себе причетними до політики держави. Використання сучасних інтернет-технологій істотно розширює можливості державного апарату щодо взаємодії з громадянським суспільством, сприяє формуванню активної життєвої позиції молоді, позитивного зовнішньополітичного іміджу нашої країни.

Впровадження інтернет-технологій у діяльність органів державної влади стало одним із пріоритетних напрямів інформаційної політики багатьох держав. Очевидно, що їх використання здатне істотно підвищити ефективність і якість обслуговування населення, забезпечити відкритість державної влади, унеможливити громадський контроль за діяльністю державного апарату. Реальне забезпечення прав громадян на одержання відкритої інформації є одним з найважливіших умов розвитку правової держави.

Державні інформаційні ресурси мають найбільший попит у суспільстві, адже саме держава є власником найбільшого обсягу соціальнозначущої інформації.

Однак для досягнення максимальних результатів необхідна комплексна стратегія інформатизації управлінських структур, що передбачає синхронну роботу в декількох напрямках. Основний напрям — створення інформаційних ресурсів органів державної влади, доступних в Інтернеті, що містять актуальну інформацію про діяльність відомств і порядок надання державних послуг. Необхідним інформаційним ресурсом є офіційний інтернет-портал відомства.

Наявність у органів управління своїх офіційних сайтів покладає на них не тільки юридичну, а й соціальну відповідальність за розміщену на цих сайтах інформацію. В Україні прийнято низку важливих документів, покликаних підвищити рівень інформаційної відкритості державних управлінських структур. Проте зусилля держави, спрямовані на підвищення інформаційної відкритості відомств, нерідко нівелюються позицією чиновників: недостатній рівень інформаційної грамотності окремих співробітників державних установ, відсутність загальних чітких вимог до необхідного обсягу інформації призводить до того, що в різних відомствах «розмиті» законодавчі норми трактуються «по-своєму». Більшість офіційних інтернет-ресурсів, на думку експертів, не є інформативними і зручними.

З огляду на ще потрібні заходи, спрямовані на стандартизацію розміщеної інформації і технічних вимог для офіційних інтернет-ресурсів, з точки зору зручності їх використання різними групами користувачів, у тому числі з віковими та фізичними обмеженнями.

Ці заходи сприятимуть дедалі ширшому залученню громадян до процесу прийняття політичних рішень, формуванню їх відповідальності за реалізацію політичних стратегій, за долю держави.

Ухвалення політичного рішення у сучасному інформаційному суспільстві часто спирається на громадську думку, бо прийняття непопулярних у суспільстві політичних рішень може привести до конфліктів. А громадська думка значною мірою формується сучасними засобами масової інформації. Тому політичні технології не слід розуміти лише як частину медіастратегії в рамках виборчої кампанії кандидата. Політичні технології стали частиною процесу прийняття політичних рішень.

Успіх у застосуванні інноваційних моделей функціонування влади залежить від того, наскільки це відповідає потребам модернізації. Нові технологічні рішення в політиці значно трансформують інформаційний простір держави. Сегментування цих рішень має бути ретельно зваженим, не тільки в технологічному (чи достатньо ресурсів для реалізації політичної технології у різних сферах і регіонах держави), а й соціально-ідеологічному сенсі (чи готове населення сприйняти вплив нових технологічних рішень). Якщо інформаційні ресурси використовуються

безсистемно, без урахування факторів соціально-економічного та культурного зростання, то їх впровадження не може стати визначальним чинником соціальної модернізації. Якщо інформаційна складова державного управління знаходиться на початковому рівні, то ускладнюється комунікація між державою та суспільством, що робить впровадження інноваційних політичних технологій у діяльність органів державної влади малоефективним. При цьому важливо розуміти, що використання лише окремих елементів інновацій у політичних технологіях, за рідкісним винятком, виявляється нерентабельним щодо затрачених ресурсів. Впровадження інноваційних технологій у функціонування інститутів державної влади повинно бути комплексним. Це дасть змогу уникнути криз та забезпечити соціальну модернізацію.

1. Кочубей Л.О. *Виборчі технології: політичний аналіз* (на прикладі виборів до парламенту сучасної України). Київ: Юридична думка, 2006. 280 с. 2. Гусев В. Концептуальні засади формування державної інноваційної політики. *Вісник НАДУ*. 2002. № 4. С. 84-92. 3. Рекомендации Комитета министров Совета Европы СМ/Rec (2009) 1 государствам-участникам Совета Европы по электронной демократии и пояснительная записка (2009). Сайт ПАСЕ. URL: <https://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/>. 4. Council of Europe. Recommendation on legal, operational and technical standards for evoting — explanatory memorandum. Rec(2004)11. 5. Концепція розвитку електронної демократії в Україні. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/797-2017-%D1%80#n13>.

References

1. Kochubej L.O. *Viborchi tehnologiyi: politichnij analiz* (na prikladi viboriv do parlamentu suchasnoyi Ukrayini). Kiyv: Yuridichna dumka, 2006. 280 s. 2. Gusyev V. *Konceptualni zasadi formuvannya derzhavnoyi innovacijnoyi politiki*. *Visnuk NADU*. 2002. № 4. S. 84-92. 3. Rekomendaczii Komiteta ministrov Soveta Evropy` СМ/Rec (2009) 1 gosudarstvam-uchastnikam Soveta Evropy` po e`lektronnoj demokratii i poyasnitel`naya zapiska (2009). [Recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe СМ / Rec (2009) 1 to the member states of the Council of Europe on e-democracy and explanatory note] (Sajt PASE) Retrieved from. URL: <https://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/>. 4. Council of Europe. Recommendation on legal, operational and technical standards for evoting — explanatory memorandum. Rec(2004)11. 5. Концепцiя розвy`тку електронної демократiї в Україні. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/797-2017-%D1%80#n13>.

Prokhorenko Alina. Introduction of innovative political technologies in the functioning of state power institutions in the context of the concept of social modern

The essential characteristics of state power and management, their coverage through the prism of innovation, are provided by the analysis of modernization processes taking place in Ukraine. Innovative development of state power and governance is based on the concept of social modernization. This concept is a source not only for the development of the theory of state power, but also provides a solution to a number of practical problems. This article analyzes the use of “e-democracy” as a political technology on the example of electronic voting, in the implementation of Internet technologies in the activities of public institutions. The article also analyzes the features of different types of political technologies. Emphasis is placed on the fact that by interpreting the concept of social modernization in the context of problems that arise in the system of state power, it is possible to identify two main sources of innovation of public authorities. First of all, it is the management of innovation processes. Institutions of state power are involved in the management of many fundamentally new projects, and in the process of management inevitably draw from them innovative strategies. Moreover, participation in the management of innovation processes is a priority for public institutions. Both Ukrainian and Western researchers pay attention to this aspect of the functioning of state power. Secondly, it is an innovation in the functioning of the institutions of state power themselves. If in the first variant the source of transfer of innovations is projected from the bottom to the top, in the second projection occurs from top to bottom. It is very important to understand that the use of only certain elements of innovation in political technology, with rare exceptions, is unprofitable in terms of resources expended. The introduction of innovative technologies into political technologies should be comprehensive, which will avoid various crises and ensure the development of social modernization.

