

Львівський національний університет
імені Івана Франка

Юридичний факультет

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ

Матеріали ХХVІІІ звітної
науково-практичної конференції

Частина 2

3–4 лютого 2022 р.

Львів
2022

У збірнику представлено стислий виклад доповідей і повідомлень, поданих на XXVIII звітну науково-практичну конференцію «Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні», яка буде проводитись на базі юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка 3–4 лютого 2022 р.

Матеріали доповідей і повідомлень опубліковано в авторській редакції.

Редакційна колегія:

- проф. В. М. Бурдін (голова);
- доц. Р. С. Шандра (відп. секретар);
- проф. І. Й. Бойко;
- проф. П. Ф. Гураль;
- проф. В. П. Кіселичник;
- проф. М. М. Кобилецький;
- проф. В. М. Коссак;
- проф. В. М. Косович;
- доц. В. І. Маркін;
- проф. В. Т. Нор;
- проф. П. Д. Пилипенко;
- проф. О. С. Яворська

Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XXVIII звітної науково-практичної конференції (3–4 лютого 2022 р.): у 2-ох ч. Ч. 2. Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2022. 258 с.

СЕКЦІЯ СОЦІАЛЬНОГО ПРАВА

ОРГАНІЗАЦІЯ ПРОФЕСІЙНОГО НАВЧАННЯ ПРАЦІВНИКІВ: СУЧАСНИЙ СТАН ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТА МОЖЛИВОСТІ ВДОСКОНАЛЕННЯ

Балог К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правове регулювання професійного навчання працівників та його організація забезпечується Законом України «Про професійний розвиток працівників». Відповідно до ст. 6 професійне навчання працівників здійснюється безпосередньо у роботодавця та на договірній основі у професійно-технічних та вищих навчальних закладах, на підприємствах, в установах або організаціях. При цьому, розрізняють формальне та неформальне професійне навчання. Формальне професійне навчання працівників робітничим професіям включає первинну професійну підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації робітників і може здійснюватися безпосередньо у роботодавця або організовуватися на договірних умовах у професійно-технічних навчальних закладах, на підприємствах, в установах, організаціях. Неформальне професійне навчання працівників здійснюється за їх згодою безпосередньо у роботодавця згідно з його рішенням та за рахунок його коштів з урахуванням потреб власної господарської чи іншої діяльності.

На виконання згаданого Закону Наказом Міністерства праці та соціальної політики, Міністерства освіти і науки України було затверджене «Положення про професійне навчання працівників на виробництві» від 26.03.2001 р. № 127/151, яким передбачено, що за результатами формального професійного навчання працівників видаються документи про освіту, зразки яких затверджено постановами Кабінету Міністрів України від 22 липня 2015 року № 645 «Про документи про загальну середню та професійно-технічну освіту державного зразка і додатки до них» і від 31 березня 2015 року № 193 «Про документи про вищу освіту (наукові ступені) державного зразка». Що стосується неформального професійного навчання, то по його закінченню видається довідка, в якій зазначаються професія (спеціальність), кваліфікація, за якою здійснювалось навчання, напрям підвищення кваліфікації та строки навчання. Результати неформального навчання за робітничими професіями підтверджуються у порядку, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 15 травня 2013 року № 340 «Про затвердження Порядку підтвердження результатів неформального професійного навчання осіб за робітничими професіями».

Варто відзначити важливість власне неформального професійного навчання. На сьогодні в Україні існує чимало працівників, які мають великий практичний досвід роботи за спеціальністю, однак не мають документа про освіту і їм доволі важко конкурувати з дипломованими працівниками. У зв'язку з цим, державна служба зайнятості вживає заходів для отримання документального підтвердження компетенції таких працівників через неформальне професійне навчання.

Перелік робітничих професій, за якими здійснюється підтвердження результатів неформального професійного навчання осіб за такими професіями, затверджено наказом Міністерства соціальної політики від 23 грудня 2013 року № 886, яке було зареєстроване у Міністерстві юстиції 9 січня 2014 року за № 5/24782. Відповідно до цього переліку, такими професіями є кухар, зварник, охоронник, електрозварник ручного зварювання, продавець непродовольчих товарів, слюсар-ремонтник. Як бачимо, перелік цих професій доволі вузький і не відповідає сучасним реаліям розвитку ринку праці, на чому наголошують і вітчизняні науковці, які досліджують проблеми професійного навчання працівників. Зокрема, Р. Шабанов вважає, що до цього переліку слід додати і професії, пов'язані з інформаційними технологіями та іншими галузями, питома значимість яких для вітчизняної економіки зростає.

З цього приводу важливо наголосити, що в Законі України «Про зайнятість населення» простежується такий дещо звужений та застарілий підхід до підтвердження результатів неформального професійного навчання. Тут у п. 5 ч. 1 ст. 5 вказано, що держава гарантує у сфері зайнятості підтвердження результатів неформального професійного навчання осіб за робітничими професіями, в той час, як наступні норми цього Закону покладають відповідні обов'язки у цій сфері на державну службу та її територіальні органи, які мають організувати роботу з підтвердження професійної кваліфікації за результатами неформального професійного навчання за робітничими професіями.

На наше переконання, звуження кола професій, для яких існує правовий механізм підтвердження результатів неформального професійного навчання, є не зовсім ефективним, оскільки він до певної міри звужує обсяг прав і свобод працівників. З цього приводу Конституційний Суд України у своєму Рішенні № 8-рп/2005 від 11.10.2005 р. зазначив: «Звуження змісту прав і свобод означає зменшення ознак, змістовних характеристик можливостей людини, які відображаються відповідними правами та свободами, тобто якісних характеристик права. Звуження обсягу прав і свобод – це зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу, розміру або кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики». Тому, вважаємо за потрібне розширити перелік робітничих професій, за якими працівники могли б підтвердити свою кваліфікацію.

Варто зазначити, що наразі підтвердження результатів неформального навчання здійснюється не за всіма професіями, а стосується тільки тих, хто хоче підтвердити професійну кваліфікацію «кухаря 3-6 розрядів». Для цього законодавством визначені навчальні заклади в яких можна підтвердити таку кваліфікацію. Відповідно до наказу Мінсоцполітики від 16.03.2016 року № 256 «Про затвердження Переліку суб'єктів підтвердження результатів неформального професійного навчання осіб за робітничими професіями» (зі змінами від 03.04.2018 № 466) до них належать: 1) Державний навчальний заклад «Одеський центр професійно-технічної освіти державної служби зайнятості»; 2) Державний навчальний заклад «Рівненський центр професійно-технічної освіти державної служби зайнятості»; 3) Вище професійне училище № 33 м. Києва. Станом

на червень 2021 року 100 осіб отримали свідоцтва про присвоєння кваліфікації за професією «Кухар»: в Одеському ЦПТО ДСЗ – 13 осіб; в Рівненському ЦПТО ДСЗ – 6 осіб; в ВПУ № 33 м. Києва – 81 особа. Натомість за професіями «зварник», «охоронник», «електрозварник ручного зварювання», «продавець непродовольчих товарів» та «слюсар-ремонтник» підтвердження неформального навчання поки що не здійснюється, оскільки не визначені суб'єкти визнання.

Аналогічна проблема спостерігається і щодо отримання ваучерів на професійне навчання. Зокрема, право на одноразове отримання ваучера для підтримання конкурентоспроможності шляхом перепідготовки, спеціалізації, підвищення кваліфікації за професіями та спеціальностями для пріоритетних видів економічної діяльності мають: 1) особи віком старше 45 років, страховий стаж яких становить не менше 15 років, до досягнення пенсійного віку; 2) особи, звільнені з військової служби (крім військовослужбовців строкової служби), служби в органах внутрішніх справ, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, органів і підрозділів цивільного захисту, податкової міліції або Державної кримінально-виконавчої служби України у зв'язку із скороченням чисельності, штату або за станом здоров'я до досягнення ними пенсійного віку, за наявності вислуги не менше 10 років, які не набули права на пенсію відповідно до Закону України «Про пенсійне забезпечення осіб, звільнених з військової служби, та деяких інших осіб»; 3) особи, звільнені з військової служби після участі у проведенні антитерористичної операції, здійсненні заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях, до досягнення ними пенсійного віку та за умови звернення протягом трьох років з дня звільнення; 4) внутрішньо переміщені особи працездатного віку за відсутності підходящої роботи.

Що стосується осіб, які не можуть претендувати на отримання ваучера, то вони визначені у Постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку видачі ваучерів для підтримання конкурентоспроможності осіб на ринку праці» від 20.03.2013 р. № 207. Тут, зокрема зазначено, що дія цього акта не поширюється на: осіб, які не мають професійної (професійно-технічної), фахової передвищої або вищої освіти; осіб, які проходили протягом останніх трьох років перепідготовку за рахунок коштів Фонду державного соціального страхування на випадок безробіття; осіб, які зареєстровані в центрах зайнятості як безробітні. А це, як видається, суттєво обмежує доступність професійного навчання для працівників. І варто погодитись з Р. Шабановим, який вважає, що в такий спосіб уряд намагається заощадити кошти Фонду державного соціального страхування на випадок безробіття. Хоч, очевидно доцільніше було б визначати категорії осіб, які становлять пріоритет у частині надання їм ваучерів на професійне навчання – з орієнтацією на потреби і вимоги сучасного економічного розвитку України.

Як бачимо, однією з актуальних проблем організації професійного навчання в Україні, яку потрібно вирішувати, у тому числі і в законодавчий спосіб, є питання доступності професійного навчання для якомога більшої кількості працівників. Це мало б наблизити процес професійного навчання до вимог сучасного ринку праці та посилити гарантування основних трудових і соціальних прав працівників.

**МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ
ФОРМУВАННЯ ПОНЯТТЯ «РЕСУРСИ НАДР»*****Барабаш Н.****Львівський національний університет імені Івана Франка*

Серед природних ресурсів, які залучені в господарський обіг, так і невикористовувані в економіці в даний період, що підлягають державній охороні, а їх використання – регулюванню, у ст. 5 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» названо надра. КУпН визначає їх як частину земної кори, що розташована під поверхнею суші та дном водоймищ і простягається до глибин, доступних для геологічного вивчення та освоєння (ст. 1).

Надра як природний ресурс – це сукупність ресурсів надр, які використовуються чи можуть бути використані людиною для задоволення своїх потреб (господарських, оздоровчих, рекреаційних та інших). Ресурси надр займають особливе місце серед природних ресурсів, оскільки вони володіють значним об'ємом корисних властивостей, в залежності від яких характеризуються диференційованим правовим режимом. При цьому потрібно зауважити, чинне законодавство про надра не визначає ні поняття «ресурси надр», не встановлює їх види. Відсутність законодавчого визначення змісту та обсягу того чи іншого поняття зумовлюють необхідність звернутись до положень правової науки.

У даній роботі не буде обговорюватися питання щодо змісту поняття ресурсів надр та розуміння відповідних їх видів, оскільки воно потребує окремого наукового дослідження і не може бути в повній мірі з'ясоване в цій праці. Однак у межах представленого дослідження увага акцентуватиметься на встановленні видів ресурсів надр (обсягу поняття «ресурси надр»), що має принципове значення для аналізу проблем термінології правового регулювання використання підземного простору.

Види ресурсів надр визначені детально у гірничо-геологічних науках. Так, серед ресурсів надр М. І. Агошков запропонував виділити шість основних груп: 1) родовища корисних копалин; 2) відвали розривних та вміщуючи порід, терикони вугільних шахт, відвали та склади позабалансових корисних копалин; 3) відходи гірничо-збагачувального та металургійного виробництва (відвали хвостів збагачувальних фабрик, металургійних шлаків, промивних установок на розсипних родовищах), стічні води збагачувального і металургійного виробництва, що містять корисні компоненти; 4) глибинні джерела прісних, мінеральних та термальних вод; 5) внутрішнє (глибинне) тепло надр Землі; 6) природні та техногенні порожнини в масиві гірничих порід (печери, гірничі виробки, придатні для розміщення промислово-господарських і лікувальних об'єктів, поховання відходів промислового виробництва і для інших цілей).

Перші три групи разом складають мінеральні ресурси надр: перша група – природні ресурси, друга і третя – відходи їх видобутку, збагачення та переробки. Значні за запасами скупчення останніх, зокрема відвали, що мають промис-

лове значення, називають техногенними родовищами корисних копалин. Зазначені положення потребують деякого уточнення в частині зарахування до мінеральних ресурсів надр також частково четвертої групи.

Прісні, мінеральні та термальні води (підземні води) належать до корисних копалин загальнодержавного значення. Родовища корисних копалин у своїй сукупності є мінеральними ресурсами. Мінеральні ресурси – це частина ресурсів надр, які в свою чергу є природними ресурсами (живі та не живі) в надрах Землі. У науці підкреслюється, що природні ресурси – це, по-перше, частина природи, а не те, що створене людиною; по-друге, що не будь-який компонент природи є природним ресурсом, а лише той, що суспільно затребуваний. Природні ресурси містять, перш за все, елемент визнаної користі уже в теперішній час.

У юридичній літературі у структурі мінеральних ресурсів виділено дві підгрупи: 1) природні (геогенні) мінеральні ресурси (первинні); 2) техногенні мінеральні ресурси (вторинні, третинні).

Потрібно зауважити також, що тепло геотермальних вод разом із внутрішнім (глибинним) теплом надр Землі є особливими природними ресурсами. Ці ресурси не мають речовинної природи, натомість їх природа здебільшого енергетична. У межах енергетичних ресурсів названі природні ресурси формують групу – геотермальні ресурси. Геотермальна енергія відповідно до Закону України «Про альтернативні джерела енергії» належать до відновлювальних джерел енергії, які визнаються альтернативними джерелами енергії. Використання альтернативних джерел енергії є одним із найбільш важливих напрямів енергетичної політики України, спрямованої на зменшення споживання традиційних паливно-енергетичних ресурсів та поліпшення стану оточуючого природного середовища.

На думку юристів, наведена природна класифікація ресурсів надр не в повній мірі відображає правовий поділ ресурсів надр за видами їх користування. Р. С. Кірін вважає, що головною, базовою класифікаційною ознакою є фізична характеристика ресурсу, а додаткова – генеза його виникнення. У відповідності з цими ознаками георесурси поділено на чотири групи: речовина; простір; енергія (первинна); геоінформація. Таким чином, серед надроресурсів (георесурсів) автор виділяє: мінеральні ресурси; ресурси підземного простору (порожнини); геоенергетичні ресурси; геоінформаційні ресурси. У кожній з наведених груп мають місце підгрупи – геогенні (природні) та техногенні (штучні).

У юридичній літературі здійснено неодноразово спробу виокремити групи ресурсів надр. Активність вчених задекларувати власну позицію щодо визначеної проблеми призвела до відсутності єдиного розуміння обсягу поняття ресурсів надр. Аналіз теоретичних досліджень цієї тематики лише підтверджує наявність плюралізму при визначенні природних ресурсів, що належать до ресурсів надр. Причиною наведеної ситуації, як видається, є не приділення достатньої уваги науковою спільнотою методологічним аспектам цієї проблематики. Без розгляду цього питання проблеми встановлення видів ресурсів надр не можуть бути успішно вирішені.

При визначенні обсягу поняття «ресурси надр» необхідно виходити з позиції екологічного права та законодавства, в яких визначено родові поняття –

«природокористування», «використання природних ресурсів», «природні ресурси» тощо. Саме останній термін виступатиме родовою категорією щодо ресурсів надр. На доцільність застосування положень екологічного права вказує О. Л. Дубовик, яка відзначає, що, по-перше, екологічне право здатне значно розширити багаж правової науки і практики в цілому, розвиваючи нові підходи та поставляючи нову інформацію, яка раніше була відсутньою в науковому обігу; по-друге, в певній мірі воно створює єдину теоретичну базу для більш традиційних галузей, що регулюють використання природних ресурсів, тобто земельного, гірничого, водного та лісового права, і більше того, визначає стратегію поведінки людей в цих сферах; на кінець, по-третє, взаємодія екологічного права з іншими науками проявляється у взаємному їх збагаченні ідеями, правовими конструкціями, інститутами.

З метою вирішення окресленої проблеми потрібно констатувати необхідність використання також здобутків інших наук, таких як логіки, лінгвістики тощо. На загальнотеоретичному рівні сьогодні визнано, що право невіддільне від логіки. Право постає як логічна система, яка відповідає нормам і вимогам формальної логіки. Водночас, право як різновид соціальної дійсності має свої специфічні особливості, йому притаманна особлива логіка, в основі якої лежать закономірності суспільного буття, соціальні закони й стандарти.

Важливу роль в уточненні наукових, в тому числі і правових, понять відіграють правила формальної логіки, вироблені нею прийоми та способи аналізу понять. Логічний аналіз тих чи інших понять права дозволить уточнити їхній конкретний зміст, дасть можливість більш чітко встановити відношення між деякими з них. Як зазначається у науковій літературі, логіка формує лише загальні закономірності процесу формування та вироблення наукових понять, розробляє загальне вчення про зміст поняття і тільки в такий спосіб «підказує» правовій науці, яким повинен бути зміст того чи іншого поняття, процес його створення.

У випадку визначення природних ресурсів, що формують обсяг поняття «ресурси надр» потрібно враховувати понятійний ряд, який утворюють такі взаємозалежні поняття, як природні ресурси → ресурси надр → вид ресурсів надр. При цьому в даному випадку виявляється й інша закономірність: поняття менш загального рівня узагальнення повинні відповідати ознакам понять більш високого рівня узагальнення. У цьому, власне, і знаходить вираз методологічний аспект формування правових понять і понятійних рядів юридичної науки. Порушення цієї логіко-гносеологічної закономірності формування понятійного апарату призведе до помилок не тільки при визначенні системи правових норм у кожній з юридичних наук, а й до помилок у правотворчості і правозастосуванні.

Деякі міркування відносно виокремлення видів ресурсів надр висловлені В. Б. Ібрагимовим. По-перше, коли мова йдеться про ресурси надр маються на увазі всі природні ресурси в надрах Землі – як живі, так і неживі. По-друге, це первинні ресурси, але ніяк не вторинні. Під вторинними ресурсами необхідно розуміти відходи виробництва і споживання, які утворюються в народному господарстві (в даному випадку – в гірничодобувній промисловості) і можуть бути повторно використані в ньому. По-третє, вживання терміну «енергетичні» в

контексті визначення видів ресурсів надр є невдалим. Енергетичні ресурси – поняття досить широке і включає в себе так звані горючі корисні копалини, а оскільки останні належать до групи «корисних копалин», то поняття «корисні копалини» та «енергетичні ресурси» є частково співпадаючими. З цієї причини правильніше і логічніше було б замінити термін «енергетичні» на вужчий за об'ємом термін, наприклад «геотермальні» (можливі варіанти «геотермальна енергія», «внутрішнє глибинне тепло Землі»).

Не вдаючись до детального аналізу видів ресурсів надр, враховуючи вище наведені рекомендації та аналіз наукових доробок цієї проблематики, необхідно запропонувати звести перелік зазначених ресурсів до трьох категорій: мінеральні ресурси, в тому числі корисні копалини (тверді, рідкі, газоподібні); геотермальні ресурси; порожнини природного та техногенного походження.

НОВЕЛИ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО РЕАБІЛІТАЦІЮ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

Бук М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Всесвітня організація охорони здоров'я визначає реабілітацію як комплекс заходів, які допомагають особам, які зазнають або можуть зазнавати обмеження життєдіяльності, досягнути та підтримувати оптимальний рівень функціонування у взаємодії з їхнім середовищем, соціальну інтеграцію та незалежність. Тобто в основу реабілітації повинно бути закладено прагнення усунути обмеження життєдіяльності особи та запобігти виникненню стійких обмежень життєдіяльності у такої особи.

До грудня 2020 року питання реабілітації, в нашій державі, в основному асоціювалося лише із реабілітацією осіб з інвалідністю. Відповідно до Закону «Про реабілітацію осіб з інвалідністю в Україні» така реабілітація визначається як система медичних, психологічних, педагогічних, фізичних, професійних, трудових, фізкультурно–спортивних, соціально–побутових заходів, спрямованих на надання особам допомоги у відновленні та компенсації порушених або втрачених функцій організму для досягнення і підтримання соціальної та матеріальної незалежності, трудової адаптації та інтеграції в суспільство, а також забезпечення осіб з інвалідністю технічними та іншими засобами реабілітації і виробами медичного призначення.

Такі погляди щодо розуміння змісту та завдань реабілітації були сформовані за радянських часів та не цілком відповідають сучасним європейським та світовим вимогам надання реабілітаційної допомоги: пацієнтоцентричність, цілеспрямованість, своєчасність, послідовність та безперервність. Тому у грудні 2020 року прийнято новий Закон України «Про реабілітацію у сфері охорони здоров'я». Відповідно

до ст. 1 цього Закону України «реабілітаційна допомога у сфері охорони здоров'я» – це діяльність фахівців з реабілітації у сфері охорони здоров'я, що передбачає здійснення комплексу заходів, спрямованих на оптимізацію функціонування осіб, які знають або можуть зазнати обмеження повсякденного функціонування у їхньому середовищі. До осіб з обмеженнями повсякденного функціонування належать особи, які внаслідок стану здоров'я або старіння втратили чи можуть втратити здатність до участі у заняттєвій активності у спосіб і межах, звичайних для них.

Отже, Закон України «Про реабілітацію у сфері охорони здоров'я» визначає правові засади функціонування системи реабілітації до моменту настання стійкого обмеження життєдіяльності особи, тобто до проведення медико-соціальної експертизи та набуття особою статусу особи з інвалідністю. Законодавчий акт в цілому відповідає пріоритетним напрямам дій щодо зміцнення системи охорони здоров'я в частині надання послуг з реабілітації, однак не позбавлений недоліків, на які пропонуємо звернути увагу.

1. Система реабілітації у сфері охорони здоров'я складається із суб'єктів реабілітації, їхніх прав та обов'язків, відносин між ними, урегульованих законодавством, а також визначених законодавством вимог, протоколів та нормативів надання реабілітаційної допомоги. До надавачів реабілітаційної допомоги належать: 1) фахівці з реабілітації; 2) реабілітаційні заклади, відділення, підрозділи, інші уповноважені суб'єкти господарювання; 3) мультидисциплінарні реабілітаційні команди; 4) медико – соціальні експертні комісії.

Відповідно до ст. 10 Закону «Про реабілітацію у сфері охорони здоров'я» до фахівців з реабілітації належать: 1) лікарі фізичної та реабілітаційної медицини; 2) фізичні терапевти; 3) ерготерапевти; 4) терапевти мови та мовлення; 5) протезисти-ортезисти; 6) психологи, психотерапевти; 7) сестри медичні з реабілітації; 8) асистенти фізичних терапевтів та ерготерапевтів. Однак, у Довіднику кваліфікаційних характеристик професій працівників. Випуск 78. Охорона здоров'я, який затв. Наказом МОЗ України від 29.03.2002 р. № 117 в розділі «Професіонали у галузі медицини» визначені кваліфікаційні вимоги щодо лікаря фізичної та реабілітаційної медицини, лікаря – психолога та лікаря – психотерапевта, у розділі «Інші професіонали у галузі медицини» представлені кваліфікаційні вимоги фізичного терапевта та ерготерапевта, а у розділі «Фахівці» - асистента фізичного терапевта та ерготерапевта, техніка – ортезиста – гіпсовиливальника. Відтак, відсутні кваліфікаційні характеристики терапевтів мови і мовлення, сестер медичних з реабілітації. Тому необхідно доповнити Наказ МОЗ України від 29.03.2002 р. № 117 відповідними кваліфікаційними характеристиками та привести у відповідність до Закону кваліфікаційні характеристики – «техніка – ортезиста – гіпсовиливальника» (у Законі цей термін дещо скориговано: «протезист – ортезист»).

2. До надавачів реабілітаційної допомоги належать: реабілітаційні заклади, відділення, підрозділи, інші уповноважені суб'єкти господарювання. Відповідно до ст. 11 Закону «Про реабілітацію у сфері охорони здоров'я» реабілітаційний заклад, відділення, підрозділ – це юридична особа будь-якої форми власності та організаційно-правової форми або її відокремлений підрозділ, що надає реабіліта-

ційну допомогу на підставі ліцензії на провадження господарської діяльності з медичної практики, що передбачає право здійснення реабілітації у сфері охорони здоров'я. До таких реабілітаційних закладів належать: 1) реабілітаційні лікарні та реабілітаційні центри незалежно від форми власності, які надають реабілітаційну допомогу в післягострому та довготривалому реабілітаційних періодах; 2) амбулаторні реабілітаційні заклади незалежно від форми власності, які надають реабілітаційну допомогу в післягострому та довготривалому реабілітаційних періодах; 3) центри психологічної реабілітації та/або травматерапії; 4) протезно-ортопедичні підприємства незалежно від підпорядкування і форми власності; 5) заклади комплексної реабілітації, включаючи заклади медико–психологічної реабілітації.

Однак у Переліку закладів охорони здоров'я, затв. Наказом МОЗ України від 27.10.2002 р. № 385, до спеціалізованих закладів охорони здоров'я де надається реабілітаційна допомога, віднесені лише: 1) Центр реабілітації дітей з органічним ураженням нервової системи; 2) Центр медико–соціальної реабілітації дітей; 3) Центр реабілітації репродуктивної функції людини (республіканський, обласний) як заклад особливого типу. Також у переліку спеціалізованих закладів охорони здоров'я зазначені: 1) лікарня відновного лікування (у тому числі дитяча); 2) лікарсько–фізкультурний диспансер; 3) фізіотерапевтична лікарня. До амбулаторно–поліклінічних закладів, де мають надавати реабілітаційну допомогу, віднесено фізіотерапевтичну поліклініку. Тобто, у Переліку закладів охорони здоров'я, відсутні реабілітаційні лікарні, амбулаторні реабілітаційні заклади. Тому пропонуємо внести зміни у Наказ МОЗ України від 27.10.2002 р. № 385, якими передбачити реорганізацію лікарень відновного лікування (у т.ч. дитячих), лікарсько–фізкультурних диспансерів, фізіотерапевтичних лікарень у реабілітаційні лікарні, а фізіотерапевтичні поліклініки реорганізувати в амбулаторні реабілітаційні заклади.

Зазначені проблеми повинні бути вирішені шляхом внесення змін до відповідних підзаконних нормативно – правових актів. Це сприятиме побудові та ефективному функціонуванню системи реабілітації у сфері охорони здоров'я, коли якісна реабілітаційна допомога буде надана безпосередньо в закладах охорони здоров'я із самого початку захворювання або травми.

ПРО ПРАВОВІ ФОРМИ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ПРАЦІВНИКІВ

Бурак В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Порушене суб'єктивне трудове право та законний інтерес підлягають захисту в передбаченому законом порядку, тобто шляхом застосування відповідної форми, в межах вимог повноважної особи, права якої порушені.

Порядок захисту та органи, які здійснюють захист урегульований Конституцією України, Цивільним процесуальним кодексом України, Господарсь-

ким процесуальним кодексом України, іншими законами та підзаконними нормативно-правовими актами України. В умовах розвитку ринкових відносин, та розширення сфери застосування соціального діалогу порядок здійснення захисту може бути урегульований і на локальному рівні, зокрема шляхом укладення відповідних договорів.

Форма захисту повинна мати правовий зміст, тому будемо визначати поняття «правова форма захисту».

Правова форма захисту трудових прав і законних інтересів працівників як передбачений законом порядок здійснення діяльності суб'єктом захисту дій для досягнення мети захисту.

Основними критеріями поділу правових форм захисту трудових прав та законних інтересів працівників є:

- 1) повноваження органу, який здійснює захист;
- 2) правові засоби звернення правоможної особи до відповідного органу, або до зобов'язаної особи;
- 3) регламентована законом або договором процедура захисту;
- 4) правові способи захисту, в межах відповідної правової форми.

Передусім зазначимо, що поняття «правова форма» стосується усіх форм захисту. Стосовно захисту трудових прав юрисдикційними органами не виникає зауважень, що ця діяльність регламентована законом. Неюрисдикційні форми захисту ґрунтуються на законі і урегульована сторонами трудового спору. Тобто тут наявне правове регулювання на рівні договору. Самозахист працівником своїх трудових прав також відбувається на підставі закону.

Тобто, робимо висновок, що усі форми захисту урегульовані тією чи іншою мірою правом, а тому потрібно говорити про правові форми захисту.

Першою ознакою правової форми захисту є повноваження органу, до якого звертається працівник за захистом порушеного права. Основними органами, до яких працівники звертаються за захистом своїх прав, є судові органи. Утім звернення до суду не виключає можливості звернення до інших органів, у компетенції яких є вирішення питання захисту порушених трудових прав та законних інтересів. Це адміністративні органи, а також комісія щодо трудових спорів. Також працівники можуть звертатися за захистом свого порушеного права до примирних органів, які утворюють самі сторони трудового спору. Їхній правовий статус врегульований як відповідними законами, так і підзаконними нормативно-правовими актами, а також угодою сторін трудового спору.

Наступною ознакою характеристики правових форм захисту трудових прав працівників є правові засоби звернення працівника до відповідного органу або до зобов'язаної особи. Правові засоби звернення за захистом порушеного права в більшості випадків передбачені законодавством. Наприклад, засобом звернення до суду є позов. При зверненні до виборного органу первинної профспілкової організації працівник застосовує письмову заяву, щодо якого не встановлено вимоги оформлення, окрім загальних вимог з оформлення ділових паперів.

Правовий засіб звернення за захистом – це вимога правоможної особи до зобов'язаної особи або до суб'єкта, який здійснює захист з метою захисту свого порушеного права.

Правові засоби звернення за захистом порушеного права впливають із права правоможної особи на захист. Правові засоби звернення виражають право працівника на захист і є юридичною дією, через яку працівник реалізує зазначене право.

Залежно від правової форми захисту закон може встановлювати вимоги до правових засобів звернення за захистом. Ці вимоги можуть також встановлюватися в підзаконних нормативно-правових актах, у тому числі статутах чи положеннях. Так, положенням про комісію щодо трудових спорів, яке приймає колектив працівників, можуть встановлюватися вимоги до заяви в комісію щодо трудових спорів з метою захисту індивідуальних трудових прав. А стосовно позову до суду вимоги встановлені Цивільним процесуальним кодексом України.

Ще однією ознакою правових форм захисту трудових прав та законних інтересів працівників є регламентований законодавством або договором порядок суб'єкта захисту з метою захисту порушених трудових прав.

Останньою ознакою правових форм захисту трудових прав та законних інтересів працівників є можливість застосування правових способів захисту, які застосовують у відповідній правовій формі. Адже порушене суб'єктивне трудове право та законний інтерес підлягають захисту в спосіб, визначений законом, який відповідає обраній правовій формі захисту в межах вимог правоможної особи, права якої порушені.

Такі способи захисту трудових прав та охоронюваних законом інтересів залежать від характеру порушення цих прав і є обов'язковими для сторін спору на підставі припису органу, який розглядає трудовий спір. Більше того, правоможна особа має право вибору способів захисту порушеного права у межах конкретної правової форми.

Основними формами захисту трудових прав та законних є юрисдикційні та неюрисдикційні.

Для юрисдикційних форм характерним є участь суб'єкта, який наділений правоможностями для оцінювання дій сторін спору з погляду їх правомірності або неправомірності і за результатами розгляду справи він ухвалює обов'язкове для сторін рішення. При захисті ж права в неюрисдикційній формі оцінювання правомірності дій сторін, а також ухвалення рішення здійснюють самі сторони (їхній представник), або ж незалежний посередник, обраний сторонами спору.

Юрисдикційними формами вирішення спору є судовий та адміністративний захист. Натомість неюрисдикційними – профспілковий захист, альтернативні форми захисту та самозахист.

У юрисдикційних формах захист здійснює третій відносно сторін спору суб'єкт, що володіє правоможностями до оцінювання дій сторін спору з погляду їх правомірності або неправомірності. За результатами розгляду справи він приймає обов'язкове для сторін рішення. При захисті ж права в неюрисдикційній формі оцінювання правомірності дій сторін проводять самі сторони (або їх представники), і рішення приймають сторони (або їх представники) самостійно за угодою, або суб'єкт, який створюють самі сторони спору.

У юрисдикційних формах суб'єктом розгляду справи є державний орган: суд, адміністративний орган, або орган місцевого самоврядування, який наділе-

ний правом застосовувати державний примус. У неюрисдикційних формах такого суб'єкта може і не бути (при самозахисті), або суб'єкт створюють сторони трудового спору і наділений цими ж сторонами повноваженнями по розгляду справи. При здійсненні примирних процедур у разі вирішення колективних трудових спорів, сторони самостійно визначають, чи буде для них рішення трудового арбітражу обов'язковим.

Характерною ознакою неюрисдикційних форм захисту є мета, яка полягає не лише у вирішенні спору, а і сприянні сторонам спору у досягненні компромісу, шляхом прийняття взаємоприйняттого рішення.

Одним із основних правових форм захисту трудових прав і законних інтересів працівників повинні стати альтернативні форми захисту трудових прав та законних інтересів працівників.

Альтернативними правовими формами захисту трудових прав та законних інтересів працівників є не заборонені законом процедури, спрямовані на мирне врегулювання суперечностей між сторонами трудового спору на основі узгодження їхніх позицій. Вони можуть здійснюватися сторонами самостійно або шляхом залученням інших осіб, з метою вироблення взаємоприйняттого рішення, що задовольняло б інтереси кожної з них та сприяло вирішенню спору.

На основі проведеного дослідження можна зробити висновок про те, що під правовою формою захисту трудових прав і законних інтересів працівників доцільно розуміти передбачений або не заборонений законом порядок здійснення суб'єктом захисту дій для досягнення мети захисту.

Необхідно зазначити, що працівник має право вибору форми захисту в межах, передбачених законом. Працівник самостійно визначає, яка форма захисту в цьому випадку для нього є найбільш оптимальною. При цьому він повинен враховувати характер порушеного права. Кожна правова форма захисту передбачає дотримання відповідних процедур, які або передбачені законом, або впливають з нього. Такі процедури можуть бути передбачені також і договором у межах, визначених законом. При зверненні працівника в межах відповідної форми суб'єкт захисту використовує усі передбачені законом можливості для захисту порушеного права чи законного інтересу.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ ЗАКРІПЛЕННЯ ПРАВА НА БЕЗПЕЧНЕ ДОВКІЛЛЯ

Ващишин М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року не передбачає права на безпечне для життя і здоров'я довкілля, як і інших екологічних прав та не визначає гарантій їхнього захисту. Через це впродовж сорока років ЄСПЛ відмовляв заявникам у захисті екологічних прав,

визнаючи їх «явно необґрунтованими», однак згодом почав досить креативно інтерпретувати положення Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, вказавши в одному зі своїх рішень, що вона є «живим інструментом» і «повинна тлумачитися в світлі сучасних умов».

Так, для захисту прав людини в екологічній сфері ЄСПЛ застосовує «рикошетом» приписи тих статей Конвенції, що спрямовані на захист права на життя (ст. 2), на справедливий суд (ст. 6), на повагу до приватного та сімейного життя (ст. 8), свободи вираження поглядів (ст. 10) та права мирно володіти майном (ст. 1 Протоколу № 1).

Нещодавно в Женеві на 48-й сесії Ради ООН з прав людини вперше було визнано право людини на чисте довкілля, а також констатовано три глобальні проблеми, що загрожують реалізації прав людини: зміна клімату, забруднення навколишнього середовища і деградація довкілля [1].

У вересні 2021 року Парламентська асамблея Ради Європи з врахуванням своєї резолюції 2396 (2021) «Закріплення права на здорове довкілля: необхідність посилення дій з боку Ради Європи» наголосила на необхідності модернізувати діяльність Ради Європи зі встановлення стандартів, щоб охопити нове покоління прав людини. Асамблея дуже стурбована швидкістю та масштабами деградації навколишнього середовища, втратою біологічного різноманіття та кліматичною кризою, які безпосередньо впливають на здоров'я, гідність та життя людей [2].

ПАРЕ вважає, що настав час, щоб Рада Європи проявила амбіції та стратегічне бачення майбутнього, зіткнувшись із цим серйозним трансформаційним викликом для прав людини та забезпечивши їх посилений захист в епоху системних екологічних загроз нинішньому та майбутнім поколінням. Було рекомендовано Комітету Міністрів розробити додатковий протокол до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яким визначити зміст та гарантії права на безпечне, чисте, здорове та стале довкілля на основі термінології, що використовується Організацією Об'єднаних Націй, та запропоновано текст цього протоколу.

Основні аргументи ПАРЕ на користь закріплення права на безпечне та стале довкілля зводяться до того, що шкідливий вплив на навколишнє середовище все більше впливає на здійснення прав людини першого та другого покоління окремими особами та суспільством в цілому, завдаючи шкоди спільним цінностям, які Рада Європи покликана захищати. Ці впливи визнаються через екологічні судові процеси на національному рівні в Європі та за її межами, тому існує потреба в консолідації та оновленні правового арсеналу Ради Європи, спрямованому на захист цього права.

У Рекомендаціях 2211 (2021) зазначено, що юридичне оформлення цього права у Конвенції встановить чітку відповідальність держав-членів за підтримання належного стану довкілля, сумісного з гідним життям і здоров'ям, а також повноцінним користуванням іншими основними правами; це також підтримало б набагато ефективніший захист безпечного, чистого, здорового та стійкого довкілля на національному рівні, у тому числі для майбутніх поколінь [2].

У проєкті додаткового протоколу до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод обґрунтовано доцільність доповнення

каталогу прав людини правом на безпечне, чисте, здорове та стає довкілля: 1) визнанням внутрішньої цінності природи та першорядною важливістю зобов'язань нинішніх поколінь щодо навколишнього середовища та майбутніх поколінь; 2) констатацією того, що кожна людина «має основне право на свободу, рівність та належні умови життя в середовищі якості, яка дозволяє жити гідно й добробут», і що вона несе «урочисту відповідальність за захист і покращення середовища для нинішнього та майбутніх поколінь» (Принцип 1 Стокгольмської декларації 1972 р.); 3) усвідомленням, що право на безпечне, чисте, здорове та стійке довкілля виходить за рамки звичайних прав особистості і потребою його визнання автономним правом людини [2].

Декларація Ріо про навколишнє середовище і розвиток 1992 р. проголосила 27 екологічних принципів, які враховували нову соціальну цінність щодо дружнього ставлення до природи, що була сформована суспільством і визнана на міжнародному рівні як етичний варіант, який прижився у національному законодавстві. Однак і ці підходи в сучасних реаліях вже потребують оновлення.

Для цілей Додаткового протоколу до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод «право на безпечне, чисте, здорове та стійке довкілля» означає право нинішнього та майбутніх поколінь жити в недеградованому, життєздатному та гідному середовищі, яке сприяє їхньому здоров'ю, розвитку і благополуччю. На особливу увагу заслуговують принципи, що визначатимуть гарантії реалізації цього права: принципи попередження, обережності, недопущення регресу та *in dubio pro natura*.

Насамперед, у разі встановлення ризику заподіяння шкоди довкіллю та біорізноманіттю, необхідно вжити заходи щодо попередження та усунення першопричин одразу на джерелі підвищеної екологічної небезпеки, щоби уникнути екологічної шкоди. Якщо існує загроза серйозної шкоди навколишньому середовищу або здоров'ю людей, тварин, або рослин, то відсутність наукової визначеності не може використовуватися як причина для відкладення економічно ефективних заходів щодо запобігання деградації довкілля та біорізноманіття. Забороняється будь-яке скасування правового захисту екологічного інтересу та доступу до екологічного правосуддя [2].

Принцип *in dubio pro natura* означає, що у разі сумніву усі питання, які розглядаються в судах, адміністративних установах, які приймають рішення, мають вирішуватися таким чином, щоби найбільше сприяти охороні та збереженню природи, а за наявності альтернатив – перевага має надаватися тим, що є найменш шкідливими для довкілля.

Як зауважили іспанські дослідники Даніель Гонсалес та Педро Мартін Лоренці [3], принципи відіграли істотну роль у розвитку екологічного права, поступово інтегруючись у різні правові системи – деякі з них отримали широке поширення, наприклад, принцип запобіжного заходу (попередження) чи принцип відповідальності, а інші лише нещодавно почали впроваджуватися у практику юриспруденції, як-от принципи *in dubio pro natura* та *in dubio pro aqua*. Обидва ці принципи накладають зобов'язання припинити подальше впровадження проекту, якщо є обґрунтовані сумніви щодо його екологічної життєзда-

тності. Таким чином природа, її водні ресурси та пов'язані з ними екосистеми матимуть привілейоване становище серед людських цінностей та пріоритетів. Дійсно, обидва принципи виступають на захист екологічних цінностей як опори людського життя, а також за необхідність пристосуватися до законів природи, щоби користуватися життєвою, соціальною та економічною стабільністю.

Ці принципи закріплені на законодавчому рівні в екологічному законодавстві Аргентини [4], Бразилії, Еквадору та Коста-Рики і мають бути імplementовані в національне законодавство України. Насамперед потребує доповнення ст. 3 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», яка визначає систему принципів охорони навколишнього природного середовища, а також Закон України «Про оцінку впливу на довкілля» та Водний кодекс України.

1. Рада ООН вперше визнала право людини на чисте довкілля. URL: <https://ua-news/ua/sovety-oon-vpervye-priznal-pravo-cheloveka-na-chistuyu-okruzhayushhuyu-sredu/>

2. Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe. URL: <https://pace.coe.int/en/files/29501/html>

3. Daniel Elías Sosa González y Pedro Martín Lorenzi. Hacia una protección integral del ambiente. Nuevos principios ambientales: «in dubio pro natura» e «in dubio pro aqua». URL: <https://puntoverdeblog.net/2020/04/21/hacia-una-proteccion-integral-del-ambiente-nuevos-principios-ambientales-in-dubio-pro-natura-e-in-dubio-pro-aqua/>

4. We asked the Senate to incorporate new principles into the General Environmental Law. URL: <https://fundeps.org/en/ask-senate-to-general-environmental-law/>

ПРО ЗМІСТ СОЦІАЛЬНОГО СТАНДАРТУ «ПРАВО НА КОРИСТУВАННЯ ПОСЛУГАМИ СОЦІАЛЬНИХ СЛУЖБ»

Гаврилюк Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Міністерство соціальної політики України визначає, що державним стандартом є встановлені законами, іншими нормативно-правовими актами соціальні норми й нормативи або їх комплекс, на базі яких визначаються рівні основних державних соціальних гарантій. Основною метою соціальних стандартів є: визначення механізму реалізації соціальних прав та державних соціальних гарантій громадян, передбачених Конституцією України; визначення пріоритетів державної соціальної політики щодо забезпечення потреб людини в матеріальних благах і послугах та фінансових ресурсів для їх реалізації; визначення та обґрунтування розмірів видатків бюджетних коштів і коштів соціальних фондів на соціальний захист і забезпечення населення та утримання соціальної сфери.

Закон України «Про соціальні послуги» (ст. 17) містить положення, що соціальні послуги надаються надавачами соціальних послуг державного, кому-

нального, недержавного секторів незалежно від джерел фінансування відповідно до державних стандартів соціальних послуг.