Key words: innovative technologies, institutions of state power, Internet communication, electronic democracy, electronic voting, political technologies.

ГЛОБАЛІЗАЦІЯ ЧИ «НАЦІОНАЛІЗАЦІЯ»: ПРО ВПЛИВ ПАНДЕМІЇ НА РОЗВИТОК МІЖНАРОДНИХ ВІДНОСИН (НА ОСНОВІ АНАЛІЗУ ЕКСПЕРТНИХ ДУМОК)

У статті на основі аналізу точок зору експертів досліджується, чи сприяє коронавірусна пандемія розвитку глобалізаційних процесів або вона спричиняє відступ від глобалізації. Першу групу складають точки зору, прихильники яких вважають неминучими зменшення інтенсивності глобалізації, посилення ролі національної держави. Деякі дослідники звертають увагу на те, що тенденція до розвалу структур міжнародного співробітництва не виникла разом з пандемією, а діяла й до неї, а пандемія лише посилила дію цього тренду. З цим не погоджуються інші експерти. Вони звертають увагу на те, що пандемія є, по суті, першою глобальною подією, а її подолання вимагає міжнародного співробітництва. Нарешті, третя група експертів намагається синтезувати елементи обох позицій, акцентують на необхідності змін на рівні як держави, так й глобальних структур, де потрібні відмова від прибутку як мети співробітництва, від обмеження глобалізації виключно ринками, акцентування на підвищенні справедливості міжнародного співробітництва, глобалізації вирішення питань охорони навколишнього середовища, трудового законодавства, оподаткування, ангажування до міжнародного співробітництва не лише держав, а й окремих соціальних груп тощо.

Ключові слова: коронавірус, пандемія, держава, глобалізація, міжнародні відносини, експерти.

Pereguda Yevgen. Globalization or “nationalization”: on the impact of the pandemic on the development of international relations (based on the analysis of expert opinions)

The impact of the coronavirus pandemic on the development of international relations is undeniable. However, expert views on the nature of such impact are in a wide range. This article analyzes the views on whether the pandemic contributes to the development of globalization processes or causes a retreat from globalization. The source base are the works of leading scientists of Western universities and officials of international organizations. The first group consists of points of view

whose supporters believe that the pandemic will inevitably lead to a retreat from globalization, the strengthening of the role of nation-states in social development, and so on. According to them, quarantine restrictions will be inherent not only in the pandemic period. And after the pandemic, restrictions on the movement of goods, services, capital, technology, data and information will increase. They predict that the international system will become extremely fragile. Some researchers believe that the trend of disintegration of existing structures of international cooperation and strengthening the role of the state in politics did not arise with the pandemic, but acted before it, and the pandemic only intensified the effects of this trend. At the same time, other experts do not agree with these theses. They point out that the nation states are ill-prepared for a pandemic, that the pandemic is essentially the first global event, and that overcoming it requires international cooperation. Finally, the third group of experts tries to synthesize the positive elements of both positions, for which they deviate from normativism, emphasize the need for change at the state level (Fukuyama calls the factors of state capacity – a competent state apparatus, public confidence in government, effective leaders, and believes in surviving states that have the appropriate characteristics) and at the level of global structures (where it is necessary to abandon profits as a goal of international cooperation, to focus on improving social justice, environmental protection, taxation, commitment to international cooperation not only states but also social and regional groups, etc.).

Key words: *coronavirus, pandemic, state, globalization, international relations, experts.*

Вплив коронавірусної пандемії на розвиток міжнародних відносин беззаперечний. Він простежується навіть емпірично. Досить вказати на розрив багатьох економічних, гуманітарних та інших зв'язків між країнами, закриття кордонів, «самоізоляцію» держав або на посилення суперечностей та навіть протистояння між деякими провідними державами, наприклад, США та Китаєм. Проте характер такого впливу залишається неочевидним. Існують значні розбіжності між думками провідних експертів різних країн, широкий діапазон точок зору на те, як саме пандемія вплине на сучасний стан та більш віддалені перспективи міжнародних відносин. Відтак, тематика впливу пандемії на розвиток міжнародних відносин є актуальною.

Ця тематика містить широкий набір проблем. Охопити усі з них неможливо в одній статті. Тому ми зосередимося на одній з них. Нашою метою є з'ясування того, чи сприяє пандемія подальшому розвитку глобалізаційних процесів або вона спричиняє відступ від глобалізації, посилення ролі національних

держав у суспільному розвитку. Такий аналіз ми маємо намір здійснити, відштовхуючись від дослідження широкого спектра думок провідних вчених та інших експертів західних університетів, зокрема, професора Стенфордського університету Френсіса Фукуями, професора міжнародної політекономії Гарвардського університету Дені Родріка, професора економіки Нью-Йоркського університету Нурієля Рубіні, колишнього прем'єр-міністра Австралії та керівника Інституту азійського суспільства Кевіна Радда, відомого французького соціолога та філософа Бруно Латура, колишнього провідного економіста Світового банку, нині професора Нью-Йоркського та Люксембурзького університетів Бранко Мілановича, члена Європейської Ради з міжнародних відносин, президента Центру ліберальних стратегій в Софії Івана Крастева та ін.

В частині методологічної бази нашого дослідження слід зазначити, що використовувались, з одного боку, деякі закономірності діалектичного пізнання, зокрема, щодо єдності та боротьби суперечностей, щодо сходження у пізнанні від тези до антитези й надалі до їх синтезу. З іншого боку, принагідними стали й деякі інші методи, зокрема порівняльний метод політологічного дослідження тощо.

Враховуючи поставлену мету, ми поділили точки зору виокремлених нами експертів на дві групи. Першу утворюють ті точки зору, прихильники яких вважають неминучими певний відступ від глобалізації, посилення ролі національних держав у суспільному розвитку тощо. Слід сказати, що ці точки зору мають потужну фактографічну базу у вигляді рішень держав щодо обмеження контактів з іншими контрагентами по міжнародному діалогу, щодо заходів з встановлення карантинних обмежень тощо.

Н. Рубіні вважає, що карантинні обмеження будуть властивими не лише пандемічному періоду. На його думку, «й після пандемії в світі посилюватимуться обмеження на пересування товарів, послуг, капіталу, технологій, даних та інформації. Це вже відбувається в таких секторах як фармацевтика, виробництво медичних матеріалів та обладнання, а також продовольства: у відповідь на кризу уряди обмежують експорт продукції цих галузей і приймають інші протекціоністські заходи» [1].

Цим тенденціям не перешкодили існуючі механізми міжнародної співпраці, які, на що вказує дослідник Ради з міжнародних відносин Стюарт Патрік, «не зупинили більшість держав від вживання односторонніх заходів... Більшість держав, включно з найпотужнішими, звернулись до застосування заборон на подорожі, здійснення контролю над експортом, приховування інформації, а також маргіналізації Всесвітньої організації охорони здоров'я та інших багатосторонніх інституцій» [2].