Надавачем соціальних послуг комунального сектору є соціальні служби, діяльність яких спрямована для надання соціальних послуг сім'ям, дітям та молоді, які перебувають у складних життєвих обставинах та не спроможні подолати їх самостійно відповідно до Закону України «Про соціальні послуги». На підставі зазначеного Закону України, можемо констатувати, що правом на користування послугами соціальних служб наділені особи, які належать до вразливих груп населення (п. 10 ч. 1 ст. 1).

Відповідно до ст. 9 Закону України «Про соціальну роботу з сім'ями, дітьми та молоддю» проведення соціальної роботи центрами соціальних служб/центрами надання соціальних послуг покладається на міські, районні у містах, селищні та сільські центри соціальних служб/центри надання соціальних послуг. Відтак, можемо стверджувати, що такі служби є основними надавачами соціальних послуг особам, які опинилися в складних життєвих обставинах. Для підтвердження такого висновку звертаємось до реєстру надавачів соціальних послуг відповідно до якого в Україні станом на 03.12.2021 року є 2,724 зареєстрованих надавачів соціальних послуг з яких - 1,478 комунальних організацій (установи, заклади), що є більш ніж половина від усіх надавачів соціальних послуг.

Право на користування послугами соціальних служб закріплене у Європейській соціальній хартії (переглянутій) (далі – Хартії). У ст. 14 Хартії йдеться, що з метою забезпечення ефективного здійснення права на користування послугами соціальних служб Сторони зобов'язуються: сприяти функціонуванню служб або створювати служби, які, завдяки використанню методів соціальної роботи, сприяли б підвищенню добробуту і розвитку як окремих осіб, так і груп осіб у суспільстві, а також їхній адаптації до соціального середовища; заохочувати окремих осіб та добровільні або інші організації до участі у створенні та функціонуванні таких служб.

Реалізуючи зобов'язання перед Хартією, Уряд України виступив з Дев'ятою національною доповіддю щодо реалізації положень Хартії, зокрема ст. 14. Так, аналізуючи зміст доповіді можемо простежити, що реалізація права громадян на користування послугами соціальних служб можлива з дотриманням певних елементів, що повинні забезпечуватись державою. До таких елементів Європейський комітет соціальних прав відповідно п. 1 ст. 14 Хартії відніс: ефективний та рівний доступ (послуги, що надаються можуть бути платними тільки за умови, якщо вони не будуть обтяжливими для ефективного доступу); географічний розподіл соціальних служб; інформування населення та якість послуг.

У альтернативній доповіді про виконання Україною Європейської соціальної хартії (переглянутої) 2016 року основна увага була приділена фінансуванню служб, зокрема акцентувалося на тому, що однією з основних проблем системи надання соціальних послуг є непродумані фінансові механізми та протиріччя в нормативно-правових документах, в Законі України «Про соціальні послуги», в різних стратегічних документах та в підзаконних актах.

«Бюджетне фінансування здійснюється лише для закладів, а не для послуг» йдеться в доповіді. Проте, сьогодні, коли стандартизація соціальних послуг уже відбулася, значних змін, що стосуються фінансування немає. Стандарти соціальних послуг передбачають, що вартість соціальної послуги, що надається за рахунок місцевих бюджетів, формується з урахуванням фінансових можливостей відповідних місцевих бюджетів. Таким чином, логічним постає питання, чи не обмежуються при цьому права отримувачів на користування послугами соціальних служб? Адже, з огляду на процес децентралізації територіальні громади є надавачами соціальних послуг, і не кожна з них спроможна забезпечити надання соціальної послуги з фінансової точки зору.

Правове регулювання права осіб на користування послугами соціальних служб передбачене Законом України «Про соціальну роботу з сім'ями, дітьми та молоддю». Так, відповідно до ст. 3 суб'єктами соціальної роботи є центри соціальних служб та їх спеціалізовані формування. Основними завданнями центрів соціальних служб відповідно до закону є: проведення соціально-профілактичної роботи, спрямованої на запобігання потраплянню у складні життєві обставини осіб та сімей з дітьми; надання особам та сім'ям з дітьми комплексу соціальних послуг відповідно до їхніх потреб згідно з переліком, затвердженим центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері сім'ї та дітей, з метою подолання складних життєвих обставин та мінімізації негативних наслідків таких обставин (ст. 17).

Державний класифікатор соціальних стандартів та нормативів передбачає право молоді на користування послугами соціальних служб, зокрема: психологічні послуги, соціально-педагогічні послуги, соціально-медичні послуги, соціально-економічні послуги, інформаційні послуги та юридичні послуги.

Таким чином, право на користування послугами соціальних служб зумовлюється складною життєвою обставиною, в якій опинилася особа та неспроможна подолати її самостійно. А доступність до таких послуг необхідно розглядати з урахуванням фінансової можливості щодо її забезпечення.

ОСНОВНІ ПРОБЛЕМИ СТЯГНЕННЯ СЕРЕДНЬОГО ЗАРОБІТКУ ЗА ВЕСЬ ЧАС ЗАТРИМКИ РОЗРАХУНКУ ПІД ЧАС ЗВІЛЬНЕННЯ ПРАЦІВНИКА

Гірник О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією із основних гарантій працівників, які припиняють трудові правовідносини із роботодавцем, є отримання повного розрахунку у день звільнення з роботи (ст. 116 Кодексу законів про працю України (далі – КЗпП України)). У випадку невиконання роботодавцем відповідного обов'язку, останній несе від-

повідальність шляхом виплати середнього заробітку працівнику за весь час затримки по день фактичного розрахунку, за умови відсутності спору щодо розміру сум, які підлягали виплаті у день звільнення. Разом з тим, роботодавці у більшості випадків відмовляються добровільно виплатити середній заробіток за весь час затримки розрахунку при звільненні, що змушує колишнього працівника у судовому порядку вирішувати відповідний спір. Водночас, судова практика вирішення таких спорів характеризується неоднаковим підходом щодо порядку обчислення сум, які підлягають стягненню з роботодавця, а також щодо строків звернення до суду із відповідним позовом. Спробуємо більш детально розглянути ці основні проблеми вирішення даної категорії спорів.

Так, відповідно до п. 2 постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку обчислення середньої заробітної плати» від 08.02.1995 № 100 обчислення середньої заробітної плати для оплати часу щорічної відпустки, додаткових відпусток у зв'язку з навчанням, творчої відпустки, додаткової відпустки працівникам, які мають дітей, або для виплати компенсації за невикористані відпустки провадиться виходячи з виплат за останні 12 календарних місяців роботи, що передують місяцю надання відпустки або виплати компенсації за невикористані відпустки. У всіх інших випадках, середньомісячна заробітна плата обчислюється виходячи з виплат за останні 2 календарні місяці роботи, що передують події, з якою пов'язана відповідна виплата. Працівникам, які пропрацювали на підприємстві, в установі, організації менше двох календарних місяців, середня заробітна плата обчислюється виходячи з виплат за фактично відпрацьований час.

Разом з тим, суди відмовляють працівникам у стягненні повної суми середнього заробітку, яка обчислена відповідно до постанови КМ України № 100 від 08 лютого 1995 року, посилаючись на необхідність забезпечення справедливого та розумного балансу між інтересами звільненого працівника та його колишнього роботодавця.

Право суду зменшити розмір відшкодування, передбаченого ст. 117 КЗпП України, неодноразово відображалось у правових висновках Верховного суду (постанови від 24 червня 2021 року у справі № № 480/2577/20; від 27 квітня 2016 року у справі № 6-113цс16; від 26 червня 2019 року у справі № 761/9584/15-ц). Зокрема, у п. 91 постанови Великої Палати Верховного Суду від 26 червня 2019 року у справі № 761/9584/15-ц визначено критерії, які потрібно враховувати для визначення суми середнього заробітку, який підлягає стягненню з роботодавця. Такими визначено: розмір простроченої заборгованості роботодавця щодо виплати працівнику при звільненні всіх належних сум, передбачених на день звільнення трудовим законодавством, колективним договором, угодою чи трудовим договором; період затримки (прострочення) виплати такої заборгованості, а також те, з чим була пов'язана тривалість такого періоду з моменту порушення права працівника і до моменту його звернення з вимогою про стягнення відповідних сум; ймовірний розмір пов'язаних із затримкою розрахунку при звільненні майнових втрат працівника; інші обставини справи, встановлені судом, зокрема, дії працівника та роботодавця у спірних правовід-

носінах, співмірність можливого розміру пов'язаних із затримкою розрахунку при звільненні майнових втрат працівника та заявлених позивачем до стягнення сум середнього заробітку за несвоєчасний розрахунок при звільненні.

Більше того, конкретна формула застосування критеріїв зменшення розміру відшкодування, визначеного відповідно до статті 117 КЗпП України, виходячи зі середнього заробітку за час затримки роботодавцем розрахунку при звільненні відображена у постанові Касаційного адміністративного суду Верховного Суду від 30 листопада 2020 року у справі № 480/3105/19.

Водночас, незважаючи на наявність низки правових висновків Верховного Суду щодо порядку обчислення середнього заробітку, які є обов'язковими для застосування судами під час вирішення релевантних спорів, у судовій практиці зустрічаємо непоодинокі рішення про стягнення відповідних сум з роботодавця, обчислених з урахуванням даних Національного банку України. Для прикладу, рішенням Львівського окружного адміністративного суду від 12 липня 2021 року у справі № 380/2358/21 стягнуто з відповідача середнього заробітку за весь час затримки розрахунку при звільненні за період з 07.10.2019 року по 16.12.2020 року у розмірі 3646,20 грн. В цей час, коли сума розрахунку, який було несвоєчасно проведено з працівником дорівнювала 115 041,94 гривень. На думку суду, для приблизної оцінки розміру майнових втрат працівника, пов'язаних із затримкою розрахунку при звільненні, які розумно можна було би передбачити, на підставі даних Національного банку України про середньозважені ставки за кредитами в річному обчисленні за 2009–2015 року можна розрахувати розмір сум, які працівник, недоотримавши належні йому кошти від роботодавця, міг би сплатити як відсотки, взявши кредит з метою збереження рівня свого життя.

Як бачимо із наведеного прикладу, суд зменшив суму середнього заробітку, який підлягає до стягнення шляхом приблизної оцінки розміру майнових втрат працівника, пов'язаних із затримкою розрахунку при звільненні, які розумно можна було би передбачити, на підставі даних Національного банку України, залишивши поза увагою питання щодо загального розміру належних позивачеві при звільненні виплат для вирахування проценту, що складає сума несплачена працівнику на момент звільнення з роботи у відношенні до величини середнього заробітку, який обчислено відповідно до постанови КМ України № 100 від 08 лютого 1995 року. Такий судовий підхід призводить до значного зниження сум, які підлягають стягненню з роботодавця як захід відповідальності за несвоєчасно проведений розрахунок на момент звільнення працівника.

Ще однією важливою проблемою, яка виникає на момент звернення до суду із позовами про стягнення середнього заробітку за весь час затримки розрахунку при звільненні є момент початку обчислення строку протягом якого особа може звернутися до суду у випадку якщо роботодавець виплачував суми, належні працівнику частинами у різний час після звільнення.

Для середнього заробітку за затримку розрахунку при звільненні застосовуються положення статті 233 КЗпП України, а не виплата звільненому працівникові всіх сум, що належать йому від власника або уповноваженого ним орга-

ну, є триваючим правопорушенням та для встановлення початку перебігу строку звернення працівника до суду з вимогою про стягнення середнього заробітку за весь час затримки розрахунку при звільненні визначальними є такі юридично значимі обставини, як невивплата належних працівникові сум при звільненні та факт проведення з ним остаточного розрахунку. Строки звернення до районного, районного у місті, міського чи міськрайонного суду за вирішенням трудових спорів визначені ст. 233 КЗпП України. У Рішенні від 22 лютого 2012 року у справі № 4-рп/2012 Конституційний Суд України роз'яснив, що в аспекті конституційного звернення положення частини першої статті 233 Кодексу законів про працю України у взаємозв'язку з положеннями статей 116, 117, 237-1 цього кодексу слід розуміти так, що для звернення працівника до суду з заявою про вирішення трудового спору щодо стягнення середнього заробітку за весь час затримки по день фактичного розрахунку при звільненні та про відшкодування завданої при цьому моральної шкоди встановлено тримісячний строк, перебіг якого розпочинається з дня, коли звільнений працівник дізнався або повинен був дізнатися про те, що власник або уповноважений ним орган, з вини якого сталася затримка виплати всіх належних при звільненні сум, фактично з ним розрахувався.

Зміст ст. 117 КЗпП України розуміємо як такий, що для виплати середнього заробітку необхідна обов'язкова умова - остаточний розрахунок при звільненні. Також відповідь на питання щодо початку перебігу строку звернення до суду із вимогою про стягнення середнього заробітку частково вбачаємо у правовому висновку Верховного Суду (постанова ВС від 22 січня 2020 року у справі № № 620/1982/19). Зокрема, суд касаційної інстанції наголосив, що всі суми (заробітна плата, вихідна допомога, компенсація за невикористану відпустку, оплата за час тимчасової непрацездатності тощо), належні до сплати працівникові, мають бути виплачені у день його звільнення. Закон прямо покладає на підприємство, установу, організацію обов'язок провести зі звільненим працівником повний розрахунок, виплатити всі суми, що йому належать. В разі невиконання такого обов'язку з вини власника або уповноваженого ним органу настає передбачена статтею 117 КЗпП України відповідальність.

Таким чином, перебіг строку звернення до суду з вимогою про стягнення середнього заробітку за весь час затримки по день фактичного розрахунку при звільненні розпочинається з дня проведення роботодавцем остаточного розрахунку з працівником - адже саме з цього дня можливо обчислити загальну кількість днів затримки у проведенні виплати та відповідно застосувати принцип пропорційності інтересів працівника і роботодавця у даному спорі.

Підсумовуючи вищезазначене, робимо висновок, що чинне трудове законодавство містить низку прогалин щодо порядку стягнення середнього заробітку за весь час затримки розрахунку при звільненні працівника, які позбавляють колишнього працівника можливості захистити свої трудові права та реалізувати законодавчо встановлені гарантії.

ДУАЛІСТИЧНИЙ ПРАВОВИЙ РЕЖИМ ЗЕМЕЛЬ ІСТОРИКО-КУЛЬТУРНОГО ПРИЗНАЧЕННЯ І ПРИРОДНО-ЗАПОВІДНОГО ФОНДУ УКРАЇНИ

Гулкевич О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Культурна спадщина є особливим об'єктом правової охорони, оскільки до неї застосовується правові норми національного законодавства та міжнародних договорів. Особливу роль у охороні культурної та природної спадщини відіграє ЮНЕСКО як спеціалізована установа Організації Об'єднаних Націй з питань освіти, науки і культури, діяльність якої спрямована на комплексну охорону культурної та природної спадщини, а також прилеглих територій, ландшафтів, археологічних та історичних місць.

Рекомендація ЮНЕСКО 1962 р. щодо збереження краси і характеру ландшафтів і місць стосується сільських і міських ландшафтів, як природних, так і техногенних, що мають культурний або естетичний інтерес або утворюють типове природне оточення. Важливе значення має також Рекомендація ЮНЕСКО щодо охорони культурної та природної спадщини на національному рівні (1972 р.), у якій зазначено, що гармонія, встановлена часом і людиною між пам'яткою і її оточенням, має найбільше значення і не повинна, як правило, порушуватися або знищуватися.

При розробці політики збереження культурної спадщини та встановлення її правової охорони важливу роль для України відіграють ратифіковані нею міжнародні договори. Зокрема, йдеться про Рамкову конвенція Ради Європи про значення культурної спадщини для суспільства, у якій наголошується на необхідності сталого використання культурної спадщини. Окрім того, варто згадати й Всеєвропейську стратегію збереження біологічного та ландшафтного різноманіття, у якій описано конкретний план дій для забезпечення належної охорони компонентів культурної спадщини та природних елементів.

Одним із елементів правової охорони культурної та природної спадщини є дотримання правового режиму використання територій та земель пам'яток культурної спадщини. Безумовно, основним нормативно-правовим актом у цій сфері є Закон України «Про охорону культурної спадщини». Однак, додатково потрібно проаналізувати Земельний кодекс України та Закон України «Про природно-заповідний фонд України».

У ст. 19 Земельного кодексу України перелічено категорії земель за цільовим призначенням. Як самостійні, окремі категорії виділено землі природно-заповідного та іншого природоохоронного призначення й землі історико-культурного призначення. Відповідно до ст. 7 ЗУ «Про природно-заповідний фонд України» землі природно-заповідного фонду України, а також землі територій та об'єктів, що мають особливу екологічну, наукову, естетичну, господарську цінність і є відповідно до статті 6 цього Закону об'єктами комплексної

охорони, належать до земель природно-заповідного фонду та іншого природоохоронного або історико-культурного призначення.

Формулювання вищезгаданої статті потребує змін, оскільки є неоднозначним й дає можливість зробити висновок про те, що землі природно-заповідного фонду України належать до земель історико-культурного призначення. Однак, таке визначення є хибним, адже на останніх обов'язково повинна розташовуватись пам'ятка культурної спадщини. Окрім того, відповідно до ч. 1 с. 7 ЗУ «Про природно-заповідний фонд України» землями природно-заповідного фонду є ділянки суші і водного простору з природними комплексами та об'єктами, що мають особливу природоохоронну, екологічну, наукову, естетичну, рекреаційну та іншу цінність, яким відповідно до закону надано статус територій та об'єктів природно-заповідного фонду. Тож, визначення земель природно-заповідного фонду не містить характеристик пов'язаних із пам'ятками чи землями історико-культурного призначення. Варто також додати, що у Наказі Державного комітету із земельних ресурсів «Про затвердження Класифікації видів цільового призначення земель» одним із видів цільового призначення земель історико-культурного призначення є «для збереження та використання земель природно-заповідного фонду». Відповідно до Наказу жоден із видів Землі природно-заповідного фонду та іншого природоохоронного призначення не має на мені збереження пам'яток культурної спадщини.

Таким чином, доречно говорити про дуалістичний правовий режим в межах земель пам'яток культурної спадщини, що підлягають комплексній охороні. Це зумовлено тим, що певна ділянка, зокрема територія пам'ятки, повинна належати до земель історико-культурного призначення, однак на ній окрім правового режиму цієї категорії земель діють й інші обмеження, що стосуються правового режиму природно-заповідного фонду. Варто також звернути увагу, що у ч. 2 ст. 7 ЗУ «Про природно-заповідний фонд України» не йдеться про особливу історико-культурну цінність чи інші характеристики притаманні пам'яткам культурної спадщини. Однак, вже у ч. 3 цієї ж статті вказується, що на землях природно-заповідного фонду та іншого природоохоронного або історико-культурного призначення забороняється будь-яка діяльність, яка негативно впливає або може негативно впливати на стан природних та історико-культурних комплексів та об'єктів чи перешкоджає їх використанню за цільовим призначенням.

Формулювання, використане законодавцем, а саме «...історико-культурних комплексів та об'єктів...» дає підставо вважати, що не лише комплекси пам'яток підлягають комплексній охороні, а й окремі об'єкти. Тож комплексна охорона пам'яток культурної спадщини разом із природно-заповідним фондом повинна забезпечуватися як поодиноким пам'яткам, так і їх комплексам чи історико-культурним заповідникам.

Додатково, відповідно до останніх змін до Земельного кодексу України статтею 54-1 встановлено, що обмеження у використанні земель у межах території пам'ятки культурної спадщини, історико-культурного заповідника, історико-культурної заповідної території, охоронюваної археологічної території, музею просто неба, меморіального музею-садиби, зон охорони, історичного ареалу

населеного місця, буферної зони, території об'єкта культурної всесвітньої спадщини поширюються на усі розташовані в межах цих територій та об'єктів землі незалежно від їх цільового призначення. Тож, саме пам'ятка культурної спадщини є ключовим елементом, який впливає на правовий режим земель.

Можна зробити висновок, що пам'ятки культурної спадщини та їх комплекси можуть бути невід'ємною частиною природно-заповідного фонду України. Саме розміщення цього режимоутворюючого об'єкту на землях природно-заповідного фонду має наслідком встановлення спеціального правового режиму земель. Такий режим є дуалістичним, поєднуючи режим земель природно-заповідного та іншого природоохоронного й історико-культурного призначення, завдяки чому й забезпечується комплексна правова охорона культурної та природної спадщини.

ПРАВО ГРОМАДСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЙ НА ЗВЕРНЕННЯ ДО СУДУ ЗА ЗАХИСТОМ ЕКОЛОГІЧНИХ ПРАВ

Жиравецький Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В Україні відбувається реформування екологічної національної політики та права. Рушійним механізмом таких змін є євроінтеграційні процеси, реалізація яких потребує перегляду та оновлення екологічного законодавства України, врахування стандартів ЄС в екологічній сфері задля сталого розвитку та збереження довкілля для майбутніх поколінь.

Саме через це ще із середини 20-го століття на національних і міжнародному рівнях усе більше уваги приділяється питанню участі громадянського суспільства в забезпеченні дотримання екологічного законодавства.

Сьогодні в теорії та практиці відбувається дискусія що до того, чи може громадська організація екологічного спрямування, статутом якої передбачена діяльність у сфері охорони навколишнього природного середовища виступати позивачем у суді у справах, щодо порушення норм екологічного законодавства будь-якими особами, з якими така громадська організація не перебуває у безпосередніх правовідносинах?

Частинами 1, 3 ст. 36 У Конституції України громадянам України гарантовано право на свободу об'єднання в політичні партії та громадські організації для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів (за винятком обмежень, встановлених законом в інтересах національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей), а також на участь у професійних спілках з метою захисту своїх трудових і соціально-економічних прав та інтересів. Таким чином, об'єднання громадян є невід'ємною складовою громадянського суспільства.

Права та свободи людини і громадянина захищаються судом, і кожен має право захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань будь-якими не забороненими законом засобами (частини 1, 5 ст. 55 Конституції).

Відповідно до ч. 2 ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України (далі – «ЦПК України») у випадках, встановлених законом, до суду можуть звертатися органи та особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб або державних чи суспільних інтересах. Таке ж право передбачено ч. 3 ст. 5 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – «КАС України»)

Ст. 56 ЦПК України в редакції Закону України від 03.10.2017 року № 2147-VIII передбачено, що у випадках встановлених законом, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, фізичні і юридичні особи можуть звертатися до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб або державних чи суспільних інтересів та брати участь у цих справах. В попередній редакції ЦПК України не передбачав такого права у фізичних і юридичних осіб, а наділяв такими повноваженнями лише державні органи і прокуратуру.

Право громадських організацій на звернення до суду з позовом закріплене також в Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля, яка ратифікована Законом України № 832-XIV від 06.07.1999 року «Про ратифікацію Конвенції про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля» (далі – «Орхуська конвенція»).

Відповідно до ч. 3 ст. 9 Орхуська конвенція, закріплюється право громадськості, в тому числі громадських організацій, на звернення до суду для оскарження дій чи бездіяльності державних органів, які порушують вимоги законодавства. Так, держава забезпечує представникам громадськості, коли вони відповідають передбаченим законодавством критеріям, якщо такі є, доступ до адміністративних або судових процедур для оскарження дій або бездіяльності приватних осіб і державних органів, які порушують положення національного законодавства, що стосується навколишнього середовища.

В конвенції чітко зазначено, що всі організації громадянського суспільства, які сприяють захисту довкілля та дотримуються усіх вимог національного законодавства, мають «достатню зацікавленість», а також наділені правами, які не повинні обмежуватися. Це означає, що особі, яка подає позов, не обов'язково бути постраждалою стороною або мати спеціальний інтерес. Дана конвенція вимагає тільки наявність «достатньої зацікавленості» або обмеження прав, що є підставою для законного порушення судової справи.

Представники громадськості мають доступ до адміністративних і судових процедур для оскарження дій та бездіяльності водночас і приватних осіб, і державних органів, які порушують положення національного законодавства. Якщо приватні особи або державні органи порушують закон, громадяни повинні мати змогу оскаржити дії або бездіяльність у судовому порядку, навіть якщо їм не було завдано особистої шкоди. Це називається правозастосуванням, яке в основному спрямоване на підтримку правозастосовних *організацій громадянського суспільства* природоохоронного спрямування.

Конституційний Суд України у своєму рішенні від 28.11.2013 р. за № 12-рп/2013 абз. 2 п. 2.6. «виходить з того, що громадська організація може захищати в суді особисті немайнові та майнові права як своїх членів, так і права та охоронювані законом інтереси інших осіб, які звернулися до неї за таким захистом, лише у випадках, якщо таке повноваження передбачено у її статутних документах та якщо відповідний закон визначає право громадської організації звертатися до суду за захистом прав та інтересів інших осіб».

В Законі України «Про громадські об'єднання» в ч. 1 ст. 1, дано визначення громадське об'єднання, як добровільного об'єднання фізичних осіб та/або юридичних осіб приватного права для здійснення та захисту прав і свобод, задоволення суспільних, зокрема економічних, соціальних, культурних, екологічних, та інших інтересів».

Відповідно до п. «з» ст. 21 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» громадські організації в галузі охорони навколишнього природного середовища мають право подавати до суду позови про відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок порушення законодавства про охорону навколишнього природного середовища, в тому числі і здоров'ю громадян і майну громадських організацій.

Системний аналіз наведених ст. 4 та п. 1 ст. 56 ЦПК України в редакції Закону України від 03.10.2017 року № 2147-VIII дозволяє прийти до висновку, що у випадках встановлених законом, до суду можуть звертатися органи та особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб або державних чи суспільних інтересах.

Таким спеціальним Законом є Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості в процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя, зокрема ч. 3 ст. 9 та Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» п. «ж» ст. 21.

Європейська система прав людини ґрунтується на Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. Хоча цей документ не містить екологічних прав, це не означає, що їх ефективний захист неможливий у Європейському суді з прав людини (надалі ЄСПЛ). Практика цього органу дає приклади справ, під час розгляду яких забруднення навколишнього середовища було визнане причиною порушення основних прав людини. При цьому наголошувалося на зв'язку між довкіллям та правом на повагу до приватного і сімейного життя. Наприклад, у своїй найвідомішій (з погляду питань, що стосуються навколишнього середовища) справі Лопес Остра проти Іспанії ЄСПЛ аргументував, що значне забруднення довкілля може вплинути на добробут громадян і унеможливити користування ними своїм житлом настільки, що це негативно позначиться на їхньому приватному і сімейному житті, не становлячи однак значної загрози їхньому здоров'ю.

Відповідно до статті 13 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод кожен, чий права та свободи, визнані в цій Конвенції, було порушено, має право на ефективний засіб юридичного захисту в національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження.

Відповідно до Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Акдивар та інші проти Туреччини» вирішальним питанням при визначенні ефективності засобу є те, чи може Заявник подати до національного суду позов про відшкодування завданої порушенням права шкоди, а також те, чи використані процесуальні можливості, які національне законодавство надає протилежним сторонам у судах.

Враховуючи вищенаведене, можна прийти до висновку, що позивачем у справах про захист екологічних прав громадян може бути громадське об'єднання, яке буде виступати самостійним позивачем, а не процесуальним представником громадян.

Громадська організація може захищати в суді особисті немайнові та майнові права як своїх членів, так і права та охоронювані законом інтереси інших осіб, які звернулися до неї за таким захистом, лише у випадках, якщо таке повноваження передбачено у її статутних документах та якщо відповідний закон визначає право громадської організації звертатися до суду за захистом прав та інтересів інших осіб. З контексту аналізованого законодавства випливає, що в законі відсутня вказівка на обов'язкове членство громадян у складі громадських об'єднань. Громадське об'єднання може пред'явити позов і про відшкодування шкоди будь-яких громадян, навіть якщо вони не є членами такого об'єднання.

Громадське об'єднання вправі самостійно пред'являти позов про відшкодування шкоди здоров'ю громадян, заподіяних екологічними правопорушеннями.

Показовою у сфері звернення громадських організацій до суду є Постанова Великої Палати Верховного Суду від 11 грудня 2018 року в справі № 910/8122/17 де остання дійшла висновку, що природоохоронна організація (благодійна, громадська) має право на представництво в суді екологічних інтересів суспільства й окремих його членів з метою захисту порушених екологічних прав людини та громадянина або з метою усунення порушень вимог екологічного законодавства.

Звертаючись до суду з таким позовом, природоохоронна організація фактично реалізує повноваження органів державної влади, які мають здійснювати контроль за дотриманням суб'єктами господарювання вимог законодавства щодо захисту тваринного світу.

Так, відповідно до Орхуської конвенції представники громадськості мають право оскаржувати порушення національного законодавства у сфері довкілля незалежно від того, належать такі порушення до прав на інформацію і на участь громадськості при прийнятті рішень, гарантованих Орхуською конвенцією, чи ні. Адже ця Конвенція забезпечує доступ до правосуддя як на підставі власних положень, так і в порядку забезпечення дотримання національного природоохоронного законодавства.

Право на захист порушеного конституційного права на безпечне довкілля належить кожному та може реалізовуватися як особисто, так і шляхом участі представника громадськості, яким у цьому випадку є МБО «Екологія-Право-Людина». Тому МБО «Екологія-Право-Людина», звертаючись із позовом до суду про усунення допущених відповідачем порушень щодо використання диких живих тварин, фактично реалізує повноваження органів державної влади, які мають здійснювати контроль за дотриманням суб'єктами господарювання вимог законодавства щодо захисту тваринного світу.

Велика Палата Верховного Суду вважає, що МБО «Екологія-Право-Людина» має право звернутися до суду з метою усунення порушень відповідачем вимог екологічного законодавства. Водночас, оскільки зверненням із таким позовом позивач фактично замінює органи державної влади у питанні здійснення контролю за дотриманням природоохоронного законодавства, цей спір має публічно-правовий характер, а отже, повинен вирішуватися в порядку адміністративного, а не господарського судочинства.

Можна прийти до висновку, що відповідно до законодавства України громадська організація екологічного спрямування, статутом якої передбачена діяльність у сфері охорони навколишнього природного середовища виступати позивачем у суді у справах, щодо порушення норм екологічного законодавства будь-якими особами, з якими така громадська організація не перебуває у безпосередніх правовідносинах

ЩОДО ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ ПРАЦІВНИКІВ

Ласько І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток інформаційних технологій спричинив збільшення обсягу інформації, яку можна отримати про особу, а також можливості поширення такої інформації. Такі дії можуть посягати на право приватності особи. Адже ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте та сімейне життя. Зважаючи на те, що роботодавці також збирають та володіють певною інформацією про працівника, вони повинні знати, яку інформацію вони повинні захищати, а також в який спосіб.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про захист персональних даних» персональними даними є відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована. Щодо обсягу зазначеного терміну, то ані закон, ані підзаконні нормативно-правові акти не містять вичерпного переліку.

Конституційний Суд України роз'яснює, що це інформація про особисте та сімейне життя особи (персональні дані про неї), і наводить певний орієнтований перелік. Зокрема, на його думку, такими персональними даними є: національність, освіта, сімейний стан, релігійні переконання, стан здоров'я, матеріальний стан, адреса, дата і місце народження, місце проживання та перебування, дані про особисті майнові та немайнові відносини особи з іншими особами, зокрема членами сім'ї; відомості про події та явища, що відбувалися або відбуваються у побутовому, інтимному, товариському, професійному, діловому та інших сферах життя особи, за винятком даних стосовно виконання повноважень

особою, яка займає посаду, пов'язану зі здійсненням функцій держави або органів місцевого самоврядування. Таким чином не має жодних сумнівів, що роботодавець приймаючи особу на роботу, а також і згодом під час існування трудових правовідносин стикається із персональними даними.

Правове забезпечення захисту персональних даних, у тому числі і персональних даних працівників здійснюється, насамперед Законом України Про захист персональних даних та підзаконними нормативно-правовими актами, ухваленими на виконання цього закону. Зокрема, Типовим порядком обробки персональних даних; Порядком здійснення Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини контролю за додержанням законодавства про захист персональних даних; Порядком повідомлення Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про обробку персональних даних, яка становить особливий ризик для прав і свобод суб'єктів персональних даних, про структурний підрозділ або відповідальну особу, що організовує роботу, пов'язану із захистом персональних даних при їх обробці, а також оприлюднення вказаної інформації. Усі ці порядки є затверджені наказом Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини від 08 січня 2014 за № 1/02-14.

За загальним правилом відповідно до законодавства персональні дані обробляються за згодою суб'єкта персональних даних. Однак, воно також встановлює певні винятки із цього правила. Так, п. 5 ст. 11 вище згаданого закону закріплює, що не потрібно згоди, якщо є необхідність виконання обов'язку володільця персональних даних, який передбачений законом. Зважаючи на те, що підприємства, установи та організації мають обов'язок забезпечити реалізацію трудових відносин згідно з Кодексом законів про працю. Відтак змушені обробляти персональні дані працівники. А отже, згоди працівника на обробку його персональних даних не потрібно. Зауважимо, що так було не завжди. До 2014 року роботодавці були зобов'язані брати таку згоду.

Інший випадок, коли роботодавець хоче розмістити певну інформацію про своїх працівників на своєму веб-сайті. Наприклад, таку інформацію, як їх освіту, досвід роботи, спеціалізацію, фото. Тут необхідно брати до уваги наступне.

По-перше, відомості щодо подій та явищ, які відбувалися або відбуваються у товариському, професійному, діловому та інших сферах життя особи належать до персональних даних. Лише дані щодо виконання повноважень особою, яка займає посаду, пов'язану зі здійсненням функцій держави або органів місцевого самоврядування становлять виняток.

По-друге, така інформація про фізичну особу є конфіденційною, може бути поширена тільки за її згодою і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Конституційний Суд України у своєму рішенні від 20 січня 2012 року № 2-рп/2012 вказує, що винятки також визначені законом.

За таких умов роботодавець може розмістити інформацію про своїх працівників лише за їхньої згоди. Ця згода повинна бути обов'язково добровільна та інформована.

Перед тим як надати згоду працівник обов'язково повинен отримати відповіді на наступні питання:

– хто оброблятиме його персональні дані – вкажіть назву володільця персональних даних, його адресу, контактні телефони тощо;

– з якою метою оброблятимуть персональні дані – формулюйте мету чітко та зрозуміло;

– які персональні дані оброблятимуть – наведіть конкретний вичерпний перелік персональних даних, що плануєте обробляти;

– які дії з персональними даними передбачатиме їх обробка — наприклад, збирання, зберігання, передання, оприлюднення, знеособлення тощо;

– хто є розпорядником персональних даних — зауважте права і повноваження розпорядника щодо обробки персональних даних;

– кому можуть бути передані персональні дані, з якою метою, на яких підставах;

– скільки часу персональні дані будуть зберігатися у володільця;

– на яких умовах працівник може відкликати згоду на обробку персональних даних та які наслідки такої дії.

Вимог щодо того, в який спосіб повинна бути надана інформація працівнику не встановлено. Вона може бути надана як усно, так і міститись у локальному нормативно-правовому акті роботодавця. Таким може бути Положення про обробку персональних даних працівників та контрагентів. Вважаємо, що розробка такого документа детально врегулює усі правовідносини щодо захисту персональних даних працівників.

Надати згоду суб'єкт персональних даних може як у письмовій, так і електронній формі. Оскільки згода суб'єкта персональних даних — це добровільне волевиявлення фізичної особи (за умови її поінформованості) щодо надання дозволу на обробку її персональних даних відповідно до сформульованої мети їх обробки, висловлене у письмовій формі або у формі, що дає змогу зробити висновок про надання згоди (ст. 2 Закону «Про захист персональних даних»), тому обробку персональних даних здійснюють для конкретних і законних цілей, визначених за згодою суб'єкта персональних даних, або у випадках, передбачених законами України, у порядку, встановленому законодавством.

Важливим є також і те, що працівник має можливість зробити застереження щодо обмеження права на обробку персональних даних під час надання згоди. Це право особи, визначене п. 10 ст. 8 цього закону, і він може цим правом скористатись.

Для здійснення захисту персональних даних працівників роботодавець зобов'язаний визначити, де і скільки зберігатиме згоди працівників. Наприклад, вони можуть зберігатись у справах відділу кадрів чи відділу маркетингу, або департаменту з розвитку бізнесу, оскільки законодавством не встановлено в якому структурному підрозділі зберігати згоди на обробку персональних даних. Отже, роботодавець може визначати це на власний розсуд.

Ще однією важливою законодавчою умовою обробки персональних даних є те, що володільць персональних даних має зберігати документи (інформацію), які підтверджують, що суб'єкт надав згоду на обробку його персональних даних, впродовж часу обробки таких даних. Таким чином у роботодавця існує обов'язок щодо зберігання згоди на обробку персональних даних, допоки інформація про працівника є на сайті чи в соціальних мережах.

**ОКРЕМІ АСПЕКТИ
ПРИПИНЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ
У ЗВ'ЯЗКУ ЗІ СМЕРТЮ РОБОТОДАВЦЯ – ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ**

Лещух Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В чинному Кодексі законів про працю України механізм припинення трудового договору у разі смерті роботодавця – фізичної особи не передбачений, що, в свою чергу, на практиці викликає ряд правових проблем щодо порядку оформлення припинення трудового договору. Певні роз'яснення щодо припинення трудового договору у разі смерті роботодавця – фізичної особи були надані листом Мінпраці від 05.03.2003 № 06/2-2/51. У вказаному листі зверталась увага, що необхідність припинення трудового договору укладеного між працівником і роботодавцем-фізичною особою не викликає сумніву, оскільки у разі смерті однієї зі сторін трудові відносини між сторонами припиняються достроково. Відповідно, трудовий договір припиняється на підставі документів, що підтверджують його смерть. Факт смерті роботодавця – фізичної особи відповідно до ст. 49 Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. № 435-IV є актом цивільного стану. Ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» від 01.07.2010 р. № 2398-VI визначає акти цивільного стану як події та дії, які нерозривно пов'язані з фізичною особою і започатковують, змінюють, доповнюють або припиняють її можливість бути суб'єктом цивільних прав та обов'язків. Згідно з ч. 6 ст. 17 зазначеного Закону державна реєстрація смерті проводиться за заявою родичів померлого, представників органу опіки та піклування, працівників житлово-експлуатаційних організацій, адміністрації закладу охорони здоров'я, де настала смерть, та інших осіб. Слід відзначити, що законодавство не передбачає можливості отримання працівником документа, що підтверджує реєстрацію смерті роботодавця – фізичної особи. Враховуючи роз'яснення надані в листі Мінпраці від 05.03.2003 № 06/2-2/51, відсутність документів, що підтверджують смерть роботодавця – фізичної особи, унеможливає припинення трудового договору з працівником та створює для нього додаткові проблеми при реєстрації факту припинення трудових відносин. Щодо внесення запису до трудової книжки працівника у зазначеному випадку, то, зі змісту листа Мінпраці від 05.03.2003 № 06/2-2/51 випливає, що враховуючи відсутність сторони, яка повинна провадити запис про звільнення працівника, посадова особа служби зайнятості може ввести до трудової книжки працівника запис про припинення відповідного трудового договору у зв'язку зі смертю роботодавця-фізичної особи і засвідчувати його в установленому порядку. Проте зазначена норма носить рекомендаційний характер та не містить імперативної вказівки на обов'язок посадової особи служби зайнятості внести до трудової книжки працівника запис про припинення відповідного трудового договору у зв'язку зі

смертю роботодавця-фізичної особи та засвідчити його в установленому порядку. Окрім цього, в Положенні про Державну службу зайнятості, затвердженого Указом Президента України від 16.01.2013 р. № 19/2013 також не міститься обов'язку посадових осіб вносити такі записи. Слід також відзначити, що відповідно до п. 2.3. Інструкції про порядок ведення трудових книжок працівників, затвердженої наказом Міністерства праці України, Міністерства юстиції України, Міністерства соціального захисту № 58 від 29.07.1993 записи в трудовій книжці при звільненні або переведенні на іншу роботу повинні провадитись у точній відповідності з формулюванням чинного законодавства і з посиланням на відповідну статтю, пункт закону, а тому внесення запису до трудової книжки про припинення трудового договору у зв'язку зі смертю роботодавця без вказівки на відповідну статтю та пункт закону є порушенням законодавства.

З 01.01.2015 можливість припинити трудові відносини у зв'язку зі смертю роботодавця-фізичної особи стала ще більше ускладненою, оскільки реєстрацію в державній службі зайнятості укладення і розірвання трудового договору із згаданою категорією роботодавців було скасовано. У випадку, коли працівник померлого ФОП звертається до відповідного центру зайнятості для прийняття на облік, як безробітного, то йому відмовляють, оскільки у трудовій книжці відсутній запис про звільнення. Навіть у випадку встановлення відповідно до витягу з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань, факту припинення діяльності ФОП у зв'язку із смертю, юридично трудові відносини працівника з ФОП не вважаються припиненими, оскільки не видані відповідні накази, не внесені записи у трудову книжку. Працівник зобов'язаний сплачувати податки та збори, позбавлений права звертатися до відповідного центру зайнятості для надання статусу безробітного та отримувати відповідні виплати через те, що вважається таким, що перебуває у трудових відносинах. У відповідь на звернення громадян, центри зайнятості повідомляють наступне:

1) запис про звільнення до трудової книжки працівника працівник служби зайнятості в будь-якому разі вносити не буде. Це не передбачено ні Положенням про Держслужбу зайнятості України, затвердженим Указом Президента України від 16.01.2013 р. № 19/2013, ні Інструкцією № 58;

2) оскільки трудові відносини між працівником та ФОП оформлено після внесення змін до КЗпП України, тобто без участі служби зайнятості, то й при оформленні звільнення до служби зайнятості не звертаються, а оформлюють таке звільнення наказом чи розпорядженням;

3) у зв'язку зі смертю роботодавця рекомендовано звернутись до суду для встановлення факту припинення трудових відносин.

Суди встановлюють факт перебування позивача у трудових відносинах з фізичною особою – підприємцем та факт припинення державної реєстрації підприємницької діяльності ФОП у зв'язку із його смертю. Далі суд враховує п. 2.20-1 Інструкції про порядок ведення трудових книжок на підприємствах, в установах і організаціях, відповідно до якого фізичні особи, при звільненні най-

маного працівника, роблять у трудовій книжці запис: «Звільнений з роботи (далі зазначається підстава звільнення з посиланням на відповідні статті КЗПП України)». Тому логічним є висновок про те, що механізм припинення трудового договору у разі смерті роботодавця фізичної особи-підприємця чинним законодавством не визначений. Окремі роз'яснення із цього приводу були надані Мінпраці в листі від 05.03.2003 р. № 06/2-2/51, згідно якого при смерті однієї зі сторін трудові відносини між сторонами припиняються (достроково). Тому виникає необхідність зняття з реєстрації в службі зайнятості трудового договору «у зв'язку зі смертю роботодавця» на підставі документів, що підтверджують його смерть. Також на даний час внесення запису про припинення трудового договору на згаданій підставі до трудової книжки працівника законодавчо не врегульоване. Мінпраці у вищезгаданому листі пропонувало посадовим особам служби зайнятості до трудової книжки працівника вносити запис про зняття з реєстрації відповідного трудового договору у зв'язку зі смертю роботодавця і повідомити його в установленому порядку.

Відтак судовому порядку встановлюють, що трудовий договір між працівником та фізичною особою - підприємцем слід вважати припиненим в зв'язку зі смертю останньої, хоча це питання законодавчо не врегульоване, але не суперечить існуючим нормам трудового та цивільного законодавства, а встановлення даного факту надасть можливість заявникові надалі здійснювати його право на працю.