На думку колишнього радника президента Єврокомісії, провідного наукового дослідника Лондонської школи економіки Філіпа Лєгрена, «короновірусна криза може завдати удару по фрагментованим міжнародним ланцюжкам постачання, знизити гіпермобільність поїздок глобального бізнесу і надати політичного підживлення державним силам, які висловлюються на користь збільшення протекціонізму і контролю за імміграцією... Коронакриза може зміцнити позиції тих, хто покладається на сильні уряди, хто віддає пріоритет соціальним потребам замість індивідуальних свобод і надають перевагу діям національних урядів над діями міжнародної кооперації» [3].

З Ф. Лєгренем погоджуються професор політичних наук Колумбійського університету Александер Кулі та доцент Джорджтаунського університету Деніел Нексон. Вони прогнозують набуття міжнародною системою надзвичайної крихкості: «Нескоординовані міждержавні відповіді і реагування на наступ пандемії, яка мала наслідком економічне падіння, відновлення державно-орієнтованої політики, зміцнення державних кордонів — все це позначає появу крихкої міжнародної системи зі зменшенням ролі взаємного співробітництва [4].

Прогноз відступу глобалізаційних тенденцій ґрунтується також на деяких політичних успіхах націоналістичних сил, а також посиленні націоналістичної риторики низки держав (Брекзіт, президентство Д. Трампа, націоналістичні тенденції урядів Угорщини та Польщі, праворадикальні партії у низці інших країн). Аналіз цих успіхів націоналістів виходить за межі предмету нашої статті, але в її контексті та враховуючи нинішній етап боротьби з пандемією можна зазначити, що директор програм глобального здоров'я Ради з міжнародних відносин Томас Боллікі та науковий дослідник Інституту міжнародної еконо-

міки Петерсона Чад Баун використовують термін «вакцинний націоналізм», який «разом із підходом «Моя країна – понад усе» ... матиме глибинні і далекосяжні наслідки. Без глобальної координації країни можуть торгувати одна проти одної, піднімаючи ціни на вакцини, після винайдення, забезпечення і постачання вакцини буде лімітовано і в багатих країнах, але найбільше страждатимуть бідні країни. Все це підсилуватиме обурення країнами, що запаслися вакцинами, що піддаватиме небезпеці систему міжнародної кооперації, для того, щоб взятися за майбутні спалахи» [5].

Деякі дослідники вважають, що тенденція розвалу існуючих структур міжнародного співробітництва та посилення «державоцентричності» у політиці не виникла разом з пандемією, а діяла й до неї. Натомість коронавірусна криза лише посилила дію цих трендів. Так вважає, зокрема, Д. Родрік. Серед таких «довірських» трендів він вказує на «підсилення втручання і ролі держави як вагомого політичного актора», «відхід від концепції гіперглобалізму, що може мати негативні наслідки у вигляді ескалації торговельних воєн і зростання етнонаціоналізму» [6].

К. Радд також вважає, що «фрагментація міжнародного ліберального порядку почалась ще задовго до цієї кризи. Та адміністрація Трампа додала ще проблемності у цей порядок, послаблюючи структуру альянсів, які згідно з конвенціональною стратегічною логікою встановлювали систему балансу сил, а також систематичної делегітимації багатосторонніх інституцій, що почало створювати політичний та дипломатичний вакуум, вигідний для таких країн як Китай. Результатом стає дисфункція і хаотизація світового порядку» [7].

Водночас з думками про перспективу відступу глобалізації не погоджується низка інших експертів, яких можна умовно об'єднати у другу групу.

Б. Латур констатує, що до війни проти вірусу національна держава «кепсько підготовлена, відкалібрована, спроектована» [8]. Більше того, деякі науковці вважають, що самі наслідки пандемії зумовлені якраз новим позиціонуванням національної держави, яке спостерігалось останніми роками. Зокрема, колега Б. Латура – соціологіня Єва Іллуз – вказує на те, що держава «змінити своє покликання, перетворившись на економічного

гравця, повністю захопленого скороченням витрат на працю, дозволом або заохоченням аутсорсингу виробництва..., дерегуляцією банківської й фінансової діяльності та обслуговуванням потреб корпорацій. Результатом, умисним чи ні, стала неймовірна ерозія сектора публічних послуг» [8].

Б. Міланович звертає увагу на те, що глобальною слід називати таку подію, яку усі «мають більш-менш однаково пережити одночасно», яка «торкається майже усіх незалежно від країни помешкання або соціального класу» [9]. Й саме такий приклад, на його думку, дає пандемія Covid-19. Він прогнозує: «Якщо через пару років ...ми зустрінемо друзів з будь-якого куточка світу, в усіх нас будуть одні й ті самі історії, якими ми зможемо поділитися: страх, нудьга, ізоляція, втрата роботи та заробітної плати, державні обмеження та маски для обличчя» [9]. Також Covid-19 «увійде до підручників з історії як перша справді глобальна подія ...завдяки нашому технологічному розвитку: ми не лише можемо спілкуватися з усім світом, а й спроможні слідувати у режимі реального часу за тим, що відбувається практично усюди» [9].

Схожу позицію займає й І. Крастев. На його думку, під час пандемії стався парадокс: «Закриття кордонів та замикання громадян у власних квартирах зробили нас більш космополітичними, ніж будь-коли. Мабуть, це вперше, коли люди усюди в світі мають ті самі теми для розмов і ті самі страхи». І. Крастев вважає, що пандемія не лише виявила зворотній бік глобалізації (йдеться про негативні її тенденції. — П.Є.), а й стала агентом цієї самої глобалізації. Саме завдяки цьому полегшується й усвідомлення того, що ми живемо в єдиному світі. На відміну від усіх інших криз, що загрожували людству, коронакриза є найбільш, так би мовити [по-дружньому налаштованою] до глобалізації, засвідчуючи, доводячи важливість міжнародної кооперації ...і дозволяючи відчувати людству свою взаємозалежність» [10].

Ч. Баун зазначає, що «надмірна залежність від інших країн як джерел дешевих медичних товарів і постачань створила стратегічну уразливість економік». Тому, «не дивлячись на те, що Трамп торпедує СОТ, низка країн, такі як Канада, Австралія та інші, приймають антипротекціоністські торгівельні угоди стосовно боротьби з коронавірусом, причому набагато радикальніші, ніж

угоди, прийняті на рівні G-20» [11]. Причиною ухвалення таких заходів є, зокрема, усвідомлення необхідності міжнародних коопераційних заходів боротьби з пандемією, того, що поширення епідемії коронавіруса у бідних країнах може «бумерангом» вдарити по США, Європі, якщо ці країни не допоможуть подолати вірус в країнах, що розвиваються.

Ф. Фукуяма звертає увагу на те, що такі події як пандемія сприяють демократизації глобалізаційних процесів, втягуванню в них тих соціальних груп, які у «стабільні» періоди не такі активні щодо цих процесів: «У той час як національні лідери граються в звинувачення, вчені та представники громадської охорони здоров'я в усьому світі поглиблюють свої мережі і зв'язки» [12].