З метою усунення наявних прогалин в трудовому законодавстві в частині припинення трудового договору у разі смерті та впровадження єдиного систематизованого регулювання відносин у сфері цивільного та трудового законодавства в частині виплат належних працівникові сум у разі його смерті, розроблено та зареєстровано у парламенті проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо припинення трудового договору та виплат належних працівникові сум у разі його смерті (№ 6323 від 18.11.2021 р.). Ним пропонується доповнити частину першу статті 36КЗпП України новим пунктом про те, що підставами припинення трудового договору є, зокрема, і смерть працівника або власника - фізичної особи.

У пояснювальній записці до законопроекту його автори зазначають, що ні в літературі, ні в законодавстві не згадується про ще одну підставу припинення трудового договору, а саме про смерть фізичної особи - роботодавця, а це є самостійна підстава для припинення трудового договору з відповідними правовими наслідками. Однак сам законопроект не містить жодного положення, яке б дозволяло у найближчому майбутньому вирішити проблему створення дієвого механізму припинення трудового договору у зв'язку із смертю роботодавця - фізичної особи. Окрім цього залишаються також не врегульованими проблеми припинення трудових відносин в разі набрання законної сили рішенням суду про визнання фізичної особи безвісно відсутньою чи про оголошення її померлою.

НОВЕЛИ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО РЕГУЛЮВАННЯ ЗЕМЕЛЬНОГО СЕРВІТУТУ

Найда К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення процедури приєднання до електричних мереж» від 15.07.2021 року № 1657-IX [4] у Земельний кодекс України внесено низку змін щодо регулювання земельного сервітуту. У цих змінах, зокрема, уточнюється термінологія, яка використовується в цій сфері та спрощується порядок оформлення прав на земельні ділянки. Реалізація проекту, на думку суб'єктів права законодавчої ініціативи, «дозволить суттєво скоротити строки приєднання до електричних мереж, сприятиме розвитку бізнесу та покращенню інвестиційної привабливості України за рахунок покращення позицій в рейтингу Doingbusiness» (п. 6 пояснювальної записки до проекту).

Законом № 1657-IX [4] доповнено статтю 98 Земельного кодексу України частиною п'ятою, а саме: «положення частини четвертої цієї статті не застосовуються у разі встановлення земельних сервітутів на земельній ділянці державної, комунальної власності, яка сформована відповідно до ч. 3 ст. 100 Кодексу [1] з метою встановлення земельного сервітуту».

Проте ці зміни суперечать ч. 4 ст. 100 ЗКУ (земельний сервітут здійснюється способом, найменш обтяжливим для власника земельної ділянки, щодо якої він встановлений), оскільки внесеними змінами допускається можливість погіршення становища власників земельних ділянок державної і комунальної власності внаслідок встановлення на таких земельних ділянках сервітутів, а відтак порушення їх прав. Також такий законодавчий підхід суперечить нормам статей 13, 14, 41 Конституції України [2].

Також Законом № 1657-IX внесено доповнення до ст. 101 Земельного кодексу України частиною другою такого змісту: «Земельний сервітут може переходити до інших осіб разом з об'єктом, для розміщення якого він встановлений або у випадках, визначених пунктами «а», «б», «г», «д», «е» ч. 1 ст. 99 цього Кодексу – у разі переходу права власності, користування земельною ділянкою, для доступу, обслуговування та здійснення іншої діяльності щодо якої він був встановлений».

Внесені зміни не узгоджуються з ч. 3 ст. 101 Земельного кодексу України [1], згідно з якою земельний сервітут не може бути предметом купівлі-продажу, застави та не може передаватися будь-яким способом особою, в інтересах якої цей сервітут встановлено, іншим фізичним та юридичним особам. Аналогічно дані зміни не узгоджуються з абз. 1 ч. 4 ст. 403 Цивільного кодексу України [3], відповідно до якої сервітут не підлягає відчуженню.

Також Земельний кодекс доповнено новою статтею 124¹ «Порядок встановлення земельних сервітутів на землях державної, комунальної власності». Ознайомившись зі змістом нової статті Земельного кодексу України, теж можна прос-

тежити суперечність з нормами Конституції України. Так, в ст. 124¹ зазначено, що: «у разі відмови в укладенні договору про встановлення земельного сервітуту щодо сформованої земельної ділянки державної, комунальної власності такий договір визнається укладеним за рішенням суду», що суперечить нормам статей 126 та 129 Конституції України [2], якими закріплено незалежність і недоторканність суддів. Суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права. При цьому згідно зі статтею 6 Конституції України [2] державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову; органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України.

Конституційні повноваження Верховної Ради України унеможливають вирішення законом питання, яке іншим законом віднесено до повноважень іншого органу чи посадової особи. Тому, враховуючи, що правосуддя в Україні здійснюють виключно суди, то встановлення законом зобов'язання суду ухвалити конкретне рішення є порушенням норм статей 6, 126 та 129 Конституції України [2], якими гарантується незалежність суддів.

Незважаючи на те, що внесені зміни, як це впливає з пояснювальної записки до проекту даного Закону, спрямовані на «реформування системи управління у сфері земельних відносин та зняття штучних обмежень господарської діяльності для спрощення доступу до земельних ресурсів населення та бізнесу», більшість внесених змін не відповідають Конституції України, та не узгоджуються із чинними законами України. Також при внесенні змін не враховано правові позиції Конституційного Суду України та практику Європейського суду з прав людини.

1. Земельний кодекс України від 25.10.2001 № 2768-III, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text>

2. Конституція України від 28.06.1996 254к/96-ВР URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80#Text>

3. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

4. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення процедури приєднання до електричних мереж» від 15.07.2021 року № 1657-IX, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1657-20#Text>

ЩОДО ДОЦІЛЬНОСТІ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ГІГ-КОНТРАКТІВ В УКРАЇНІ

Олексів І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сфера інформаційних технологій залишається однією з найбільш динамічних у вітчизняній економіці. Лише за дев'ять місяців 2021 року експорт ІТ-послуг зріс на 35 % відносно такого самого періоду попереднього року. Виручка

бізнесу від ІТ-експорту за цей час склала \$4,84 млрд – майже стільки ж, скільки за весь минулий рік [1]. Разом із зростанням експорту послуг, збільшується й попит на кваліфікованих ІТ-фахівців. При цьому, кількість вакансій для технічних спеціалістів зростає в середньому майже на 30 % в рік, в той час як кількість самих інженерів – на 18 % [2].

Наведена статистика свідчить про стрімкий розвиток галузі інформаційних технологій в Україні та профіцит робочих місць у цьому секторі економіки, на фоні достатньо високого рівня безробіття в Україні. Беручи до уваги цю інформацію, ми повинні створити усі умови для того, щоб якомога більша кількість осіб могли без зайвих складнощів почати працювати у цій сфері. Крім цього, сама модель співпраці між ІТ-фахівцем та компанією повинна бути прозорою та зрозумілою не тільки для сторін такої співпраці, але й також для іноземних інвесторів, які власне і користуються послугами вітчизняних ІТ-компаній.

Станом на сьогодні, абсолютна більшість фахівців у сфері інформаційних технологій співпрацюють з компаніями як фізичні особи-підприємці. Зазначену тезу, підтверджують відомості з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань. Так, кількість ІТ-спеціалістів, зареєстрованих як ФОП, у 2019 році зросла на 22% і становила 183 тис. осіб проти 151 тис. у 2018-му [3].

Разом з цим, говорити про досконалість такої моделі співпраці між компанією та фахівцем у галузі інформаційних технологій не варто, з огляду на домінуюче становище ІТ-компанії у таких відносинах. В першу чергу, домінуюче становище про яке йде мова, проявляється в тому, що ІТ-компанія може звільнити будь-якого фахівця без будь-яких підстав, завчасних попереджень та компенсацій. Крім цього, на фізичну особу-підприємця не поширюються жодні гарантії передбачені чинним законодавством про працю України, а зокрема, така особа не має права на відпустку, пільги тощо.

Детально не вдаючись в усі недоліки такої моделі співпраці, варто зазначити, що вона у найбільшій мірі завдячує своїм існуванням морально застарілому законодавству про працю України, а також недолугій податковій політиці, при якій навантаження на заробітну платню працівника є значно вищим ніж ті податки, які сплачує фізична особа-підприємець виконуючи роботи та/або надаючи послуги.

Фактично, під виглядом співпраці за цивільно-правовими договорами укладеними між фізичною особою-підприємцем та ІТ-компанією, сторони маскують власне трудові відносини, які мали б регулюватись законодавством про працю України. У свою чергу, держава замість того, щоб вдосконалювати законодавство про працю, зробивши його менш бюрократизованим та більш гнучким, а також змінивши підходи до оподаткування заробітних плат, пішла іншим шляхом, прийнявши Закон України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» (надалі – «Закон»), який вводить новий вид цивільно-правового договору, а саме «гіг-контракт» [4].

Відповідно до цього Закону, «гіг контракт» – цивільно-правовий договір, за яким гіг-спеціаліст зобов'язується виконувати роботи та/або надавати послуги

ги відповідно до завдань резидента Дія Сіті як замовника, а резидент Дія Сіті зобов'язується оплачувати виконані роботи та/або надані послуги і забезпечувати гіг-спеціалісту належні умови для виконання робіт та/або надання послуг, а також соціальні гарантії, передбачені розділом V цього Закону [4].

У вказаному розділі Закону йдеться, зокрема, але не виключно про такі соціальні гарантії:

1) Обмеження загальної тривалості виконання робіт (надання послуг) гіг-спеціалістом протягом дня та тижня до 8 та 40 годин відповідно – ч. 1 ст. 21 Закону;

2) Надання гіг-спеціалісту щорічної оплачуваної перерви тривалістю 17 робочих днів, якщо гіг-контрактом не визначено більшу тривалість такої перерви – ч. 4 ст. 21 Закону;

3) Обов'язкове страхування гіг-спеціалістів у зв'язку з тимчасовою втраченою працездатності – ч. 1 ст. 22 Закону;

4) Надання гіг-спеціалісту перерви у виконанні робіт (наданні послуг) у зв'язку з вагітністю та пологами – ч. 2 ст. 22 Закону;

5) Заборона односторонньої відмови резидента Дія Сіті від гіг-контракту у період вагітності гіг-спеціаліста та протягом перерви у виконанні робіт (наданні послуг) у зв'язку з вагітністю та пологами – ч. 6 ст. 22 Закону;

6) Заборона односторонньої відмови резидента Дія Сіті від гіг-контракту у період тимчасової непрацездатності гіг-спеціаліста, крім випадку тимчасової непрацездатності, що безперервно триває більше одного місяця – ч. 6 ст. 22 Закону [4].

Проаналізувавши викладені вище соціальні гарантії, не складно дійти висновку про те, що вони фактично є запозиченими із законодавства про працю України. У свою чергу, це дозволяє зробити висновок про те, що гіг-контракт за своєю юридичною сутністю не може вважатися цивільно-правовим договором, в його класичному розумінні, швидше його слід розглядати як певний «гібридний» вид договору, який одночасно поєднує риси притаманні і для цивільно-правового і для трудового договору.

Окремо слід звернути увагу й на те, що відповідно до визначення наведеного у Законі, гіг-контракт є цивільно-правовим договором [4] – договором про виконання робіт або надання послуг [5]. А отже, відносини за цим договором повинні регулюватись, зокрема нормами Цивільного кодексу України. Проте, у ч. 1 ст. 1 Цивільного кодексу України йдеться про те, що: «Цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), **засновані на юридичній рівності**, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників» [5].

Разом з цим, наявність обов'язку забезпечити для гіг-спеціаліста певні соціальні гарантії [4], не може свідчити про юридичну рівність сторін у цих відносинах, а швидше свідчить про притаманний для трудового права характер відносин, де більш вразливій стороні трудового договору – працівнику надаються додаткові гарантії з метою захисту його інтересів.

З огляду на викладене вище, видається недоцільним запровадження окремого «гібридного» виду договору, основною метою якого є надання соціальних гарантії передбачених законодавством про працю України для IT-фахівців.

Навпаки, нам потрібно якісно реформувати вітчизняне законодавство про працю, щоб ІТ-компанія та її фахівець не бажали приховувати власне трудові відносини за допомогою моделі «Компанія – ФОП».

У свою чергу, реформоване законодавство про працю України повинно забезпечити сторонам трудового договору достатньо гнучкості у регулюванні їхніх відносин, а податкова політика нашої держави повинна бути спрямована на зниження податкового навантаження на заробітну платню. Це дозволить зробити трудові відносини у сфері інформаційних технологій більш привабливими для роботодавців та працівників, а також зрозумілими для іноземних інвесторів.

1. Експорт ІТ-послуг в Україні зріс за три квартали на 35 %. Аналітичні матеріали сайту «Опендатабот». URL: <https://opendatobot.ua/analytics/it-export>;

2. Из-за роста спроса на айтишников Украина недополучила в октябре \$12 млн - инфографика. Аналітичні матеріали ЛІГА. Tech. URL: <https://tech.liga.net/technology/-novosti/iz-za-rosta-sprosa-na-aytishnikov-ukraina-nedopoluchila-v-oktyabre-12-mln-infografika>;

3. Скільки ІТ-спеціалістів в Україні: + 32 000 за рік згідно з Мін'юстом. Аналітичні матеріали редакції DOU. URL: <https://dou.ua/lenta/articles/how-many-devs-in-ukraine-2019/>;

4. Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/стимулювання_розвитку_цифрової_економіки_в_україні#Text;

5. Цивільний кодекс України. Кодекс від 16.01.2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>;

ТРУДОВЕ ЗАКОНОДАВСТВО ЯК ЗНАРЯДДЯ ЗАХИСТУ ЗАЙНЯТОСТІ

Парпан Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Зайнятість в Україні і нині залишається пріоритетом як для держави, так і для її громадян. Як незаборонена законодавством діяльність осіб, зайнятість сприяє задоволенню не лише особистих потреб людини, але й суспільних загалом. Соціальний, економічний та політичний аспекти зайнятості вказують на те, що завжди має бути постійна підтримка балансу інтересів всіх сторін, які зацікавлені у її розвитку та захисті. Основним знаряддям для цього повинно стати трудове право. Як акумулюючий механізм, воно мало би врегулювати значну частину відносин праці, у яких працівники на добровільній основі зможуть реалізувати свою здатність та бажання працювати (бути зайнятими), шляхом укладення трудового договору. Водночас, роботодавці у цих відносинах, будуть зацікавлені і спроможні створювати нові робочі місця та забезпечувати весь, передбачений трудовим законодавством обсяг трудових прав працівників.

Вже не одне десятиліття в українському суспільстві виголошуються сподівання, прохання, заклики щодо нагальності удосконалення трудового законо-

давства як важливого регулятора суспільно-трудових відносин найманої праці. Проте, незважаючи на зміни, які воно (законодавство – *авт.*) зазнає кожного року, цей процес навряд чи можна охарактеризувати як рушійний та прогресивний.

Для прикладу, після внесення Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо реформування загальнообов'язкового державного соціального страхування та легалізації фонду оплати праці» від 28.12.2014 р. змін до КЗпП України (змінено ст. 24 та скасовано ст. 24-1), намітився прогрес у боротьбі з незадекларованою працею. Але водночас, утворилася прогалина у врегулюванні трудових відносин з роботодавцями-фізичними особами. Відтак, трудові договори з цією категорією роботодавців реєструвати в державній службі зайнятості стало не потрібно, а отже і дотримуватися «Порядку реєстрації трудових договорів між працівником і фізичною особою, яка використовує найману працю», затвердженому 8.06.2001 р. Мінсоцполітики. Таким чином, держава позбавила по суті і працівників, і роботодавців-фізичних осіб (насамперед, тих які не є підприємцями, а використовують найману працю, пов'язану з наданням послуг) необхідності легалізувати трудові відносини між ними.

Поряд з цим, з'явилось ще ряд проблем, вирішення яких на практиці потребує немалих зусиль. Зокрема, йдеться про порядок розірвання трудового договору з роботодавцем-фізичною особою, у разі смерті останнього. Хоча з цього приводу і дало роз'яснення у своєму в Лист Мінпраці від 05.03.2003 р № 06/2-2/51, проте процедура такого розірвання є настільки складною і тривалою, що дає підстави засумніватися в належному захисті трудових прав працівників та безперешкодній реалізації особою права на зайнятість.

Безсумнівно важливим кроком, направленим на захист зайнятості стали норми трудового законодавства, якими було врегульовано відносини праці, які тривалий час вже існували на вітчизняному ринку праці, проте держава їх вперто ігнорувала, зважаючи на їх нетрадиційний (нетиповий) характер. І лише світова пандемія COVID-19 змусила державу врегулювати ці відносини трудовим законодавством. Отже, починаючи з березня 2020 року дистанційна праця, а попри неї такі форми організації праці, як: надомна робота та гнучкий режим робочого часу, отримали відповідне регулювання (*див.*: Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19) від 30.03.2020 р.). Щоправда, запроваджені на швидкоруч норми, вже за рік зазнали змін (*див.*: Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення правового регулювання дистанційної, надомної роботи та роботи із застосуванням гнучкого режиму робочого часу» від 04.02.2021 р.). Разом з тим, недоліки та прогалини трудового законодавства щодо застосування нестандартних форм праці все ж не були усунуті у повній мірі.

Так, для прикладу: якщо з працівником, який виконує дистанційну роботу стався нещасний випадок, а такий працівник виконував роботу у приміщенні чи на території роботодавця, що відповідно до ч. 6 ст. 60-2 КЗпП України, дозволяється, дати чітку відповідь на кого буде покладено відповідальність: на працівника чи роботодавця, буде доволі важко. Складність полягає в тому, що

згідно з ч. 4 цієї ж статті працівник, який працює дистанційно, самостійно визначає робоче місце та несе відповідальність за забезпечення безпечних і нешкідливих умов праці на цьому робочому місці.

На відміну від дистанційної роботи, на сьогодні держава так і не приділила належної уваги відносинам, які виникають у зв'язку з використанням праці на умовах аутстафінгу та аутсорсингу. Разом з тим, наприклад у аутстафінгу, відносини праці хоча і мають певні особливості, проте дуже нагадують типові трудові відносини. Їх регулювання нормами трудового законодавства дозволило б не лише забезпечити гарантії трудових прав у таких трудових відносинах, а також допомогло б зробити судову практику по спорах, які виникають у зв'язку з залученням працівників на умовах аутстафінгу однозначною.

Поряд з залученням до сфери правового регулювання трудовим законодавством зазначених нетипових форм організації праці, не менш актуальним є ряд питань, які на сьогодні хоча і пов'язані із застосуванням найманої праці, проте і досі знаходяться поза сферою дії трудового законодавства. Йдеться про можливість укладати так звані пакти про неконкуренцію, за якими працівнику встановлюватимуться заборони щодо: роботи на підприємствах з аналогічним профілем діяльності або створення власного підприємства такого ж профілю протягом кількох місяців або років з моменту припинення трудового договору; не використання інформації, отриманої під час роботи у роботодавця, на майбутній роботі у певний період тощо. За встановлені в пакті обмеження, роботодавець повинен би був виплатити працівнику компенсацію, у розмірі про який сторони домовляться.

Виплату компенсації можна було б закріпити у трудовому законодавстві і за встановлені у трудових договорах обмеження щодо заборони працювати за сумісництвом.

Підсумовуючи зазначимо, що саме норми трудового права, зважаючи на їх соціальне призначення, мають стати на захист зайнятості, а отже гарантувати особам, які *залучаються до праці*, і які *залучають* до неї, належний захист їх трудових прав та інтересів. Це, своєю чергою, сприяло б ліквідації законодавчих прогалин та недоліків, які на практиці створюють подвійні стандарти.

ПРО ДЕЯКІ СТЕРЕОТИПИ МИНУЛОГО В ТЕОРІЇ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Пилипенко П.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вітчизняна наука трудового права, не зважаючи на свою майже тридцятилітню історію, все ще не може позбавитися від деяких стереотипів минулого, що доволі активно насаджувалися радянською правничою ідеологією і які стали на той час основою, зокрема й для визначення трудового права, його предмета, трудових правовідносин, тощо.

Вже сьогодні, коли трудове право, як одна з провідних галузей права України розвивається в напрямку свого наближення до провідних європейських і світових стандартів регулювання відносин у сфері використання найманої праці, чимало науковців продовжують характеризувати його як право, що «регулює трудові відносини у процесі праці» або ж просто «працю» та зводять зародження (появу) цієї галузі до часів рабовласницького ладу, «знаходячи» норми, якими вона регулювалась чи то у «Законах Хаммурапі», чи у «Російській», а не «Руській (як би мало бути) правді» й т. п. А щоб якось продемонструвати «нові підходи» до характеристики трудового права, вслід за російськими науковцями посилаються на невідомого (і зрозуміло чому) у радянські часи й майже не цитованого тодішньою наукою трудового права дореволюційного цивіліста Л. Таля, який про трудовий договір писав, як про «угоду найму робочої сили».

І в цьому контексті складається враження, що вітчизняна правова думка й далі перебуває у «полоні» російсько-радянської науки трудового права, яка не лише юридично, а й фактично є спадкоємицею надміру заполітизованої соціалістичної правової доктрини.

Воно звичайно, не можна заборонити чи не радити використовувати праці науковців сусідньої нам держави, навіть з огляду на факт військової агресії та окупації частини наших територій, але оцінювати адекватно і мати власну думку, щодо тих наукових висновків і пропозицій, з якими доводиться знайомитись – ми зобов'язані. У них свої наукові підходи і своє бачення тих чи інших проблем, у нас – своє. І те, що наша наука трудового права має ті ж самі соціалістичні джерела зовсім не означає, що й надалі потрібно безпеліційно та без відповідних застережень використовувати тамтешню правову доктрину, оскільки це може лише нашкодити вітчизняній науці.

Життя триває і світ, як відомо, розвивається в еволюційному напрямку як і суспільні відносини, вимагаючи все нових і нових форм та способів їхнього регулювання. І це при тому, що подекуди вже не відносини у тій чи, іншій сфері суспільного життя «диктують» вимоги свого правового забезпечення, а навпаки – право стає підставою появи певних стосунків, які у результаті відразу постають у формі правових відносин, як це властиво, наприклад, для сфери соціального захисту.

За таких обставин пізнання й дослідження усіх цих новітніх процесів та явищ правничого наукою має відбуватися без будь-яких ідеологічних догм та стереотипів минулого і варто при цьому позбавлятися, як писав свого часу відомий радянський теоретик, – «постулатів ортодоксальної марксистської ідеології, а утверджувати ідеали свободи і гуманізму та показувати високе призначення права в житті суспільства і кожної людини».

Та коли ми сьогодні переконуємо і себе й читача, що трудове право, яке стосується переважної більшості громадян України «регулює їхню працю» або «трудова відносини у процесі праці», а самі трудові відносини «виникають безпосередньо у сфері виробництва» й «об'єктом правового регулювання праці служить не предметна, а жива праця», то найперше з питань що постає після усвідомлення змісту наведених тут цитат – а що ж то за такий феномен «жива праця», якщо її навіть право регулює?

У цьому контексті варто наголосити, що з'ясуванням та характеристикою праці (власне праці) розпочиналися переважно усі радянські (і навіть деякі сучасні вітчизняні) підручники з трудового права. Про неї, як про «основу життя будь-якого суспільства» писали у наукових статтях та монографіях з економіки, філософії, соціоніки й звичайно – з права. І в останньому варіанті все зводилося до того, що саме праця є об'єктом правового регулювання, і власне трудове право тут відіграє вирішальну роль. Зрештою, навіть з огляду на те, що для визначення «праці» за зразок бралось марксистське її трактування, де вона (праця) розглядалася, як «цілеспрямована діяльність з метою створення споживчих вартостей, присвоєння даного природою для людських потреб, загальна умова обміну речей між людиною і природою, вічна природна умова людського життя», не кожен міг уявити собі фактичну роль трудового права у цьому зв'язку «між людиною і природою». Більше того, побачити трудове право «в процесі праці, де людина утверджує себе не лише як жива істота, що пристосовується до зовнішніх умов, але й панує над природою та змушує її служити своїм цілям» було ще важче.

Але так писали колись. Та, що найбільш прикро, пишуть тепер і вірять очевидно, не особливо задумуючись над тим, під що підписуються. Бо, відомо що право «регулює суспільні відносини», а праця це «умова обміну речей між людиною і природою», то отже, про які відносини тут може йтися, і хто є суб'єктами цих відносин? Чи можна їх врегулювати правовими нормами?

Зрештою, і з «процесом праці», який нібито теж регулюється трудовим правом, не все так однозначно. Тут знову доводиться стикатися з тією ж проблемою, яка залишилася не вирішеною в попередньому варіанті. Як «процес праці» поєднати з суспільними відносинами, що їх мало б регулювати право? Між ким ці відносини, між якими суб'єктами? Якщо між працівником і роботодавцем, а вочевидь так би мало бути, то в чому цей «процес – відносини» проявляються? І де тут трудове право? Останнє можна, наприклад виявити на етапі укладення трудового договору, але процесу праці як такого, чи ж власне самої праці тут немає? Й до речі, та обставина, що з трудового права прибрали «фактичний допуск до роботи», за якого трудові відносини виникали з моменту, коли працівника допускали до виконання своїх трудових обов'язків, чи не найкраще ілюструє той факт, що зовсім не праця є тим об'єктом, який регулюється трудовим правом.

Насправді, трудове право у такій іпостасі, як ми його сьогодні сприймаємо, а вірніше, як нам його все ще намагаються подавати є продуктом радянської соціалістичної правової системи. Якщо, наприклад, проаналізувати юридичну літературу з трудового права зразка 40-60 – х років минулого століття, то ми неодмінно зіткнемося з марксистсько-ленінською ідеологією, на якій базувалась тодішня наука про працю і про її правове регулювання. Лише класовий підхід до «трудових відносин, як різновиду виробничих відносин», в основу яких було покладено «загальнонародну соціалістичну власність на засоби виробництва», де «вільні від експлуатації робітники й службовці» працюють «самі на себе, як власники цих засобів виробництва» давав підстави розглядати відповідну систему норм, як трудове право.

Натомість за кордоном, де також є «робітники й службовці», однак працюють вони вже «продаючи свою робочу силу» «буржуям – експлуататорам» на

підставі «договору трудового найму», який належить до цивільно-правових договорів, а тому трудового договору там бути не може. Тобто, він ніби-то і є, бо навіть Ф. Енгельс ще у 1884 році назвав його «трудоим договором», однак вже згадуваний нами Л. Таль назвавши свою монументальну працю «Трудовой договор» позначив її все ж, як «цивилистическое исследование». А отже трудового права, як такого у буржуазному суспільстві, де трудові відносини пов'язані з експлуатацією людини людиною бути не могло.

Лише праця вільних людей на належних їм засобах виробництва може бути об'єктом регулювання нормами нової галузі - трудового права. І власне, ця ідея про трудове право, яке притаманне лише соціалістичній правовій системі була основною доволі тривалий час на теренах радянського союзу. Зокрема, наявність окремого кодифікованого акту (у нашому випадку - кодексів про працю союзних республік) вважалося у радянській теорії права одним із вагомих чинників визнання самостійності певної галузі права.

Однак, десь на початку 70-х років минулого століття категоричність щодо наявності трудового права тільки в країнах т.з. «соціалістичного табору» дещо пом'якшала. Але основна ідея про принципову відмінність між соціалістичним трудовим правом та його аналогом в капіталістичних країнах продовжувала існувати. Й промовиста назва першого - «советское трудовое право» доволі яскраво ілюструвала кардинальну різницю між цими двома правовими утвореннями, і які зрештою в політичній сфері виражалась через відмінності між «працею та капіталом».

Разом з тим, присвійний прикметник «советское» (радянське) давав підстави для логічного висновку, що очевидно існує ще якесь інше трудове право - не «советское». А, тому найперше з чим асоціювалась така уява, це те, що трудове право може бути і в країнах з іншою політичною системою. Бо навряд чи праця лікаря, слюсаря, вчителя, водія чи працівника іншої професії принципово відрізняються за своїм характером та способом здійснення лише тому, що відбувається у різних політичних системах, розділених державними кордонами. А отже і відносини з використання такої праці мали б регулюватися за однаковими правилами.

І варто зазначити, що в дійсності так воно й було. Не зважаючи на те, що правила, які регулювали відносини найму робочої сили трудовим правом і не називали, вони все ж існували і ефективністю своєю, як виявилось, навіть переважали «советское трудовое право».

Більше того, як тепер ми можемо константувати, трудове право, що представляє собою систему норм, що регулюють трудові відносини виникло власне в умовах буржуазного ладу, задовго до визнання його радянською правовою доктриною. І сучасні вітчизняні науковці, як і російські (спадкоємці науки радянської) цього не заперечують. Ба, навпаки своїми публікаціями підтверджують правдивість цього факту. Інша річ, що не з усіма їхніми висновками можна беззаперечно погодитись, оскільки «зародилось» трудове право, як видається, зовсім не у вигляді індивідуального, а власне, колективного трудового права.

СУДОВИЙ КОНТРОЛЬ ЯК ЕФЕКТИВНИЙ ІНСТРУМЕНТ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ СУДІВ У СОЦІАЛЬНИХ СПОРАХ

Раневич О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В сучасних умовах звернення до органів правосуддя та позитивне вирішення ними спору не завжди є тією гарантією, яка б реально поновлювала порушені соціальні права людини і громадянина. Не менш важливим етапом є виконання судового рішення, яке набрало законної сили. Для цього держава запроваджує низку юридичних механізмів, які на перший погляд, слугують швидкому та якісному втіленню актів судової влади у життя. Поряд з класичним примусовим виконанням судових рішень, існують інші способи забезпечення виконання згаданих актів.

Тривалий час невіршеними як законодавцем, так і судовою практикою залишаються питання їхнього місця в системі забезпечення виконання судових рішень та виконавчому провадженні як завершальній стадії судового провадження, підміни чи доповнення ними примусового виконання рішення суду органами, до компетенції яких належить таке виконання, їхньої самостійності та самодостатності.

До одного із сучасних інструментів, який покликаний забезпечити виконання судового рішення належить судовий контроль. Разом з тим, на сьогодні судовою практикою все ще здійснюються намагання визначити його місце в системі забезпечення виконання судових рішень.

Передусім, у ст. 129-1 Основного Закону містяться приписи, згідно з якими держава забезпечує виконання судового рішення у визначеному законом порядку (ч. 2 цієї статті), а контроль за виконанням судового рішення здійснює суд (ч. 3 цієї статті). Як бачимо, витоки судового контролю сягають конституційного рівня, що підкреслює важливість цього інституту.

Вищезгадані норми Конституції України дають нам можливість з'ясувати роль суду у правовідносинах забезпечення виконання його рішень, а саме наявності в нього функції контролю за виконанням свого ж рішення.

Більш детально про судовий контроль йдеться у ч. 3 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 року № 1402-VIII, а саме контроль за виконанням судового рішення здійснює суд у межах повноважень, наданих йому законом. Відтак, як норми Конституції України, так і Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 року № 1402-VIII лише декларують для судів можливість здійснення ними судового контролю, однак, ці норми за своєю юридично природою є бланкетними, тобто вказують нам на наявність закону, приписи якого регламентують правовідносини судового контролю.

Як відомо, більшість соціальних спорів розглядаються адміністративними судами за правилами адміністративного судочинства. З огляду на що, такими

судами вирішується значна кількість заяв про встановлення судового контролю за виконанням судових рішень в соціальних спорах, адже на практиці доволі часто має своє місце умисне невиконання відповідачами рішень судів, ігнорування ними вимог державного виконавця щодо виконання рішення суду у примусовому порядку, істотне порушення норм Конституції та законодавства України, що вказує нам на абсолютну безпідставність та протиправність їхніх дій, порушення ними принципів функціонування нашої держави як правової.

У адміністративному процесі правовідносини судового контролю за виконанням судових рішень регулюються ст. 382 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України). Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 382 КАС України суд, який ухвалив судові рішення в адміністративній справі, може зобов'язати суб'єкта владних повноважень, не на користь якого ухвалене судове рішення, подати у встановлений судом строк звіт про виконання судового рішення.

Вказана норма права містить диспозитивні приписи, які надають суду можливість встановити судовий контроль. Тобто, суд зобов'язаний з'ясувати ті юридично значимі обставини, що були б необхідними та достатніми для зобов'язання суб'єкта владних повноважень подати у встановлений судом строк звіт про виконання судового рішення. До одного із основних недоліків цієї статті варто віднести відсутність чітко визначених підстав як для встановлення судового контролю, так і для відмови у його встановленні, чи обов'язкових питань, які мав би з'ясувати суд при застосуванні вказаного інструменту забезпечення виконання судових рішень.

Системний аналіз ч. 1 ст. 382 КАС України дає нам можливість дослідити наступну сферу застосування її норм права:

1) судовий контроль є самостійним інструментом забезпечення виконання судових рішень у соціальних спорах. Його встановлення судом не залежить від того, чи скористалась особа іншими інструментами виконання судового рішення (наприклад, звернула рішення суду до примусового виконання тощо);

2) вирішення питання про встановлення судового контролю можливе як під час ухвалення судового рішення, так і після його ухвалення. Якщо спір є складним, поведінка відповідача вказує на можливі порушення прав позивача під час виконання рішення суду чи існують інші обставини, які дають суду обґрунтовані підстави вважати про можливе невиконання відповідачем чи неналежне виконання ним ухваленого судового рішення, тоді суд вправі у своєму ж рішенні встановити судовий контроль як з власної ініціативи, так й ініціативи інших учасників справи. Після ухвалення рішення суду, контроль за його виконанням як правило встановлюється за заявою учасників справи, які вважають про наявність будь-яких порушень їхніх прав неналежним виконанням чи невиконанням судового рішення;

3) суд може й відмовити у встановленні судового контролю. Юридично така можливість закріплена у вже згаданій ч. 1 ст. 382 КАС України. Відтак, підстави за наявності яких можлива така відмова варто поділити на формальні та фактичні. До перших відносяться ті, що належать до оформлення та порядку подання заяви, суб'єктів звернення із такою заявою, юридичної сили та змісту рішення суду тощо. Наприклад, рішення суду, ухвалене на користь суб'єкта

владних повноважень виключає можливість задоволення заяви про встановлення судового контролю.

Фактичні обставини, що необхідно з'ясувати суду під час вирішення питання про встановлення судового контролю не визначені КАС України. Це, у свою чергу, створює правову невизначеність та відсутність чіткого розуміння, за наявності яких саме обставин виникає безапеляційне право на звернення до суду із заявою про встановлення судового контролю чи встановлення його з ініціативи самого ж суду.

До єдиної обставини, яка логічно виключає можливість встановлення судового контролю, з огляду на приписи ст. 382 КАС України, пропонуємо віднести наступну: рішення суду не передбачає вчинення чи утримання від вчинення суб'єктом владних повноважень будь-яких дій з його сторони. Оскільки цим рішенням суду, наприклад, скасовано, визнано протиправним, нечинним акт тощо, чи надано правову оцінку його діям та/або бездіяльності.

Стаття 382 КАС України не містить жодних інших обставин, які необхідно було б встановити суду під час вирішення питання про встановлення судового контролю. Найбільш поширеними помилками судів є ті, що вони ще на стадії встановлення судового контролю фактично вже здійснюють такий контроль, а саме з'ясовують ті питання, які мають бути розглянуті після подання суб'єктом владних повноважень звіту про виконання рішення суду.

Крім цього, надання суб'єктом владних повноважень пояснень (усних та/або письмових) при встановленні судового контролю та покладення їх в основу відмови у встановленні такого контролю є порушенням норм ст. 382 КАС України, яка чітко регламентує порядок та форму отримання судом відомостей про виконання його рішення. Іншими словами, суд може надати оцінку наведеним доводам відповідача щодо причин невиконання ним рішення суду чи, навпаки, виконання, лише, якщо вони будуть викладені у звіті, який подано у строк, встановлений судом.

Таким чином, причини невиконання рішення суду можуть бути з'ясовані судом лише після подання звіту про виконання рішення суду, а не шляхом надання суду пояснень під час встановлення судового контролю чи, наприклад, оскарження в апеляційному порядку ухвали про встановлення судового контролю, що відповідатиме ст. 382 КАС України. В іншому випадку, будуть повністю знівельовані законодавчо визначені можливості для суду, який ухвалив судові рішення, отримати звіт про його виконання.

Підсумовуючи, варто зазначити те, що судовий контроль є важливим інструментом забезпечення виконання судових рішень у соціальних спорах, коли мають своє місце тривале та умисне невиконання чи неналежне виконання рішень судів, які набрали законної сили. Перевагою судового контролю є те, що за його наслідками може бути накладено штраф, який слугує додатковим стимулом для швидкого та належного виконання рішення суду суб'єктом владних повноважень. Попри помилки судів під час встановлення судового контролю та небажання ними накладати штраф за наявності достатніх та обґрунтованих на те підстав, інститут судового контролю залишається ефективним законодавчо закріпленим інструментом у системі виконання рішень судів, ухвалених в соціальних спорах.

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО МАКСИМАЛЬНУ ТРИВАЛІСТЬ РОБОЧОГО ЧАСУ ЯК ГАРАНТІЇ ПРАВА НА ВІДПОЧИНОК

Рибак О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У галузевій науковій літературі неодноразово стверджується, що регулювання робочого часу є однією з юридичних гарантій права працівників на відпочинок, оскільки норми, що регулюють час відпочинку, нерозривно пов'язані з нормами, що регулюють робочий час. Ба більше, на думку вчених, інститути робочого часу та часу відпочинку взаємодіють між собою за принципом сполучених посудин: чим менший робочий час, тим триваліший час відпочинку, і навпаки.

Варто зауважити, що ринкові відносини суттєво впливають на закріплення в правових нормах тривалості робочого часу. Адже в трудових відносинах роботодавець насамперед зацікавлений в отриманні прибутку завдяки праці працівників, а не у дотриманні норм тривалості праці. Тому роботодавці традиційно люблять збільшення тривалості робочого часу, а профспілки, які представляють інтереси найманих працівників, наполягають на суворому дотриманні встановлених законодавством норм тривалості робочого часу, а подекуди висловлюються за скорочення такої норми.

Впровадження інформаційних, цифрових та технологічних інновацій в сферу найманої праці призвело до того, що роботодавці очікують від працівників постійного перебування на зв'язку для того, щоб оперативного врегулювати будь-яке робоче питання. Пандемія Covid-19 зі свого боку призвела до ширшого застосування дистанційної роботи працівників.

Результати дослідження Європейської фундації із поліпшення умов життя та праці свідчать про те, що під час роботи з дому працівники повинні працювати понаднормово, щоб виконати визначений обсяг роботи, а також постійно перебувати на зв'язку, щоб швидко відповісти на робоче запитання. Відтак розмивається межа між робочим часом та часом відпочинку, а відсутність нормального, гарантованого законодавством відпочинку призводить до погіршення здоров'я та продуктивності працівників. Тому задля безпеки та здоров'я працівників вкрай важливим є обмеження тривалості робочого часу і забезпечення достатнього часу для відпочинку та відновлення сил.

Традиційним для національної правової системи є законодавче закріплення максимальної тривалості робочого часу. Відповідно до Конституції України (ч. 2 ст. 45) максимальна тривалість робочого часу та мінімальна тривалість відпочинку визначається виключно законом. Зокрема ст. 50 Кодексу законів про працю України встановлює, що нормальна тривалість робочого часу не може перевищувати 40 годин на тиждень. Варто зауважити, що зазначене законодавче положення цілком відповідає ратифікованій Україною Конвенції Міжнародної організації праці (далі МОП) № 47 «Про скорочення робочого часу до сорока годин на тиждень», а також рекомендації МОП № 116 «Щодо скорочення тривалості робочого часу».

Питання робочого часу та часу відпочинку найчастіше ставали предметом регулювання у документах Міжнародної організації праці. З 1919 року вона прийняла 16 конвенцій та 11 рекомендацій, що стосуються тривалості робочого часу, його організації, нічної роботи, часу відпочинку тощо. Експерти комітету МОП зауважують про важливість та перспективу власне міжнародного регулювання робочого часу. Адже кожному працівникові не залежно від того, де він народився і де він працює, повинно бути гарантовано право на певну максимальну тривалість робочого часу та відповідно мінімальну тривалість відпочинку. Міжнародна організація праці є прихильником консервативного підходу до регулювання робочого часу, оскільки у своїх актах наполягає на дотриманні 40-годинної норми робочого часу.

Натомість європейське законодавство, що регулює норму тривалості робочого часу, є більш гнучким. Зокрема, Європейська соціальна хартія (переглянута) чітко не визначає максимальної кількості годин щотижневої праці, а лише застосовує термін «розумна тривалість робочого часу». На думку експертів Комітету з соціальних прав, яка має становити не більше 60 годин на тиждень.

Хартія основних прав Європейського союзу у ст. 31 закріплює право кожного працівника на обмеження максимальної тривалості робочого часу, на щоденний та щотижневий відпочинок, а також на щорічну оплачувану відпустку.

В Європейському Союзі робочий час працівників регулюється прийнятою у листопаді 2003 році Директивою 2003/88/ЄС. Відповідно до ст. 6 цього документу середня тривалість робочого часу впродовж кожного семиденного періоду, враховуючи надурочні години, не повинна перевищувати сорока восьми годин при обліковому періоді не більше 4 місяців.

Щоправда, варто звернути увагу на інше положення Директиви 2003/88/ЄС, відповідно до якого держави-члени мають можливість не застосовувати 48-годинного обмеження на тиждень. Такий відступ від норми тривалості робочого часу іменують «opt-out» - «концепція відмови». Вона може застосовуватись для окремих специфічних видів роботи, наприклад, коли неможливо нормувати працю або тривалість роботи визначається працівником самостійно.

Важливою умовою застосування «opt-out» є згода працівника. У разі її відсутності роботодавць не може вимагати від працівника виконувати роботу більше 48 годин на тиждень.

Сьогодні концепція «opt-out» є частиною національного законодавства багатьох європейських держав, наприклад Бельгії, Німеччини, Іспанії, Чехії, Угорщини, Франції. Одні держави закріплюють її у вигляді загальної норми, інші - чітко окреслюють галузі або категорії працівників, де вона може бути застосована. Водночас не всі держави погоджуються на такий відступ. Наприклад, Австрія, Швеція, Данія навпаки закріпили положення про недопустимість збільшення максимальної тривалості робочого часу.

Необхідно також відзначити, що держави-члени ЄС закріплюють різний порядок застосування «opt-out». У Нідерландах для відступу необхідно не лише згоду працівника. Така можливість повинна обов'язково бути прописана у колективному договорі. Законодавство Чехії закріплює обов'язок повідомити ін-

спекцію праці про застосування «ort-out». У Німеччині зобов'язують роботодавців вживати додаткові заходи із захисту здоров'я та безпеки працівників, до яких застосовується такий відступ.

Підсумовуючи, зауважимо, що ставлення держав-членів ЄС до цієї концепції є різним: від заборони застосування її до дозволу з забезпеченням окремих гарантій таким працівникам.

Після адаптації українського законодавства до законодавства Європейського Союзу відповідно до Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони буде встановлено Україні графік імплементації Директиви 2003/88/ЄС. Тому якнайшвидше потрібно розробити проект внесення змін до національного трудового законодавства щодо можливості застосування концепції «ort-out» – «концепції відмови».