Експерти, які в ідеологічному відношенні знаходяться ближче до лівого політичного флангу, акцентують на необхідності посилення міжнародної солідарності та актуалізації на міжнародному рівні питань політики у галузі охорони здоров'я, навколишнього середовища, а також соціальної політики. Б. Міланович прогнозує, що «пандемія прискорить глобалізацію другого чинника виробництва – робочої сили. (Капітал вже глобалізований завдяки відкриттю національних рахунків та технічній можливості переміщати величезні суми коштів. – П.Є.) ...Глобальний ринок праці з'явиться без необхідності міграції. ...Пандемія стане гігантським стрибком уперед для «мобільності» робочої сили – своєрідної мобільності, тобто, коли окремі працівники залишатимуться за місцем проживання, але працюватимуть в «офісах» або «фабриках» за багато миль» [9]. З цим погоджуються й деякі економісти. У статті «Постпандемічний суспільний договір» Д. Родрік пише про необхідність нового соціального діалогу між робітниками та роботодавцями, про важливість впровадження системи прогресивного оподаткування, демонополізації глобалізованих ринків, стимулювання зелених технологій – «усе це необхідно задля реформування всієї системи глобальної економічної політики [13].

Членкиня Незалежної комісії з реформування міжнародного корпоративного оподаткування, викладачка Університету Джавахарлала Неру в Нью-Делі та Масачусетського університету США Джаяті Гош зазначає, що комісія «запропонувала комплекс всеосяжних і фундаментальних реформ, які включа-

ють основні принципи ефективності та справедливості. До них відноситься надання кожній країні можливості оподатковувати прибуток транснаціональних компаній шляхом розподілу прибутку відповідно до формули, заснованої на продажах, зайнятості, користувачів (для цифрових компаній) і капіталі, а також з глобальної мінімальної податкової ставки 25% на людину. ... Це найбільш ефективно зробити за міжнародної координації, тому в ідеалі це має бути організовано під егідою ООН. Замість цього це завдання було передане Організації економічного співробітництва і розвитку, яка з 2013 р. працює над стратегією, яка завадить глобальним корпораціям перевести прибуток в податковій притулки і покласти край «гонці вниз» в сфері корпоративного оподаткування» [14].

Точка зору, згідно з якою пандемія не поставить хрест й не зменшить інтенсивність глобалізації, обґрунтовується й тим, що в останній рік відбулось становлення низки нових впливових міжнародних організацій, зокрема, Всеохоплюючої та прогресивної угоди про Транстихоокеанське партнерство. Ще один аргумент – спад впливовості націоналістичних політиків, найбільш гучними проявами чого стали поразка Д. Трампа на виборах Президента США, відсутність серйозних успіхів націоналістичних та популістських сил в інших країнах, зокрема в Європі. Проте не можна сказати, що в усіх цих випадках сподівання глобалізаторів реалізуються повністю та автоматично. Наприклад, зазначена Всеохоплююча та прогресивна угода про Транстихоокеанське партнерство об'єднує переважно ті країни, які мають високий економічний потенціал, але в соціальному відношенні значною мірою відсталі. Це один з аргументів на користь тієї точки зору, що, попри успіхи подільшої глобалізації, національна держава залишатиметься вагомим гравцем.

Відтак свою правду мають й ті, хто прогнозує посилення глобалізації внаслідок пандемії, й ті експерти, які вважають можливим та вірогідним зростання ролі національної держави. У статті «Новий світ після пандемії?» Д. Родрік робить слушний прогноз: «Ми будемо схильні бачити в катастрофі Covid-19 підтвердження нашого власного світогляду, вишукуючи перші ознаки того майбутнього економічного і політичного порядку, настання якого ми так давно бажали. Ті, хто хоче розширити роль держа-

ви і кількість суспільних благ, отримають масу причин вважати, що ця криза виправдовує їх переконання. І точно так само ті, хто скептично ставиться до держави і засуджує її некомпетентність, виявлять підтвердження своїх колишніх поглядів. Ті, хто хоче розширити роль глобального управління, будуть доводити, що підсилена міжнародна система державної охорони здоров'я дозволила б знизити витрати пандемії. А ті, хто прагне до зміцнення національних держав, почнуть вказувати на безліч прикладів, коли ВООЗ явно помилялася в боротьбі з пандемією (наприклад, приймаючи заяви китайських чиновників за чисту монету, виступаючи проти введення заборони на пересування людей і доводячи, що маски не потрібні)» [15].

Д. Родрік зазначає, що «пандемія краще, ніж будь-що інше, висвітлила неадекватність світового ринку відносно застосування колективних дій і неспроможності держав реагувати на кризи», через що в постпандемічному світі спостерігатиметься декілька можливих трендів. Зокрема, встановлюватиметься перебалансування у відносини між ринком і державою, так само, як й між гіперглобалізацією і автономією держави».

В свою чергу, Ф. Фукуяма зазначає, що пандемія усюди пролила яскраве світло на існуючі інститути, виявивши їх недоліки та слабкі сторони. Розрив між багатими і бідними, як людьми, так і країнами, посилюється кризою і ще збільшуватиметься під час тривалого економічного застою. Але поряд з проблемами криза також показала здатність уряду забезпечувати рішення, використовуючи колективні ресурси в цьому процесі. Тому, порівнюючи пандемію із своєрідним глобальним політичним стрес-тестом на дієздатність та відхиляючи абстрактну тезу про те, що роль держави у соціальному розвитку підвищуватиметься автоматично, Ф. Фукуяма припускає, що «країни з дієздатними, легітимними урядами пройдуть відносно непогано і можуть реалізувати реформи, які зроблять їх ще більш сильними і стійкими, сприяючи тим самим їх майбутнім результатам». Натомість держави «зі слабким державним потенціалом або поганим керівництвом будуть в біді, якщо не в стагнації і нестабільності. Проблема в тому, що друга група значно перевершує першу» [12]. Отже, факторами успішності реагування на виклики пандемії Ф. Фукуяма називає дієздатність держави, соціальну довіру та

лідерство. Тим державам, де наявні усі ці три фактори – компетентний державний апарат, довіра громадян до уряду, ефективні лідери – отримали змогу обмежити (потенційні) загрози і зменшити завдану шкоду [12].

Як вказує австрійський політолог Ф. Бібер, спільний глобальний досвід і той факт, що ворогом є не якась нація (держава) або група, вірус може сприяти транскордонній солідарності і кооперації. Неспроможність окремо взятої держави протистояти пандемії підсилуватиме необхідність в кооперації. Водночас пандемія може посилити такі тренди як антиімігрантські чи ізоляціоністські позиції та (пов'язану з ними) політику [16]. Та все ж, переконаний Бібер, пандемія не є ані помічником, ані руйнівником глобалізації і створених нею глобальних мереж [16].

Отже, жоден з сценаріїв – чи то посилення, чи то ослаблення глобалізаційних тенденцій та посилення ролі національної держави – не реалізується автоматично. Існує низка умов, які впливають на ступінь вірогідності кожного з них. Більше того, у кожному з цих сценаріїв йдеться не про незмінність держави чи глобальної системи. Пандемія поставила руба питання про необхідність зміни якості обох з них.