ВАКЦИНАЦІЯ ТА ЕПІДЕМІЧНИЙ МОНІТОРИНГ ЯК КРИТЕРІЙ ВИКОНАННЯ УКРАЇНОЮ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА СТАТТЕЮ 11 ЄВРОПЕЙСЬКОЇ СОЦІАЛЬНОЇ ХАРТІЇ (ПЕРЕГЛЯНУТОЇ)

Синчук С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Згідно із п. 3 ст. 11 Європейської соціальної хартії (переглянутої), з метою забезпечення ефективного здійснення права на охорону здоров'я Сторони зобов'язуються самостійно або у співробітництві з громадськими чи приватними організаціями вживати відповідних заходів для того, щоб, серед іншого: «запобігати, у міру можливості, епідемічним, ендемічним та іншим захворюванням».

Європейський комітет соціальних прав одним із критеріїв виконання державами за цим пунктом Хартії називає «вакцинацію та епідемічний моніторинг» (*Висновок Європейського комітету соціальних прав стосовно виконання Україною п. 3 ст. 11 за 2017 р.*). А у *Висновку XV–2 (2001 р., Бельгія)* наголошено, що вакцинація є найефективнішим і найекономнішим засобом боротьби з інфекційними й епідемічними захворюваннями, а відтак держави повинні прагнути високого показника охоплення вакцинацією свої громадян. Також держави повинні продемонструвати свою здатність долати інфекційні захворювання за допомогою таких механізмів, як звітність і повідомлення про захворювання, спеціальне лікування хворих на СНІД та надзвичайні заходи в разі епідемії (*Висновок XVII–2 (2005 р., Латвія)*).

Аналізуючи Висновок за 2013 р. стосовно вакцинації (в Україні), бачимо, що Комітет, згадуючи прийняття Закону України «Про затвердження Загальнодержавної програми імунопрофілактики та захисту населення від інфекційних хвороб на 2009–2015 роки» (21.10.2009) та наголошуючи, що Програма перед-

бачає державне цільове фінансування заходів з імунізації, акцентує на низькому коефіцієнті виконання зазначеної програми. Комітет також зазначає, що результативність програми в Україні за останні роки знизилася через нестачу вакцин, та втрату довіри населення до імунізації (*Висновок Європейського комітету соціальних прав стосовно виконання Україною пункту 3 статті 11 за 2013 рік*).

Вартою уваги є Альтернативна доповідь Української Гельсінської спілки, де вказано, що у 2014 р. вакцинація БЦЖ у пологових будинках була проведена на 46,8% при нормативі 95% (5% мають протипоказання) через несвоєчасні поставки вакцин. Туберкулінодіагностику – тобто пробу Манту – в м. Київ у 2015 р. пройшло лише 5,1% дітей (у віці від 4 до 14 років) при нормативі 98%. В межах України цей показник – 36% (*Альтернативна доповідь про виконання Україною Європейської соціальної хартії (переглянутої) за 2016 рік. Українська Гельсінська спілка*).

У висновку Комітету 2017 р. щодо України відзначається «нестабільність епідемічної ситуації щодо інфекційних захворювань, контрольованих за допомогою специфічної імунологічної профілактики» та робиться застереження, що ситуація пов'язана зі зменшенням обсягів профілактичних ін'єкцій через суттєву недостатність фінансування Державної програми імунологічної профілактики на 2009-2015 р. та затримкою постачання в регіони імунобіологічних препаратів. Серед, питань, пов'язаних із вакцинацією, є проблема з поширення в Україні туберкульозу (ТБ). У Альтернативній доповіді наводяться дані, що у 2012 р. в Україні кількість людей, хворих на туберкульоз, складала 457 тисяч; 2015 р. захворюваність на туберкульоз, що включає нові випадки та рецидиви, серед усього населення України становила 70,5 на 100 тис. населення.

Враховуючи сьогодні, надзвичайно важливим аспектом є вживання всіх можливих заходів для недопущення поширення вірусу COVID-19. Для цього у квітні 2020 р. Комітет опублікував заяву про право на охорону здоров'я під час пандемії (*Заява про тлумачення права на охорону здоров'я під час пандемії, ухвалена Комітетом 21 квітня 2020 року*), у якій додатково викладено зобов'язання держави щодо права на охорону здоров'я в цій конкретній ситуації. Оскільки останній Висновок Комітету датується 2017 р., коли пандемії коронавірусної інфекції ще не було, в контексті виконання положень заяви ми можемо брати до уваги лише тринадцяту доповідь Уряду України, яка охоплює період від 01.01.2016 р. до 31.12. 2019 (*Тринадцята доповідь Уряду України щодо реалізації положень Європейської соціальної хартії (переглянутої) за період з 01 січня 2016 по 31 грудня 2019*).

Зокрема, під час пандемії держави-члени повинні вживати всіх потрібних екстрених заходів, щоб запобігти та обмежити поширення вірусу. Такими заходами можуть бути: тестування та відстеження, фізичне дистанціювання та самоізоляція, забезпечення належною кількістю масок і засобів дезінфекції, а також запровадження механізмів карантину і суворой ізоляції (локдауну) (*Заява про тлумачення права на охорону здоров'я під час пандемії, ухвалена Комітетом 21 квітня 2020 року*).

Також обов'язком держав-членів є вживати всі необхідні заходи задля лікування тих, хто захворів під час пандемії, зокрема і забезпечення достатньої кількості лікарняних ліжок, обладнання інтенсивної терапії, залучення достат-

ньою кількістю медичних працівників, а також створення здорових та безпечних умов їхньої роботи (*Заява про тлумачення права на охорону здоров'я під час пандемії, ухвалена Комітетом 21 квітня 2020 року*).

Медичні послуги під час пандемії повинні бути ефективними та доступними для всіх, зокрема і соціальної групи підвищеного ризику (бездомних, людей, що живуть у бідності, літніх людей, осіб з інвалідністю, людей, що проживають в соціально-медичних установах, перебувають в пенітенціарних установах, осіб з неврегульованим міграційним статусом) (*Заява про тлумачення права на охорону здоров'я під час пандемії, ухвалена Комітетом 21 квітня 2020 року*).

Завданням забезпечення державами-членами високих показників охоплення громадян є не лише зниження захворюваності цими хворобами, але й задля нейтралізації джерела вірусу, аби таким чином досягти поставлених ВООЗ цілей з викорінення низки інфекційних захворювань. Наголошується на потребі відповідного фінансування та ефективного координування між публічними та приватними суб'єктами досліджень у галузі розроблення вакцин (*Заява про тлумачення права на охорону здоров'я під час пандемії, ухвалена Комітетом 21 квітня 2020 року*).

Розглянемо заходи, прийняті Україною. Підписано дворічну угоду про співпрацю між Урядом України та Європейським регіональним офісом ВООЗ на 2020 та 2021 р., зокрема щодо посилення спроможності держави реагувати на надзвичайні ситуації, у т. ч. виклики, пов'язані з пандемією COVID-19 (*Тринадцята доповідь Уряду України щодо реалізації положень Європейської соціальної хартії (переглянутої) за період з 01 січня 2016 по 31 грудня 2019.*) Розпочав роботу Національний контактний центр МОЗ України з питань протидії поширенню COVID-19.

Запроваджені цифрові інструменти для боротьби з поширенням COVID-19 включають: запровадження Інформаційної системи безоплатної ліжкової координації в закладах охорони здоров'я, які надають стаціонарну допомогу хворим на COVID-19; цифровізація обліку та реєстрації підозрілих та підтверджених випадків COVID-19 (*Тринадцята доповідь Уряду України щодо реалізації положень Європейської соціальної хартії (переглянутої) за період з 01 січня 2016 по 31 грудня 2019.*)

Реакція на запобігання та поширення, локалізацію та ліквідацію епідемії COVID-19 передбачає: 1) забезпечення роботи Штабу з ліквідації наслідків надзвичайної медико-біологічної надзвичайної природної ситуації на державному рівні; 2) підвищення потужності лабораторій, закупівля обладнання та тест-систем, розробка алгоритмів тестування, посилення кадрового потенціалу та навчання персоналу, що значно збільшило потужність тестування на COVID-19 до 300 тис. ПЛР-тестів на тиждень, забезпечити лікарні киснем, засобами індивідуального захисту обладнання; 3)

до роботи було залучено центр МОЗ України з питань, було залучено понад 167 дзвінків; 4) забезпечується використання коштів, призначених для спрощення закупівлі ЗІЗ та іншої продукції та засобів для подолання пандемії; 5) встановлено додаткові виплати медичним працівникам та іншим працівникам, залученим до ліквідації та локалізації епідемії COVID-19 (*Тринадцята доповідь Уряду України щодо реалізації положень Європейської соціальної хартії (переглянутої) за період з 01 січня 2016 по 31 грудня 2019.*)

ОСОБЛИВОСТІ ЗВІЛЬНЕННЯ ВАГІТНИХ ЖІНОК

Стасів О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

В умовах реформування трудового законодавства особливого значення набуває вчасне виявлення прогалин у законодавстві та дотримання принципу рівності щодо реалізації прав та можливостей сторонами трудового договору. Для прикладу, щоб захистити працівника від свавілля роботодавця він має право звільнитися за власним бажанням. Роботодавець такої можливості не має, проте принцип рівності можливостей тут вважається дотриманим, оскільки роботодавцеві завжди легше знайти працівника, аніж працівникові роботу.

Разом з тим, як серед науковців так і практиків давно обговорюється суттєве обмеження прав роботодавця щодо звільнення вагітної жінки. Статтею 184 Кодексу законів про працю України визначено гарантії при прийнятті на роботу і заборона звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 184 КЗпП України звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей віком до трьох років (до шести років - частина шоста статті 179), одиноких матерів при найнятості дитини віком до чотирнадцяти років або дитини з інвалідністю з ініціативи власника або уповноваженого ним органу не допускається, крім випадків повної ліквідації підприємства, установи, організації, коли допускається звільнення з обов'язковим працевлаштуванням[1].

Отже, якщо жінка є вагітною то роботодавець не може її звільнити ані за прогул, ані за систематичне невиконання трудових обов'язків тощо. Це у свою чергу спонукає роботодавця, який обирає між жінкою чи чоловіком, які претендують на одну посаду, обирати останнього, що у свою чергу порушує принцип рівного доступу до праці чоловіків та жінок.

Так, у травні 2008 року громадянка В. звернулася до суду із позовом до комунальної установи «Центральна районна лікарня» про поновлення на роботі, стягнення середньої заробітної плати за час вимушеного прогулу та відшкодування моральної шкоди.

Позивачка повідомила, що з 1992 року працювала у відповідача медичною сестрою дитячої консультації. Наказом головного лікаря від 17.04.2008 № 91 її звільнено з роботи на підставі пункту 7 статті 40 КЗпП за появу на роботі в нетверезому стані. На переконання позивача, звільнення є незаконним, адже факт її перебування в нетверезому стані не доведено. До того ж на час звільнення громадянка В. була вагітна й, відповідно, з огляду на статтю 184 КЗпП не могла бути звільнена з ініціативи роботодавця.

Бердянський міськрайонний суд Запорізької області рішенням від 13.01.2009 у задоволенні позову відмовив, Апеляційний суд Запорізької області ухвалою від 12.03.2009 рішення суду першої інстанції залишив без змін, також суддею Верховного Суду України ухвалою від 05.05.2009 у відкритті касаційного провадження відмовлено. Проте, Громадянка В. не погодилась з рішеннями

судів першої, апеляційної та касаційної інстанцій і подала скаргу до Верховного Суду України про перегляд цих рішень у зв'язку з неоднаковим застосуванням одного й того самого положення матеріального права частини 3 статті 184 КЗпП щодо додаткової гарантії вагітним жінкам. Для обґрунтування своєї позиції позивачка послалася на судову практику Верховного Суду України та постанову Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду трудових спорів» від 06.11.1992 № 9.

Переглядаючи справу, колегія суддів Судової палати у цивільних справах Верховного Суду України дійшла висновку, що скарга громадянки В. підлягає задоволенню з наступних підстав

Згідно із частиною 3 статті 184 КЗпП звільнення вагітних жінок з ініціативи власника або уповноваженого ним органу не допускається, крім випадків повної ліквідації підприємства, установи, організації, коли звільнення можливе, але з обов'язковим працевлаштуванням. Наявність вагітності на день звільнення працівниці з ініціативи власника або уповноваженого ним органу при відсутності ліквідації підприємства, установи, організації є підставою для поновлення звільненої особи на попередній посаді.

При цьому для застосування частини 3 статті 184 КЗпП закон передбачає наявність стану вагітності саме на час звільнення особи, а не на час розгляду справи. Застосування цієї норми не залежить від повідомлення чи неповідомлення власника або уповноваженого ним органу про вагітність працівниці.

З огляду на зазначене Верховний Суд України постановив, що наявність вагітності на час звільнення є підставою для поновлення на роботі, а несвоєчасне повідомлення працівницею роботодавця про свою вагітність не впливає на застосування гарантій, передбачених КЗпП. Така позиція суду надає фактично можливість жінці, яка є вагітною зловживати своїми правами і цим порушувати права роботодавця, що є недопустимим [2].

Разом з тим Європейська соціальна хартія (переглянута) закріплює в частині I за кожним працівником захист у разі звільнення (п. 24) та право усіх працівників отримувати інформацію та консультації під час колективного звільнення (п. 29). При цьому в частині II ст. 4 визнається право всіх працівників на розумний строк попередження про звільнення з роботи. А в ст. 8 пропонується вважати незаконним, якщо роботодавець надсилає жінці попередження про звільнення з роботи у період від дати повідомлення нею свого роботодавця про вагітність до закінчення її відпустки по вагітності та пологам або якщо він робить попередження про звільнення у такий час, що воно втрачає чинність у цей період. Ст. 24 присвячена праву на захист працівників у випадках звільнення.

ЄСПЛ про порушення статті 1 Протоколу № 12 до Конвенції 9 загальної заборона дискримінації) звернулася заявниця. Вона зазначила, що коли повідомила про свою другу вагітність у січні 2009 року, Міністр закордонних справ вирішив припинити її роботу в м. Любляні та відкликати заявницю до м. Бухаресту. Міністр дійшов висновку, що вона не могла виконувати свою роботу у зв'язку із візитами до лікаря та перебуванням у відпустці по вагітності та пологах. Заявниця відразу написала заяву про надання їй відпустки по догляду за ди-

тиною. У вересні 2009 року заявниця звернулась із цивільним позовом до Міністра, стверджуючи, що припинення її роботи за кордоном було дискримінаційним, оскільки єдиною підставою для цього була її вагітність [3].

Національні суди відхилили її позов своїм остаточним рішенням у листопаді 2012 року, зазначивши, що припинення її роботи не було дисциплінарним заходом, а було прийняте з огляду на забезпечення функціонування консульської секції посольства в м. Любляні. Цієї ж позиції притримався ЄСПЛ, який зазначив, що порушення статті 1 Протоколу № 12 до Конвенції у цій справі не було.

Отже, ЄСПЛ став на сторону роботодавця, дії якого були направлені на забезпечення функціонування консульської секції посольства в м. Любляні. Національному законодавцю варто також перейняти таку практику і надати роботодавцям більші можливості щодо звільнення вагітних жінок.

1. Кодекс законів про працю України у ред. від 14.08.2021 URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text>

2. Дайджест судової практики Верховного Суду у справах зі спорів, що виникають із трудових відносин. Рішення, внесені до ЄДРСР за період із 17.01.2018 по 02.01.2020. URL : https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/-supreme/dajdzhest_VS.pdf

3. Рішення ЄСПЛ від 20.01.2021 № 33139/13 CASE OF NAPOTNIK v. ROMANIA URL : <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-205222%22%5D%7D>

ПРАВО ЗАГАЛЬНОГО ЗЕМЛЕКОРИСТУВАННЯ ГРОМАДЯН

Федорович В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» встановлює, що використання природних ресурсів в Україні здійснюється в порядку загального і спеціального природокористування. Загальне використання природних ресурсів здійснюється громадянами для задоволення життєво необхідних потреб (естетичних, оздоровчих, рекреаційних, матеріальних тощо) безоплатно, без закріплення цих ресурсів за окремими особами і надання відповідних дозволів, за винятком обмежень, передбачених законодавством України.

В умовах сьогодення, коли значна кількість земель в Україні перейшла у приватну власність, відносини загального землекористування набувають особливої актуальності.

Загальне землекористування полягає у використанні громадянами земель у цілях, не пов'язаних із задоволенням економічних потреб та без закріплення індивідуально визначеної земельної ділянки за конкретними суб'єктами.

Суб'єктами права загального землекористування можуть бути тільки громадяни. При реалізації права загального землекористування коло громадян

не індивідуалізується і не обмежується кількісно чи за іншими критеріями. Це означає, що будь-які громадяни можуть знаходитися на земельній ділянці, призначеній для загального користування, проходити чи проїжджати по ній.

Об'єктом права загального землекористування можуть бути державні та комунальні землі, а також земельні ділянки приватної власності громадян та юридичних осіб. У першому випадку право загального землекористування виникає безпосередньо, на підставі закону. У земельному законодавстві для цього використовується термін «землі загального користування». Для загального користування земельною ділянкою приватної власності необхідно встановлювати сервітут, який за своїм характером є публічним. Земельне законодавство України не містить терміну «публічний сервітут» хоч не забороняє його встановлювати.

Загальне землекористування характеризується загальнодоступністю, тобто не потребує отримання індивідуального дозволу в кожному випадку зі сторони власника. За загальним правилом, загальне землекористування здійснюється всюди, де це не заборонено законом, компетентними державними органами або в установленому законом порядку суб'єктами права користування земельною ділянкою чи оренди. До змісту права загального землекористування входить право знаходитися на ділянці, проходити і проїжджати по ній. В окремих випадках, він може включати додаткові права, визначені законодавством. Наприклад, право загального користування землями лісгосподарського призначення охоплює не тільки право знаходитися в лісі, але й збирати об'єкти рослинного світу.

В окремих випадках, передбачених законом, передбачається виділення частини державних та комунальних земель, спеціально призначених для загального користування. До них відносяться землі, зайняті майданами, вулицями, проїздами, шляхами, набережними, пляжами, парками, скверами, бульварами, кладовищами, місцями знешкодження та утилізації відходів тощо, у населених пунктах, а також автомобільними дорогами поза населеними пунктами. Режим загального землекористування діє і в межах земель лісгосподарського призначення та земель водного фонду. Так, ст. 66 Лісового кодексу України передбачає, що громадяни мають право в лісах державної та комунальної власності, а також за згодою власника в лісах приватної власності вільно перебувати, безоплатно, без видачі спеціального дозволу збирати для власного споживання дикорослі трав'яні рослини, квіти, ягоди, горіхи, гриби тощо, крім випадків, передбачених законодавством України.

Аналогічна за змістом норма міститься і у Водному кодексі України, відповідно до ст. 47 якого загальне водокористування здійснюється громадянами для задоволення їх потреб (купання, плавання на човнах, любительське і спортивне рибальство, водопій тварин, забір води з водних об'єктів без застосування споруд або технічних пристроїв та з криниць) безкоштовно, без закріплення водних об'єктів за окремими особами та без надання відповідних дозволів.

Землі загального користування державної та комунальної власності необхідно відрізняти від земель, що мають таку саму назву, але виділяються в межах земельних ділянок, що надаються громадянам для садівництва, городництва та дачного будівництва. Так, наприклад, землі загального користування садівницького товариства перебувають або у приватній власності даного товариства як юридичної особи,

або у спільній сумісній власності. Право загального користування такими землями поширюється не на всіх громадян, а тільки на членів даного об'єднання

За загальним правилом, право загального землекористування є безоплатним, що однак, не виключає права власника отримувати у певних випадках плату. Типовими прикладами застосування даного винятку є платні автостоянки, платний вхід у парки і т.і.

Загальне землекористування громадян на земельних ділянках приватної власності допускається тільки у випадках встановлення сервітуту публічного характеру. Публічний сервітут означає право громадян-невласників проходити і проїжджати по цій частині земельної ділянки, на яку встановлено публічний сервітут. Встановлення публічного сервітуту не означає вилучення земельної ділянки у власника і припинення права приватної власності.

У законодавстві України інститут публічного сервітуту практично відсутній.

Земельний Кодекс України необхідно доповнити положеннями про публічний земельний сервітут. При цьому, необхідно визначити процедуру його встановлення і критерії, за якими можна вимагати встановлення публічного сервітуту; права та обов'язки держави і власника земельної ділянки, щодо якої встановлено публічний сервітут і т.і. Видається, що публічний сервітут мав би встановлюватися вольовими рішеннями органу держави чи місцевого самоврядування і підлягати державній реєстрації.

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ОБЛІКУ ВІДХОДІВ В УКРАЇНІ ТА КРАЇНАХ ЄС

Чопко Х.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Погіршення стану довкілля, чи природного ресурсу можливе як внаслідок техногенних аварій чи катастроф, так і процесами, які відбуваються в самій природі незалежно від антропогенних дій, зокрема внаслідок зсувів, землетрусів, повені тощо. Небезпеку для довкілля, для життя та здоров'я людей викликають і відходи, а саме речовини, матеріали та предмети, що втратили свої властивості у використанні подальшому і джерелом їх походження є людська діяльність. Відповідно до п. 1 ст. 1 Закону України «Про відходи» відходи – це будь-які речовини, матеріали і предмети, що утворилися у процесі виробництва чи споживання, а також товари (продукція), що повністю або частково втратили свої споживчі властивості і не мають подальшого використання за місцем їх утворення чи виявлення і від яких їх власник позбувається, має намір або повинен позбутися шляхом утилізації чи видалення [1].

Відходи визнані міжнародним співтовариством однією з основних загроз сучасної цивілізації. Директивою Європейського Парламенту та Ради 75/442/EWG

від 15 липня 1975 р. про відходи закріплені єдині визначення термінів і понять «відходи», «пошук», «утилізація» тощо. Вказана Директива є основним нормативно-правовим документом ЄС у сфері поводження й управління відходами, якою визначено правові рамки та основні принципи поводження ними.

Відповідно до Державного класифікатора відходів України УДК 005-1996 відходами є «будь-яка речовина та предмети, що створюються в процесі виробництва та життєдіяльності людини або внаслідок природних і техногенних катастроф, які не мають свого подальшого призначення за місцем утворення та підлягають видаленню чи переробці з метою забезпечення захисту навколишнього природного середовища і здоров'я людей або з метою повторного залучення в господарську діяльність як матеріально-сировинних чи енергетичних ресурсів». Таким чином, основними ознаками відходів є їх створення в процесі будь-яких процесів, у тому числі внаслідок природних та техногенних катастроф, тобто враховується наявність ризиків виникнення відходів. Відходи визнаються фактором негативно впливу на навколишнє природне середовище та здоров'я людей і підлягають видаленню з наступною їх утилізацією. Таке визначення створює колізію нормам чинного законодавства, а саме «видалення з метою повторного залучення у господарську діяльність як матеріально-сировинних ресурсів», рівнозначно «видаленню з метою утилізації» (ст. 1 Закону України «Про відходи») [2]. Зміст поняття «видалення» визначається як операція, що не призводить до утилізації, що не стосується відходів, які можуть піддаватись як утилізації, так і видаленню.

В Україні створена система державного моніторингу відходів, тобто система спостережень, збирання, оброблення, передавання, збереження та аналізу інформації про утворення, зберігання та видалення відходів, прогнозування змін довкілля, які зазнає через відходи, розроблення науково обґрунтованих рекомендацій для прийняття рішень про запобігання стрімкому накопиченню відходів та дотримання вимог екологічної безпеки (ст. 29 Закону України «Про відходи») [1]. Запровадження такої системи дозволяє організувати оперативні потоки актуальної інформації про темпи накопичення відходів, їх утилізації, видалення тощо, які є необхідними в процесі здійснення заходів з екологічного планування, прогнозування, розроблення державних та регіональних програм у сфері охорони довкілля, соціально-гігієнічного моніторингу, при розрахунку збитків довкіллю за скаргами населення, яке проживає у відповідному регіоні.

Отже, зважаючи на потенційну небезпеку, яку несе масштабне забруднення відходами дрвкілля, правове регулювання поводження з відходами є надзвичайно актуальним питанням і для України, і для Європейського співтовариства, а підтвердження цьому є величезна кількість правових актів, які приймаються з метою врегулювання питань, що стосуються утворення, зберігання та видалення відходів.

1. Про відходи : Закон України від 05 березня 1998 р. № 187/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 363. – Ст. 242.

2. Корнякова Н. Поняття відходів за законодавством України та Європейського Союзу: порівняльно-правовий аналіз / Н. Корнякова // Право України. – 2004. – № 5. – С. 1 – 4.

ЩОДО ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СУДОВИЙ ЗАХИСТ У ТРУДОВИХ СПОРАХ

Швець Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Як відомо, трудові спори за кількістю розглянутих справ з року в рік займають перші місця, поступаючись лише спорам у сфері договірної регулювання та відшкодування шкоди.

Тривалий період часу судовий розгляд трудових спорів, що виникали між працівником і роботодавцем, здійснювався без сплати судового збору. Однак, з прийняттям Закону України № 484 відбулося зменшення підстав звільнення від сплати судового збору у трудових спорах. Законодавчими змінами було визначено, що від сплати судового збору звільняються особи лише у справах про поновлення на роботі та стягнення заробітної плати.

Такі зміни спровокували жваві обговорення щодо правомірності звільнення від сплати судового збору у справах про стягнення середнього заробітку за час затримки розрахунку при звільненні. Крапку у цих справах було поставлено постановою Великої Палати Верховного Суду від 30 січня 2019 року у справі № 910/4518/16, в якій суд дійшов до висновку, що за змістом приписів статей 94, 116, 117 Кодексу законів про працю України та статей 1, 2 Закону України «Про оплату праці» середній заробіток за час затримки розрахунку при звільненні за своєю правовою природою є спеціальним видом відповідальності роботодавця, спрямованим на захист прав звільнених працівників щодо отримання ними в передбачений законом строк винагороди за виконану роботу (усіх виплат, на отримання яких працівники мають право згідно з умовами трудового договору і відповідно до державних гарантій), який нараховується у розмірі середнього заробітку та не входить до структури заробітної плати.

Аналогічна правова позиція була викладена Верховним Судом у постанові від 24 квітня 2019 року у справі № 607/14495/16-ц. Однак, в цьому рішення суд робить ще один висновок та зазначає, що особа звільняється від сплати судового збору лише у двох категоріях трудових спорів: про стягнення заробітної плати та поновлення на роботі. При цьому, Верховний Суд зазначає, що законодавство не звільняє особу від обов'язку щодо сплати судового збору в справах за іншими позовними вимогами, що впливають із трудових відносин.

Як наслідок, згадка Верховним Судом у своєму рішенні про те, що законодавство не звільняє особу від обов'язку щодо сплати судового збору в справах за іншими позовними вимогами, що впливають із трудових відносин, зумовила формування судової практики, яка значно обмежує права працівників на судовий захист порушених трудових прав.

Так, суди досить часто почали виносити ухвали про залишення позовних заяв та апеляційних скарг без руху з підстав несплати судових зборів за позовні вимоги про визнання незаконними та скасування наказів про звільнення з робо-

ти. При цьому, такі висновки є наслідок формального підходу суддів до трактування підстав звільнення від сплати судового збору, передбачених п. 1 ч. 1 ст. 5 Закону України «Про судовий збір».

Більше того, мають місце ухвали судів про залишення позовів без руху з підстав несплати судового збору за вимогу про стягнення середнього заробітку за вимушений прогул. Ухвалюючи такі рішення, суди покликаються на згадані вище рішення Верховного Суду, використовуючи правову позицію, яка стосується середнього заробітку

Звичайно, позивач може скористатися своїм процесуальним правом на оскарження такої ухвали до суду апеляційної інстанції. Однак, короткі строки позовної давності у спорах про поновлення на роботі та беззаперечна важливість швидкого розгляду такої категорії справ досить часто змушують позивачів оплачувати судовий збір, попри явну незаконність таких вимог.

Як наслідок, протиправні тлумачення судьями рішень Верховного Суду в ухвалах про залишення позовів без руху з підстав несплати судового збору за подання позовів про скасування наказів про звільнення чи стягнення середнього заробітку за вимушений прогул, які не були оскаржені у визначеному законом порядку, формують негативну судову практику.

Таким чином, нечіткі формулювання правових позиції Верховного Суду з легкістю можуть трактуватися судами по-своєму. Такий стан речей аж ніяк не сприяє виконанню одного з головних завдань Верховного Суду – встановлення правової визначеності шляхом забезпечення єдності та сталості судової практики у цій категорії справ.

ПОРЯДОК НАДАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК ДЛЯ БУДІВНИЦТВА І ОБСЛУГОВУВАННЯ ЖИЛОГО БУДИНКУ, ГОСПОДАРСЬКИХ БУДІВЕЛЬ І СПОРУД В УКРАЇНІ

Шегедин А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до ст. 40 Земельного кодексу України громадянам України за рішенням органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування земельні ділянки для будівництва та обслуговування житлового будинку, господарських будівель і гаражного будівництва в межах норм, визначених Земельним кодексом України, можуть передаватися безоплатно у власність або надаватися в оренду. Варто звернути увагу, що відповідно до ст. 38 Земельного кодексу України земельні ділянки з цільовим призначенням «для громадської та житлової забудови» можуть надаватися лише в межах населеного пункту.

Розглянемо порядок безоплатної передачі земельної ділянки для будівництва та обслуговування житлового будинку, господарських будівель і гараж-

ного будівництва у власність. Статтею 121 Земельного кодексу України визначено, що громадяни України мають право на безоплатну передачу їм земельних ділянок із земель державної та комунальної власності для: будівництва і обслуговування житлового будинку, господарських будівель і споруд (присадибна ділянка) у селах у розмірі не більше 0,25 гектара; у селищах у розмірі не більше 0,15 гектара; в містах у розмірах не більше 0,10 гектара. для будівництва індивідуальних гаражів не більше 0,01 га.

Безоплатна передача земельної ділянки для будівництва і обслуговування житлового будинку, господарських будівель і споруд (присадибна ділянка) на практиці відбувається за порядком, який визначений ст. 118 Земельного кодексу України на підставі технічних матеріалів, які підтверджують розмір земельної ділянки, яка перебуває є користуванні, або за проектом землеустрою щодо відведення земельної ділянки, якщо вона передається із земель запасу.

Так, для отримання безоплатно у власність земельної ділянки для будівництва із земель запасу необхідно подати клопотання (заяву) до місцевої ради із зазначенням бажаних розмірів земельної ділянки, що не перевищують норми безоплатної передачі та цільового призначення земельної ділянки (для будівництва та обслуговування житлового будинку, господарських будівель і споруд). Тоді місцева рада розглядає клопотання та приймає рішення про надання дозволу на розроблення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки або відмовляє у задоволенні клопотання. Варто звернути увагу, що місцева рада зобов'язана розглянути клопотання та прийняти рішення по ньому у термін 1 місяць. Слід також відмітити, що відмова у наданні дозволу на розроблення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки має бути мотивованою. Підставою відмови у наданні такого дозволу може бути лише невідповідність місця розташування об'єкта вимогам законів, прийнятих відповідно до них нормативно-правових актів, генеральних планів населених пунктів та іншої містобудівної документації, схем землеустрою і техніко-економічних обґрунтувань використання та охорони земель адміністративно-територіальних утворень, проектів землеустрою щодо впорядкування територій населених пунктів, затверджених у встановленому законом порядку. Отримавши дозвіл від місцевої ради, необхідно для розроблення землепорядної документації на земельну ділянку звернутися до землепорядної організації, яка має ліцензію на виконання таких робіт. Остання розробляє проект землеустрою щодо відведення земельної ділянки та здійснює його погодження у необхідних органах. Проект відведення земельної ділянки погоджується місцевими органами земельних ресурсів, природоохоронним і санітарно-епідеміологічним органами, органом архітектури. Крім того, технічна документація по відведенню земельної ділянки для будівництва і обслуговування житлового будинку підлягає державній експертизі. Місцева рада приймає рішення про затвердження проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки та надання її у власність. Орган земельних ресурсів на основі рішення місцевої ради видає державний акт на право власності.

27 травня 2021 року, набрали чинності переважна більшість норм Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдос-

коналення системи управління та дерегуляції у сфері земельних відносин» від 28 квітня 2021 року № 1423-ІХ. Вказаним законом вносяться, зміни до значної кількості законодавчих актів України, зокрема до шести кодексів України та 24 законів України. Розглянемо лише основні новели закону № 1423: Повноваження з розпорядження землями на території громад: Сільським, селищним, міським радам, тобто базовому рівню місцевого самоврядування, передано повноваження з розпорядження всіма землями державної власності, розташованими за межами населених пунктів у межах відповідних територіальних громад, крім земель, які залишаються у державній власності – це землі, які використовуються органами державної влади, державними підприємствами, установами, організаціями на праві постійного користування, землі оборони, лісогосподарського призначення та інших, передбачених пунктом 24 розділу Х «Перехідні положення» ЗК України. Земельні ділянки, які відповідно до зазначеного закону вважаються комунальною власністю територіальних громад сіл, селищ, міст та які були зареєстровані у Державному реєстрі речових прав, переходять у комунальну власність з моменту державної реєстрації права комунальної власності на такі земельні ділянки у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, але органи виконавчої влади, що здійснювали розпорядження такими земельними ділянками, вже не мають права здійснювати розпорядження ними. Інші земельні ділянки та землі, які залишились не сформовані та не внесені до Державного земельного кадастру, переходять у комунальну власність з дня набрання чинності цим законом. Слід відмітити, що перехід земельних ділянок із державної власності у комунальну власність згідно з вимогами цього закону, не є підставою для припинення права оренди та інших речових прав, похідних від права власності на такі земельні ділянки. Внесення змін до договору оренди, суперфіцію, емфітевзису, земельного сервітуту із зазначенням нового органу, що здійснює розпорядження такою земельною ділянкою, не вимагається і здійснюється лише за згодою сторін договору. Важливим в прийнятому законі також є те, що всі надані до набрання чинності цим законом рішення органів виконавчої влади про надання дозволів на розроблення документації із землеустрою щодо земельних ділянок державної власності, які відповідно до цього пункту переходять у комунальну власність, є чинними. Рішення про затвердження такої документації, що не була затверджена на день набрання чинності цим законом, приймають сільські, селищні, міські ради.

Стосовно безоплатної приватизації земельних ділянок слід зазначити наступне. Зазначеним законом внесені зміни в порядок безоплатної приватизації земельних ділянок відповідно до ст. 118 Земельного кодексу України, а саме: Так, громадянин, заінтересований у приватизації земельної ділянки у межах норм безоплатної приватизації, що перебуває у його користуванні, у тому числі земельної ділянки на якій розташовано житловий будинок, господарські будівлі та споруди, що перебувають у його власності, подає клопотання до органу місцевого самоврядування і до клопотання додає вже розроблену технічну документацію із землеустрою щодо встановлення (відновлення) меж земельної ділянки в натурі (на місцевості), що замовляється громадянином без надання дозволу на

її розроблення. Орган місцевого самоврядування в місячний термін з дня отримання документації із землеустрою приймає рішення про її затвердження та передачу земельної ділянки у власність або вмотивоване рішення про відмову. Один з моментів відмови може бути те, що відповідно до рішення про надання земельної ділянки, наприклад, було надано для будівництва житлового будинку земельну ділянку площею 0,06 га, а при розробленні документації із землеустрою земельна ділянка стала вже 0,2500 га без наявності будь-яких документів, що підтверджують збільшення площі земельної ділянки. З 26.08.2021 р. набуває чинності норма закону (ст. 118 та 123 ЗКУ), яка передбачає у разі надання дозволу на розроблення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки органом місцевого самоврядування, протягом 10 днів з дня прийняття рішення або з дня повідомлення особою, зацікавленою в одержанні безоплатно земельної ділянки із земель комунальної власності про замовлення проекту землеустрою (у разі ненадання органом місцевого самоврядування дозволу або відповіді протягом 1 місяця), органи місцевого самоврядування зобов'язані відобразити на картографічній основі Державного земельного кадастру орієнтовне місце розташування земельної ділянки, дату та номер рішення про надання дозволу, а також майбутнє цільове призначення. Зазначена інформація оприлюднюється безоплатно на офіційному сайті Держгеокадастру. Нарешті законом чітко встановлено норму надання в оренду земельної ділянки для городництва – не може перевищувати 0,6000 га; встановлено що набуття громадянами права власності на земельну ділянку за давністю користування в порядку безоплатної приватизації земельних ділянок встановленим ст. 118 ЗКУ.

ЗНАЧЕННЯ ЗВІТУ У ПРОЦЕДУРІ ОЦІНКИ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ

Шпарик Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Процедурі оцінки впливу на довкілля (далі – ОВД), яка успішно замінила неефективну та застарілу державну екологічну оцінку, у грудні 2021 року виповнюється 4 роки з моменту, коли набрав чинності Закон України «Про оцінку впливу на довкілля».

Фактично ця процедура складається з кількох послідовних етапів. Після того як суб'єктом господарювання прийнято рішення про початок проходження процедури ОВД у встановленому законом порядку, він надсилає уповноваженому територіальному органу повідомлення про планувану діяльність, що підлягає ОВД. Потім суб'єкт господарювання забезпечує підготовку звіту з оцінки впливу на довкілля, замовляючи його розробку у спеціалізованих приватних організаціях, але при цьому несе відповідальність за достовірність наведеної у звіті інформації згідно з законодавством.

Звіт з оцінки впливу на довкілля включає досить великий перелік питань, які мають бути детально описані та проаналізовані (ч. 2 ст. 6 Закону). Зокрема, це безпосередній 1) опис планованої діяльності; 2) опис виправданих альтернатив (наприклад, географічного та/або технологічного характеру) планованої діяльності, основних причин обрання запропонованого варіанта з урахуванням екологічних наслідків; 3) опис поточного стану довкілля (базовий сценарій) та опис його ймовірної зміни без здійснення планованої діяльності в межах того, наскільки природні зміни від базового сценарію можуть бути оцінені на основі доступної екологічної інформації та наукових знань; 4) опис факторів довкілля, які ймовірно зазнають впливу з боку планованої діяльності та її альтернативних варіантів; 5) опис і оцінку можливого впливу на довкілля планованої діяльності, зокрема величини та масштабів такого впливу (площа території та чисельність населення, які можуть зазнати впливу), характеру (за наявності - транскордонного), інтенсивності і складності, ймовірності, очікуваного початку, тривалості, частоти і невідворотності; 6) опис методів прогнозування; 7) опис передбачених заходів, спрямованих на запобігання, відвернення, уникнення, зменшення, усунення значного негативного впливу на довкілля, у тому числі (за можливості) компенсаційних заходів; 8) опис очікуваного значного негативного впливу діяльності на довкілля, зумовленого вразливістю проекту до ризиків надзвичайних ситуацій, заходів запобігання чи пом'якшення впливу надзвичайних ситуацій на довкілля та заходів реагування на надзвичайні ситуації; 9) визначення усіх труднощів (технічних недоліків, відсутності достатніх технічних засобів або знань), виявлених у процесі підготовки звіту з оцінки впливу на довкілля; 10) усі зауваження і пропозиції, що надійшли до уповноваженого органу після оприлюднення ним повідомлення про плановану діяльність, а також таблицю із зазначенням інформації про повне врахування, часткове врахування або обґрунтування відхилення отриманих під час громадського обговорення зауважень та пропозицій, що надійшли; 11) стислий зміст програм моніторингу та контролю щодо впливу на довкілля під час провадження планованої діяльності, а також (за потреби) планів післяпроектного моніторингу; 12) резюме нетехнічного характеру інформації, розраховане на широку аудиторію; 13) список посилань із зазначенням джерел, що використовуються для описів та оцінок, що містяться у звіті з оцінки впливу на довкілля.

Після опублікування звіту проводяться громадські слухання, а порядок їх проведення затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 13 грудня 2017 р. № 989.

Потім уповноважений орган повинен здійснити аналіз інформації, наданої у звіті з ОВД, будь-якої додаткової інформації, яку надає суб'єкт господарювання, а також інформації, отриманої від громадськості під час громадського обговорення, під час здійснення процедури оцінки транскордонного впливу, іншої інформації, і вже після цього надає мотивований висновок з ОВД, що враховує результати аналізу, визначає допустимість чи обґрунтовує недопустимість провадження планованої діяльності та визначає екологічні умови її провадження.

Цей висновок та екологічні умови є обов'язковими для виконання. Пізніше висновок з оцінки впливу на довкілля враховується при прийнятті рішення про провадження планованої діяльності та може бути підставою для відмови у видачі рішення про провадження планованої діяльності.

Отже, як випливає із законодавства, одним з основних документів у процедурі ОВД є звіт, оскільки саме цей документ повинен бути врахований у висновку, його повинні детально проаналізувати громадськість та уповноважений орган, а розробник звіту зобов'язаний детально описати усі потенційні ризики та інші аспекти планованої діяльності, яка проходить процедуру ОВД.

Суб'єкти господарювання сміливо можуть долучати будь-яку іншу, додаткову інформацію, якщо у цьому є необхідність і ця інформація, документи не були долучені до звіту як додатки, зокрема, робочий проект, інвестиційний проект, експертний звіт тощо. Але все буде залежати від того наскільки такий суб'єкт зацікавлений у подачі всієї інформації, адже якщо він буде вбачати ризики у можливому негативному висновку з ОВД, то робитиме все для того, щоб цього не допустити. І у цій ситуації найлегшим варіантом є спроба домовитися із розробником звіту та зробити звіт максимально поверхневим або ж створити умови для авторів звіту бути не надто скрупульозними у своїх дослідженнях.

Тим більше на практиці недостовірність або неповноту даних, наведених у звіті з ОВД, доведеться доказувати у судовому порядку. А без спеціальних знань суду буде складно (а в окремих випадках видаватиметься навіть неможливим) розібратися у факті неналежного виконання (неналежно проведеному дослідженні) звіту з ОВД. Не факт, що у таких ситуаціях залучення судового експерта зможе допомогти у вирішенні питання про неякісно зроблений звіт, так як експерт буде аналізувати дані по матеріалах справи і малоімовірно, що з його сторони буде ініціатива заявити клопотання про надання йому додаткових матеріалів і зразків (п. 2 ч. 6 ст. 68 КАС України).

Загалом у таких випадках призначений судом експерт може відмовитися від надання висновку, якщо наданих на його запит матеріалів недостатньо для виконання покладених на нього обов'язків. Заява про відмову повинна бути вмотивованою (ч. 8 ст. 68 КАС України).

Також важливу роль у такій судовій експертизі відіграватиме правильна постановка питань, що теж може видатися проблематичним, оскільки, поперше, запропоновані ініціатором експертизи питання погоджує суд, а по-друге, не завжди питання у таких експертизах є доречними або ж такими, що вплинуть на вирішення справи. Тому суду під час вирішення справи про скасування висновку з ОВД варто пам'ятати, що жодні докази не мають для суду наперед встановленої сили (ч. 2 ст. 90 КАС України), і судову експертизу потрібно детально аналізувати на факт появи нової інформації, якої раніше не було у справі.