Про помилкову, а іноді і згубну самовпевненість у всемогутність наукового знання і технологій, які здатні вирішити усі проблеми людства, пише німецький філософ Маркус Габріель в статті «Системні уразливості», декларуючи важливість нової ідеї глобального просвітництва, яка стає все більш нагальною і яку він вслід за Пітером Слотердейком пропонує назвати новим ко-імунізмом. Задля порятунку ним пропонується усунути всі культурні, національні, расові, класові, вікові та інші розбіжності, так само як і починати відмовлятись від своїх звичних споживацьких настанов. Заслугує на увагу і думка про те, що консьюмеризм в своїх глобальних проявах є не менш небезпечним і вбивчим, аніж глобальна пандемія. Хоча подібні заклики виглядають як декларативні, варто зауважити, що під впливом загрози життю мільйонів і міркувань про виживання, можливіми є певні зсуви громадської думки] [17].

Підсумовуючи вищесказане, слід зробити такі висновки.

В науковому та експертному середовищі існують прихильники радикальних позицій. Згідно з однією, пандемія призведе до

відступу від глобалізаційних тенденцій, посилення ролі національної держави у суспільному розвитку, згідно з іншою – навпаки, пандемія сприятиме подальшому посиленню міжнародної взаємодії. Вибірка експертів, яку ми зробили, дає змогу стверджувати, що економісти частіше є прихильниками першої точки зору, в той час як політологи, соціологи – другої. Крім того, цікаво, що експерти, близькі до лівого та лівоцентристського політичного спектру, частіше підтримують другу позицію, але наголошують на посиленні екологічної складової міжнародної взаємодії, соціальних її аспектів.

Автору цієї статті ближче друга позиція, але обидві вказані позиції не слід сприймати нормативістськи. Тенденції, які ці позиції віддзеркалюють, навряд чи будуть реалізовані автоматично та у відриві одна від іншої. Пандемія поставила на порядок денний питання про зміну характеру як держави, так й глобалізаційних процесів. Зокрема, держава потребує не просто більшої компетентності еліт, а й соціалізації, підвищення довіри громадян, що власне й є запорукою більшої ефективності. Тим державам, які не відповідатимуть цим вимогам, загрожує нестабільність та ризик зникнення з політичної карти світу. З іншого боку, теза про те, що боротьба з пандемією потребує інтенсифікації міжнародного співробітництва, сама по собі нічого не пояснює. Проблема полягає в тому, на яких засадах має будуватися це співробітництво, адже воно потребує більшої справедливості, акценту не на прибутках, а на соціальній відповідальності транснаціональних компаній, оподаткуванні їх доходів в ім'я більшої справедливості, на правах людини, зокрема на безпечне екологічне середовище тощо. Інакше замість співробітництва конкуренція на глобальних ринках провокуватиме військові конфлікти тощо. Відтак третій підхід до проблеми впливу пандемії на міжнародні відносини долає нормативістську обмеженість перших двох підходів та синтезує окремі їх змістовні елементи, акцентує на поліальтернативності розвитку міжнародних відносин, на необхідності внесення змін до якості суб'єктів міжнародних взаємин, до інститутів таких відносин, до характеру процесів міжнародної взаємодії. Суть цих змін полягає у переорієнтації цілей та принципів міжнародного співробітництва, залученні до нього як держав, так й соціальних суб'єктів

як нижчого (соціальні, регіональні групи тощо), так й вищого рівня (міжнародних організацій, союзів держав тощо).

1. Рубини Н. Дуже велика депресія. 10 зловісних тенденцій для світу URL: https://nv.ua/ukr/opinion/kriza-2020-pro-golovni-zagrozi-dlya-svitunuriel-rubini-ostanni-novini-50086161.html?utm_campaign=article_heads&utm_medium=heads&utm_source=site. 2. Patrick S. When the System Fails. COVID-19 and the Costs of Global Dysfunction. URL: https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2020-06-09/when-system-fails?utm_medium=newsletters&utm_source=summer_read&utm_campaign=summer_reads_2020_newsletter&utm_content=20200705&utm_term=fa-summer-newsletter-20200702 (дата звернення: 07.12.2020). 3. Legrain P. The Coronavirus Is Killing Globalization as We Know It The outbreak has been a gift to nativist nationalists and protectionists, and it is likely to have a long-term impact on the free movement of people and goods. URL: <https://foreignpolicy.com/2020/03/12/coronavirus-killing-globalization-nationalism-protectionism-trump/>. 4. Cooley A., Nexon D. How Hegemony Ends. The Unraveling of American Power. URL: https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-06-09/how-hegemony-ends?utm_medium=newsletters&utm_source=twofa&utm_campaign=How%20Hegemony%20Ends&utm_content=20200626&utm_term=FA%20This%20Week%20-%20112017. 5. Bollyky T., Bown C. The Tragedy of Vaccine Nationalism. Cooperation Can End the Pandemic. URL: https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-07-27/vaccine-nationalism-pandemic?utm_medium=promo_email&utm_source=pre_release&utm_campaign=mktg_sub_vaccine_nationalism_bollyky_newsletter&utm_content=20200727&utm_term=newsletter-prerelease. 6. Rodrik D. Making the Best of a Post-Pandemic World. URL: <https://www.project-syndicate.org/commentary/three-trends-shaping-post-pandemic-global-economy-by-dani-rodrik-2020-05>. 7. Rudd K. The Coming Post-COVID Anarchy. The Pandemic Bodes Ill for Both American and Chinese Power – and for the Global Order. URL: https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-05-06/coming-post-covid-anarchy?utm_medium=newsletters&utm_source=twofa&utm_campaign=The%20Coming%20Post-COVID%20Anarchy&utm_content=20200508&utm_term=FA%20This%20Week%20-%20112017. 8. Латур Б., Іллуз Є., Нансі Ж.-Л. Який світ після пандемії? URL: https://politkrytyka.org/2020/03/31/yakyj-svit-pislya-pandemiyi-bruno-latur-yeva-illuz-zhan-lyuk-nansi/?fbclid=IwAR1hRZHxgiZnlqHqVb1DuoQr7cyqMzpczPr_ZoZrfzZoMWdBJFJY9t0m8FQ. 9. Milanovic B. The first global event in the history of humankind. URL: <https://www.socialeurope.eu/the-first-global-event-in-the-history-of-humankind>. 10. Krastev I. The Great Paradox of Covid-19. URL: <https://www.aspen.review/article/2020/great-paradox-covid-19/>. 11. Bown C. COVID-19 Could Bring Down the Trading System. How to Stop Protectionism From Running Amok. URL: https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-04-28/covid-19-could-bring-down-trading-system?utm_medium=newsletters&utm_source=twofa&utm_campaign=COVID-19%20Could%20Bring%20