Якщо позивач має намір скасувати висновок з ОВД у зв'язку із обґрунтованою підозрою у неналежній або неповній підготовці звіту з ОВД (що могло призвести до видачі неправомірного висновку з ОВД), то йому доречно акцентувати увагу суду на те, що аналіз інформації, наданої у звіті з оцінки впливу на довкілля (ст. 2, 9 Закону) є обов'язком уповноваженого органу провести, адже

це один з основних етапів проведення процедури з ОВД. Уповноважений орган не може сліпо довіряти даним, що зазначаються у звіті і повинен перевірити їх достовірність, в окремих випадках провести власний аналіз у межах своїх можливостей та надати мотивований висновок з ОВД. А в судовому процесі тягар доказування у правомірності своїх дій лягатиме на відповідача, тобто на уповноважений орган, який видав висновок з ОВД.

Відносним полегшенням для розробників звіту та уповноваженого органу можна вважати появу Наказу Міністерства захисту довкілля та природних ресурсів України від 15 березня 2021 року № 193 «Про затвердження Загальних методичних рекомендацій щодо змісту та порядку складання звітів з оцінки впливу на довкілля». Ці методичні рекомендації хоч і носять рекомендаційний характер, але визначають найкращу практику підготовки звіту з ОВД та допомагають врахувати всі аспекти ст. 6 Закону України «Про ОВД», розтлумачують її, допомагають не забути важливого і фактично можуть бути дороговказом для розробників звіту з ОВД у процесі його підготовки.

Отже, можна сміливо констатувати, що звіт з оцінки впливу на довкілля є основоположним документом у процедурі ОВД. Від авторів звіту, повноти їхнього дослідження залежить наявність усієї можливої інформації, яку громадськості та уповноваженому органу потрібно проаналізувати, щоб визначити допустимість чи обґрунтувати недопустимість провадження планованої діяльності та визначити екологічні умови її провадження.

СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА

ВИТРАТИ НА ПРАВНИЧУ ДОПОМОГУ АДВОКАТА В КОНТЕКСТІ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Борщевський О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Оподаткування доходу адвоката визначається матеріальними нормами в галузях адміністративного та фінансового права. Відповідно до ч. 1 ст. 13 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», адвокат, який здійснює адвокатську діяльність індивідуально, є самозайнятою особою. Згідно абз. 1 пп. 14.1.226. п. 14.1. ст. 14 Податкового кодексу України, самозайнята особа – платник податку, який провадить незалежну професійну діяльність, а у абз. 2 визначено, що діяльність адвокатів відноситься до такої незалежної професійної діяльності. Відповідно до вказаних норм, адвокат сплачує податок, як самозайнята особа, що за загальним правилом становить 18% сукупного чистого доходу. Діючий Податковий кодекс України не передбачає права самозайнятої особи перебувати на спрощеній системі оподаткування в межах своєї професійної діяльності.

Інший підхід до вказаного питання запропоновано законопроектом від 02.10.2019 року № 2200 «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо оподаткування самозайнятих осіб, які провадять незалежну професійну діяльність», де пропонується викладення п. 178.2. ст. 178 Податкового кодексу України в новій редакції, згідно якої «Доходи фізичних осіб, які провадять незалежну професійну діяльність та стали на облік у контролюючих органах за місцем свого постійного проживання як самозайняті особи, оподатковуються за ставкою визначеною пунктом 167.1 статті 167 цього Кодексу, або за самостійно обраною спрощеною системою оподаткування відповідно до Глави 1 розділу XIV цього Кодексу». Цей законопроект також пропонує доповнити Податковий кодекс України новим пунктом 291.⁷¹, у якому передбачити, що під діяльністю фізичної особи, яка провадить незалежну професійну діяльність та може бути платником єдиного податку другої та третьої груп, розуміється також адвокатська діяльність.

Разом з тим, на практиці, під час судового розгляду справ, неодноразово виникають питання про відшкодування судових витрат на правничу допомогу, які були сплачені адвокату, зареєстрованому підприємцем. Сьогодні є судова практика Верховного Суду за якою, кошти отримані адвокатом, як фізичною особою-підприємцем, суди відносять до судових витрат на правничу допомогу.

Таким чином, суди, через норми процесуального права, фактично надають можливість адвокату отримувати кошти в межах своєї професійної діяльно-

сті, як підприємець, і відповідно включати ці кошти до об'єкту оподаткування підприємця та сплачувати податок за ставкою для підприємця. При цьому, важливим в даному аспекті є питання забезпечення гарантії сплати податку в порядку, розмірі та на умовах, визначених законодавством, а також питання обліку і податкової звітності.

Так, у справі № 910/7304/20, в ухвалі від 09.09.2021 року, Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду відхилив доводи позивача про те, що «відповідачем не надано доказів оплати послуг адвоката, оскільки відповідно до платіжного доручення оплата послуг з правової допомоги здійснена на користь фізичної особи-підприємця». При цьому, суд касаційної інстанції, у п. 33 судового рішення вказав, що порядок оформлення адвокатом рахунку для оплати наданих ним послуг та оподаткування грошових доходів фізичної особи-підприємця та самозайнятої особи, яка провадить незалежну професійну діяльність за ставками внеску до бюджету, перебуває поза межами предмету дослідження питання витрат на професійну правничу допомогу.

Відповідного висновку дійшов також Верховний Суд у постанові від 08.10.2019 у справі № 922/1747/19 (п. 34).

У справі № 922/1749/19 від 17.10.2019 року Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду також не погодився з висновком суду апеляційної інстанції про те, що «відповідно до витягу з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань вбачається, що за податковим номером дійсно взято на облік фізичну особу-підприємця, однак, оподаткування грошових доходів фізичної особи-підприємця та самозайнятої особи, яка провадить незалежну професійну діяльність (адвокати), відрізняються ставками внеску до бюджету; відповідно до статті 167 Податкового кодексу України адвокат сплачує у 2019 році – 18% чистого прибутку, а фізична особа-підприємець – 5% без ПДВ від суми доходу, або 3% із ПДВ». При цьому, суд касаційної інстанції вказав, що порядок оформлення адвокатом рахунку для оплати наданих ним послуг та оподаткування грошових доходів фізичної особи-підприємця та самозайнятої особи, яка провадить незалежну професійну діяльність, за ставками внеску до бюджету перебуває поза межами предмету дослідження питання витрат на професійну правничу допомогу (п. 9.4.).

Таким чином, існуюча сьогодні судова практика Верховного Суду, фактично дозволяє адвокату, котрий зареєстрований підприємцем, подавати на розподіл витрати, отримані ним, як підприємцем. Кошти, які були отримані адвокатом, котрий зареєстрований фізичною-особою підприємцем, суд касаційної інстанції включає до судових витрат і проводить їх розподіл. При цьому, така судова практика фактично впливає на формування об'єкту оподаткування підприємця, котрий є адвокатом і здійснює свою професійну діяльність.

ВІДМІННІСТЬ СПРОЩЕНОГО ПОЗОВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ВІД ЗАГАЛЬНОГО ПОЗОВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Гембара Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Реалізація завдання адміністративного судочинства безпосередньо залежить від обрання процесуальної форми розгляду і вирішення справи.

Поділ позовного провадження в адміністративному судочинстві на загальне та спрощене покликаний удосконалити та оптимізувати адміністративне судочинство з метою швидкого вирішення публічно-правового спору та захисту прав, свобод та інтересів особи від порушень з боку суб'єктів владних повноважень.

Дослідження спрощеного позовного провадження шляхом порівняльно-правового аналізу із загальним позовним провадженням надасть змогу сформулювати їх загальні (спільні) та спеціальні (відмінні) ознаки.

Насамперед необхідно зазначити, що оскільки спрощене позовне провадження є формою позовного провадження, то йому притаманні такі ж ознаки (спільні) як і загальному позовному провадженню, а саме:

- 1) наявність публічно-правового спору між сторонами;
- 2) відкриття провадження у справі виключно за позовною заявою, яка подається до відповідного (за інстанційною та територіальною юрисдикціями) адміністративного суду;
- 3) наявність двох сторін, одна з яких суб'єкт владних повноважень;
- 4) спрямованість на розгляд та вирішення уповноваженим законом органом (судом) спорів у сфері публічно-правових відносин з метою захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень з боку суб'єктів владних повноважень;
- 5) розгляд та вирішення підвідомчих суду адміністративних справ, що виникають із правовідносин, в яких сторони перебувають у правовідносинах влади і підпорядкування;
- 6) наявність в учасників справи процесуальних гарантій, які забезпечують реалізацію права доступу до правосуддя.

Здійснювши системну інтерпретацію положень КАС України, можна сформулювати наступні спеціальні ознаки, які відрізняють спрощене позовне провадження від загального позовного провадження:

- 1) скорочений строк розгляду справи. Строк загального позовного провадження не може становити більше 120 днів з дня відкриття провадження у справі (60 днів для проведення підготовчого провадження, з можливістю у виняткових випадках продовжити на строк не більше ніж 30 днів, та 30 днів для розгляду справи по суті). Натомість справи в порядку спрощеного позовного провадження суд розглядає в строк не більше 60 днів (окремі категорії справ незначної складності у строк не більше 30 днів) з дня відкриття провадження у справі, без можливості його продовження;

2) відсутність стадії підготовчого провадження. У загальному позовному провадженні така стадія є обов'язковою, та призначена для підготовки справи до судового розгляду. Проте відповідно до глави 10 розділу II КАС України Кодексу адміністративного судочинства України від 06.07.2005 (далі – КАС України), яка регламентує порядок розгляду справ за правилами спрощеного позовного провадження, підготовче засідання, як форма проведення підготовчого провадження, не проводиться, а отже і відсутня стадія підготовчого провадження;

3) розгляд справи, за загальним правилом, в порядку письмового провадження, тобто без повідомлення (виклику) сторін. З аналізу норм КАС України, які регламентують порядок розгляду справ за правилами загального позовного провадження, вбачається, що загальне позовне провадження проводиться з обов'язковим повідомленням (викликом) сторін. Порушення цього правила є обов'язковою підставою для скасування судового рішення та ухвалення нового судового рішення. Водночас справу в порядку спрощеного позовного провадження суд розглядає без повідомлення сторін за наявними у справі матеріалами, тобто у письмовому провадженні, за відсутності клопотання будь-якої зі сторін про інше;

4) відсутність судових дебатів. В загальному позовному провадженні після закінчення з'ясування обставин та перевірки їх доказами проводяться судові дебати. Натомість при розгляді справи в порядку спрощеного позовного провадження судові дебати не проводяться, після закінчення з'ясування обставин та перевірки їх доказами суд виходить до нарадчої кімнати для ухвалення рішення у справі;

5) неможливість розгляду зустрічного позову. Частина четверта статті 177 КАС України передбачає, що у випадку подання зустрічного позову у справі, яка розглядається за правилами спрощеного позовного провадження, суд постановляє ухвалу про перехід до розгляду справи за правилами загального позовного провадження. Таким чином, суд при розгляді справи в порядку спрощеного позовного провадження може прийняти зустрічний позов, однак не вправі його розглядати в такому порядку. Відтак можна констатувати, що інститут зустрічного позову характерний лише для загального позовного провадження;

б) скорочені (спеціальні) строки на вчинення окремих процесуальних дій, зокрема: зміни предмета або підстав позову, збільшення або зменшення розміру позовних вимог (стаття 47 КАС України); вступу у справу третіх осіб (стаття 49 КАС України), подачі заяви про виклик свідків (стаття 92 КАС України), складення судом повного тексту рішення (стаття 243 КАС України);

7) неможливість призначення експертизи судом. У частині другій статті 180 КАС України встановлено, що у підготовчому засіданні суд, зокрема, вирішує питання про призначення експертизи. З огляду на те, що у спрощеному позовному провадженні стадії підготовчого провадження немає, то суд повинен учинити дії щодо підготовки справи самостійно до розгляду справи по суті, тобто до відкриття першого судового засідання. Це випливає з того, що завданням розгляду справи по суті є розгляд і вирішення спору на підставі зібраних у підготовчому провадженні матеріалів. Таким чином, у разі коли суд вирішить призначити експертизу, то він не зможе забезпечити реалізацію права учасників

справи запропонувати питання, роз'яснення яких, на їхню думку, потребує висновку експерта, оскільки викликавши їх в судове засідання, фактично розпочнеться розгляд справи по суті;

8) обмежена можливість касаційного оскарження судових рішень у справах незначної складності та інших справах, розглянутих за правилами спрощеного позовного провадження. Відповідно до пункту 2 частини п'ятої статті 328 КАС України не підлягають касаційному оскарженню судові рішення у справах незначної складності та інших справах, розглянутих за правилами спрощеного позовного провадження (крім справ, які відповідно до вказаного Кодексу розглядаються за правилами загального позовного провадження), крім випадків, якщо: а) касаційна скарга стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовчої практики; б) особа, яка подає касаційну скаргу, відповідно до вказаного Кодексу позбавлена можливості спростувати обставини, встановлені оскарженим судовим рішенням, при розгляді іншої справи; в) справа становить значний суспільний інтерес або має виняткове значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу; г) суд першої інстанції відніс справу до категорії справ незначної складності помилково;

9) можливість представництва інтересів учасників справи фізичною особою, яка відповідно до частини другої статті 43 КАС України має адміністративну процесуальну дієздатність. В загальному позовному провадженні, як вбачається з аналізу статті 57 КАС України, представником може бути лише адвокат або законний представник.

З урахуванням вищенаведених ознак, спрощене позовне провадження можна визначити як форму позовного провадження, яка призначена для розгляду справ незначної складності та інших справ, для яких пріоритетним є швидке вирішення, в скорочені строки, за відсутності стадії підготовчого провадження та при обмеженій дії окремих процесуальних інститутів.

СТЯГНЕННЯ ПОДАТКОВОГО БОРГУ ЗА ЗВЕРНЕННЯМ КОНТРОЛЮЮЧОГО ОРГАНУ: ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ РОЗГЛЯДУ СПРАВ У СУДАХ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ

Гінда О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Право контролюючого органу звертатися до суду щодо стягнення коштів платника податків, який має податковий борг, з рахунків у банках, що обслуговують такого платника податків, на суму податкового боргу або його частини передбачене в підпункті 20.1.34 пункту 20.1 статті 20 Податкового кодексу України (далі – ПК України). Кодекс про адміністративне судочинство України (далі – КАС України) визначає два види звернення контролюючого органу до суду про

стягнення податкового боргу, а саме: 1) із позовною заявою (може бути відкрито загальне позовне провадження, спрощене позовне провадження з повідомленням чи без повідомлення сторін); 2) із заявою в порядку визначеному ст. 283 КАС України (варто зауважити, що звернення контролюючого органу в порядку ст. 283 КАС України про стягнення податкового боргу можливе лише в частині стягнення коштів за податковим боргом). У ПК України та КАС України не містяться норм права, які б в імперативному порядку визначали форму звернення контролюючого органу до суду із вимогою про стягнення коштів за податковим боргом. Верховний Суд з цього приводу також неодноразово висловлював свою позицію. Так, у постанові Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 18 вересня 2019 року у справі № 560/4497/18 суд зазначив, що звернення податкового органу до суду з приводу стягнення з платника податків сум податкового боргу може мати місце не лише шляхом звернення до суду із відповідною заявою у порядку визначеному ч. 2 ст. 283 КАС України, а й у загальному позовному провадженні. Враховуючи наведене, можна стверджувати, що ці форми звернення контролюючого до суду із вимогою стягнення коштів за податковим боргом є альтернативними та не повинні застосовуватися почергово. Наш науковий інтерес складають так звані «термінові справи». Тому вважаємо за необхідне розглянути особливості розгляду справ щодо стягнення коштів за податковим боргом в суді першої інстанції в порядку визначеному ст. 283 КАС України.

У КАС України не закріплено чітких правил за якою процедурою відбувається судовий розгляд справ передбачених ст. 283 КАС України в цілому та щодо стягнення коштів за податковим боргом. До норм, які прямо визначають порядок розгляду справи за зверненням контролюючого органу про стягнення коштів за податковим боргом, відноситься: 1) строк звернення до суду із заявою (ч. 2 ст. 283 КАС України, слід зауважити, що строк в 24 години є загальним строком звернення до суду в усіх категоріях справ, що визначені в ч. 1 ст. 283 КАС України, проте момент встановлення відповідних обставин та докази, що підтверджують його виникнення у цій справі є відмінними від інших категорій справ визначених у ст. 283 КАС України); 2) строк розгляду справи в суді першої інстанції (абзац 1 ч. 7 ст. 283 КАС України, строк в 96 годин з моменту встановлення обставин, що зумовлюють звернення заявника до суду є загальним для усіх категорій справ, що визначені в ч. 1 ст. 283 КАС України); 3) розгляд справи відбувається за участю контролюючого органу та платника, якого стосується така заява (абзац 2 ч. 7 ст. 283 КАС України, зазначене правило є загальним для усіх категорій справ, що визначені в ч. 1 ст. 283 КАС України). Ще однією особливістю справ щодо стягнення коштів за податковим боргом є те, що подання апеляційної скарги зупиняє виконання вказаного рішення (ч. 8 ст. 283 КАС України).

На нашу думку, судовий розгляд справи у порядку ст. 283 КАС України в суді першої інстанції не може відбуватися за правилами схожими на загальне позовне провадження та проходити відповідні стадії, де відсутнє підготовче судове засідання та судові дебати. У ст. 268 КАС України зазначено загальні правила, що поширюють свою дію в тому числі і на провадження відкриті за заявою контролюючого органу про стягнення коштів за податковим боргом пода-

ною в порядку визначеному ст. 283 КАС України. Стаття 268 КАС України, визначає особливості повідомлення учасників справи про дату, час та місце розгляду аналізованого нами виду судових справ, а також те, що неприбуття у судові засідання учасника справи, повідомленого відповідно до положень цієї статті, не перешкоджає розгляду справи у судах першої та апеляційної інстанцій. Враховуючи мету, з якою в КАС України були включені норми щодо розгляду «термінових справ» та норми права, що регулюють особливості провадження за заявою про стягнення коштів за податковим боргом, вважаємо, що у випадку прибуття сторін в судові засідання, провадження у такій справі повинне відбуватися за правилами спрощеного позовного провадження з врахуванням усіх особливостей визначених вище. Також особливостями розгляду справи про стягнення коштів за податковим боргом є обов'язкове проголошення повного тексту рішення в судовому засіданні (ч. 1 ст. 271 КАС України), наявність скороченої кількості заяв по суті (ч. 1 ст. 269 КАС України), проте варто зауважити, що ці особливості є властивим для усіх категорій справ, що можуть бути розглянуті в порядку ст. 283 КАС України. Особливістю, яка виділяє певну категорію справ, серед інших відповідний предмет доказування (п. 4, ч. 2 ст. 283 КАС України).

Строк звернення контролюючого органу із заявою про стягнення коштів за податковим боргом становить 24 години з моменту встановлення обставин, що зумовлюють звернення до суду. Згідно п. 59.1 ст. 59 ПК України у разі коли у платника податків виник податковий борг, контролюючий орган надсилає (вручає) йому податкову вимогу в порядку, визначеному для надсилання (вручення) податкового повідомлення-рішення. Згідно з п. 7 Розділу 4 Порядку направлення контролюючими органами податкових вимог платникам податків, затвердженого Наказом Міністерства фінансів України 30.06.2017 № 610 та зареєстрованим в Міністерстві юстиції України 24.07.2017 за № 902/30770, податкова вимога вважається належним чином врученою платнику податків (крім фізичних осіб), якщо вона надіслана за адресою (місцезнаходженням, податковою адресою) платника податків рекомендованим листом з повідомленням про вручення або особисто вручена платнику податків або його законному чи уповноваженому представникові. Вказаний порядок також зазначає, що вважається належним повідомленням платника податків фізичної особи. Стаття 95 ПК України визначає, що стягнення коштів та продаж майна платника податків провадяться не раніше ніж через 30 календарних днів з дня надіслання (вручення) такому платнику податкової вимоги. Тому вважаємо, що 24 годинний строк звернення контролюючого органу із заявою про стягнення коштів за податковим боргом починається з 00 годин наступного дня після отримання податкової вимоги. Така правова позиція наведена в судовій практиці, наприклад в ухвалі Одеського окружного адміністративного суду від 3 серпня 2020 року у справі № 420/6189/20, в ухвалі Запорізького окружного адміністративного суду від 23 листопада 2020 року у справі № 280/8464/20 та ін. Доказами, що підтверджують початок перебігу 24 годинного строку є відповідні поштові квитанції, накладні, повідомлення про вручення.

Вважаємо за необхідне також описати проблему щодо правового регулювання розгляду стягнення коштів за податковим боргом (ця проблема прямо не

стосується безпосередньо розгляду цієї категорії справ в суді, проте пов'язана із можливістю чи неможливістю розгляду деяких справ в порядку ст. 283 КАС України, а також має велике теоретичне та практичне значення). Так, п. 87.11 ст. 87 ПК України, передбачає, що контролюючий орган звертається до суду з позовом про стягнення суми податкового боргу платника податку - фізичної особи. У свою чергу ст. 283 КАС України передбачає подання заяви про стягнення коштів за податковим боргом, а не позову. Ми підтримуємо позицію, що позов і заява подана в порядку ст. 283 КАС України мають різну правову природу, а відтак виникає питання чи можна звертатися в порядку ст. 283 КАС України із заявою про стягнення коштів за податковим боргом з платника податків фізичної особи. Судова практика допускає звернення із заявою про стягнення коштів за податковим боргом з платника податків фізичної особи у порядку ст. 283 КАС України. Вважаємо, що з метою досягнення правової визначеності нормативного регулювання, необхідно внести зміни у п. 87.11 ст. 87 ПК України та зазначити, що контролюючий орган може звертатися як з позовом, так і з заявою про стягнення коштів за податковим боргом щодо платника податків фізичної особи.

Наступною характерною особливістю розгляду виключно справ щодо стягнення коштів за податковим боргом є предмет доказування (п. 4 ч. 2 ст. 283 КАС України). Предметом доказування у зазначеній категорії справ є факт наявності податкового боргу та його розмір. Податковий борг може підтверджуватися копією податкової декларації, копією податкової вимоги, розрахунком суми боргу (такий висновок ми зробили проаналізувавши судову практику судів першої інстанції, зокрема рішення Хмельницького окружного адміністративного суду від 6 травня 2021 року у справі № 560/5294/21, рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 27 грудня 2019 року у справі № 640/23874/19 та ін.).

З наведеного вище можна дійти висновку, що провадженню справ у суді першої інстанції щодо стягнення коштів за податковим боргом властиві загальні (характерні для усіх категорій справ, що розглядаються в порядку визначеному ст. 283 КАС України) та спеціальні (характерні виключно для категорій справ щодо стягнення коштів за податковим боргом) ознаки.

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ СКЛАДЕННЯ ПРОТОКОЛУ ПРО АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Гудз Б.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Однією з підстав притягнення до адміністративної відповідальності є встановлення факту вчинення адміністративного правопорушення. Власне для письмової фіксації факту вчинення адміністративного правопорушення існує такий процесуальний документ як протокол про адміністративне правопорушення.

Основні положення, які стосуються складення, надіслання, змісту протоколу про адміністративне правопорушення, а також деяких інших питань містяться в главі 19 Розділу IV Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) [1]. Однак, здійснюючи аналіз вищезгаданих положень, було виявлено, що нормативно-правове регулювання порядку складення протоколу про адміністративне правопорушення має низку проблем, які впливають на належне здійснення практичної діяльності у досліджуваному питанні.

Так, Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прикордонної безпеки держави» 27 лютого 2018 року № 2293-VIII [2], статтю 254 КУпАП було викладено в новій редакції, згідно з якою протокол про адміністративне правопорушення, у разі його оформлення, складається не пізніше двадцяти чотирьох годин з моменту виявлення особи, яка вчинила правопорушення, у двох примірниках, один із яких під розписку вручається особі, яка притягається до адміністративної відповідальності.

Як бачимо, законодавець у цьому випадку не встановлює жодних винятків, тому строк у 24 години з моменту виявлення особи, яка вчинила правопорушення передбачений для складення всіх протоколів про адміністративні порушення. Однак, практична реалізація наведеного положення є проблемною з огляду на те, що не у всіх видах адміністративних правопорушень з об'єктивних причин можливо скласти протокол протягом 24 годин з моменту виявлення особи, яка вчинила правопорушення.

Зокрема в цьому контексті, варто згадати склад адміністративного правопорушення, передбачений ст. 212³ КУпАП «Порушення права на інформацію та права на звернення». Правом на складення протоколу про вищенаведене правопорушення наділені відповідно до п. 8-1 ч. 1 ст. 255 КУпАП уповноважені особи секретаріату Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини або представники Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, а також відповідно до п. 9-1 ч. 1 ст. 255 КУпАП – голова ради адвокатів Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя або уповноважений радою член ради адвокатів (у частині, що стосується порушення права на інформацію відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Для того, щоб притягнути особу до адміністративної відповідальності за ст. 212³ КУпАП необхідно за добу здійснити декілька дій, а саме – перш за все, з'ясувати наявність у вчиненому діянні ознак адміністративного правопорушення, виявити особу порушника, забезпечити їй право на професійну правову допомогу, забезпечити її присутність при складенні протоколу про адміністративне правопорушення, вручити складений протокол під розписку, надіслати протокол до органу, уповноваженого розглядати справу про адміністративне правопорушення. Той факт, що особа має бути присутньою під час складення протоколу впливає з наступних положень – згідно з ст. 256 КУпАП у протоколі про адміністративне правопорушення зазначаються, зокрема пояснення особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, а також при складенні протоколу особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, роз'яснюються її права і обов'язки, передбачені статтею 268 КУпАП, про що робиться відмітка у протоколі.

Так, згідно з Постановою Центрально-Міського районного суду міста Кривого Рогу Дніпропетровської області від 28 вересня 2021 року по справі № 216/6208/21 [3], суддя повернув матеріали справи про адміністративне правопорушення за ч. 5 ст. 212³ КУпАП Раді адвокатів Київської області, для належного оформлення з огляду на те, що Уповноваженим Радою адвокатів Київської області не було виконано наведених вимог закону в частині вручення протоколу про адміністративне правопорушення особі, яка притягається до адміністративної відповідальності, відібрання підпису про отримання другого примірника протоколу та пояснень щодо суті правопорушення, а також в частині роз'яснення останньому його прав і обов'язків, передбачених ст. 268 КУпАП, що є грубим порушенням права на захист. Крім того, надіслання копії протоколу особі, яка притягається до адміністративної відповідальності, поштою чинними нормами КУпАП не передбачено.

Крім того, справедливо було б зауважити, що відповідно до п. 12 Постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення» від 17 жовтня 2014 року № 11 [4], норми КУпАП не забороняють повернення протоколу про адміністративне правопорушення, складеного без дочеряння вимог статті 256 КУпАП вмотивованою постановою суду для належного оформлення. Однак, ст. 256 КУпАП визначені вимоги щодо змісту протоколу про адміністративне правопорушення, в той час як строк, протягом якого має бути складений протокол про адміністративне правопорушення встановлений ст. 254 КУпАП, тому у разі пропускання цього строку суди не уповноважені повертати матеріали справи про адміністративне правопорушення для належного оформлення.

Інша позиція була висловлена в Узагальненні судової практики застосування судами України законодавства про відповідальність за адміністративні правопорушення, що посягають на здійснення народного волевиявлення та встановлений порядок його забезпечення (статті 212⁷—212²¹ Кодексу України про адміністративні правопорушення), та злочини проти виборчих прав і свобод (статті 157—160 Кримінального кодексу України) [5]. Так, судам необхідно звертати увагу на те, що ст. 284 КпАП не передбачено ухвалення таких постанов, як направлення для усунення недоліків або для доопрацювання протоколу про адміністративне правопорушення. Правильною слід вважати таку судову практику, коли у разі неналежно оформленого протоколу про адміністративне правопорушення та порушення положень статей 254, 256, 268 КпАП, зокрема відсутності даних на підтвердження наявності складу адміністративного правопорушення (п. 1 ч. 1 ст. 247, ст. 284 КпАП), провадження у справі підлягає закриттю із звільненням особи від адміністративної відповідальності.

Однак, до того часу поки не сформована єдина правова позиція з спірного питання Верховним Судом суди в переважній більшості віддають перевагу тлумаченням Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, повертаючи матеріали справи про адміністративне правопорушення для належного оформлення.

Враховуючи вищенаведене, а також ту обставину, що суб'єкт, який має право скласти протокол про адміністративне правопорушення та особа, яка притягається до адміністративної відповідальності можуть знаходитися в різних населених пунктах України, то видається за неможливе здійснити всі необхідні дії у 24-годинний строк. Як наслідок, суд не зможе розглянути протокол про адміністративне правопорушення, складений з порушенням строку, що фактично унеможливило притягнення особи до адміністративної відповідальності, сприяє безкарності, підриває загальновизнані принципи права. Відтак, виникає актуальна потреба в перегляді ст. 254 КУпАП у контексті визначення строку, протягом якого має бути складений протокол у справ про адміністративне правопорушення.

Неоднозначне розуміння також викликає і ст. 256 КУпАП, яка встановлює вимоги, які повинен містити протокол про адміністративне правопорушення. Так, у протоколі про адміністративне правопорушення серед іншого зазначаються відомості про особу, яка притягається до адміністративної відповідальності (у разі її виявлення). По-перше, законодавець не деталізує які конкретно відомості необхідно вказати в протоколі, чим породжує неоднозначність в належному оформленні протоколу про адміністративне правопорушення, оскільки коло відомостей про особу є досить широке – прізвище, ім'я, по батькові, дата народження, реєстраційний номер облікової картки платника податків, місце проживання, місце реєстрації, освіта, сімейний стан тощо. Так, протокол про адміністративне правопорушення повинен містити усі необхідні дані про особу, що притягається до адміністративної відповідальності задля встановлення дійсних обставин справи та ідентифікації правопорушника. Недотримання цієї вимоги має наслідком відправлення протоколу на доопрацювання. Недоліки протоколу необхідно ретельно перевірити та усунути з метою встановлення дійсних осіб, що вчинили правопорушення. Така позиція відображена у Постанові Костянтинівського міськрайонного суду Донецької області у справі № 233/5132/21 від 11 листопада 2021 року [6].

По-друге, не досить зрозумілим є уточнення законодавця, що такі відомості зазначаються у разі виявлення особи, оскільки відповідно до ст. 254 КУпАП протокол про адміністративне правопорушення, у разі його оформлення, складається не пізніше двадцяти чотирьох годин з моменту виявлення особи, яка вчинила правопорушення, а випадки, в яких протокол про адміністративне правопорушення не складається чітко передбачені законом.

Підсумовуючи вищенаведене, описані вище проблеми є не єдиними, що виникають в процесі складення протоколу про адміністративне правопорушення, що зумовлює необхідність в майбутньому ґрунтовного дослідження суперечливих питань та вироблення власних підходів до їх вирішення.

1. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 року № 8073-X (із змінами) // База даних «Законодавство України» //ВР України. URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80732-10#n361>.

2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прикордонної безпеки держави: Закон України від 27 лютого 2018 року № 2293-VIII // База даних «Законодавство України» //ВР України. URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2293-19#Text>.

3. Постанова Центрально-Міського районного суду міста Кривого Рогу Дніпропетровської області від 28 вересня 2021 року по справі № 216/6208/21. URL <https://verdictum.ligazakon.net/document/100294751>.

4. Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення: Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17 жовтня 2014 року № 11 // База даних «Законодавство України» // ВР України. URL <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011740-14#Text>.

5. Узагальнення судової практики застосування судами України законодавства про відповідальність за адміністративні правопорушення, що посягають на здійснення народного волевиявлення та встановлений порядок його забезпечення (статті 2127–21221 Кодексу України про адміністративні правопорушення), та злочини проти виборчих прав і свобод (статті 157–160 Кримінального кодексу України). URL https://dsa.court.gov.ua/userfiles/file/sud1590/News/Zlochiny_protvy_vyborchih_prav.pdf.

6. Постанова Костянтинівського міськрайонного суду Донецької області у справі № 233/5132/21 від 11 листопада 2021 року. URL. <https://verdictum.ligazakon.net/document/101000099>.

СПРОЩЕНА СИСТЕМА ОПОДАТКУВАННЯ, ОБЛІКУ ТА ЗВІТНОСТІ: ПЕРЕВАГИ ТА НЕДОЛІКИ

Джох Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Спрощена система оподаткування, обліку та звітності (далі – спрощена система оподаткування) була створена більше 20 років тому згідно із указом Президента України № 727 «Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва», з метою сприяння розвитку малого бізнесу. Весь час існування спрощеної системи оподаткування точаться дискусії про доцільність її існування, про плюси і мінуси оподаткування на її основі. Звичайно плюсів і мінусів оподаткування на основі спрощеної системи є доволі багато, що залежить від умов здійснення підприємницької діяльності, господарських операцій суб'єкта підприємницької діяльності, від величини його прибутку та ін. Ми не претендуємо на абсолютно повне чи повністю об'єктивне визначення переваг та недоліків спрощеної системи, адже їх розуміння залежить від критеріїв поділу на позитивні та негативні ознаки, які обирає дослідник, та значною мірою від суб'єкта (держави чи платника податків) з точки зору якого, ми здійснюємо оцінку аналізованого явища. Тому ми наведемо найбільш поширені підходи до визначення переваг та недоліків спрощеної системи.

До переваг спрощеної системи слід віднести звільнення від сплати податків та зборів передбачених ст. 297 ПК України (податок на прибуток підприємств, податок на доходи фізичних осіб у частині доходів підприємця, що отримані в результаті його господарської діяльності (фізичні особи першої - третьої

груп), податок на додану вартість з операцій з постачання товарів, робіт і послуг, місце постачання яких розташоване на митній території України, за виключенням ПДВ, що сплачується фізичними та юридичними особами, які обрали ставку єдиного податку 3%, а також четвертої групи платників податку; рентна плата за спеціальне використання води платниками єдиного податку четвертої групи), що тягне за собою зменшення документів бухгалтерського обліку та документів, які потрібно подавати для звітності у відповідні органи. Надання права вибору щодо сплати ПДВ; значне спрощення процедури обчислення об'єкта оподаткування для визначення сум єдиного податку.

Крім того спрощена система оподаткування з часом удосконалюється та стає все більш зручнішою, наприклад з 2013 р. для платників 1 та 2 групи встановлено податковий період в один рік (до цього – квартал). Зазначене нововведення спростило процедуру ведення бізнесу, вчетверо зменшило обсяг звітності для вказаних підприємців, скоротило витрати робочого часу.

В значній кількості наукових джерел можна зустріти позицію, що перевагою спрощеної системи оподаткування є ефективне сприяння мінімізації податкового зобов'язання платників. Та те, що існує велика різниця суми податків з однакового доходу платників, що застосовують різні системи оподаткування. Ми із зазначеними вище думками не погоджуємося в повній мірі. Так, справді, якщо подивитися на цифри відсотків податків, що сплачуються на спрощеній системі оподаткування та в загальному порядку, можна однозначно стверджувати, що на спрощеній системі відсоткова ставка податків, що підлягають сплаті є значно меншою. Проте, при визначенні об'єкта оподаткування на спрощеній системі оподаткування та оподаткуванні за загальним правилом застосовуються різні концептуальні підходи. Платники податків, які обрали 1 та 2 групу спрощеної системи оподаткування сплачують податок, що залежить від прожиткового мінімуму та мінімальної зарплати, при чому не враховуються результати господарської діяльності. Платники податків, що обрали 3 групу спрощеної системи оподаткування сплачують 3 або 5 % (в залежності є вони одночасно платниками податку на додану вартість чи ні) від доходу, якщо спрощено зазначити, це від всієї виручки, не враховуючи витрат. Платники 4 групи спрощеної системи сплачують податки в залежності від площі земельних ділянок, які вони використовують в господарській діяльності, тут знову ж таки не враховуються витрати. Платники податків, що використовують загальний режим оподаткування, фактично сплачують податки з прибутку, тобто загальний дохід мінус загальні витрати. Цілком можлива ситуація, коли рентабельність господарської діяльності невелика, в такому випадку платник податку за загальній системі оподаткування сплачуватиме менші податки, ніж на спрощеній.

Тобто доцільність переходу на спрощену систему залежить від ступеня рентабельності господарської діяльності, якщо у підприємства є високі прибутки, відсоток витрат у доході є невеликим, краще вибрати спрощену систему оподаткування, якщо ж рентабельність діяльності не велика – краще перебувати на загальній системі оподаткування. Звичайно можуть бути ситуації, коли грошова сума, яку потрібно сплатити, як податки за загальною та спрощеною систе-

мою оподаткування приблизно однакові, чи на загальній системі дещо менші, тут потрібно вибирати, що платника податків більше турбує: більші суми податку, але спрощена звітність чи менші податки, але загальна звітність?

Недоліками спрощеної системи оподаткування є: використання спрощеної системи оподаткування в схемах з мінімізації податків; обмеження обсягів доходу платників єдиного податку; для першої та другої груп платників - обмеження чисельності найманих працівників та сплата податку незалежно від результату господарської діяльності; для третьої групи платників - урахування сукупного доходу, а не прибутку; фіксовані ставки податку; неможливість використання спрощених процедур оподаткування для підприємств, які на невелику суму перевищують поріг за масштабами діяльності; недосконалий механізм нарахування і сплати єдиного податку, оскільки він за своєю економічною суттю не є єдиним, адже платники податку сплачують і інші платежі - єдиний соціальний внесок, податок на додану вартість.

Ще одним недоліком спрощеної системи оподаткування є те, що платники єдиного податку повинні здійснювати розрахунки за відвантажені товари (виконані роботи, надані послуги) виключно в грошовій формі (готівковій та/або безготівковій) (291.6 статті 291 ПК України). З чого можна зробити висновок, що, платники єдиного податку не мають права здійснювати бартерні операції, операції переведення боргу, переуступки права вимоги боргу, вексельні операції, тобто погашати заборгованість за відвантажені товари (виконані роботи, надані послуги) іншим способом ніж грошовим.

Вищезазначене лише ілюструє деякі переваги та мінуси перебування на спрощеній системі оподаткування в цілому. Для визначення, яку систему оподаткування доцільніше вибрати конкретному суб'єкту підприємницької діяльності потрібно володіти сукупністю всієї інформації про перелік господарських операцій, які здійснюються суб'єктами господарювання, кількість осіб, які знаходяться у трудових відносинах, обсягом доходу, рентабельністю платника податків та рядом іншої інформації.

СТВОРЕННЯ, СТРУКТУРА ТА ПОВНОВАЖЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТРИБУНАЛУ АВСТРІЇ (1875–1918)

Дзіковський М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Правовою основою діяльності Адміністративного Трибуналу Австрії став основний Конституційний закон Австрії «Про становлення судової влади» від 21 грудня 1867 р. та закон «Про Адміністративний Трибунал» 1875 р.

Адміністративний Трибунал складався з першого і другого (з 1894 р.) президентів, сенатів та радників. Посада судді Адміністративного Трибуналу була оплат-

ною державною службою, яку не можна було поєднувати з іншою оплачуваною посадою чи перебувати на державній службі. Судді Адміністративного Трибуналу мали отримувати заробітну плату, яка відповідала заробітній платі судді Вищого судового і касаційного Трибуналу у Австрії, який виконував функції вищої судової інстанції у системі судів загальної юрисдикції. Членів Адміністративного Трибуналу призначав імператор за поданням палати панів та палати депутатів Державної ради. Не менше половини суддів Адміністративного Трибуналу відповідали кваліфікаційним вимогам для особи, яка бажала обійняти посаду судді. До них належала вища юридична освіта, не менше трьох років юридичного стажу та здача суддівського, прокурорського або адвокатського іспиту. Судді Адміністративного Трибуналу, як і інші судді Австро-Угорщини, володіли конституційними гарантіями незалежності та недоторканості суддів. Звільнення з посади могло відбуватися також на основі основного конституційного закону від 21 грудня 1867 р. «Про судову владу» і закону «Про Адміністративний Трибунал» 1875 р. та на підставі рішення дисциплінарного суду Адміністративного Трибуналу в складі президента або його заступника, чотирьох радників та двох їх заступників. Цей дисциплінарний суд створювався щороку і половина його членів мали бути професійними суддями.

Роботою Адміністративного Трибуналу керував президент або його заступник. До їх повноважень також входив розподіл справ між суддями Адміністративного Трибуналу та здійснення керівництва допоміжним апаратом суду. Президент Адміністративного Трибуналу створював зі складу суду судові колегії Трибуналу, так звані сенати, які проводили слухання окремих категорій справ. У фінансових справах створювались постійні сенати, оскільки дана категорія справ характеризувалася значною складністю і, відповідно, вимагала високої кваліфікації суддів. Президент, а у випадку його відсутності його заступник віце-президент, визначали час проведення засідання і склад суду. Після проведення судових засідань головуючий та судді мали подати протокол судового розгляду і обговорити винесене судове рішення. У дуже важливих або важких справах вони могли розглядатись на пленарних засіданнях усього складу Адміністративного Трибуналу. Порядок проведення пленарних засідань Адміністративного Трибуналу визначався у регламенті прийнятому 1876 р. Пленарне засідання суддів Адміністративного Трибуналу могли відбуватись за ініціативи більшості членів сенату, які проводили засідання суду з питань застосування положень закону «Про Адміністративний Трибунал» або Регламенту Адміністративного Трибуналу. Пленарні засідання вважались чинними, якщо за це проголосували більшість суддів Адміністративного Трибуналу, які взяли участь у засіданнях. Зміна внутрішньої структури Адміністративного Трибуналу відбулася 1907 р. після внесення змін до регламенту. На його основі пленарні засідання Адміністративного Трибуналу могли скликатись президентом Адміністративного Трибуналу за участі тільки призначених президентом радників Трибуналу. Після цього на пленарних засіданнях могли розглядатись питання застосування на практиці нормативно-правових актів при розгляді окремих категорій справ. Прийняті на пленарних засіданнях постанови набували статусу судового прецеденту і ставали загальнообов'язковими для вирішення аналогічних справ.

На початку кожного календарного року президент Адміністративного Трибуналу також призначав професійні сенати (Fachplenum), що склалися з дванадцяти членів Адміністративного Трибуналу, які також обговорювали питання застосування нормативно-правих актів при вирішенні аналогічних справ. Згідно положень регламенту в редакції 1876 р. такі функції виконував пленум Адміністративного Трибуналу. На основі регламенту 1907 р. президент міг оскаржувати рішення пленарного засідання Трибуналу у випадку не однакового трактування положень закону «Про Адміністративний Трибунал» та регламенту Адміністративного Трибуналу. Для забезпечення єдності судової практики Адміністративного Трибуналу було передбачено видання протоколів судових засідань для можливості отримання інформації про стан розгляду справ в цій інстанції.

Отже, закон «Про Адміністративний Трибунал» та регламент Адміністративного Трибуналу містили положеннями які сприяли уніфікації судової практики в Адміністративному Трибуналі.

Кожен сенат, який виносив рішення, мав враховувати судову практику, щоб його рішення за змістом не відрізнялись від попередніх рішень адміністративного Трибуналу. Президент сенату, який був головою судової колегії, як правило, прагнув обґрунтувати винесене судове рішення вказуючи на нові обставини справи та судову практику. Відповідно тільки незначну кількість рішень Адміністративного Трибуналу можна вважати судовим прецедентом. До таких справ, на думку професора Ягелонського університету Анджея Дзядзя відносились справи, які стосувалися питань щодо сповідання релігії для дітей, батьки яких були різного віросповідання на основі закону від 25 травня 1868 р. У Законі вказувалось, що батьки можуть обирати релігію для дітей, які не досягли 7 – річного віку.

Сенат Адміністративного Трибуналу наприкінці кожного року подавав перелік справ, які вони розглядали, вказуючи, на якій стадії процесу ці справи перебувають. Також необхідно було вказати міністерства та коронні краї Австрії, в яких оскаржувались дії та бездіяльність службових осіб. Окремо подавались назви нормативно-правових актів, які оскаржувались в Адміністративному Трибуналі. Ці дані кожного року подавались Голові Ради Міністрів Австрії, який у своєму чергою повідомляв імператора про стан судової практики Адміністративного Трибуналу. У період між 1876 і 1878 рр. кількість скарг зросла з 300 до майже 600. З розглянутих у 1878 р. справах - 25 у позові було відмовлено, у 44 справах адміністративний орган задовольнив позов, а у 16 випадках позовна заява була відкликана. У 100 справах Адміністративний Трибунал скасував рішення органів публічної влади. Кількість позовних заяв з кожним кроком зростала і у 1918 р. наприкінці діяльності Адміністративного Трибуналу складала вже 4000 справ. Після значного збільшення кількості справ зросла і кількість суддів Адміністративного Трибуналу. У 1876 р. до складу Адміністративного Трибуналу входило 12 суддів, а у 1918р. – 49 суддів.

Адміністративний Трибунал розпочав свою діяльність 2 липня 1876 р. до першого складу Адміністративного Трибуналу входив президент Адміністративного Трибуналу, президент сенату, десять радників (суддів) та три секретарі. Першим президентом Адміністративного Трибуналу був Карл Фрейхер фон Стелін – керівник відділу в Міністерстві внутрішніх справ. Карл Фрейхер фон Стелін од-

ночасно був радником Міністра внутрішніх справ та депутатом палати панів. Він очолював Адміністративний Трибунал до 1881 р. Наступним президентом Адміністративного Трибуналу став Річард Бекреді, який у 1865–1867 рр. обіймав посаду голови уряду. Він обіймав посаду президента Адміністративного Трибуналу до 1895 р. На період його каденції значно зріс авторитет Адміністративного Трибуналу. Наступником Річарда Белкреді було призначено Фрідріха Графа Шенборна, представника давнього Австрійського графського роду. У 40-річному віці Фрідріх граф Шенборн обіймав посаду губернатора в Моравії (Чехія). Пізніше він був призначений міністром юстиції Австрії. Як міністр юстиції Фрідріх граф Шенборн підтримував ідею незалежності судової влади та суддів. Також він брав участь у підготовці цивільно-процесуального кодексу Австрії 1895 р. та закону про виконавче провадження, інших нормативно-правових актів. Фрідріх граф Шенборн також був призначений австрійським депутатом палати панів, де брав активну участь в обговоренні законів та в іншій парламентській діяльності.

Четвертим президентом Адміністративного Трибуналу був Олів'є Маркіз Банчем, який розпочинав кар'єру в органах публічної влади Австрії з посади крайового президента у Сілезії (тепер Польща), пізніше він обіймав посаду в Міністерстві торгівлі Австрії, де займався питанням залізничного та річкового транспорту. Олів'є Маркіз Бакчем також обіймав посаду міністра внутрішніх справ Австрії. На посаді президента Адміністративного Трибуналу він доклав багато зусиль щодо дотримання встановлених сторін розгляду справ в Адміністративному Трибуналі та підвищення кваліфікації суддів і допоміжного апарату суддів. Олів'є Маркіз Бакчел у 1906 р. був призначений президентом сенату, віце президентом Адміністративного Трибуналу та двічі очолював Адміністративний Трибунал.

Отже, функції президента Адміністративного Трибуналу виконували особи, які обіймали високі посади в системі органів публічної влади.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ДОСТУП ДО ОБ'ЄКТІВ БУДІВНИЦТВА, ТРАНСПОРТУ, ЕЛЕКТРОЕНЕРГЕТИКИ З МЕТОЮ РОЗВИТКУ ТЕЛЕКОМУНІКАЦІЙНИХ МЕРЕЖ»

Заболотна Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Закон України «Про доступ до об'єктів будівництва, транспорту, електроенергетики з метою розвитку телекомунікаційних мереж» від 07.02.2017 року № 1834-VIII (далі – Закон «Про доступ. ...») набрав чинності 04.06.2017 року та спрямований на врегулювання відносин операторів та провайдерів телекомунікацій з власниками об'єктів будівництва, транспорту, електроенергетики, кабельної каналізації електрозв'язку, будинкової розподільної мережі (далі – об'єкти доступу). Основна ідея цього Закону полягає в тому, що власник об'єкта доступу зобов'язаний

надавати оператору чи провайдеру телекомунікацій можливість «зайти» в об'єкт доступу і користуватися окремими елементами інфраструктури об'єкта доступу для розміщення та обслуговування технічних засобів телекомунікацій. Необхідність прийняття такого Закону існувала вже давно, адже відносини, на які він поширюється, виникли задовго до його прийняття. Однак все ще залишається відкритим питання чи врегульовано ці відносини достатньо добре і справедливо.

Закон «Про доступ. ...» в першу чергу покликаний забезпечувати права провайдерів та операторів телекомунікацій. Згідно цього Закону та Правил надання доступу до інфраструктури об'єкта будівництва, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 18 липня 2018 р. № 610., для надання доступу замовник звертається із запитом до власника об'єкта доступу, на підставі запиту власник об'єкта видає технічні умови (замовник оплачує власнику одноразову плату за виготовлення та видачу технічних умов), власник об'єкта та замовник погоджують проектну документацію з доступу, на підставі погодженої проектною документації за зверненням замовника укладається договір з доступу. Розмір плати за доступ визначається Методикою визначення плати за доступ до елементів інфраструктури об'єкта будівництва, затвердженою Наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 25.09.2018 р. № 247.

Таким чином, законодавством передбачена процедура надання доступу до об'єктів будівництва, транспорту, електроенергетики, істотні умови договору доступу, і навіть методика визначення плати за такий доступ. Разом з тим, на практиці виникають як мінімум два спірні питання, пов'язані з реалізацією Закону «Про доступ. ...».

По-перше, хто є власником об'єкта доступу, який зобов'язаний укласти договір з доступу? Цікавою у цьому плані є справа № 910/4687/19, у якій розглядалися позовні вимоги про зобов'язання надати доступ до об'єкта будівництва, видати технічні умови та укласти відповідний договір з доступу. У цій справі оператор телекомунікацій звернувся до товариства, яке було виконавцем послуг з утримання багатоквартирного будинку, із запитом надати доступ до будинку для проведення телекомунікаційної мережі, однак у наданні доступу товариство відмовило, оскільки є надавачем послуг, а не власником об'єкта будівництва. Господарський суд м.Києва відмовив у задоволенні позову, оскільки відповідач не був ані власником новоствореного об'єкта нерухомого майна, ані ОСББ у вказаному будинку, ані управителем, в управлінні якого перебуває вказаний будинок. Таку ж позицію висловив Північний апеляційний господарський суд. Натомість Верховний суд скасував попередні судові рішення у цій справі і направив справу на новий розгляд судом першої інстанції, оскільки судами попередніх інстанцій не встановлено на якій правовій підставі товариство знаходиться в будинку за відсутності будь-яких документів, які б підтверджували наявність у нього права надавати послуги у цьому будинку, в той час як відомості про вказане товариство, як про управителя даного будинку, були розміщені на веб-сайті Солом'янської районної в місті Києві державної адміністрації. Господарським судом міста Києва, до якого направлено справу на новий розгляд, закриття провадження у справі у зв'язку з відмовою позивача від позову. І хоч ця справа не отримала свого логічного завершення, адже так і не знадено відповідь на питання чи може бути надавач послуг з управління майном багатоквартирного будинку

ку власником об'єкта доступу у розмінні Закону «Про доступ. ...», однак разом з тим бачимо незавершеність правового регулювання у визначенні суб'єктів доступу, передбачених Законом «Про доступ. ...».

По-друге, на мою думку, Законом «Про доступ» обмежується свобода договору у частині визначення плати за доступ, адже ч. 7 ст. 17 цього Закону визначено максимальний розмір плати за доступ. Куп'янським міськрайонним судом Харківської області та Харківським апеляційним адміністративним судом розглядалася справа № 628/2432/17, у якій місцевий провайдер телекомунікаційних послуг просив скасувати рішення Куп'янської міської ради «Про затвердження Порядку розміщення, встановлення технічних елементів телекомунікаційних мереж, супутникових антен та охоронних засобів на будівлях, спорудах в м. Куп'янську» № 1325-VI від 11.07.2014 р. як таке, що не відповідає вимогам Закону України «Про доступ. ...». Основним питанням у цій справі було визначення розміру плати за доступ, адже оспорюваним рішенням встановлювався більший розмір плати (розраховувався для кожного під'їзду як добуток мінімальної зарплати та коефіцієнта 0,02 - для будинків до трьох поверхів включно; 0,04 - для будинків до п'яти поверхів включно; 0,05 - для будинків від 6 поверхів та вище), ніж визначений максимальний розмір плати за доступ у Законі «Про доступ. ...» (розраховується для будинку в цілому у розмірі 2 відсотки розміру мінімальної заробітної плати для будинків до 100 квартир; 3 відсотки - для будинків від 101 до 160 квартир; 5 відсотків - для будинків від 161 квартири і вище). Харківський апеляційний адміністративний суд скасував оспорюване рішення Куп'янської міської ради в частині визначення розрахунку за користування частинами будинків для розміщення телекомунікаційних мереж.

Отже, незважаючи на необхідність та односторонню важливість Закону України «Про доступ до об'єктів будівництва, транспорту, електроенергетики з метою розвитку телекомунікаційних мереж», все ще існують норми у цьому Законі, які варто доопрацювати з метою кращого їх застосування.

ПРОБЛЕМИ ІГНОРУВАННЯ ПРИНЦИПІВ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРИ ЗМІНІ ПОДАТКОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ ОПОДАТКУВАННЯ МІСЦЕВИМИ ПОДАТКАМИ

Гльницький О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Практика прийняття разом із законом про Державний бюджет на відповідний рік глобальних змін до низки нормативно-правових актів, які оновлюють формування дохідної та використання видаткової його частини, стала поширеним явищем, що негативно відображається на дотриманні прав, свобод та інтересів особи. Ігнорування нормотворчої техніки, принципів фінансово-правового регулювання у цих випадках має системний характер на усіх рівнях публічного управ-

лінія – від централізованого до муніципального, зумовлюючи виникнення колізій нормативно-правового регулювання, відступ від правових засад, що зумовлюють звернення осіб до суду за захистом порушених прав, свобод чи інтересів.

Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо забезпечення збалансованості бюджетних надходжень у 2016 році» від 24.12.2015 р. № 909-VIII (надалі – Закон № 909-VIII) вказані тенденції були не лише продовжені, але й розвинуті у формі запровадження зупинення окремих приписів ПК України при встановленні місцевих податків і зборів (п. 4 Розділу II «Прикінцеві положення» Закону № 909-VIII), що має безпосереднє значення для правильної правової оцінки підставності виникнення податкового обов'язку у платників податків із застосуванням вказаних норм. Надалі, вказана практика отримала своє екстенсивне продовження і у 2017-2018 роках.

Оспорюваність запроваджуваних заходів, зумовлена низкою відходів від загальних правил нормативно-правового регулювання податкових правовідносин, зумовила виникнення численних правових колізій, які неодноразово ставали предметом дослідження і оцінки Верховним Судом у складі колегій (постанова від 15.05.2019 р. у справі № 825/1496/17), палат (постанова від 09.07.2019 р. у справі № 766/10437/17) та Об'єднаної палати (постанова від 02.12.2020 р. у справі № 357/14346/17). Натомість, численні окремі думки, які супроводжують прийняття кожного з наведених відповідних рішень, засвідчують відсутність одностайності вирішення відповідних питань у процесі розгляду вказаних спорів навіть серед суддів вищої судової інстанції, а тому їхні висновки не можуть бути однозначно сприйняті суспільством, що зумовлює підрив довіри, а також становить очевидну загрозу правовій визначеності та якості нормативно-правового регулювання у регулюванні відносин щодо встановлення та визначення порядку виконання конституційного податкового обов'язку особою, яка повинна характеризуватися однозначним формулюванням та імперативним застосуванням.

При цьому, обсяг глобальності проблем, які розглядаються у таких справах свідчить про те, що вирішити проблему, зумовлену відмовою від принципів нормативно-правового регулювання, набагато важче, ніж їх створити одним невідуманим кроком.

Це зумовило в черговий раз передачу справи, яка виникла зі схожих правовідносин, на розгляд Об'єднаної палати Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду з метою забезпечення усталеності та єдності судової практики та необхідності відступу від правової позиції ОП КАС, викладеної в постанові від 02.12.2020 р. у справі № 357/14346/17.

Зважаючи на спеціальний предмет правового регулювання у сфері публічних фінансових відносин, а також вплив фінансово-економічної ситуації та матеріальних гарантій у системі реалізації прав, свобод та інтересів осіб з боку здійснення державою своїх функцій, законодавство у сфері фінансових відносин відзначається нормативною стабільністю, сформульованою через спеціальні темпоральні (часові) вимоги змін нормативно-правового регулювання. Відповідно, ПК України містить низку приписів щодо забезпечення стабільності, прямо визначаючи її серед основних принципів (засад) податкового законодавства України

(підп. 4.1.9 п. 4.1 ст. 4 ПК України). За змістом, вказаний принцип (засада) імперативно передбачає заборону вносити зміни до будь-яких елементів податків та зборів пізніше як за шість місяців до початку нового бюджетного періоду, в якому будуть діяти нові правила та ставки; податки та збори, їх ставки, а також податкові пільги не можуть змінюватися протягом бюджетного року.

Принцип стабільності податкового законодавства деталізується у додаткових уточнюючих нормативних приписах (п. 4.5 ст. 4, абз. 1, 7 підп. 12.3.3 п. 12.3 ст. 12, підп. 12.3.4 п. 12.3 ст. 12 ПК України). Вказані норми у своїй сукупності при застосуванні визначають цілісний механізм стабільності податково-правового регулювання, який стосується не лише функціонування апарату держави, а в першу чергу, виступає гарантією прав, свобод та інтересів платників податків у частині забезпечення правової визначеності при виконанні конституційного податкового обов'язку. У цих умовах, оцінка забезпечення дії принципу стабільності податкового законодавства не може проводитися з позицій дотримання чи недотримання окремих його компонентів, які були зупинені чи змінені до застосування у 2016-2018 роках в результаті прийняття Закону № 909-VIII, а слід враховувати цілісно передбачуваність для особи стану податково-правового регулювання в частині правомірності покладення та виконання нею своїх обов'язків у сфері сплати місцевих податків і зборів.

За п. 12.5 ст. 12 ПК України офіційно оприлюднене рішення про встановлення місцевих податків та зборів відносить до нормативно-правовим актом з питань оподаткування місцевими податками та зборами. Водночас, тут же встановлюється спеціальні правила набрання ними чинності з урахуванням строків, передбачених підп. 12.3.4 п. 12.3 ст. 12 ПК України, яка у спірних правовідносинах за визначенням п. 4 розділу II «Прикінцеві положення» Закону № 909-VIII тимчасово не застосовувалася, як і норми Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» № 1160-IV. Однак, чинною протягом цього часу залишалася ч. 12 ст. 59 Закону «Про місцеве самоврядування в Україні» № 280/97-ВР (Акти органів та посадових осіб місцевого самоврядування, які відповідно до закону є регуляторними актами, розробляються, розглядаються, приймаються та оприлюднюються у порядку, встановленому Законом України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»).

Віднесення рішень місцевих рад у сфері оподаткування до складу податкового законодавства не виключає поширення на вказані акти режиму регуляторних актів, виходячи з нормативного поняття, ознак та загального значення у системі джерел правового регулювання. Законодавче визначення, регуляторного акту розкриває його поняття як нормативно-правового чи ненормативного з позицій не галузевої кваліфікації норм, які містяться, а з врахуванням аспекту функціонального призначення – застосування для регулювання господарських відносин при здійсненні господарської діяльності, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання.

Дослідження системного змісту чинного законодавства України стверджує, що податкова політика є напрямом економічної політики держави, яка здійснюється у сфері господарювання для реалізацію та оптимальне узгодження

інтересів суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств і населення в цілому (ст. 9, 10 ГК України). А податки нормативно визначені елементом в механізмі державного регулювання господарської діяльності (ст. 17 ГК України), що відповідає загальній концепції невід'ємного визначення об'єктом оподаткування операцій, активів або результатів діяльності суб'єктів господарювання, за винятком тих із них, платником за якими є виключно фізична особа.

А отже, рішення органів місцевого самоврядування про встановлення місцевих податків та зборів є правостановлювальними нормативно-правовими актами податкового законодавства за своїм змістом та ознаками, та за своїм функціональним призначенням спрямовані на правове регулювання і господарських відносин, а також адміністративних відносин між регуляторними органами або іншими органами державної влади та суб'єктами господарювання, що дозволяє підтримати позицію ОП КАС у постанові від 02.12.2020 р. в справі № 357/14346/17 про віднесення їх до регуляторних актів з відповідними правозастосовчими наслідками.

Досліджуючи формальну (процедурну) сторону конституційності положень про незастосування положень ПК України та Закону № 1160-IV, слід відзначити, що Верховною Радою України були допущені порушення, які ставлять поза межами конституційного порядку обраний спосіб регулювання спірних правовідносин.

Так, одним з елементів реформи податкового законодавства з кодифікацією у 2010 р. слід вважати також уніфікацію податково-правового регулювання, що відобразилося у виключному значенні саме ПК України щодо регулювання податкової системи (п. 4.2 ст. 4 ст. 5, п. 7.3 ст. 7, п. 9.4 ст. 9, п. 10.4 ст. 10 ПК України та інші). Відповідно до цього, п. 2.1 ст. 2 ПК України встановлює, що зміна положень цього Кодексу може здійснюватися виключно шляхом внесення змін до цього Кодексу.

Натомість, Верховна Рада України не внесла відповідні зміни до ПК України, а використала прийом щодо тимчасового незастосування дії норм ПК України через Прикінцеві та перехідні положення іншого закону, фактично зупинивши їх дію.

На окрему увагу заслуговує і той факт, що на підставі оспорюваних положень Законів № 1791-VIII, 1797-VIII, 2245-VIII у спірних правовідносинах не повинні були застосовуватися не лише норми Закону № 1160-IV, але й норми ПК України, які визначають та розкривають принципи стабільності податкового законодавства.

Незважаючи на те, що за відсутності на сьогодні врегульованої нормативно-правової процедури та законодавства, яке вичерпно визначає засади функціонування системи права та законодавства в Україні (в тому числі, щодо значення принципів правового регулювання та співвідношення їхньої нормативної сили з іншими «поточними» нормами), загальновизнаним є факт визначального, а не похідного значення принципів в механізмі правового регулювання як певної основоположної всепроникаючої ідеї, що знаходить своє відображення у решті нормативних приписів відповідного законодавства.

В цих умовах, схоластичне щодо решти цілісного механізму регулювання зупинення дії принципу порушує його внутрішню структуру, що й призводить до прогресивного збільшення числа прогалин та колізій, істотним чином впливаючи на

якість нормативно-правового регулювання, а особливо «якість закону» у податкових правовідносинах, як однієї з умови легалізації втручання державою у сферу прав, свобод та інтересів особи, що несумісне із забезпеченням принципу верховенства права. Ситуація, з приводу якої існують спори засвідчує правильність наведених висновків, коли необдуманими діями законодавця, щодо оперативного тимчасового кон'юнктурного вирішення, на його думку, проблем фінансової системи, фактично було істотним чином порушено систему податково-правового регулювання як на центральному, так і на похідних місцевих рівнях при прийнятті рішень органами місцевого самоврядування, з приводу яких розглядаються спори.

Норми забезпечення принципу стабільності, які, з формальної точки зору, були тимчасово незастосовувані у спірних правовідносин, у своїй сукупності створюють цілісний механізм стабільності податково-правового регулювання, який стосується не лише функціонування апарату держави, а в першу чергу, виступає гарантією прав, свобод та інтересів платників податків у частині забезпечення правової визначеності при виконанні конституційного податкового обов'язку.

Ст. 57 Конституції України містить загальну вимогу про те, що кожному гарантується право знати свої права і обов'язки. У зв'язку із цим, закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом. Закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними. Ч. 5 ст. 59 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні», на виконання конституційної вимоги, містить загальний припис про те, що акти органів та посадових осіб місцевого самоврядування нормативно-правового характеру набирають чинності з дня їх офіційного оприлюднення, якщо органом чи посадовою особою не встановлено пізніший строк введення цих актів у дію. Також, Закони № 1791-VIII, 1797-VIII, 2245-VIII не скасовували та не зупиняли дію вказаних норм. Однак, поспіх, зумовлений необдуманими змінами, зумовив і пошук «альтернатив» швидкого доведення змісту актів, шляхом опублікування на Інтернет-сторінках, інформаційних бюлетенях тощо.

На підставі аналізу ч. 5 ст. 94 Конституції України дозволило прийти Конституційному Суду України до висновку, що офіційне оприлюднення, опублікування закону є конституційно встановленою процедурою, необхідною для набрання ним чинності (абз. 7 підп. 4.1 п. 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 07.07.2009 р. № 17-рп/2009). У рамках спільного юридичного простору Ради Європи існує консенсус щодо засадничих елементів верховенства права, які є не лише формальними, а й субстантивними (матеріальними). Одним з перших стрижневим елементом визначено законність – включно з прозорою, підзвітною та демократичною процедурою запровадження приписів права (Доповідь «Верховенство права», яка схвалена Європейською Комісією «За демократію через право» (Венеціанською Комісією) на 86-му пленарному засіданні (25-26 березня 2011 р.) (CDL-AD(2011)003rev), п. 41). Зважаючи на вихідні засади дії цієї норми у законодавчому процесі щодо забезпечення обов'язку офіційного доведення інформації про нормативно-правовий акт до його

потенційних адресатів, вказаний висновок є релевантним щодо нормотворчої процедури в цілому, незалежно від рівня правотворчого органу.

Закон № 280/97-ВР не розкриває порядку офіційного оприлюднення рішень місцевої ради, натомість, ч. 4 ст. 10 вказує на те, що порядок формування та організація діяльності рад визначаються Конституцією України, цим та іншими законами, а також статутами територіальних громад. Таким чином, встановлення загального порядку офіційного оприлюднення в межах територіальної громади актів органів місцевого самоврядування передбачає необхідність дослідження змісту перелічених актів, що відповідатиме, в тому числі, природі права на місцеве самоврядування в частині визначення відповідною місцевою радою, виходячи з ресурсів та потреб територіальної громади, оптимальних шляхів доведення змісту нормативно-правових актів до їх адресатів.

Натомість, посилення у судовій практиці на оцінку виконання обов'язку офіційного оприлюднення у нормотворчому процесі з посиланням на положення ч. 11 ст. 59 Закону № 280/97-ВР, Закону України «Про доступ до публічної інформації» від 13.11.2011 р. № 2939-VI чи Закону України «Про порядок висвітлення діяльності органів державної влади та органів місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації» від 23.07.1997 р. № 539/97-ВР є неспроможним, виходячи з наступного.

Предметом регулювання цих нормативних актів, виходячи з Преамбул, нормативно визначеної мети та сфери дії, є відмінний аспект зовні схожих відносин щодо обов'язкового оприлюднення інформації, яка міститься у нормативно-правових актах щодо забезпечення реалізації права особи на доступ до інформації (ч. 2 ст. 34 Конституції України), а не регулювання офіційного оприлюднення як частини нормотворчого процесу та способу забезпечення гарантій, визначених ст. 57 Конституції України. Натомість, ч. 5 ст. 12 Закону № 1160-IV передбачає, що регуляторні акти, прийняті органами та посадовими особами місцевого самоврядування, офіційно оприлюднюються в друкованих засобах масової інформації відповідних рад, а у разі їх відсутності – у місцевих друкованих засобах масової інформації, визначених цими органами та посадовими особами, не пізніше як у десятиденний строк після їх прийняття та підписання.

Зважаючи на попередні висновки щодо віднесення рішень органів місцевого самоврядування про встановлення місцевих податків та зборів до регуляторних актів, а також протиправності незастосування положень Закону № 1160-IV протягом 2017-2018 років у спірних правовідносинах, офіційне опублікування відповідних рішень у друкованих засобах масової інформації має обов'язкове значення для набуття ними чинності.

Складність податкового законодавства при дотримання загально-правового конституційного спеціально-дозвільного принципу функціонування державного апарату виключно на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 6, ч. 2 ст. 19 Конституції України) роблять особливо актуальним питання якості податково-правового регулювання. Оскільки концепція законності обмеження прав особи відсилає до якості такого закону, вимагаючи, щоб він був доступним для зацікавлених осіб, чітким та передбачуваним у своєму застосуванні згідно з позицією Великої палати ЄСПЛ у

пункті 109 рішення у справі «Бейелер проти Італії» (заява № 33202/96), а відсутність у національному законодавстві необхідної чіткості та точності, які передбачали можливість різного тлумачення такого важливого фінансового питання, порушує вимогу «якості закону», передбачену Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, та не забезпечує адекватний захист від свавільного втручання публічних органів державної влади у майнові права заявника.

Також, у доповнення до вказаного, у процесі реалізації наданої компетенції контролюючим органом важливе значення має дія презумпції правомірності рішень платника податку в разі, якщо норма закону чи іншого нормативно-правового акта, виданого на підставі закону, або якщо норми різних законів чи різних нормативно-правових актів припускають неоднозначне (множинне) трактування прав та обов'язків платників податків або контролюючих органів, внаслідок чого є можливість прийняти рішення на користь як платника податків, так і контролюючого органу (п. п. 4.1.4 п. 4.1 ст. 4 та п. 56.21 ст. 56 ПК України), що визначає напрям вирішення існуючих колізій нормативно-правового регулювання на користь пріоритету інтересів особи. Порушення вказаного принципу у поєднанні з констатованою незадовільною якістю нормативно-правового регулювання у податковій сфері, дало підстави Європейському суду з прав людини встановити незаконність втручання у майнові права платника податків та порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції ((п. п. 51, 56-58 рішення ЄСПЛ у справі «Щокін проти України» від 14.10.2010 р., заява № 23759/03 та № 37943/06)).

На жаль, ситуація 2016-2018 років повністю заперечує вказані підходи, що свідчить про порушення Україною своїх зобов'язань не лише перед міжнародним співтовариством, але, в першу чергу, перед своїми громадянами. На сьогодні ж, «безболісно» вирішити цю ситуацію не видається можливим навіть зусиллями Верховного Суду, зважаючи на глобальність відносин, які виникли на підставі «дефектних» норм, а також невизначеність фіскальних наслідків.

ДЕКЛАРУВАННЯ ДОХОДІВ ПУБЛІЧНИХ СЛУЖБОВЦІВ ВІДПОВІДНО ДО ІНІЦІАТИВИ ПУБЛІЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СВІТОВОГО БАНКУ (РАМ)

Карасюк М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Хоча концепція відкритості інформації про активи та доходи існує вже деякий час, лише нещодавно набула популярності як питання управління. Наприклад, в Сполучених штатах штати («США»), розкриття інформації про доходи стало центром уваги після скандалу з Уотер-Гейт наприкінці 1970-х років із двома важливими законодавчими актами. Уряд США прийняв Урядовий закон «Саншайн» 1976 року та про етику в урядуванні 1978 року як початок поштовху до більшої прозорості в публічному управлінні.

У 1990-х роках відбувся великий сплеск законодавства про розкриття інформації про доходи, як частина зростаючих антикорупційних рухів. Багато країн, що приймали такі законодавчі акти входили до складу колишнього Радянського Союзу. Також багато африканських країн прийняли антикорупційне законодавство у 1990-х роках.

Виходячи з ролі розкриття інформації про активи у зміцненні суспільної довіри та доброчесності в уряді, Світового Банку заснував Ініціативу Публічної Відповідальності (РАМ), яка здійснила дослідження правових засад розкриття інформації про активи в 74 країнах світу.

Ініціатива РАМ – це незавершена робота, яка надає детальні та регулярно оновлювані дані про зусилля країн щодо підвищення прозорості урядів та підзвітність публічних службовців.

Зосередженість на прозорості та підзвітності впливає з переконання, що роз'яснення основних інституційних механізмів, тобто правил гри разом із зміцненням організаційного потенціалу для досягнення мандатів, призведе до кращих результатів управління.

Звичайно, що системи розкриття інформації про доходи відрізняються в різних країнах.

У межах вибірки приблизно 60–70% країн з низьким рівнем доходу мають правову базу розкриття інформації про доходи; 70–100% країн із високим рівнем доходу також мають законодавство, яке зобов'язує посадових осіб виконувати ці вимоги. Існує незначна різниця між президентською, парламентською та змішаною системою щодо існування законодавчої бази.

Формулювання та структура правових вимог щодо розкриття інформації відрізняються між країнами. Щоб відповідати основам надійної системи декларування доходів, законодавчі акти повинні відповідати на наступні питання:

- Хто зобов'язаний декларувати?
- Яку інформацію необхідно розкривати і як часто?
- Які механізми подання документів та моніторингу слід використовувати?
- Який орган має відповідати за адміністрування системи?

Наступний аналіз базується на оцінках законодавства, указів і кодексів поведінки, які були зовнішньо перевірені експертами з кожної країни у вибірці-спостерігалося.

Деякі країни базують декларування доходів на добровільних діях з положеннями, які регулюють це як частину ширшого законодавства про державну службу.

Незалежно від типу законодавчої бази, яка регулює декларування доходів, факт вимоги до публічного розголошення в законі посиляє сигнал про прихильність уряду до прозорості. Законодавство про правила декларування доходів повинне бути чітким, оскільки нечіткість у законі може знизити ефективність системи декларування.

Депутати є найбільш жорстко регламентованими з точки зору законодавств, у 100% країн з високими доходами. Депутати також широко охоплюються законодавством про декларування доходів у всіх класифікаціях країн, з різними доходами, де 70–90% країн вимагають декларування доходів.

Незважаючи на те, що депутати часто підпадають під дію законів про декларування доходів, главам держав необхідно розкривати активи в 60–75% країн. Цей висновок заслуговує на увагу, оскільки що глави держав є найбільш значущими агентами, які формують політику в більшості держав. Діапазон країн з охопленням державних службовців в рамках декларування доходів коливається від 60–85%, що вказує на те, що включення державних службовців до системи декларування доходів, незважаючи на те, що він поширений, є далеким від рутини.

Може бути так, що робота багатьох публічних службовців вважається групою з низьким ризиком щодо корупції чи конфлікту інтересів, або, що розмір потенційного злочину вважається занадто незначним, щоб вимагати розкриття. У деяких країнах правила діють лише для окремих категорій публічних службовців, наприклад керівників напівдержавних організацій або посад директорів у державних установах, повинні відповідати.

Ця орієнтація на посади вищого рівня виражається в тому, що всі країни, які передбачають декларування доходів для державних службовців, включають найвищий рівень службовців, і деякі країни орієнтуються лише на цю меншу групу чиновників. Сполучені Штати є прикладом такого типу покриття.

Схоже, що глави держав і державні службовці дещо рідше піддані до вимог декларування, ніж депутати та міністри у всій вибірці.

Високий відсоток країн із президентською системою (85–90%) дотримуються вимог декларування доходів до міністрів. Навпаки, країни з парламентською системою мають норму про декларування доходів для депутатів більшою мірою, ніж для міністрів чи глав держав.

Закони про вибори глав держав і депутатів часто містять приписи для подання декларацій в рамках процесу подання кандидатури. Це особливо поширено у Східній Європі. «Статусні» закони, які є законами, які стосуються конкретно певних категорій державних посад (закон про державну службу, закон про депутатів, закон про президента тощо), іноді містять положення про декларування доходів.

ТРАДИЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ У ЛЬВІВСЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ: ОКРЕМІ АКЦЕНТИ (ДО 360 РІЧЧЯ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ)

Кахнич В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

2021 рік є ювілейним для Львівського університету, оскільки цього року виповняється 360 років від часу його заснування. В Україні Львівський університет є одним із найдавніших університетів. Сьогодні Львівський національний університет імені Івана Франка є класичним вищим навчальним закладом із довготривалими традиціями та науковими школами. Саме наукові школи, які були утворені з самих початків діяльності університету зробили його відомим.

Юридичний факультет Львівського університету бере свої початки теж з 1661 року, коли 20 січня 1661 року король Речі Посполитої Ян II Казимир підписав привілей про надання «Львівському колегіуму Товариства Ісуса гідність академії і титул Університету». Тому з того часу ми вважаємо є утворені школи наукові, які довго, непросто, але сформували свої традиції відомі по світу. В цьому контексті хотілося б зробити наголос на науковій школі адміністративного права на юридичному факультеті Львівського університету. Школа адміністративного права, як певний окремих структурний елемент на факультеті почала формуватися з 1784 року. Університет діяв і працював у різних статусах до 1784 року, а з 1773 до 1784 року дія його була призупинена у зв'язку із заборною Ордену єзуїтів. Тому 1784 році Актом імператора Йосифа II було відновлено діяльність університету та юридичного факультету в його структурі. А університету було згодом присвоєно ім'я Франца I., яке він мав до 1918 року, до розпаду Австро-Угорщини.

Адміністративного право, як самостійна галузь права України регулює окрему групу суспільних відносин, головною особливістю яких є те що вони виникають, розвиваються та припиняють своє існування у сфері державного управління у зв'язку з організацією та функціонуванням системи органів виконавчої влади.

В даному випадку адміністративне право регулює управлінські відносини, що виникають у зв'язку із здійсненням державного управління. Наукова школа адміністративного права на юридичному факультеті, яка бере свої початки з 1784 року саме однією із прерогатив була підготовка кадрів для державного управління. Адже таких службовців не було достатньо і був великий попит на кадри в державну службу. Тому акцент діяльності кадрів для служби у державних та місцевих органах влади був прерогативою для школи адміністративного права юридичного факультету.

Для підготовки перших кваліфікованих кадрів було залучено спеціалістів з Австрії, але вони не особливо проявляли бажання працювати у Львівському університеті. З тих хто був приїхав і працював був Домінік Кьофіль, Йозеф Бер, Йозеф Коппель, Ян Паздера та інші. Ці вчені, спеціалісти адміністративного права працювали в різні часи, кафедра змінювала свою назву, що залежало від тих чи інших політичних підходів у складі яких перебував університет, але за той період сформувалися ті традиційні бачення до підготовки високо професійних спеціалістів на державну службу та органи місцевого самоврядування, які в таких не простих умовах зуміли увібрати основи управлінської діяльності, та гідно представляти себе на професійній арені.

Сучасне розуміння та нові підходи, які проваджуються сьогодні в адміністративному праві України обґрунтовано пов'язуються зі стабільністю конституційного ладу, з виразом в адміністративній відповідальності ціннісних орієнтирів суспільства.

Конституція України інтегрує в собі і зводить на вищий нормативно-правовий рівень основні напрями і, певною мірою, результати демократичного розвитку суспільства і держави, визначає механізми нормативної інтеграції для подальшого розвитку демократичних перетворень цінностей в політичному, економічному, соціально-культурному житті суспільства.

Цінність адміністративного права України в його фундаментальному значенні для суспільства і держави безперечні. Відповідно, будь-які масштабні зміни можуть спричинити нестабільність, створити численні економічні, політичні, ідеологічні й інші проблеми. Тому в цьому контексті дослідження якими сьогодні активно впроваджуються та удосконалюються науковцями адміністративного права юридичного факультету Львівського університету є надзвичайно важливим та актуальними для розвитку держави.

Сьогодні якість юридичної освіти є однією з невід’ємних ознак успішного демократичного суспільства. Визнаючи важливу роль правників в утвердженні верховенства права та забезпеченні захисту прав і основоположних свобод людини. Впровадження значної кількості проєктів, метою яких є реформування системи юридичної освіти в Україні з акцентом на адміністративне право, яке займає ліву частину у цьому регулюванні і ті наукові концепції, які були впроваджені на юридичному факультеті та залишаються актуальними. Адже без належного адміністративного супроводу, без належної внутрішньої будови, яке сьогодні та й раніше було не можемо сформувавши тих важливих підвалин, основ до сталого бачення високо розвиненого суспільства, де є високий рівень юридичної культури. Адміністративне право в цьому контексті нам допомагає зрозуміти і розставити прерогативи у розвитку держави.

Колектив науковців адміністративного права на юридичному факультеті продовжує ті дослідження, які були зроблені і розвивати нові проєкти, і метою їх є удосконалення та покращення до їх європейських стандартів вищої освіти та правничої професії. Професійні знання та навички випускників правничих вузів повинні відповідати потребам правничої професії, тому важливим є поєднання та баланс теоретичних та практичних складових в межах правничих дисциплін.

Отже, діяльність яка була започаткована школою адміністративного права на юридичному факультеті була важливим напрямом для цілої низки фахівців, які стояли на початках її створення, а саме 1784 рік, і ті навички та пропозиції, які були впроваджені у життя перевірені та доведені на практиці не одноразово допомагали і допомагають створювати моделі і в державному управлінні і не тільки. Метою їх є покращення та вдосконалення методики та методів регулювання адміністративно-правових відносин.

СПРОБА СТВОРЕННЯ КРАЙОВОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО ТРИБУНАЛУ В ГАЛИЧИНІ В 1907 Р.

Кобилецький М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Після прийняття 21 грудня 1867 р. Конституції Австрії та закону «Про Адміністративний Трибунал» 1875 р. було утворено Адміністративний Трибунал як вищий касаційний та апеляційний суд для розгляду адміністративних справ.

Поряд із функціонуванням Адміністративного Трибуналу діюче австрійське законодавство надавало можливість створення Крайових Адміністративних Трибуналів. У Галичині із цією ініціативою виступив відомий польський науковець, професор Львівського університету в галузі конституційного та адміністративного права Станіслав Старжинський (1853-1935), який народився у селі Дервня, тепер Львівський район Львівської області. На початку ХХ ст. в Австро-Угорській монархії проводилась низка реформ. До них відносились реформи виборчого законодавства, правова, судова та інші. З 1907 р. на думку професора Варшавського університету Адама Редзика Австрія перетворилася не тільки на ліберальну правову, державу але і на демократичну правову державу.

У листопаді 1906 р. Палата депутатів австрійського парламенту на пропозицію Станіслава Старжинського прийняла постанову, в якій визначала поняття «крайова культура». Цю резолюцію називали «резолюцією Старжинського». У Галичині крайовою культурою визнавалась аграрна та сільськогосподарська культура. Виборча реформа 1907 р., яка запровадила загальне виборче право, також розширила права та повноваження земельних парламентів (Ландтагів, крайових сеймів). Згідно змін до 12 параграфу основного конституційного закону «Про функціонування державної і урядової влади» крайові сейми отримали право видавати нормативно-правові акти приватного, кримінального і кримінально-процесуального права. Земельні парламенти також могли видавати нормативно-правові акти у галузі адміністративного права. У 12 параграфі основного конституційного закону також вказувалось: «До повноважень крайових сеймів та крайів представлених у Державній Раді відносились усі питання, які не належали до компетенції вищих органів публічної влади Австрії».

До повноважень крайових сеймів належали питання організації місцевих органів публічної влади та компетенція органів місцевого самоврядування. З ініціативи Станіслава Старжинського польський депутат Галицького Крайового Сейму Леонард Тарнавскі подав проект «Крайового закону про створення у Королівстві Галичини і Володимирії з Великим Князівством Краківським Крайового Адміністративного Трибуналу». Авторами проекту, окрім С. Старжинського, був його учень і співробітник З. Прохніцький.

Цей проект закону структурно складався з 51 статті і його метою було створення Крайового Адміністративного Трибуналу в «Королівстві Галичина і Володимирія та Великим Князівством Краківським». Ці території \ частинами українських та польських етнічних земель і входять до складу України і Польщі.

У ст. 1 цього проекту вказувалось, що в усіх справах, в яких крайові закони королівства Галичини і Володимирії з Великим Князівством Краківським і прийняті Галицьким Крайовим Сеймом, на основі яких функціонували місцеві органи державної виконавчої влади та органи місцевого самоврядування, відносяться до компетенції Крайового Адміністративного Трибуналу.

У Крайовому Адміністративному Трибуналі можна було оскаржувати дії чи бездіяльність органів публічної влади, що виконували свої повноваження на основі крайових законів, прийнятих Галицьким Крайовим Сеймом після їх розгляду Галицьким намісництвом як вищим органом державної виконавчої влади у «Королівстві Галичини і Володимирії з Великим князівством Краківським».

Згідно 3 статті проекту «Крайового закону королівства Галичини і Володимерії з Великим князівством Краківським» Крайовий Адміністративний Трибунал мав знаходитись у столиці коронного краю місті Львові. Крайовий Адміністративний Трибунал міг розглядати усі справи осіб, права яких були порушені органами публічної влади після їх останнього розгляду Галицьким намісництвом як вищим органом державної виконавчої влади у Галичині.

До юрисдикції Крайового Адміністративного Трибуналу згідно ст. 3 Проекту відносилися справи, в яких мали оскаржуватись рішення громадських, міських, повітових органів самоврядування, Галицького крайового сейму, повітових старост та відділів і департаментів Галицького намісництва.

До компетенції Крайового Адміністративного Трибуналу відносились справи, які згідно ст. 4 Проекту були вилучені із повноважень Адміністративного Трибуналу Австрії згідно закону від 22.10.1875 «Про Адміністративний Трибунал».

Засідання Крайового Адміністративного Трибуналу могли відбуватися після згоди сторін процесу згідно ст. 7 Проекту закону.

До складу Крайового Адміністративного Трибуналу згідно ст. 13 Проекту входили Президент Трибуналу, віце-президент Трибуналу та відповідна кількість суддів. Виконання повноважень суддів Крайового Адміністративного Трибуналу відбувалося на постійній оплатній основі, суддям заборонялось обіймати інші публічні посади в органах державної влади і органах місцевого самоврядування та ін. Президент, віце-президент і радники (судді) Крайового Адміністративного Трибуналу мали отримувати заробітну плату аналогічно зарплаті, яку отримували судді Вищого Крайового Суду у Львові. Президент і половину складу Крайового Адміністративного Трибуналу призначав австрійський імператор на пропозицію Галицького намісника. Функції Президента Крайового Адміністративного Трибуналу мав виконувати Галицький намісник, а у випадку призначення на посаду Президента Крайового Адміністративного Трибуналу іншої особи, Галицький намісник мав виконувати функції віце-президента Крайового Адміністративного Трибуналу.

Віце-президента і другу половину членів Крайового Адміністративного Трибуналу мали вибирати депутати Галицького Крайового Сейму на основі угоди укладеної між депутатами та виконавчим органом Галицького Крайового Сейму, Крайовим відділом.

Призначені австрійським імператором члени Крайового Адміністративного Трибуналу визнавались державними службовцями Австрії, а обрані депутатами Галицького Крайового сейму визнавались крайовими службовцями.

Не менше половини членів Крайового Адміністративного Трибуналу мали обіймати професійні судді. Згідно 14 статті Проекту на суддів Крайового Адміністративного Трибуналу мали поширюватись усі права і привілеї судової системи Австрії, якими володіли судді загальної юрисдикції. Дисциплінарні справи членів Крайового Адміністративного Трибуналу мала розглядати комісія створена самим Трибуналом.