Down%20the%20Trading%20System&utm_content=20200501&utm_term=FA%20This%20Week%20-%20112017. **12.** Fukuyama F. The Pandemic and Political Order. URL: https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2020-06-09/pandemic-and-political-order?utm_medium=newsletters&utm_source=summer_read&utm_campaign=summer_reads_2020_newsletter&utm_content=20200705&utm_term=fa-summer-newsletter-20200702. **13.** Родрик Д., Станчева С. Постпандемический общественный договор. Политика содействия экономическому росту и социальная политика должны стать единой повесткой правительств. URL: https://www.ipg-journal.io/index.php?id=21&L=0&tx_news_pil%5Bnews%5D=1089&tx_news_pil%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pil%5Baction%5D=detail&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=ru_189_20200624&cHash=48af6171497a1bfee9175f0e927f3026. **14.** Ghosh J. Reform of global taxation cannot wait. URL: <https://www.socialeurope.eu/reform-of-global-taxation-cannot-wait>. **15.** Родрик Д. Новый мир после пандемии? Нет, катастрофа Covid-19 не направит мир на существенно иную траекторию развития, а усилит и закрепит уже существующие тренды. URL: https://www.ipg-journal.io/index.php?id=57&L=0&tx_news_pil%5Bnews%5D=1036&tx_news_pil%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pil%5Baction%5D=detail&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=ru_178_20200408&cHash=003e6b03dbbd9a4fd327600213369da. **16.** Bieber F. Global Nationalism in Times of the COVID Pandemic. *Accepted Manuscript for Nationalities Papers as part of the Cambridge Coronavirus Collection*. Subject to change during the editing and production process. DOI: 10.1017/nps.2020.35. **17.** Габриэль М. Системные уязвимости. URL: <https://politcom.org.ua/sistemnye-ujazvimosti>.

References

1. Rubini N. Duzhe velyka depresia. 10 zlovisnykh tendentsii dlia svitu. [online] *Novoe vremya*. URL: https://nv.ua/ukr/opinion/kriza-2020-progolovni-zagrozi-dlya-svitu-nuriel-rubini-ostanni-novini-50086161.html?utm_campaign=article_heads&utm_medium=heads&utm_source=site. **2.** Patrick S. (2020). When the System Fails. COVID-19 and the Costs of Global Dysfunction. *Foreign Affairs*. URL: https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2020-06-09/when-system-fails?utm_medium=newsletters&utm_source=summer_read&utm_campaign=summer_reads_2020_newsletter&utm_content=20200705&utm_term=fa-summer-newsletter-20200702. **3.** Legrain P. (2020). The Coronavirus Is Killing Globalization as We Know It The outbreak has been a gift to nativist nationalists and protectionists, and it is likely to have a long-term impact on the free movement of people and goods. *Foreign Policy*. URL: <https://foreignpolicy.com/2020/03/12/coronavirus-killing-globalization-nationalism-protectionism-trump/>. **4.** Cooley A. and Nexon D. (2020). How Hegemony Ends. The Unraveling of American Power. *Foreign Affairs*. URL: https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-06-09/how-hegemony-ends?utm_medium=newsletters&utm_source=twofa&utm_campaign=How%20Hegemony%20Ends&utm_content=20200626&utm_

term=FA%20This%20Week%20-%20112017. **5.** Bollyky T. and Bown C. (2020). The Tragedy of Vaccine Nationalism. Cooperation Can End the Pandemic. Foreign Affairs. URL: https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-07-27/vaccine-nationalism-pandemic?utm_medium=promo_email&utm_source=pre_release&utm_campaign=mktg_sub_vaccine_nationalism_bollyky_newsletter&utm_content=20200727&utm_term=newsletter-prerelease. **6.** Rodrik D. (2020). Making the Best of a Post-Pandemic World. Project Syndicate. URL: <https://www.project-syndicate.org/commentary/three-trends-shaping-post-pandemic-global-economy-by-dani-rodrik-2020-05>. **7.** Rudd K. (2020). The Coming Post-COVID Anarchy. The Pandemic Bodes Ill for Both American and Chinese Power – and for the Global Order. Foreign Affairs. URL: https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-05-06/coming-post-covid-anarchy?utm_medium=newsletters&utm_source=twofa&utm_campaign=The%20Coming%20Post-COVID%20Anarchy&utm_content=20200508&utm_term=FA%20This%20Week%20-%20112017. **8.** Latur B., Illuz Ie., and Nansi Zh.-L. (2020). Yakyi svit pislia pandemii? Politikrytyka. URL: https://politikrytyka.org/2020/03/31/yakyj-svit-pislya-pandemiyi-bruno-latur-yeva-illuz-zhan-lyuk-nansi/?fbclid=IwAR1hRZHxgjZnlqHqVb1DuqOr7cyqMzpczPr_ZoZrfzZoMwdBjFJY9t0m8FQ. **9.** Milanovic B. (2020). The first global event in the history of humankind. Social Europe. URL: <https://www.socialeurope.eu/the-first-global-event-in-the-history-of-humankind>. **10.** Krastev I. (2020). The Great Paradox of Covid-19. [online] Aspen Review. URL: <https://www.aspen.review/article/2020/great-paradox-covid-19/>. **11.** Bown C. (2020). COVID-19 Could Bring Down the Trading System. How to Stop Protectionism From Running Amok. Foreign Affairs. URL: https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-04-28/covid-19-could-bring-down-trading-system?utm_medium=newsletters&utm_source=twofa&utm_campaign=COVID-19%20Could%20Bring%20Down%20the%20Trading%20System&utm_content=20200501&utm_term=FA%20This%20Week%20-%20112017. **12.** Fukuyama F. (2020). The Pandemic and Political Order. [online] Foreign Affairs. URL: https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2020-06-09/pandemic-and-political-order?utm_medium=newsletters&utm_source=summer_read&utm_campaign=summer_reads_2020_newsletter&utm_content=20200705&utm_term=fa-summer-newsletter-20200702. **13.** Rodrik D., and Stancheva, S. (2020). Postpandemicheskij obshchestvennyj dogovor. Politika sodejstviya ekonomicheskomu rostu i social'naya politika dolzhny stat' edinoj povestkoj pravitel'stv. IPG. Available at: https://www.ipg-journal.io/index.php?id=21&L=0&tx_news_pi1%5Bnews%5D=1089&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=ru_189_20200624&cHash=48af6171497a1bf6e9175f0e927f3026. **14.** Ghosh J. (2020). Reform of global taxation cannot wait. Social Europe. URL: <https://www.socialeurope.eu/reform-of-global-taxation-cannot-wait>. **15.** Rodrik D. (2020). Novyj mir posle pandemii? Net, katastrofa Covid-19 ne napravit mir na sushchestvenno

inuyu traektoriyu razvitiya, a usilit i zakreпит uzhe sushchestvuyushchie trendy. IPG. URL: https://www.ipg-journal.io/index.php?id=57&L=0&tx_news_pi1%5Bnews%5D=1036&tx_news_pi1%5Bcontroller%5D=News&tx_news_pi1%5Baction%5D=detail&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=ru_178_20200408&cHash=003e6b03dbbdd9a4fd327600213369da. 16. Bieber F. (2020). Global Nationalism in Times of the COVID Pandemic. *Accepted Manuscript for Nationalities Papers as part of the Cambridge Coronavirus Collection*. Subject to change during the editing and production process. DOI: 10.1017/nps.2020.35. 17. Gabriel' M. (2020). Sistemnye uyazvymosti. Politkom. URL: <https://politcom.org.ua/sistemnye-ujazvymosti>.