Діяльність Крайового Адміністративного Трибуналу мала регулюватись Конституцією Австрії, законами Австрії, даним законом, нормативно-право-

вими актами імператора та нормативно-правовими актами Галицького намісника і Галицького Крайового Сейму.

Відповідно до ст. 15 Проекту закону «Крайовий закон про створення у королівстві Галичина і Володимирії з Великим князівством Краківським» у складі Крайового Адміністративного Трибуналу створювалися сенати у кількості 4 суддів і керівника сенату, з яких два судді мали бути зі складу суддів призначених австрійським імператором, а інші два з обраних депутатами Галицького Крайового Сейму. Не менше половини складу Сенату мали бути професійними судьями. З позовом до Крайового Адміністративного Трибуналу можна було звернутись через чотири тижні (28 днів) після прийняття Галицьким намісництвом як вищим органом публічної влади рішення в адміністративній справі в останній інстанції. У випадку, коли останній день строку оскарження припадав на неділю або святковий день, останнім днем оскарження був наступний робочий день. Поновлення терміну звернення до суду не допускалось.

У позовній заяві згідно 19-24 ст. проекту мало вказуватись права і привілеї фізичних та юридичних осіб, об'єднань громадян, територіальних громад порушені дією чи бездіяльністю місцевих органів державної влади та органами місцевого самоврядування. До позовної заяви мало бути надано усі письмові документи та інші докази у справі.

Процес в Крайовому Адміністративному Трибуналі мав вестись на зразок судового процесу, який вівся у Адміністративному Трибуналі Австрії у Відні, але зі своїми місцевими особливостями.

Так відповідачем у справах, які стосувалися місцевих органів державної виконавчої влади, було Галицьке намісництво як вищий орган державної виконавчої влади у Королівстві Галичина і Володимирії з Великим князівством Краківським та відповідний орган публічної влади рішення якого оскаржувалось. Сторони процесу могли у ньому брати участь особисто або через свого представника адвоката. Сільські, міські громади та повітові органи самоврядування і Галицький Крайовий Сейм у Крайовому Адміністративному Трибуналі могли представляти особи, які мали відповідні повноваження і кваліфікацію для участі у судових засіданнях. Аналогічно, у суді могли бути представлені повітові старости, Галицьке намісництво, підпорядковані йому органи та структурні підрозділи центральних органів публічної влади у Галичині.

Рішення у справі приймалось більшістю зі складу судового Сенату. Керівник сенату оголошував своє рішення після голосування інших членів суду, які брали участь у судовому засіданні. Рішення суду оголошувалось усно, навіть при відсутності сторін у залі судового засідання. Рішення Крайового Адміністративного Трибуналу мало оголошуватись від імені Австрійського цісаря і у ньому мало міститись прізвища членів суду, які брали участь у засіданнях та мало бути підписане головою і секретарем судового засідання. Текст судового рішення згідно ст. 41 проекту мало бути якнайшвидше передано сторонам процесу.

У випадку, коли було повністю або частково скасовано рішення органу публічної влади, Крайовий Адміністративний Трибунал у своєму рішенні міг вказати про відшкодування судових витрат, які несла сторона процесу. Якщо

відповідачем виступав орган державної виконавчої влади, то судові витрати відшкодовувались за рахунок державного бюджету, а якщо це був орган місцевого та крайового самоврядування, то за рахунок коштів сільської, міської територіальної громади, повітової ради як органу повітового самоврядування та Галицького Крайового Сейму.

У 43 ст. проекту закону про створення Крайового Адміністративного Трибуналу також передбачалось застосування штрафних санкцій у сумі від 10 до 2000 австрійських крон до сторін процесу або їхніх представників, які свідомо подавали неправдиві докази і затягували процес. Штраф ішов у бюджет цієї територіальної громади, у яку скеровувались рішення органів публічної влади. Під час судового засідання вівся протокол, у якому вказувався склад суду, прізвище секретаря судового засідання, прізвища керівників органів публічної влади рішення яких оскаржувались, представників сторін та матеріали судового розгляду які мали істотне значення.

Рішення Крайового Адміністративного Трибуналу згідно 45 ст. проекту закону можна було оскаржити до Адміністративного Трибуналу у Відні.

Крайовий Адміністративний Трибунал мав розпочати свою діяльність після видання відповідного закону. В його обов'язки входило самостійне підготовка регламенту і подання цього документа на затвердження до Галицького намісництва.

Структура Крайового Адміністративного Трибуналу, більшість суддів та допоміжного апарату Трибуналу мала визначатись у спільному розпорядженні прийнятому Галицьким намісником і Крайовим відділом як виконавчим органом Галицького крайового Сейму. Даний проект закону не був прийнятий Галицьким крайовим Сеймом і ідея функціонування крайового Адміністративного Трибуналу в Галичині в період перебування українських та польських земель у складі Австро-Угорщини не була реалізована.

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ

Кузьмич В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Генезис інституту забезпечення позову в адміністративному судочинстві України охопив два взаємопов'язані між собою періоди.

З огляду на те, що інститут забезпечення позову є сукупністю правових норм, яка закріплена в процесуальному законі, то перший історичний період формування вищезгаданого процесуального інституту припав на 2002–2005 роки та включив у себе комплекс узгоджених та послідовних законодавчих процесів, метою яких було впровадження адміністративного судочинства через прийняття нормативно-правового акта, який покликаний регулювати порядок його здійснення.

Для реалізації вищенаведеної мети народними депутатами проводилася така законодавча діяльність:

1) 09.07.2002 року та 16.10.2002 року на розгляд Верховної Ради України (далі – ВРУ) було внесено два проекти Адміністративного процесуального кодексу України (далі – АПК України).

2) 27.05.2003 року на розгляд ВРУ було внесено новий проект АПК України на заміну раніше поданих проектів, який 09.07.2003 року було прийнято парламентом в першому читанні за основу. Цей проект містив сукупність правових норм, які стосувалися інституту забезпечення позову, зокрема до них відносимо такі:

– Інститут забезпечення позову іменувався як «забезпечення вимог заявника», якому було присвячено статті 116, 117 проекту АПК України.

– Заходи забезпечення вимог заявника приймалися ухвалою суду за клопотанням заявника.

– Заходи забезпечення вимог заявника могли прийматися у випадку: 1) існування очевидної небезпеки заподіяння шкоди правам, свободам та інтересам заявника до прийняття рішення суду; 2) якщо здійснити захист прав, свобод та інтересів заявника без вжиття відповідних заходів було неможливо.

– Вимоги заявника могли бути забезпечені: 1) зупиненням дії рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремих положень, що оскаржуються; 2) заборонаю проводити певні дії; 3) накладенням арешту на майно або грошові суми, що належать відповідачеві або перебувають у його розпорядженні і знаходяться у нього або інших осіб.

3) 01.07.2004 року ВРУ прийнято в другому читанні проект АПК України з перенесенням на третє читання окремих статей. Доцільно зазначити, що проект АПК України, який прийнятий у другому читанні суттєво відрізнявся від проекту АПК, який взято за основу. Так, змінами, які стосувалися інституту забезпечення позову, були такі:

– Назва інституту «забезпечення вимог заявника» була замінена на «забезпечення адміністративного позову».

– «Заявника» як суб'єкта ініціювання питання про вжиття заходів забезпечення адміністративного позову було замінено на «позивача», а також уповноважено суд вживати заходи забезпечення адміністративного позову з власної ініціативи.

– Підстави вжиття заходів забезпечення адміністративного позову було розширено шляхом уповноваження суду до вжиття заходів забезпечення адміністративного позову у випадку, якщо: 1) без вжиття відповідних заходів для відновлення прав, свобод та інтересів позивача необхідно буде докласти значних зусиль та витрат; 2) очевидними є ознаки протиправності рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень.

– Звужено перелік способів, яким суд міг забезпечити адміністративний позов шляхом виключення такого способу як «накладення арешту на майно або грошові суми, що належать відповідачеві або перебувають у його розпорядженні і знаходяться у нього або інших осіб».

– Нормативно закріплено перелік суб'єктів владних повноважень, щодо рішень чи дій яких не допускалося забезпечення адміністративного позову.

4) 17.03.2005 року ВРУ прийняла Кодекс адміністративного судочинства України (далі – КАС України) в цілому. Однак, цей процесуальний кодекс не було підписано Президентом України та повернуто до Верховної Ради України із пропозиціями.

5) 06.07.2005 року ВРУ було прийнято нову редакцію КАС України з врахуванням пропозицій Президента України, який набрав чинності 01.09.2005 року. Зауважимо, що процесуальний порядок реалізації інституту забезпечення позову було врегульовано статтями 117, 118 КАС України.

Другий період розпочався з 2005 року та триває дотепер. У межах цього періоду проводився та проводиться комплекс нормотворчих процесів, націлених на розвиток механізму реалізації широкого кола процесуальних інститутів. Так, до результатів нормотворчої діяльності, які стосувалися інституту забезпечення позову, відносимо такі:

1) 21.08.2009 року ВРУ було прийнято Закон № 1616-VI, який набрав чинності 10.09.2009 року. Цим законом доповнено КАС України частиною шостою статті 117 та частиною дванадцятю статті 176. Зі змісту цих статей вбачалося, що суди не уповноважені забезпечувати позову у справах, які стосуються призначення, підготовки і проведення виборів, зокрема виборів Президента України. Впровадження відповідних змін мало на меті забезпечити безперервність виборчого процесу, здійснення виборчих процедур у стислі строки.

Потрібно зазначити, що рішенням Конституційного Суду України від 19.10.2009 року № 26-рп/2009 вищенаведені зміни до КАС України визнані неконституційними через невідповідність їх положень вимогам частини третьої статті 22, частин першої, другої статті 55, статті 64 Конституції України.

2) 13.05.2010 року ВРУ було прийнято Закон № 2181-VI, який набрав чинності 15.05.2010 року. Цим нормативно-правовим актом внесено такі зміни до адміністративно-процесуального закону: 1) доповнено КАС України новою статтею 171-1, яка була присвячена регулюванню порядку розгляду справ щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради юстиції; 2) доповнено частину п'яту статті 117 КАС України нормативним положенням про неможливість забезпечення позову шляхом зупинення актів Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради юстиції та встановлення для них заборони вчиняти певні дії.

3) Законами № 4452-VI від 23.02.2012 року, № 5411-VI від 02.10.2012 року, № 541-VIII від 18.06.2015 року внесено зміни до КАС України шляхом розширення переліку суб'єктів владних повноважень, щодо актів, рішень чи дій яких не допускається забезпечення позову.

4) 03.10.2017 року ВРУ було прийнято Закон № 2147-VIII, який набрав чинності 15.12.2017 року. Цим законом введено в дію нову редакцію КАС України, якою суттєво деталізовано порядок реалізації процесуальних інститутів в адміністративному судочинстві, зокрема й інституту забезпечення позову, якому присвячено окрему Главу 10 Розділу I КАС України.

Відмінність між старою та новою редакцією КАС України в частині реалізації інституту забезпечення позову полягає в тому, що новою редакцією процесуального закону: 1) розширено сферу застосування цього інституту через збільшення кількості заходів, якими позов може бути забезпечено; 2) розширено часові рамки, в межах яких може бути вжито заходів забезпечення позову; 3) збільшено перелік суб'єктів владних повноважень, щодо актів, рішень чи дій яких не допускається забезпечення позову; 4) сформовано вимоги, яким має відповідати заява про забезпечення позову; 5) окреслено порядок подання та розгляду заяви про забезпечення позову; 6) деталізовано механізм заміни одного заходу забезпечення позову іншим та скасування заходів забезпечення позову; 7) роз'яснено порядок виконання ухвали про забезпечення позову; 8) запроваджено механізм відшкодування збитків, що заподіяні забезпеченням позову, який покликаний зменшити ступінь зловживання учасниками справи, наданими їм процесуальними правами.

Видається за доцільне зауважити, що, прийнявши нову редакцію КАС України, законодавець не зупинив свою правотворчу діяльність та надалі продовжує вносити зміни в адміністративно-процесуальне законодавство, які мають вдосконалити порядок застосування різних процесуальних інститутів, зокрема інституту забезпечення позову.

ПЕРЕДУМОВИ САМОЧИННОГО БУДІВНИЦТВА В УКРАЇНІ

Мойсієць Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Будівельна галузь надзвичайно важлива для функціонування економіки у країні, адже створює нові робочі місця та дає змогу розвиватися іншим суміжним галузям народного господарства. Проте, враховуючи постійний розвиток у цій сфері, створюються і умови для різних зловживань та порушень, зокрема самочинного будівництва.

Самочинне будівництво, як об'єкт дослідження з точки зору публічно-правових відносин, на сьогодні потребує особливої уваги та вивчення. Проблема самочинного будівництва поширена у всіх регіонах України, що пояснюється складною дозвільною системою, відсутністю дієвої відповідальності за порушення будівельних норм та правил, а також високим рівнем корупції.

Будівництво вважається самочинним за наявності таких ознак: майно збудоване або будується на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети; без відповідного документа, який дає право виконувати будівельні роботи або без належно затвердженого проекту; з істотними порушеннями будівельних норм і правил.

За своєю суттю самочинне будівництво є правопорушенням, адже особа, яка здійснює таке будівництво ігнорує вимоги законодавства, що врегульовує порядок проходження погоджувальної процедури з відповідними державними органами при підготовці та при проведенні забудови.

Проблема самочинного будівництва не лише негативно позначається на якості будівництва, а й порушує плани забудови територій населених пунктів, може створювати загрозу для життя та здоров'я людей, шкодити екології та скорочувати громадський простір. Самочинне будівництво негативно впливає і на економічний аспект, оскільки призводить до суттєвих втрат надходжень до місцевих бюджетів, а також створює сприятливі умови для розвитку тіньового ринку нерухомості.

Однією з передумов самочинного будівництва є нормативно-правова, яка вказує на відсутність законодавства, яке б чітко визначило процедуру отримання усіх необхідних дозволів на забудову. На сьогодні значна кількість нормативно-правових актів, які регулюють порядок будівельної діяльності створила неоднозначність у правозастосуванні та доволі складну процедуру отримання прав на забудову. Це одна з причин, яка пояснює актуальність проблеми самочинного будівництва, адже законодавство дає можливість потенційним забудовникам спочатку створити об'єкт забудови самовільно без належних дозволів, а потім в законному порядку його легалізувати. Видається, що порядок легалізації об'єкта будівництва значно скорочує часові та майнові ресурси, аніж отримання дозволів до початку здійснення будівельних робіт, що спонукає громадян до вчинення правопорушень у цій сфері.

Ведучи мову про рівень відповідальності за незаконне будівництво, як одну з причин самочинного будівництва в Україні варто вказати, що відповідно до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності», посадова особа органу державного архітектурно-будівельного контролю видає особі, яка здійснила (здійснює) таке будівництво, припис про усунення порушень вимог законодавства у сфері містобудівної діяльності, будівельних норм і правил з визначенням строку для добровільного виконання припису. У разі невиконання припису, орган державного архітектурно-будівельного контролю подає позов до суду про знесення самочинно збудованого об'єкта та компенсацію витрат, пов'язаних з таким знесенням.

Проте, як правило норми законодавства не співпадають з реальністю і корупційні схеми у будівельній сфері дозволяють незаконно будувати об'єкти, а потім узаконювати їх «легальним» шляхом. Саме тому, основною причиною самочинного будівництва в Україні є відсутність належного контролю з боку органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

Основні наглядові функції в процесі будівництва раніше здійснювала Державна архітектурно-будівельна інспекція (ДАБІ), але через високий рівень корумпованості у вересні 2021 року був створений новий орган - Державна інспекція архітектури та містобудування (ДІАМ). Ліквідацію ДАБІ та запуск ДІАМ вважають одним з найважливіших кроків у реформі містобудування, у рамках якої відсутні корупційні ризики. Головним завданням Державної інспекції архітектури та містобудування є здійснення адміністративно-будівельного контролю та нагляду у сфері містобудування.

За два місяці роботи ДІАМ налагоджено та продемонстровано роботу якісно нового підходу у виконанні дозвільно-реєстраційних функцій, який поля-

гає в усуненні корупційних ризиків та сприянні законному будівництву. Хоч рано стверджувати про суттєві зміни у здійсненні контрольно-наглядових функцій, які б суттєво вплинули на менший відсоток самочинних будівель в Україні, проте обсяг повноважень новоствореної Державної інспекції архітектури та містобудування значно ширший, ніж ліквідованої Державної архітектурно-будівельної інспекції. Це вказує на способи держави посилити контроль за дотриманням містобудівного законодавства.

Серед причин виникнення самочинного будівництва також є використання земельних ділянок не за призначенням, самовільне захоплення земельних ділянок або їх частин, порушення умов дозвільної документації. Це пояснюється тим, що чинне законодавство передбачає, що забудовнику для отримання в користування земельної ділянки необхідна наявність детального плану території, план зонування території, а також самостійно виготовити технічну документацію та отримати низку погоджень органів місцевого самоврядування, і тільки тоді отримати відповідне рішення сесії, що може тривати роками. Тому часто у забудовників виникає вибір: діяти законно і втрачати значні часові та майнові ресурси чи йти на певні порушення. Вибір при цьому очевидний, адже забудовнику легше сплатити штраф у розмірі, який вдесять разів менший за номінальну вартість земельної ділянки, на якій він проведитиме будівництво.

Таким чином, для вдосконалення та розвитку будівельної сфери, в тому числі для попередження процвітання незаконного будівництва в Україні, необхідно посилити контроль та нагляд з боку Державної інспекції архітектури та містобудування України, надавши ширший обсяг повноважень. Конкретизувати довільну процедуру, яка передує початку будівництва, створивши єдиний, законодавчо закріплений алгоритм послідовних дій, які має вчинити потенційний забудовник перед початком будівництва.

ДО ПИТАННЯ ПРО МИТНИЙ РЕЖИМ В УКРАЇНІ

Мостовий А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Поставлена на загальнонаціональному рівні вимога інтеграції до Європейського Союзу ставить вимогу проведення реформування національного законодавства до стандартів *acquis communautaire*. Беззаперечно, що одним з перших повинно бути реформоване саме митне право. Митний союз як основа європейської співпраці передбачає існування спільного митного регулювання у всіх 27 державах учасниках. Остання редакція Митного кодексу Союзу (далі – Кодекс Союзу) проведена у 2013 році. Незважаючи на взяті зобов'язання в рамках Угоди про асоціацію та тривалий термін функціонування останньої редакції Кодексу Союзу, в митному законодавстві України і надалі існує ряд проблем нормативного характеру.

Серед інститутів митного права варто виділити митний режим, який відіграє координуючу роль в організації митних правовідносин і в систематизації нормативного матеріалу. Митний режим згідно з Митним кодексом України (далі – Митний кодекс) означає комплекс взаємопов'язаних правових норм, що відповідно до заявленої мети переміщення товарів через митний кордон України визначають митну процедуру щодо цих товарів, їх правовий статус, умови оподаткування і обумовлюють їх використання після митного оформлення. Закріплене в Митному кодексі визначення не може вважатись змістовним та вичерпним, передусім через наявні неузгодженості.

Серед зауважень до поняття митний режим, першим варто виділити тавтологію, коли законодавчо закріплено, що митний режим визначає митну процедуру і водночас умови оподаткування і використання товарів після митного оформлення. Митна процедура, у свою чергу, це зумовлені метою переміщення товарів через митний кордон України сукупність митних формальностей та порядок їх виконання. А митні формальності означають сукупність дій, що підлягають виконанню відповідними особами і митними органами. Всі формальності в рамках митного режиму спрямовані на одну мету, випуск товару відповідно до обраної мети.

У діючій редакції Митного кодексу також здійснено дублювання нормативних правил щодо митних режимів. При визначенні поняття кожного виду митного режиму законодавець вказує правила оподаткування товарів, а у статтях 283 та 286 передбачено правила щодо звільнення від оподаткування та правила оподаткування митом товарів залежно від обраного митного режиму.

Беззаперечним є необхідність проведення реформування з метою систематизації нормативного матеріалу у Митному кодексі. Прикладом і водночас вимогою до проведення даного групування звичайно, що є Кодекс Союзу. Відповідно до Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони українська сторона зобов'язана проводити адаптацію національних норм до нормативних приписів ЄС та забезпечувати ефективне її виконання.

Процес адаптації митного законодавства вимагає проведення комплексних реформ, основою яких може послужити інститут митні режими. Митний режим є визначальним інститутом, який скеровує поведінку як декларанта, так і посадових осіб митниці з метою реалізації ефективного митного контролю і відповідно забезпечення митних інтересів та безпеки. Кожна з цілей переміщення товарів через митний кордон містить в собі елементи ризику для публічних та приватних інтересів. При виборі виду митного режиму декларант переслідує мету отримання прибутку, як і при будь-якому іншому виді господарської діяльності. Для митних органів кожний з видів митних режимів означає свій набір заходів митного контролю, що спрямовані на захист національних інтересів.

Саме завдяки кожному з видів митних режимів можливим є виділення правил проведення процедур митного контролю. Відповідно до митних режимів реімпорту, реекспорту, транзиту, тимчасового ввезення, вивезення, митний склад, вільна митна зона, переробка за межами митної території України, зни-

щення або руйнування та відмова на користь держави передбачають переміщення товарів через митний кордон без застосування заходів нетарифного регулювання. Незастосування заходів нетарифного регулювання передбачає звільнення від окремих видів як митного, так і державного контролю.

Іншим прикладом для систематизації митних режимів в Україні є вимога щодо сплати митних платежів. Законодавець передбачає, що окремі види митних режимів передбачають звільнення від оподаткування митним платежами, щодо інших поставлена вимога умовного повного звільнення від оподаткування, або ще інша – це умовне звільнення від оподаткування. Відсутність єдиного підходу вимагає від суб'єктів митних правовідносин пошуку оптимальних моделей поведінки при таких обставинах. Як приклад може послужити Наказ ДМСУ від 28.03.2000 р., № 173, у якому автори спробували дати визначення одному з вказаних термінів, а саме «умовне повне звільнення від оподаткування», яке передбачає, що це звільнення від сплати, яке вимагає виконання певних умов та обмежень.

Як уже зазначалось, корисним та необхідним в даному випадку буде підхід визначений у Кодексі Союзу. У статті 5 пункт 16 передбачено, що до митних процедур належать: допуск до вільного обігу, спеціальні процедури і вивезення. Група спеціальних митних процедур об'єднує: 1) транзит (внутрішній та зовнішній), 2) складування (митний склад, вільні митні зони), 3) спеціальні використання (тимчасове призначення, кінцеве використання), 4) переробка (внутрішня, зовнішня).

Правила щодо спеціальних митних процедур закріплені у Кодексі Союзу у п'яти розділах. Перший з вказаних розділів присвячений загальним правилам, а інші чотири містить положення щодо кожної з митних процедур окремо. Вказана систематизація має визначальне значення для представлення нормативних правил щодо митних процедур. Якщо у національному митному законодавстві норми щодо митних режимів викладені у 115 статтях (від 70 по 180), то в Кодексі Союзу аналогічні правила щодо митних процедур вже займають 76 статей (від 201 по 277).

Систематизація законодавчих приписів дозволяє не тільки скоротити кількість нормативного тексту, але і сприяє встановленню прозорого, логічного та зрозумілого законодавства.

Для проведення систематизації митних правил щодо митних режимів в Україні потрібним є аналіз спільних норм щодо декларування та оформлення товарів до відповідного митного режиму. Окрім декларування, визначальним є також процедури виконання інших митних формальностей, таких як сплата митних платежів (податків).

Важливим є також встановлення спільної термінологічної бази, яка використовується у Митному кодексі. У випадку зміни назви з митних режимів на митні процедури можна було б уникнути суперечностей у тексті Кодексу. Якщо в одному випадку законодавець живить термін митний режим по відношенню до мети переміщення товарів через митний кордон, то в іншому, у статті 280 до преференційного митного режиму в частині оподаткування товарів на підставі міжнародних зобов'язань України.

У підсумку варто підкреслити, що нормативні приписи щодо митних режимів повинні бути реформовані та систематизовані з метою встановлення відкритого, зрозумілого правового регулювання, яке було б більш доступним для приватних суб'єктів та встановлення рівноваги між забезпеченням публічного та приватного інтересів. Формулювання чіткого та логічного законодавства є передумовою встановлення принципу верховенства права.

ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ МЕХАНІЗМУ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА З ПЛАТОЮ ЗА ЕКСПЛУАТАЦІЙНУ ГОТОВНІСТЬ В КОНТЕКСТІ ДОВГОСТРОКОВОГО БЮДЖЕТНОГО ПЛАНУВАННЯ

Новікова І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Процес бюджетування в рамках реалізації інвестиційного проекту, який реалізується з використанням механізму державно-приватного партнерства (далі – ДПП) може мати певні особливості для державного партнера. Так, у випадку здійснення проекту, що передбачатиме періодичне відрахування бюджетних коштів на користь приватного партнера для здійснення плати за експлуатаційну готовність, якщо така передбачена договором, укладеним в рамках ДПП, державний партнер, а також інші суб'єкти публічного права, що можуть бути залучені до реалізації проекту повинні передбачати періодичність та умови здійснення таких платежів у рамках довгострокового бюджетного планування.

Після завершення інвестиційного періоду реалізації проекту державний партнер повинен забезпечити здійснення регулярних платежів за експлуатаційну готовність на користь приватного партнера, беручи на себе ризик пов'язаний з особливостями динаміки попиту на послуги (товари, роботи), що пропонується надавати за проектом. Розмір таких платежів здебільшого залежить від показників ефективності діяльності приватного партнера протягом операційної фази реалізації проекту (розмір періодичних платежів може бути зменшений у разі недосягнення показників ефективності передбачених договором).

Здійснення платежів за експлуатаційну готовність забезпечується із огляду на три основні компоненти витрат, що виникають в процесі реалізації проекту: 1) капітальні витрати; 2) погашення боргу; 3) операційні витрати [1].

Витрати пов'язані з обслуговуванням проекту на початковій (інвестиційній) фазі здебільшого не створюють додаткових перешкод на шляху коротко- та середньострокового бюджетування, адже мало в чому відрізняються від таких, які передбачені в рамках здійснення традиційних публічних закупівель.

Довгострокове бюджетування витрат за проектом ДПП, частіше пов'язане з наявністю певних перешкод, що можуть створити незручності, як

для приватного так і державного партнера. Проблема полягає у неможливості складання довгострокового плану фінансування проекту ДПП в контексті однорічного державного або місцевого бюджету, що позбавляє приватного партнера впевненості у тому, що державний партнер матиме наміри та буде спроможний здійснювати відрахування відповідних платежів передбачених угодою щодо реалізації проекту.

У випадках реалізації зазначених вище проектів у країнах із більшим ступенем незалежності законодавчої та виконавчої гілок влади зменшення ризику пов'язаного із довгостроковим бюджетуванням може бути досягнуто за рахунок гарантування платежів приватному партнерові на весь період реалізації проекту. В деяких країнах світу бюджетні відрахування, які передбачені договором в рамках реалізації проекту ДПП прирівнюються до бюджетних зобов'язань та підлягають беззаперечному погодженню протягом усього періоду дії відповідного договору. Це означає, що у разі прийняття зобов'язань за таким проектом їх подальше періодичне погодження не вимагається [2].

Зважаючи на принципи темпоральної організації бюджетного процесу в Україні, та визначення нормативного значення бюджетних зобов'язань в рамках однорічних бюджетних призначень протягом дії акту про бюджет на відповідний рік, реалізація цієї моделі наштовхується на очевидні складнощі.

Статтею 18 Закону України «Про державно-приватне партнерство» передбачено, що підтримка здійснення державно-приватного партнерства може надаватися, зокрема, шляхом виплати приватному партнеру платежів, передбачених договором, укладеним у рамках державно-приватного партнерства, зокрема плати за експлуатаційну готовність.

При цьому, плата за експлуатаційну готовність визначається як обумовлені договором, укладеним в рамках державно-приватного партнерства, платежі на користь приватного партнера, що сплачуються після прийняття об'єкта державно-приватного партнерства в експлуатацію, розмір яких залежить від досягнення приватним партнером показників результативності, визначених договором, укладеним в рамках державно-приватного партнерства.

Варто зазначити, що статтею 35 Закону України «Про концесію» передбачено фактично аналогічні положення щодо державної підтримки концесіонером шляхом виплати концесіонеру плати за експлуатаційну готовність.

Однак, незважаючи на наявність норм у зазначених Законах щодо можливості виплати приватному партнеру/концесіонеру плати за експлуатаційну готовність, жодного проекту ДПП/концесії, що передбачав б таку виплату в Україні реалізовано не було, оскільки чинне бюджетне законодавство не містить механізмів щодо реалізації таких форм державної підтримки. Як наслідок, пріоритетні інфраструктурні проекти, які мають значне соціальне значення та є затребуваними з боку суспільства, не є привабливими для приватного бізнесу зважаючи на високий ступінь ризикованості з боку державного партнера стабільності виконання власних грошових зобов'язань.

Зважаючи на зазначене, Урядом України як ініціатором законодавчої ініціативи було внесено до Верховної Ради України як проєкт Закону України «Про

внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо врегулювання бюджетних відносин під час реалізації договорів, укладених в рамках державно-приватного партнерства, у тому числі концесійних договорів» реєстраційний № 5090 від 17.02.2021 р. (далі – Проект Закону).

Метою цього Проекту є забезпечення практичного застосування норм законів України «Про державно-приватне партнерство» та «Про концесію» для усіх сфер діяльності, забезпечення умов для зростання обсягу залучених інвестицій для модернізації і створення нової інфраструктури та надання якісних суспільно значущих послуг.

Проектом Закону пропонується внести зміни до Бюджетного кодексу України, зокрема, в частині:

- запровадження права взяття довгострокових зобов'язань у рамках ДПП державними партнерами відповідно до договору протягом всього терміну його дії;
- встановлення вимог щодо щорічного обсягу довгострокових зобов'язань в рамках ДПП;
- передбачення можливості виплат плати за експлуатаційну готовність автомобільних доріг за рахунок коштів Державного дорожнього фонду.

Запропоновані зміни до Бюджетного кодексу України надаватимуть впевненості приватним партнерам у виконанні державою своїх зобов'язань та досконалому функціонуванні механізму ДПП.

Зокрема, потреба прийняття цього Проекту Закону є критичною для реалізації соціально важливих проектів, зокрема у сфері охорони здоров'я, освіти, автомобільних доріг. Згідно з прогнозами у середньостроковій перспективі можна залучити до 10 млрд. доларів США приватних інвестицій на умовах ДПП для відновлення та обслуговування близько 5000 км доріг.

Прийняття цього проекту Закону відкриє можливості для реалізації проектів ДПП/концесії як на державному так і місцевому рівнях з платою за експлуатаційну готовність.

Водночас, поза межами офіційного обґрунтування пояснювальної записки до Законопроекту, очевидно, що запропоновані зміни знаходяться у напрямку розвитку вектора зміни підходів до строків бюджетування щодо продовження реалізації реформи середньострокового бюджетного планування. В разі успішного прийняття цих змін, ними було б розширено сферу нормативного застосування довгострокових «рамки (стель) витраток» у бюджетному процесі, щоб дозволило зробити прогнозованими і стабільними бюджетні витрати у цій об'єктивно необхідній частині.

1. Budgeting for Availability based Public Private Partnerships. URL: https://www.treasury.nsw.gov.au/sites/default/files/pdf/TPP15-02__Budgeting_for_Availability_-based_Public_Private_Partnerships.pdf (дата звернення: 21.09.2021 р.)

2. Best Practices in Public-Private Partnerships Financing in Latin America: the role of subsidy mechanisms World Bank institute. URL: <https://library.pppknowledgelab.org/d/-3750/download> (дата звернення: 11.10.2021 р.)

ОСНОВИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮСТИЦІЇ В СВЯЩЕННІЙ РИМСЬКІЙ ІМПЕРІЇ НІМЕЦЬКОЇ НАЦІЇ

Паславська Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Історія адміністративної юстиції в Німеччині починається не зі створення 1 жовтня 1864 року Верховного адміністративного суду в м. Баден. Хоч із прийняттям 5 жовтня 1863 року закону про організацію внутрішнього адміністрування було утворено перший в Німеччині спеціальний суд для вирішення публічно-правових спорів, із незалежними суддями і власним регламентом, ця подія фактично завершувала і була кульмінаційним моментом тривалого розвитку, який своїми витокami сягає початку Нового часу, історично пов'язаного з процесами територіалізації та відповідної бюрократизації і зростанням адміністративного апарату.

Останнім часом інтерес до дослідження політичної системи Священної Римської імперії суттєво зріс особливо роль відіграв аналіз інституційної розбудови на рівні імперії, розпочатий 1495 року, який розглядався як результат або наслідок спорів між імператором і членами Рейхстагу про створення імперської конституції. Численні праці, насамперед присвячені вищому судочинству, дійсно засвідчили, що такі інституції, як Імперський камеральний суд та Імперська надвірна рада закріпили цінності і норми суспільства раннього нового часу, що мало суттєвий вплив на врегулювання конфліктів і збереження стабільності в Старому Рейху. Особливу увагу дослідники звертали питанням протестів та конфліктів, в яких намагались виявити специфічно німецьку традицію спротиву і права на спротив, які зрештою віднайшли в Селянській війні в Німеччині та наступних селянських та міщанських повстаннях. Дослідження доводять, що піддані та їхні об'єднання не були беззахисними щодо панівних верств, як це довгий час вважали, а різними шляхами чинили опір. У цьому руслі витримана концепція В. Шульце про юридизацію соціальних конфліктів, якою він називає переведення насильницьких протестів між панівними станами та рештою суспільства у правове русло. Після Селянської війни 1525 року в Німеччині населенню – з одночасною криміналізацією заворушень та насилля – з боку членів Рейхстагу та імператора було надано можливість оскаржувати конфлікти зі знаттю в суді, чим воно все активніше послуговувалось. Особливо сучасникам епохи Просвітництва на фоні Французької революції видавалась можливість подання скарги до вищих судів Старого Рейху гарантією того, що німці не потребують революції, щоби добитися правди. Відсутність з 1789 року дієвих революційних рухів у імперії можна трактувати в цьому взаємозв'язку як наслідок юстиції, яка надала підданам право оскаржувати дії панівних верств і послабила наявний насильницький потенціал завдяки судочинству і прийняттю незаангажованих рішень.

Важливе місце в дослідженні проблеми було приділено питанню, чи в період раннього нового часу існували форми правового захисту, які б вплинули на сучасний конституційний та адміністративно-судовий захист у Німеччині. Якщо ще пів

століття тому це питання викликало суперечки, то сьогодні панує майже повна одностайність щодо того, що ще до створення адміністративної та конституційної юстиції вже існував правовий захист від дій верховної влади. З цим корелює розуміння того, що сучасна німецька правова держава зовсім не є «продуктом французької або північноамериканської революції». У Священній Римській імперії німецької нації «постали елементарні мозаїчні камінці сучасної правової держави». Суперечки щодо конституції Рейху між імператором Максиміліаном I (1459–1519) і членами рейхстагу завершилися проголошенням на Вормському засіданні Рейхстагу 1495 року «Вічного, тобто безстрокового Земського миру», для дотримання і захисту якого був створений Імперський камеральний суд [9, с. 281]. Захист вічного земського миру в державі потребував приписів, які втілювались у документі „Дотримання миру і права». Відповідальним за виконання приписів став Рейхстаг, який здобув самостійність і став посередником між імператором і рейхом. Введений імперський податок (*der Gemeine Pfennig*) мав не лише забезпечувати діяльність Імперського камерального суду, але й фінансувати військові дії проти порушників миру.

Імперський камеральний суд мав бути утворений в одному з міст Рейху – віддаленому від двору. З 1527 року таким містом став Шпаер, а в 1689 – Вецлар, через війну Рейху з Францією. Очолював суд камеральний суддя, який представляв короля в суді і виконував роль президента суду. Він мав походити зі знаті держави, не мусив мати юридичної освіти і призначався імператором. Безпосередні рішення приймали члени суду (ассесори чи лавники), кількість яких під час діяльності Імперського камерального суду змінювалась, зокрема, в 1555 році їх було 24, а після 1648 – 50, з конфесійним паритетом. Через постійні фінансові проблеми зазвичай не всі місця суддів були зайняті. Лавників обирали через складну процедуру, за якою до суду мали входити на певний проміжок часу представники заможних верств з різних частин країни, наполовину зі знаті, наполовину з юристів. Із професіоналізацією суду представники від знаті також мали мати юридичну освіту. Справу сторін представляли уповноважені адвокати (прокуратори) на публічних слуханнях. Прокурор, чію діяльність і повноваження було детально прописано в рамках Порядку Імперського камерального суду, мав функції публічного обвинувача у справах, що стосувалися порушень інтересів імператора і громадського порядку в державі. До них відносились з початку 16 ст. нагляд за збереженням миру в країні, виконанням приписів імперської поліції та дотриманням вірності імператору. Цим наголошують на самостійній німецькій традиції правового захисту.

На відміну від Імперського камерального суду Імперська надвірна рада була створена не як інститут захисту миру в державі, а стала результатом перебудовування в ході адміністративних реформ 1497/98 років Надвірної ради. Сучасні німецькі дослідники вбачають у цьому прояв політичного розрахунку, який полягав у спробі протиставити Імперському камеральному суду, створеному 1495 року з представників багатой верхівки, контрольований імператором вищий суд і поверненні політичної ініціативи в рамках імперської реформи.

Точна дата створення Імперської надвірної ради невідома. Починаючи з Середньовіччя, німецькі королі і імператори послуговувалися різними структурами для здійснення судочинства. За Максиміліана I існувала Надвірна рада з

чіткою структурою але малою ефективністю. Подібними інституціями послугувалися Карл V (1500–1558) і пізніше Фердинанд I (1503–1564). З них сформувалася і отримала свою назву 1559 року Імперська надвірна рада, якій очільник імперії з огляду на скарги але без участі знаті призначав різні регламенти. Одним із найважливіших був регламент 1559 року, у якому було чітко прописано структуру Імперської надвірної ради. Її очолював президент, який відповідав за організацію діяльності ради. До ради також входив віце-президент, посаду якого зазвичай посідав віце-канцлер Рейху. Судочинство здійснювали лавники, кількість яких коливалася від 12 до 30. 6 із 18 лавників мали бути представниками від протестантів, що хоч і не відповідало принципу паритетності Імперського камерального суду, засвідчувало поступки з боку імператора. Інтереси сторін у суді представляли уповноважені представники (Agenten). Чинною була надвірна прокуратура, очевидно, з метою переведення справ, пов'язаних із державною казною, із ослабленого Імперського камерального суду до Імперської надвірної ради.

Імперська надвірна рада засідала при дворі і призначалася та фінансувалася виключно імператором. Із самого початку це був не лише суд, але й імператорська адміністративна установа та спадковий суд. Окрім цього суд був уповноважений від імені імператора вирішувати багато правових і політичних питань Рейху. Впродовж своєї історії його судова функція ставала щораз важливішою. У 18 ст. Імперська надвірна рада працювала у переважній кількості випадків як найвищий суд імперії.

Імперський камеральний суд та Імперська надвірна рада мали на початку майже однакові повноваження першої інстанції у справах щодо порушення миру в державі чи цивільно-правових скарг від або проти громадян, які безпосередньо підпорядковувалися Рейху. Виключні повноваження Імперська надвірна рада мала у кримінальних справах щодо безпосередньо підданих Рейху і всіх справах, що стосувалися спеціальних прав окремих королівств імперії, помилування, феодів чи привілей. Особливе значення суди мали як найвищі апеляційні інстанції, які обмежувалися лише апеляційними привілеями. Щоб їх отримати, імперські стани мусили створювати на своїх територіях апеляційні інстанції, при чому найвищі суди слугували їм зразком. Перевірка рішень територіальних судових інстанцій в ході апеляцій також сприяли участі імперських станів у впровадженні мирного порядку імперії на територіальному рівні.

ПОСТАНОВИ ГОЛОВНОГО ДЕРЖАВНОГО САНІТАРНОГО ЛІКАРЯ УКРАЇНИ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА

Решота В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У системі джерел адміністративного права України вагому роль відіграють підзаконні нормативно-правові акти, які деталізують нормативні положення законів, приймаються на їх основі, у їх межах та для їх виконання. Водночас

трапляються непоодинокі випадки, коли органи публічної адміністрації, їх посадові та службові особи приймають нормативні акти поза межами своїх повноважень. Зокрема, Законом України «Про центральні органи виконавчої влади» регламентовано, що центральний орган виконавчої влади, крім міністерств, у межах своїх повноважень видає накази організаційно-розпорядчого характеру, організовує та контролює їх виконання. Поряд із цим деякі центральні органи виконавчої влади й надалі видають накази, які мають ознаки джерела права у його формальному розумінні, тобто містить норми права як загальнообов'язкові правила поведінки, що приймається або санкціонується державою, а виконання яких забезпечуються державним примусом. Таким прикладом можна назвати деякі накази Національного агентства з питань з державної служби тощо.

У зв'язку із запровадженням карантинних обмежень у 2020 році через поширення коронавірусної хвороби (COVID-19) значну роль у врегулюванні питань санітарного та епідемічного благополуччя населення стали відігравати постанови головного державного санітарного лікаря України. Звідси виникає потреба у ґрунтовному аналізі правової природи цих актів та з'ясування можливості їх віднесення до нормативно-правових актів або ж актів організаційно-розпорядчого характеру.

Посада головного державного санітарного лікаря України та Державної санітарно-епідеміологічної служби, яку він раніше очолював, зазнавала суттєвих змін впродовж всієї історії їх функціонування. Так, систему Державної санітарно-епідеміологічної служби України було реорганізовано за Постановою Кабінету Міністрів України від 10 вересня 2014 р. № 442 шляхом створення Державної служби України з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів.

Пізніше на виконання постанови Київського апеляційного адміністративного суду від 8 лютого 2016 р., якою визнано протиправним та скасовано абз. 2 п. 1 постанови КМУ від 10 вересня 2014 р. № 442 «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» в частині реорганізації Державної санітарно-епідеміологічної служби України, Кабмін скасовував рішення про реорганізацію Державної санітарно-епідеміологічної служби шляхом її приєднання до Державної служби з питань безпечності харчових продуктів та захисту споживачів та повторно її ліквідував.

У лютому 2020 року Рада національної безпеки і оборони України запропонувала Кабінету Міністрів України відновити діяльність санітарно-епідеміологічної служби. Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 26 лютого 2020 р. № 163-р уповноважено заступника Міністра охорони здоров'я на затвердження та підписання окремих видів документів затвердження та підписання яких належать до компетенції головного державного санітарного лікаря України в частині повноважень з епідеміологічного нагляду (спостереження) (зараз діє у редакції розпорядження КМУ від 30 червня 2021 року № 713-р). У такий спосіб було відновлено посаду головного державного санітарного лікаря України, який є водночас заступником міністра охорони здоров'я.

У зв'язку із ситуацією, що склалася через карантинні обмеження та світову пандемію коронавірусної інфекції, на головного державного санітарного лікаря Ук-

раїни покладено завдання щодо протидії цій пандемії та здійснення епідеміологічного нагляду (спостереження), а також щодо запобігання виникненню і поширенню інфекційних хвороб людини, локалізації та ліквідації їх спалахів та епідемій.