Pereguda Yevgen. Globalization or “nationalization”: on the impact of the pandemic on the development of international relations (based on the analysis of expert opinions)

The impact of the coronavirus pandemic on the development of international relations is undeniable. However, expert views on the nature of such impact are in a wide range. This article analyzes the views on whether the pandemic contributes to the development of globalization processes or causes a retreat from globalization. The source base are the works of leading scientists of Western universities and officials of international organizations. The first group consists of points of view whose supporters believe that the pandemic will inevitably lead to a retreat from globalization, the strengthening of the role of nation-states in social development, and so on. According to them, quarantine restrictions will be inherent not only in the pandemic period. And after the pandemic, restrictions on the movement of goods, services, capital, technology, data and information will increase. They predict that the international system will become extremely fragile. Some researchers believe that the trend of disintegration of existing structures of international cooperation and strengthening the role of the state in politics did not arise with the pandemic, but acted before it, and the pandemic only intensified the effects of this trend. At the same time, other experts do not agree with these theses. They point out that the nation states are ill-prepared for a pandemic, that the pandemic is essentially the first global event, and that overcoming it requires international cooperation. Finally, the third group of experts tries to synthesize the positive elements of both positions, for which they deviate from normativism, emphasize the need for change at the state level (Fukuyama calls the factors of state capacity – a competent state apparatus, public confidence in government, effective leaders, and believes in surviving states that have the appropriate characteristics) and at the level of global structures (where it is necessary to abandon profits as a goal of international cooperation, to focus on improving social justice, environmental protection, taxation, commitment to international cooperation not only states but also social and regional groups, etc.).

Key words: coronavirus, pandemic, state, globalization, international relations, experts.

Зміст

Видатний вчений-правознавець і організатор вітчизняної юридичної науки. До 85-річчя академіка Ю. С. Шемшученка	3
---	----------

Частина 1 **ЮРИДИЧНІ НАУКИ**

Розділ 1. Історія держави і права

<i>Пильгун Н. В., Вербінець В. Е.</i> Особливості правового нігілізму в сучасній Україні.	8
<i>Koudelka Zdeněk, Váňa Aleš.</i> The limits of the power of judges.	15
<i>Боброва Т. А.</i> Здійснення «негативної правотворчості» в країнах романо-германської правової системи	26
<i>Звонков Є. Є.</i> Державна допомога суб'єктам господарювання: правовий аспект розуміння сутності поняття	36

Розділ 2. Адміністративне право

<i>Ібрагімзаде Е. Р.</i> Адміністративне оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів місцевого самоврядування	51
---	----

Розділ 3. Цивільне, підприємницьке та господарське право

<i>Короєд С. О.</i> Поділ спільних боргових (кредитних) зобов'язань подружжя в судовому порядку	63
<i>Ніколенко Л. М.</i> Зустрічний позов у господарському судочинстві	80
<i>Сімутіна Я. В., Менюк Д. О.</i> Судове рішення як об'єкт перегляду за нововиявленими або виключними обставинами у цивільному процесі України	89

<i>Бутирська І. А.</i> Представництво прокурором інтересів держави у справі про банкрутство	99
<i>Мілімко Л. В., Ярошенко Т. С.</i> Теоретико-правові аспекти та етичні питання таємниці усиновлення (точки дотику).	108
<i>Леонов К. Ю.</i> Корпоративні права в акціонерних товариствах та особливості їх реалізації	117

Розділ 4. Земельне, аграрне та екологічне право

<i>Головкін О. В., Ковтун О. М.</i> Деякі правові проблеми завершального етапу земельної реформи в Україні	128
--	-----

Розділ 5. Кримінальне право, кримінальний процес та криміналістика

<i>Лаврик Г. В.</i> Встановлення системних бар'єрів на шляху поширення корупційних практик: пріоритети сучасного суспільства	138
<i>Ахмедов В. А.</i> Проблеми боротьби зі злочинами проти правосуддя, які вчиняються спеціальними суб'єктами (співробітниками правоохоронних органів)	157
<i>Василенко Ю. В.</i> Кримінально-правова характеристика доведення банку до неплатоспроможності.	167
<i>Дроздович Н. Л.</i> Практичні аспекти застосування процесуальної аналогії у кримінальному провадженні: сучасна практика Касаційного кримінального суду Верховного Суду	178
<i>Бабій А. Ю.</i> Проблеми визначення екстремістських мотивів та цілей вчинення злочину.	190
<i>Неділько Я. В.</i> Типові ознаки особи кіберзлочинця (криміналістичний аспект).	202
<i>Светлічний І. В.</i> Деякі актуальні питання кримінально-правової охорони прав неповнолітніх у кримінальному процесі, імплементації принципів відновного правосуддя щодо дітей та молодих людей	212
<i>Басалюк Н. В.</i> Конструктивне і деструктивне у кримінально-правовій реформі.	225

Розділ 6. Міжнародне право і порівняльне правознавство

- Овечкіна О. С.* Свобода заснування компаній і «теорія осілості» в практиці Суду ЄС із вирішення спорів, пов'язаних із правовим статусом юридичних осіб 241

Розділ 7. Рецензії

- Переверзева О. С.* Науково-дослідницька діяльність у водах Світового океану 253

Частина 2
ПОЛІТИЧНІ НАУКИ

Розділ 1. Етнополітологія та конфліктологія

- Асланов С. А.* Типологія етнополітичної стабільності у етнополітичних системах закритого і відкритого типу 258

Розділ 2. Політичні інститути та процеси

- Кресіна І. О., Стойко О. М., Коваленко А. А.*
Недоліки місцевого повороту в постконфліктній відбудові . . . 267
- Шляхтун П. П., Колюх В. В., Малкіна Г. М.* Ключова ланка децентралізації влади в Україні 277
- Дем'янчук О. П., Урубков В. О.* Ухвалення політичних рішень у тристоронній контактній групі: неоінституційний підхід 292
- Тарасюк В. М., Дроботун Д. С.* Про причини і наслідки олігархізації українських медіа 301
- Прохоренко А. М.* Впровадження інноваційних політичних технологій у функціонування інститутів державної влади в контексті концепції соціальної модернізації 315
- Перегуда Є. В.* Глобалізація чи «націоналізація»: про вплив пандемії на розвиток міжнародних відносин (на основі аналізу експертних думок) 324

Contents

**Outstanding legal scholar
and organizer of Ukrainian legal science.
To the 85th anniversary of academician Y. S. Shemshuchenko 3**

Part 1 **LEGAL SCIENCES**

Section 1. History of State and Law

<i>Pylgun Natalia, Verbinets Veronika.</i> Features of legal nihilism in Ukraine	8
<i>Koudelka Zdeněk, Váňa Aleš.</i> The limits of power of judges	15
<i>Bobrova Tatiana.</i> Implementation of “negative lawmaking” in the countries of the romance-german legal system.	26
<i>Zvonkov Yevgen.</i> State aid to economic entities: the legal aspect of understanding the essence of the concept	36

Section 2. Administrative Law

<i>Ibrahimzade Elshad.</i> Administrative appeal of decisions, actions or inactivity of local government bodies	51
---	----

Section 3. Civil, Business and Commercial Law

<i>Koroied Serhii.</i> Division of joint debt (credit) obligations of spouses in court.	63
<i>Nikolenko Liudmyla.</i> Counterclaim in economic proceedings	80
<i>Simutina Yana, Meniuk Daryna.</i> Judgement as an object of court review on newly discovered or exceptional circumstances in the civil procedure of Ukraine.	89
<i>Butyraska Iryna.</i> Prosecutor’s representation of the state’s interests in a bankruptcy case.	99

<i>Milimko Larisa, Yaroshenko Taisiya.</i> Theoretical and legal aspects and ethical issues of the secret of adoption (points of contact)	108
<i>Leonov Konstantyn.</i> Corporate rights in joint stock companies and features of their implementation	117

Section 4. Land, Agricultural and Environmental Law

<i>Golovkin Alexander, Kovtun Elena.</i> Some legal problems of the final stage of land reform in Ukraine.	128
--	-----

Section 5. Criminal Law, Criminal Process and Criminal Science

<i>Lavryk Halyna.</i> Establishing of system barriers to the spread way of corruption practices: priorities of modern society	138
<i>Ahmedov Vusal.</i> Some problems of combating crimes against justice committed by special actors (law enforcement officers)	157
<i>Vasylenko Yuliia.</i> Criminal characteristic of the bringing the bank to insolvency.	167
<i>Drozdovych Nadiia.</i> Practical aspects of using procedural analogy in criminal proceedings: today's practice of the Criminal Cassation Court of the Supreme Court	178
<i>Babii Alla.</i> Problems of determining extremist motives and purposes of committing a crime	190
<i>Nedilko Yaroslav.</i> Typical signs of a cybercriminal's personality (forensic aspect)	202
<i>Svietlichnyi Igor.</i> Some issues of criminal law protection of the rights of minors in criminal proceedings, of the implementation of restorative justice for children and young people	212
<i>Basaliuk Natalia.</i> Constructive and destructive in criminal law reform	225

Section 6. International Law and Comparative Law

<i>Ovechkina Olga.</i> Freedom of establishment and «settlement theory» in the case law of the Court	
--	--

of Justice of the European Union on the settlement of disputes related to the legal status of legal entities241
---	------

Section 7. Reviews

<i>Pereverzieva Olga</i> . Research activities in the waters of the World Ocean	253
--	-----

Part 2

POLITICAL SCIENCES

Section 1. Ethnopolitics and Conflict Management

<i>Aslanov Stellas</i> . Typology of ethno-political stability in open and closed type ethno-political systems	258
---	-----

Section 2. Political Institutions and Processes

<i>Kresina Iryna, Stoyko Olena, Kovalenko Anatolij</i> . Disadvantages of the local turn in post-conflict reconstruction267
<i>Shliakhtun Petro, Kolyukh Valeriy, Malkina Ganna</i> . Key element in the decentralization of power in Ukraine277
<i>Demianchuk Oleksandr, Urubkov Vladyslav</i> . Political decisions making in the trilateral contact group: neoinstitutional approach292
<i>Tarasyuk Volodymyr, Drobotun Dmytro</i> . About the causes and consequences of the oligarchization of the Ukrainian media301
<i>Prokhorenko Alina</i> . Introduction of innovative political technologies in the functioning of state power institutions in the context of the concept of social modern315
<i>Pereguda Yevgen</i> . Globalization or “nationalization”: on the impact of the pandemic on the development of international relations (based on the analysis of expert opinions)	324

До уваги авторів

Вимоги до публікацій

Повний обсяг статті, включно із анотаціями двома мовами (англійською, українською), додатками, таблицями, ілюстраціями, списком літератури, має становити не більше 20 тис. знаків із врахуванням пробілів та знаків пунктуації.

Авторський оригінал необхідно подавати у форматі, сумісному із Microsoft Word (можливі розширення файлів: rtf., doc., docx.); шрифт Times New Roman; розмір шрифту 14; інтервал між рядками 1,5.

Файли необхідно називати латинською абеткою за прізвищем автора статті (якщо авторів кілька – то за прізвищами перших трьох авторів).

Перед основним текстом статті потрібно вказати двома мовами (українською, та англійською) наступні дані:

- індекс УДК;
- прізвище, ім'я та по-батькові автора / авторів, місце і адресу роботи, посаду, науковий ступінь, вчене звання, номер ORCID, контактний телефон і електронну пошту автора;
- назву статті;
- анотації з ключовими словами.

Анотація українською мовою має складатися із 5-6 речень, які стисло відображають мету та висновки, зроблені в статті, та 5-6 ключових слів. Анотація англійською мовою має бути ідентична українській за змістом. В кінці тексту після транслітерації треба дати розширену англійську анотацію до 2 тис. знаків.

Основний текст статті повинен мати наступну структуру:

- Вступ (вказати актуальність теми, мету і завдання статті).
- Стан розробки проблеми та методи дослідження (дати огляд літератури і попередніх досліджень, зазначити використані методи).
- Виклад основного матеріалу.
- Висновки.
- Список літератури (подавати у порядку цитування, вказувати повні реквізити джерела).
- Транслітерація списку літератури

У тексті статті посилання позначаються цифрою у квадратних дужках, через кому зазначається номер сторінки (якщо є). Нумерація посилань відповідає порядку їх згадування в тексті статті. Якщо автор посилається на кілька різних джерел, слід розділяти їх крапкою з комою: [1, с. 44; 2, с. 35].

Список літератури необхідно подавати у порядку цитування, вказуючи повні вихідні дані джерела відповідно до вимог стандарту бібліографічного опису – автор, назва статті/книжки, номер журналу, місце видання, назва видавництва, рік видання, сторінки тощо.

Транслітерацію прізвища та імені автора, кириличного списку літератури слід здійснювати згідно з офіційними вимогами (постанова КМУ № 55 від 27 січня 2010 року, <https://www.slovnuk.ua/translit.php#pasp>).

Наукове видання

ДЕРЖАВА І ПРАВО

ЗБІРНИК НАУКОВИХ ПРАЦЬ

Юридичні і політичні науки

Випуск 88

Науковий редактор *І. О. Кресіна*
Художнє оформлення *В. С. Жиборовського*

Підп. до друку 29.12.2020. Формат 60 x 84 ¹/₁₆.
Ум. друк. арк. 20,1. Наклад 200 прим.

ТОВ «Видавництво «Юридична думка»
01103, м. Київ, вул. Бойчука Михайла, 18-а
Свідоцтво ДК № 1742 від 06.04.2004
Тел./факс (044) 405-15-11
E-mail: yurdumka@ukr.net

Віддруковано у ТОВ «Талком»
03115, м. Київ, вул. Львівська, 23
Свідоцтво ДК № 4538 від 07.05.2013
Тел./факс (044) 424-40-69