Відповідно до даних із бази законодавство України, що міститься на офіційному вебпорталі Верховної Ради України головний державний санітарний лікар України у період з 1995 року й досі ухвалює акти у формі постанов. Детальний аналіз цих постанов дозволяє зробити висновок, що вони не стосуються лише організаційно-розпорядчих питань чи ненормативного регулювання, встановлення певних санітарних норм, правил, стандартів, а подекуди містять й загальнообов'язкові приписи, що підлягають виконанню усіма суб'єктами, у тому числі й особами приватного права.

Наприклад, постановою головного державного санітарного лікаря України від 09.03.1995 року № 01/035 «Про порядок дії на території України нормативних актів колишнього Радянського Союзу в галузі санітарного та епідемічного благополуччя населення» встановлено дію санітарних правил, норм, нормативів, наказів, положень, порядків, інструкцій та правил, що затверджені колишнім Міністерством охорони здоров'я СРСР за умови, якщо вони не суперечать санітарному законодавству України. Встановлення порядку чинності нормативних актів не можна вважати організаційно-розпорядчим документом. Цікавим є також те, що це питання було вирішене не Міністерством охорони здоров'я України, а головним державним санітарним лікарем України щодо дії актів МОЗ СРСР.

Після запровадження карантину у зв'язку із поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19) значення постанов головного державного санітарного лікаря України лише зросло. Наприклад, постановою від 26 серпня 2021 року № 9 затверджено Протиепідемічні заходи у закладах освіти на період карантину у зв'язку із поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19), які визначають права та обов'язки керівників та медперсоналу закладів освіти, працівників цього закладу, перевізників, а також батьків і навіть їхніх дітей. Прикладом може слугувати положення, що здобувачі освіти старші 12 років обов'язково використовують індивідуальні засоби в процесі пересування приміщеннями закладу освіти (п. 9 вищевказаного акта). Аналогічні протиепідемічні заходи затверджені для закладів дошкільної освіти на період карантину у зв'язку із поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19), затверджені постановою головного державного санітарного лікаря України від 25.08.2021 р. № 8., а також багато аналогічних постанов прийнято в інших галузях суспільного життя, зокрема під час проведення спортивних змагань, у закладах громадського харчування, в місцях торгівлі харчовими продуктами та інші.

З огляду на вищевказане важливо визначити правову підставу та повноваження головного державного санітарного лікаря України на видання таких постанов. У своїх постановках він посилається на статтю Закону України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» та на виконання п. 4 постанови Кабінету Міністрів України від 9 грудня 2020 року № 1236 «Про встановлення карантину та запровадження обмежувальних протиепідемічних заходів з метою запобігання поширенню на території України гострої рес-

піраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2». У ст. 40 вищевказаного Закону визначено повноваження головного державного санітарного лікаря України, до яких віднесено внесення на затвердження МОЗ України проєкти актів, якими визначаються державні санітарні норми та правила, санітарно-епідеміологічні та санітарно-протиепідемічні правила і норми, санітарно-епідеміологічні правила і норми, протиепідемічні правила і норми, гігієнічні та протиепідемічні правила і норми, державні санітарно-епідеміологічні нормативи, санітарні регламенти тощо; затверджує певні технічні регламенти, погоджує норми навчально-трудового навантаження, режими навчання та виховання дітей і підлітків у навчально-виховних закладах; вносить проєкти законодавчих актів у відповідній сфері; видає розпорядчі документи щодо організації та здійснення державного санітарно-епідеміологічного нагляду в Україні та інші. Доходимо висновку, що повноважень у головного державного санітарного лікаря України на прийняття загальнообов'язкових нормативних актів немає. Закон вказує суто на проєкту діяльність, розпорядчі документи, а також певні стандарти та технічні норми. Щодо п. 4 вищевказаної постанови КМУ, то там зазначено, що головним державним санітарним лікарем України розробляються та затверджуються протиепідемічні заходи, які визначають особливості провадження діяльності суб'єктами господарювання на період карантину. Водночас попри те, що постановою формально і вводять протиепідемічні заходи, проте за своєю суттю, на нашу думку, вони визначають права та обов'язки невизначеного кола осіб, є загальнообов'язковими, затверджують правила поведінки таких осіб у тій чи іншій ситуації, а не лише визначають певні технічні стандарти та норми. З огляду на це, вважаємо, що такі правила поведінки осіб у період карантину мають ухвалюватися Кабінетом Міністрів України або ж Міністерством охорони здоров'я України, а не заступник міністра – головним державним санітарним лікарем України, який на підставі Закону має лише готувати проєкти відповідних актів. Тому це питання потребує подальших наукових пошуків та досліджень, а також вдосконалення нормативно-правової бази у цій галузі.

ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ АДМІНІСТРАТИВНОЇ СПРАВИ У ПОРЯДКУ ПИСЬМОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ СУДОМ КАСАЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ

Стафійчук К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Параграф 3 глави 2 розділу III Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України) визначає питання касаційного розгляду адміністративної справи Верховним Судом. Це є одна з центральних стадій, в якій суд касаційної інстанції здійснює всі необхідні дії для підготовки та розгляду справи по суті. Допустивши касаційну скаргу, яка відповідає вимогам процесуального зако-

ну, до розгляду суд касаційної інстанції зобов'язаний вчинити всі необхідні дії для її розгляду. Аналіз положень вищевказаного параграфу КАС України дозволяє нам виділити наступні підстади ширшої стадії касаційного розгляду, як-от:

- 1) Підготовка справи до касаційного розгляду.
- 2) Попередній розгляд справи;
- 3) Розгляд справи у судовому засіданні або у порядку письмового провадження.

Касаційний розгляд справи у судовому засіданні здійснюється у тих випадках, коли суд касаційної інстанції хоче дослідити всі обставини справи, вислухати пояснення учасників справи, перевірити правильність дотримання норм матеріального і процесуального права судами попередніх інстанцій. За вимогами ч. 1 ст. 344 КАС України касаційний розгляд справи у судовому засіданні здійснюється за правилами спрощеного позовного провадження в суді першої інстанції, проте при цьому мають бути дотриманими межі касаційного розгляду справи, визначені ст. 341 КАС України. Водночас суд касаційної інстанції користується процесуальними правами суду першої інстанції виключно для перевірки правильності дотримання судами попередніх інстанцій норм матеріального і процесуального права.

З огляду на значну кількість справ, що перебуває в суді касаційної інстанції та специфіку перевірки, що здійснює цей суд, не завжди виникає потреба в отриманні пояснень від сторін та інших учасників справи, які, як правило, викладаються в касаційній скарзі чи скаргах та відзиві або відзивах на них. У такій ситуації суд касаційної інстанції може слухати справу без виклику сторін у порядку письмового провадження, що регламентується ст. 345 КАС України. Крім того, неприбуття учасників справи у судові засідання суду касаційної інстанції не перешкоджає суду розглядати справу вже також у письмовому провадженні. Власне термін «письмове» наголошує на тому, що судом оцінюються наявні матеріали судової справи, без усних пояснень учасників справи. Такий порядок для суду касаційної інстанції є простішим, адже не потребує витрат часу на заслуховування сторін. З цього можемо зробити висновок, що судові засідання в суді касаційної інстанції відбуваються радше як виняток, коли дійсно є потреба заслухати пояснення сторін, коли результат розгляду справи не є однозначним для всієї колегії ще на етапі підготовки справи для касаційного розгляду.

Крім того, ст. 345 КАС України визначає, що підставами для перегляду у порядку письмового провадження є також, коли учасники справи у касаційній скарзі чи відзив на неї не заявили клопотання про розгляд справи в судовому засіданні за їх участі. Тому учасники справи, які мають намір надати пояснення в судовому засіданні повинні зробити про це відповідне клопотання та подати його в суд касаційної інстанції. Наступною підставою для розгляду справи у порядку письмового провадження законодавець визначає — перегляд ухвал суду першої та апеляційної інстанцій, адже у такій ситуації вирішення справи по суті не вирішується і відповідне судове рішення може бути прийняте без виклику сторін, що зумовлене необхідністю процесуальної економії часу Верховного Суду. Крім того, КАС України визначає, що у порядку письмового провадження

слухається також справа, що була розглянута у порядку спрощеного позовного провадження. Це ще раз підкреслює тезу, що визначення судом першої інстанції форми адміністративного судочинства суттєво впливає на можливість перегляду справи у суді касаційної інстанції, оскільки у випадку розгляду справи у порядку спрощеного позовного провадження, то підставою для розгляду її судом касаційної інстанції є фундаментальне значення цієї справи для формування єдиної правозастосовної практики або ж має значний суспільний інтерес чи виняткове значення для касатора та в деяких інших випадках, що досить непросто обґрунтувати. Проте важливою гарантією є також те, що якщо суд першої інстанції помилково вибрав невірну форму адміністративного судочинства, то це також буде підставою для касаційного оскарження. Відтак, зроблений нами аналіз судових рішень з Єдиного державного реєстру судових рішень, дозволив дійти висновку, що часто в однакових справах за аналогічних правовідносин навіть судді одного і того ж суду обирають різні форми розгляду справи: загальне, позовне провадження, спрощене позовне провадження з викликом сторін або спрощене позовне провадження без виклику сторін у справі.

Разом з тим, якщо суд касаційної інстанції при розгляді справи у порядку письмового провадження зробить висновок про необхідність її розгляду у судовому засіданні, то він у такому випадку признає її до касаційного розгляду у судовому засіданні.

Отже, розгляд адміністративної справи у порядку письмового провадження має суттєві переваги у тих випадках, коли суд не потребує додаткових усних пояснень від учасників справи, коли суд може прийняти рішення за наявними матеріалами справи, це є досить важливим з огляду на межі та завдання касаційного провадження, що дозволяє суттєво економити час розгляду та вирішення справ судом касаційної інстанції.

ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ОФІЦІЙНОГО З'ЯСУВАННЯ ВСІХ ОБСТАВИН У СПРАВІ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Труш М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У відповідності до норм чинного КАС України, принцип офіційного з'ясування всіх обставин справи, закріплений частиною четвертою статті 9 КАС України та зобов'язує суди вживати заходи для з'ясування всіх обставин у справі, у тому числі шляхом виявлення та витребування доказів з власної ініціативи шляхом: 1) надання учасником справи з його власної ініціативи; 2) надання доказів учасниками справи за пропозицією суду; 3) збирання доказів судом з власної ініціативи (ч. 3 ст. 77 КАС України), 4) витребування доказів судом (ст. 80 КАС України) [1].

Отже, принцип офіційного з'ясування всіх обставин у справі в адміністративному судочинстві – це закріплене у КАС України положення про обов'язок суду вжити передбачених законом заходів, необхідних для з'ясування всіх обставин у справі, встановлення юридичних фактів, запропонувати сторонам надати необхідні докази.

В той же час, вищевказані шляхи отримання судом доказів відрізняються за своїми наслідками.

Пропозиція суду надати докази має рекомендаційний характер для сторони. Частиною п'ятою статті 77 КАС України встановлено, що у випадку ненадання учасником справи без поважних причин доказів на пропозицію суду, суд вирішує справу на підставі наявних доказів.

В той же час, статтею 80 КАС України передбачено повноваження суду збирати докази з власної ініціативи шляхом постановлення ухвали про витребування доказів. Її виконання є обов'язковим. Невиконання ухвали передбачає застосування заходів процесуального примусу. Отже, якщо подання заяв по суті справи є правом учасників справи, то подання доказів, у разі їх витребування ухвалою суду, - обов'язком.

Разом з цим, Верховний суд зазначає, що застосуванню норм матеріального права передують встановлення обставин у справі, підтвердження їх відповідними доказами.

Тобто, застосування судом норм матеріального права повинно вирішити спір, який виник між сторонами у конкретних правовідносинах, які мають бути встановлені судами на підставі повно і всебічно з'ясованих обставин в адміністративній справі.

03 жовтня 2019 року в рамках справи № 826/15560/15, адміністративне провадження № К/9901/12070/18 (ЄДРСРУ № 84703813) Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду наголошує, що принцип офіційного з'ясування всіх обставин у справі полягає насамперед у активній ролі суду при розгляді справи. В адміністративному процесі, на відміну від суто змагального процесу, де суд оперує виключно тим, на що посилаються сторони, мають бути повністю встановлені обставин справи, щоб суд ухвалив справедливе та об'єктивне рішення. Принцип офіційності, зокрема, виявляється у тому, що суд визначає обставини, які необхідно встановити для вирішення спору; з'ясовує якими доказами сторони можуть обґрунтувати свої доводи чи заперечення щодо цих обставин; а у разі необхідності суд повинен запропонувати особам, які беруть участь у справі, доповнити чи пояснити певні обставини, а також надати суду додаткові докази [2].

Аналогічна правова позиція висловлена в свою чергу також Верховним Судом у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду у справі № 826/22842/15, касаційне провадження № К/9901/14014/18 (ЄДРСРУ № 86203374) [3] та у справі № 814/1793/17, адміністративне провадження № К/9901/58034/18 (ЄДРСРУ № 79638423) [4].

Зважаючи на вищевказане, вважаємо за необхідне зробити висновок про те, що процесуальним законодавством саме на суд покладено обов'язок

офіційного з'ясування всіх обставин справи, що зобов'язує суддю (суд) вживати всіх необхідних заходів для його виконання поряд зі змагальністю і диспозитивністю судового процесу.

Також влучно Верховний суд України розкрив принцип офіційного з'ясування всіх обставин у справі розглянувши у касаційному порядку адміністративну справу за позовом дочірнього підприємства до Державної архітектурно-будівельної інспекції України (ДАБІ України) про визнання протиправними та скасування постанови про накладення штрафу за правопорушення у сфері містобудівної діяльності, припису про зупинення підготовчих та будівельних робіт.

Суть цієї справи полягає у тому, що посадовими особами ДАБІ України за результатом проведення позапланової перевірки позивача щодо дотримання вимог містобудівного законодавства під час реконструкції автозаправної станції зі встановленням додаткового технологічного обладнання модульного АГЗП було виявлено відсутність у дочірнього підприємства дозволу на виконання будівельних робіт. У зв'язку з цим, посадовими особами відповідача було винесено припис про зупинення будівельних та підготовчих робіт та прийнято постанову про накладення штрафу за правопорушення у сфері містобудівної діяльності.

Вважаючи припис та постанову протиправними, позивач звернувся до суду з адміністративним позовом, в якому просив скасувати вищезазначені припис та постанову про накладення штрафу. В обґрунтування позовних вимог підприємство наполягало на тому, що станом на час проведення перевірки позивач не проводив будівельних робіт з реконструкції автозаправної станції, а на час встановлення додаткового технологічного обладнання модульного АГЗП у нього був наявний дозвіл на виконання будівельних робіт.

Суд першої інстанції адміністративний позов задовольнив, мотивуючи рішення тим, що та обставина, що на момент проведення перевірки відповідач не виявив у Реєстрі дозвільних документів дозволу на виконання будівельних робіт, не є підставою для висновку, що такі роботи здійснювалися без отримання позивачем відповідного дозволу.

Постановою суду апеляційної інстанції за результатами повторного розгляду скаргу ДАБІ України залишено без задоволення, а постанову суду першої інстанції – без змін. Ухвалюючи таке рішення, суд апеляційної інстанції врахував обставини справи, встановлені в іншому судовому рішенні, що набрало законної сили, зазначивши, що такі обставини є преюдиційними, а тому не потребують доказування під час розгляду цієї справи.

Водночас Верховний Суд не погодився з такими висновками суду апеляційної інстанції, касаційну скаргу ДАБІ України задовольнив, скасував постанову суду апеляційної інстанції та ухвалив нову постанову про відмову у задоволенні позову.

Колегія суддів у складі Касаційного адміністративного суду виходила з того, що судами попередніх інстанцій порушено порядок зібрання та перевірки доказів, визначений статтями 72-79 Кодексу адміністративного судочинства України (КАС України), а їх висновки не ґрунтуються на повно і всебічно досліджених обставинах справи, встановлених на підставі належних, допустимих, достовірних та достатніх доказів.

Зокрема, суд встановив, що ухвалою суду апеляційної інстанції на позивача було накладено штраф за невиконання ухвали цього ж суду, якою витребувано оригінал дозволу на виконання будівельних робіт, оригінал сертифіката та документи, які були підставою для отримання вказаних дозволу та сертифіката. Ця ухвала позивачем не оскаржувалась, що підтвердило неподання ним оригіналів витребуваних документів, у тому числі документів, які були підставою для отримання дозволу на виконання будівельних робіт.

З огляду на це Верховний Суд вказав на необґрунтованість висновків суду апеляційної інстанції про те, що факт наявності у позивача у справі, що розглядається, дозволу на виконання будівельних робіт на момент проведення перевірки не потребує доказування, оскільки позивачем не було пред'явлено оригіналу відповідних документів, а отже, позивач всупереч приписам статті 77 КАС України не довів обставини, на яких ґрунтуються його позовні вимоги, та не спростував належними, допустимими, достовірними та достатніми доказами аргументи відповідача про відсутність дозвільного документа.

Переглядаючи у касаційному порядку справу, суд врахував, що преюдиція під час встановлення та перевірки обставин справи, на яку посилався суд апеляційної інстанції, не має абсолютного характеру, оскільки відповідно до статті 2 КАС України однією із засад адміністративного судочинства є офіційне з'ясування всіх обставин у справі.

Порівняння засад (принципів) цивільного та господарського судочинства, закріплених у статті 2 Цивільного процесуального кодексу України та статті 2 Господарського процесуального кодексу України, відповідно, із засадами (принципами) адміністративного судочинства, дозволила суду стверджувати, що принцип офіційного з'ясування всіх обставин у справі є обов'язковим при вирішенні публічно-правових спорів.

Згідно з імперативними положеннями частини четвертої статті 9 КАС України, дотримуючись принципів змагальності та диспозитивності, суд вживає визначені законом заходи, необхідні для з'ясування всіх обставин у справі, у тому числі щодо виявлення та витребування доказів з власної ініціативи.

З огляду на вищезазначене, Верховний Суд дійшов висновку про те, що принцип офіційного з'ясування всіх обставин у справі полягає насамперед у активній ролі суду при розгляді справи; в адміністративному процесі, на відміну від суто змагального процесу, де суд оперує, в першу чергу тим, на що посилаються сторони, мають бути повністю встановлені обставини справи, щоб суд ухвалив справедливе та об'єктивне рішення; принцип офіційності, зокрема, виявляється у тому, що суд визначає обставини, які необхідно встановити для вирішення спору, а також з'ясовує, якими доказами сторони можуть обґрунтувати свої доводи чи заперечення щодо цих обставин; у разі необхідності суд повинен запропонувати особам, які беруть участь у справі, доповнити чи пояснити певні обставини, а також надати суду додаткові докази [5].

2. Постанова Верховного Суду України № 826/15560/15, адміністративне провадження № К/9901/12070/18 (ЄДРСРУ № 84703813).

3. Постанова Верховного Суду України № 826/22842/15, касаційне провадження № К/9901/14014/18 (ЄДРСРУ № 86203374).

4. Постанова Верховного Суду України № 826/22842/15, касаційне провадження № К/9901/58034/18 (ЄДРСРУ № 79638423).

5. Постанова Верховного Суду від 20 квітня 2021 року у справі № 817/1269/17 (адміністративне провадження № К/9901/3382/21).

ДО ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ОБМІНУ ПОДАТКОВОЮ ІНФОРМАЦІЄЮ ЩОДО КОНТРОЛЬОВАНИХ ІНОЗЕМНИХ КОМПАНІЙ

Фекета І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Пришвидження тенденцій глобалізації економічного простору та цифровізації усіх сфер суспільного життя, спричинили необхідність податкових інститутів різних держав світу співпрацювати над питаннями справедливого розподілу податків між юрисдикціями, яким вони належать. Ключовим аспектом підготовки податкових інститутів різних країн світу до викликів 21 століття є необхідність надати потрібні їм ефективні законодавчі, цифрові та адміністративні інструменти змін.

Оскільки Організація економічного співробітництва та розвитку (далі – ОЕСР, Організація) взяла на себе місію розробки нових правил та норм регулювання у податковій сфері, щоб протидіяти недобросовісним податковим практикам, виведенню капіталів, розмиванню податкових баз, у зв'язку з чим представила План дій BEPS, подальшим логічним кроком для ОЕСР стала розробка та впровадження уніфікованого стандарту взаємодії країн-членів ініціативи в інформаційному полі. Без консолідованих зусиль країн-членів ініціативи Плану дій BEPS у питаннях взаємодії щодо обміну податковою інформацією, неможлива ефективна реалізація більшості кроків Плану дій BEPS, в тому числі правил щодо контрольованих іноземних компаній (крок 3 Плану дій BEPS) (далі – КІК).

Відтак, ОЕСР було розроблено Common Reporting Standart або міжнародний стандарт щодо автоматичного обміну інформацією про фінансові рахунки в податкових цілях (далі – CRS Стандарт) [1], який закликає юрисдикції отримувати, збирати інформацію від своїх фінансових установ та автоматично обмінюватись цією інформацією з іншими юрисдикціями на щорічній основі. У цілому, CRS Стандарт фокусується на фінансових установах та їх зобов'язанні добровільно розкривати інформацію про фінансові рахунки, їх типи, платників податків, які мають рахунки у цих установах та зобов'язанні дотримуватись належних процедур CRS.

CRS Стандарт побудований на автоматичному обміні інформацією, який поряд зі спонтанним обміном та обміном на прохання визначений Конвенцією про взаємну адміністративну допомогу в податкових справах (далі – Конвенція) як один із способів здійснення обміну інформацією між країнами, яка може бути доречна для: а) установлення суми та збору податку, а також стягнення податкової заборгованості й здійснення виконавчих заходів з метою її стягнення і б) притягнення до адміністративної відповідальності чи порушення кримінального переслідування в судовому органі [2].

Для цілей впровадження CRS Стандарту, ОЕСР також розроблено Багатосторонню угоду між компетентними органами щодо автоматичного обміну інформацією про фінансові рахунки (далі – Багатостороння угода), базисом для якої стала вищезгадана Конвенція [3]. Водночас, Сполучені Штати Америки і надалі використовуватимуть стандарт, закладений власним законом «Про податкові вимоги до іноземних рахунків» (FATCA), який як зазначено в самому CRS Стандарті, став основою для його розробки [4].

Багатостороння угода складається з 8 розділів, в яких містяться норми щодо: визначення інформації, часу та методів автоматичного обміну, співпраці сторін угоди, гарантій конфіденційності та збережності інформації, впровадження консультацій щодо ефективного виконання угоди, тощо.

Податкова інформація, що є об'єктом розкриття зазначена у Розділі 2 багатосторонньої угоди. Відтак, країна-підписант зобов'язується автоматично надавати наступну інформацію:

- ім'я, адресу, ПН(и), дату та місце народження (щодо фізичної особи) щодо кожної звітної особи, яка є власником рахунку; якщо будь-яка юридична особа, яка є власником рахунку та у якої після застосування процедур CRS Стандарту, виявлено одну або декілька контролюючих осіб, які підлягають звітності, то необхідно надати - найменування, адресу та ПН(и) юридичної особи та ім'я, адресу, ПН(и), а також дату та місце народження кожної звітної особи;

- номер рахунку (або еквівалент за відсутності номера рахунку);
- найменування та ідентифікаційний номер (якщо є) фінансової установи, що звітує;

- залишок або вартість рахунку (включаючи, у випадку договору страхування грошової вартості або договору ренти, страхову суму) на кінець відповідного календарного року або іншого відповідного звітного періоду або, якщо рахунок був закритий протягом такого року або періоду – на дату закриття рахунку;

- у випадку будь-якого депозитарного рахунку: (1) загальна сума відсотків, загальна сума дивідендів та загальна валова сума інших доходів, отриманих щодо активів, утримуваних на рахунку, щодо кожного випадку виплати або зарахування на рахунок протягом календарного року або іншого відповідного звітного періоду; і (2) загальна сума валових надходжень від продажу або викупу фінансових активів, сплачених або зарахованих на рахунок протягом календарного року або в інший відповідний звітний період, щодо якого фінансова установа, що звітує, діяла як зберігач, брокер, номінальна особа чи іншим чином як агент власника рахунку;

– у випадку будь-якого депозитарного рахунку, загальна сума сплачених відсотків або зарахованих на рахунок протягом календарного року або іншого відповідного звітного періоду;

– у випадку будь-якого рахунку, не описаного в підпунктах 2(е) або (ф), загальна валова сума, сплачена або зарахована власнику рахунку під час календарного року або іншого відповідного звітного періоду, щодо якого складає звітність фінансова установа, що є боржником, включаючи загальну суму будь-якого викупного платежу, здійсненого власнику рахунку протягом календарного року чи за інший відповідний звітний період [5].

На відміну від Конвенції, Багатостороння угода, яка присвячена виключно автоматичному обміну інформацією розширила об'єм інформації, якою обмінюватимуться країни-підписанти. Водночас, інформація щодо КІК як об'єкт регулювання окремо не виділяється і не згадується в багатосторонній угоді, проте спектр деталей, отриманих в ході автоматичного обміну дозволяє ідентифікувати такі КІК вже контролюючими податковими органами в окремих юрисдикціях, вирахувати прибутки КІК або її контролюючих осіб та в повній мірі оцінити правдивість звітування таких КІК в батьківській юрисдикції.

Законом України «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві» впроваджується податковий контроль за КІК [6], в основі якого лежить отримувана контролюючими органами податкова інформація. За наявності відповідної податкової інформації, контролюючий орган може вимагати від платника податків додаткових пояснень, так і провести перевірку контролюючої особи КІК. Також закладена вимога до контролюючих органів, інших органів державної влади, банків та фінансових установ розкривати інформацію щодо КІК, якщо така їм стала відома. Без впровадження CRS Стандарту Україною, податкова інформація щодо КІК та її контролюючих осіб, хоч і буде в тій чи іншій мірі отримуватись контролюючими органами України на підставі попередньо укладених міжнародних договорів та угод, проте це значно сповільнюватиме процес та ефективність оподаткування КІК.

Станом на 30 серпня 2021 року, Україна офіційно заявила про свій намір впровадити CRS Стандарт, який на думку Уряду України дозволить посилити імідж України як передбачуваного партнера, що прагне впроваджувати найкращі стандарти та боротися із розмиванням бази оподаткування та виведенням прибутку з-під оподаткування.

1. OECD (2017), Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, Second Edition, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267992-en>

2. Конвенція про взаємну адміністративну допомогу в податкових справах: Конвенція від 25.11.2021 р. № ETS N 127, ETS 127. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_325#Text (дата звернення 28.11.2021 р.)

3. Multilateral Competent Authority Agreement: веб-сайт. URL: <https://www.oecd.-org/tax/exchange-of-tax-information/multilateral-competent-authority-agreement.htm> (дата звернення 28.11.2021)

4. OECD (2017), Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, Second Edition, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.-1787/9789264267992-en>

5. Multilateral Competent Authority Agreement: веб-сайт. URL: <https://www.oecd.-org/ctp/exchange-of-tax-information/multilateral-competent-authority-agreement.pdf> (дата звернення 28.11.2021)

6. Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо вдосконалення адміністрування податків, усунення технічних та логічних неузгодженостей у податковому законодавстві: Закон України від 16.01.2020 р. № 466-IX. URL: <https://zakon.-rada.gov.ua/laws/show/466-20#Text>

ПРИНЦИПИ ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ У СФЕРІ НАДАННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ

Хлібороб Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Цифровізація у сфері діяльності публічної адміністрації стала невід'ємною частиною політики уряду. Особлива увага приділяється сфері публічних сервісів. Уряд переконаний, цифровізація публічних послуг покращить якісь та спростить доступ до них для широких верств населення.

Ключовим кроком для пришвидшення цифровізації сфери публічних послуг стало ухвалення Закону України «Про особливості надання публічних (електронних публічних) послуг» [1], який політики охрестили його гучною назвою Paperless, тобто «менше паперу».

Ключовими новелами цього законодавчого акта серед іншого стали: визначення поняття «електронна публічна послуга», «публічна послуга», «автоматичний режим надання електронної публічної послуги», «комплексна електронна публічна послуга»; широкі можливості використання електронних документів «Дії»; запровадження принципу надання публічної (електронної публічної) послуги за замовчуванням. Зокрема, цей принцип означає, що при наданні публічних послуг, органи влади не матимуть права вимагати у людини різні довідки, висновки, якщо така інформація є у в інформаційно-телекомунікаційних системах (тобто, у державних реєстрах тощо).

Серед новел цього Законодавчого акта також є закріплення принципів державної політики у сфері надання публічних (електронних публічних) послуг. Зокрема, такими принципами є: верховенства права; рівність перед законом; відкритість; прозорість; багаторазовість використання; технологічна нейтральність і портативність даних; орієнтованість на громадян; інклюзивність та дос-

тупність; безпечність та конфіденційність; підтримки прийняття рішень; адміністративне спрощення; збереження інформації; оцінювання ефективності та результативності.

Необхідно підкреслити, що йдеться не про принципи надання публічних (електронних публічних) послуг, а саме про принципи правової політики у цій сфері.

Поряд із звичними для української правової системи принципами такими як верховенство права та рівність перед законом, закріплено чимало унікальних принципів, які ще не мають аналогів в іншому законодавстві. Зокрема такі принципи як багаторазовість використання; технологічна нейтральність і портативність даних; підтримки прийняття рішень.

Але попри це, законодавець не вважав за доцільне закріпити на рівні закону принаймні узагальнене тлумачення цих принципів. Як наслідок, ці принципи можуть так залишитись - декларативними нормами.

На противагу такому підходу, на рівні ЄС дуже детально регламентується питання принципів публічних послуг та створення єдиної сумісної системи електронних публічних сервісів. Привертає увагу те, що у Рамковому документі Європейської комісії щодо інтероперабельності (European Interoperability Framework) [2] закріплюються аналогічні принципи до тих, які містяться у Законі України «Про особливості надання публічних (електронних публічних) послуг»

Зокрема, у Документі зазначено, що Європейська система інтероперабельності дає конкретні вказівки щодо налаштування сумісних цифрових публічних послуг, а також закріплює 12 принципів, якими слід керуватися політикам в їх прагненні до взаємодії та розбудови системи сумісних публічних послуг. Зокрема, у цьому документі йдеться про такі принципи: відкритість; прозорість, можливість повторного використання, технологічна нейтральність і переносимість даних; орієнтація на користувача, інклюзивність та доступність, безпека та конфіденційність, адміністративне спрощення, збереження інформації, оцінка ефективності та ефективності. Розгляньмо окреслені принципи детальніше.

Принцип відкритості тлумачиться у контексті правової політики відкритих даних. Йдеться, насамперед, про те, що публічна влада має обов'язок забезпечувати доступність публічних даних для використання та повторного використання іншими, дбаючи про захист персональних даних, конфіденційність або права інтелектуальної власності. Принцип відкритості також тлумачиться у контексті використання програмних технологій і продуктів із відкритим кодом, що може допомогти заощадити витрати на розробку нових технічних рішень, та дозволити швидко адаптуватися до конкретних потреб бізнесу.

Принцип прозорості у контексті правової політики у сфері публічних послуг має на меті забезпечити прозорість діяльності публічної адміністрації, формувати зрозумілі та прозорі адміністративні процедури, створювати можливості для громадян та підприємств розуміти адміністративні правила, процеси, дані, послуги та мотиви прийняття рішень.

Принципи можливості повторного використання стосується не тільки даних, програм, а й інших рішень. Так, публічна адміністрація, вирішуючи наявну проблему може використовувати ті рішення, які вже довели свою ефектив-

ність в інших подібних ситуаціях, оцінюючи їх корисність чи релевантність даній проблемі. Для цього система публічної адміністрації має бути відкритою для обміну своїми рішеннями, концепціями, структурами, специфікаціями, інструментами та компонентами з іншими. Зокрема, ефективним може бути повторне використання ІТ-рішень (наприклад, програмних компонентів, інтерфейсів складного програмування, стандартів), інформації та даних сприяє взаємодії та покращує якість, оскільки розширює оперативне використання, а також заощадує гроші та час.

Технологічна нейтральність і переносимість даних, як принцип правової політики у сфері публічних послуг є вкрай важливий з огляду на необхідність створити максимально незалежне середовище та мінімізувати технологічні залежності, уникати нав'язування конкретних технічних реалізацій або продуктів своїм складовим і мати можливість адаптуватися до швидкого розвитку. При розробці правової політики публічна адміністрація має зосередитися на вирішенні функціональних проблем та забезпечити доступ до публічних послуг, цифрових сервісів та даних **незалежно від конкретних технологій чи продуктів**.

Орієнтація на користувача. Поп-перше, равова політика у сфері публічних послуг має забезпечувати необхідність альтернативних можливостей їх отримання та багатоканальні способи надання цих послуг. Саме потреби користувачів цих послуг є ключовими при визначення того, які повинні бути надані публічні послуги, і як вони повинні бути доставлені. Поєднання фізичних і цифрових каналів для доступу до публічних послуг є важливою складовою цієї правової політики. По-друге, система електронних публічних послуг має формуватися так як і формується система публічних послуг - за принципом «єдиного вікна». Такий підхід дозволяє приховати внутрішню адміністративну складність процедур і полегшити доступ до публічних послуг. Перевага має надаватися формуванню єдиних веб-ресурсів для публічних електронних послуг. По-третє, наскільки це можливо, згідно з чинним законодавством, користувачі повинні мати можливість надавати дані лише один раз, а публічна адміністрація повинна мати можливість отримувати та передавати ці дані для обслуговування користувачів відповідно до правил захисту персональних даних. Користувачі мають надавати лише ту інформацію, яка є абсолютно необхідною для отримання даної публічної послуги.

Доступність та інклюзивність – це надання можливості кожному повною мірою скористатися можливостями, які відкривають цифрові технології для доступу до публічних послуг. Доступність та інклюзивність гарантує, що люди з обмеженими фізичними можливостями, люди похилого віку та інші уразливі групи громадян можуть користуватися публічними послугами на рівні з іншими громадянами. Цей принцип правової політики у сфері електронних публічних послуг є надзвичайно важливим, адже дозволяє доти бар'єри для осіб з особливими потребами та гарантувати можливості їх залученості та реалізації прав.

Цифровізація має ще одну надзвичайну перевагу – дозволяє спростувати та оптимізувати процедури. Тож, правова політика у сфері електронних публічних послуг має мати на засновуватися на принципі адміністративного спрощен-

ня, що може допомогти бізнесу та громадянам зменшити адміністративний тягар та тиск. Адміністративне спрощення дозволяє усувати складні та обтяжливі стадії адміністративної процедури. Наприклад, необхідність отримувати погодження у кількох різних адміністративних органів, адже інформація може передаватися шляхом цифрової взаємодії.

Таким чином, принципи державної політики у сфері публічних (електронних публічних) послуг є важливим вектором, що дозволить створити ефективну та доступну систему електронних публічних сервісів, орієнтовану на потреби громадян та бізнесу.

1. Закон України «Про особливості надання публічних (електронних публічних) послуг» від 15.07.2021 р. – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1689-20/ed20210-715#Text>

2. European Interoperability Framework: Promoting seamless services and data flows for European public administrations. - URL: https://ec.europa.eu/isa2/sites/default/files/eif_brochure_final.pdf

ВИЗНАЧЕННЯ РЕГУЛЯТОРА РИНКУ ВІРТУАЛЬНИХ АКТИВІВ В УКРАЇНІ

Чопик І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Досить нещодавно Верховна Рада України прийняла у другому читанні законопроект № 3637 «Про віртуальні активи». Законопроект мав на меті, серед іншого, забезпечити належне державне регулювання ринку віртуальних активів в Україні. Проте, Президент України ветоував уже прийнятий закон та надав ряд пропозицій до нього. В основному, пропозиції стосувались правильності визначення державного регулятора ринку. У цих тезах я спробую проаналізувати доцільність таких пропозицій.

У версії доопрацьованого законопроекту, який був прийнятий Верховною Радою України у першому читанні у грудні 2020 року, пропонувалось визначити Міністерство цифрової трансформації України (далі «Мінцифри») як основного регулятора. Таке рішення, щонайменше, можна назвати досить сумнівним, адже Мінцифри б виконувало невластиві для себе функції. Так, відповідно до Положення № 856 від 18 вересня 2019 року, основні повноваження Мінцифри сконцентровані навколо формування та реалізації державної політики у сфері цифровізації. Проте, класифікація віртуальних активів відповідно до законопроекту передбачає наявність таких віртуальних активів, які забезпечені валютою або фінансовими інструментами. У цьому сенсі Мінцифри регулювало б активи, які за своєю природою логічніше мали б бути у відомстві відповідних регуляторів валютного та фінансового ринків.

Далі, проект закону, який був поданий до другого читання у червні 2021 року, містив зовсім інший підхід. Цього разу пропонувалось створити окремих орган (або ж органи). Крім того, регулювання віртуальних активів, забезпечених валютою та фінансовими інструментами, пропонувалось розділити між Національним Банком України (далі «НБУ») та Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку (далі «НКЦПФР») відповідно.

Підхід, за яким повноваження розподіляються між кількома регуляторами залежно від типу віртуального активу, є поширеним в багатьох юрисдикціях. Також, це б відповідало сучасним реаліям правового регулювання в Україні. Відповідно до своїх функцій, НБУ визначає та проводить грошово-кредитну політику в Україні згідно із Законом України «Про Національний Банк». Тож, регулювання НБУ віртуальних активів, забезпечених валютою, виглядає цілком доцільним. У свою чергу, НКЦПФР здійснює державне регулювання та контроль за емісією і обігом цінних паперів та деривативів в Україні згідно із Положенням Про Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку № 1063/2011 від 23 листопада 2011 року. Тобто, визначення НКЦПФР регулятором віртуальних активів, забезпечених цінними паперами та деривативними фінансовими інструментами, також є раціональним.

Тим не менше, як видається, системні проблеми самого законопроекту не були вирішені до кінця. У своїх зауваженнях від 14 липня 2021 року Головне юридичне управління Верховної Ради України вказало на наявність багатьох суперечностей, які негативно впливають на цілісність законопроекту. До того ж, згадувалась відсутність чітких формулювань щодо повноважень регуляторів (через використання слів «зокрема», «здійснюється за участю», «здійснення інших прав, передбачених законодавством», «здійснення інших повноважень, передбачених законодавством»). Крім того, регулювання дозвільної системи для надавачів послуг, пов'язаних із віртуальними активами, пропонувалось покласти на Кабінет Міністрів України. А це вже четвертий орган, який пропонувалось залучити до регулювання ринку віртуальних активів у версії законопроекту до другого читання.

Без чіткого розподілу обов'язків розмивається розуміння меж повноважень між регуляторами. Як уже правильно звертали увагу і Головне юридичне управління Верховної Ради України, і Президент України, законопроект у частині регулятора справді позбавлений правової визначеності.

У цьому ключі, нещодавні пропозиції Президента України мають на меті внести необхідну чіткість щодо розподілу повноважень. Президент України пропонує визначити НКЦПФР основним регулятором та передати їй регулювання всіх віртуальних активів, крім забезпечених валютою (які залишатимуться за НБУ). Крім того, Президент України пропонує наділити НКЦПФР повноваженнями щодо надання офіційних висновків про кваліфікацію окремих віртуальних активів. Загалом, такий підхід можна вважати досить зваженим. Наприклад, основним органом, який визначає статус віртуальних активів у США, є Комісія з цінних паперів і бірж США. Ця Комісія має право розглянути публічну пропозицію віртуальних активів на предмет її відповідності випуску цінних паперів. Видається, що саме такий підхід можна реалізувати у законопроекті, якщо прийняти пропозиції Президента України.

Тим не менше, на мою думку, це все ж не забезпечує належний рівень правової визначеності законопроекту з огляду на таке.

Відповідно до законопроекту, віртуальні активи – це *будь-яке* нематеріальне благо, яке перебуває в електронному середовищі. Тобто, що НКЦПФР пропонується надати можливість регулювати необмежене коло віртуальних активів – від сертифікатів бонусних програм та придбань у комп'ютерних іграх до криптовалют та ICO. Це, у свою чергу, покладає на НКЦПФР непропорційно широке коло повноважень щодо регулювання потенційних суб'єктів ринку.

Далі, законопроект надає НКЦПФР можливість самостійно визначати межі цивільного обігу різних віртуальних активів. Проте, Цивільний кодекс України вказує, що обмеження оборотоздатності будь-якого об'єкту може передбачатись лише законом. Наприклад, шляхом встановлення дозволу на використання. Відповідно, можна стверджувати, що Комісії надається ще більше непропорційних можливостей встановлювати правила гри на ринку обігу віртуальних активів.

В результаті правової невизначеності положень законопроекту у сфері визначення регуляторів, НКЦПФР може отримати занадто великий об'єм повноважень. Вважаю, що законопроект, навіть після пропозицій Президента України, потребує ґрунтовного доопрацювання.

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВА ТА ЕКОНОМІКИ: ФІНАНСОВО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

Шандра Р.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема співвідношення права та економіки неодноразово висвітлювалась у юридичній та економічній науковій літературі. Вченими досліджувалися проблеми взаємовпливу права та економіки, можливості аналізу права з огляду на його економічну ефективність. Так на думку, Девіда Фрідмена, є три сфери для економічного аналізу права. Перша пов'язана з використанням економічної теорії для того, щоб передбачити наслідки встановлення тих чи інших юридичних норм; друга – для того, щоб визначити, які юридичні норми є економічно ефективними, і таким чином рекомендувати, якими саме вони мають бути; третя – для того, аби передбачати, якими будуть юридичні норми.

Дослідження у сфері співвідношення економіки та права зумовили виникнення таких напрямків наукових досліджень як економічний аналіз права (або «економіка права») та конституційна економіка.

Економіка права бере свій початок ще з праць Ієремії Бентама, який аналізував з економічного боку правові норми, що регулюють неринкову поведінку (злочин і покарання, шлюбно-сімейні стосунки, політичні і законотворчі процеси). У 1973 році вийшла у світ праця американського правознавця та економіста Річарда

Аллана Познера «Економічний аналіз права» (Economic Analysis of Law), у якій він доводить, що право має тенденцію до забезпечення економічної ефективності, крізь призму якої можна пояснити діяльність суб'єктів права із застосування і реалізації правових приписів. На відміну від традиційного економічного аналізу, яка вивчає проблему вибору відповідно до нормативно-правових обмежень, конституційна економічна теорія (Дж. Б'юкенен, Ш. Л. Монтеск'є) вивчає вибір обмежень, які можуть встановлюватися державою на інституційному рівні (див. напр.: Вовк Д. О., Сфіменко І. А. Економіка і право: проблеми розуміння співвідношення, Вісник Національної юридичної академії імені Ярослава Мудрого, № 5, 2011).

Співвідношення економіки й права значною мірою відображається у політичній площині. Адже існування демократичної та правової держави неможливе без існування ринкової економіки. Так до внутрішніх функцій сучасної демократичної держави відносять економічну функцію, яка полягає у забезпеченні та захисті усіх форм власності, формуванні та підтримці ринкових відносин, формуванні державного бюджету (див.напр.: Луць Л. А. Загальна теорія держави та права, Львів, 2007, С.71).

Значена економічна функція реалізується насамперед через галузі цивільного та фінансового права. І якщо цивільне право відображає ставлення держави до відносин між суб'єктами господарювання, то фінансове право врегульовує широкий спектр відносин між державою та іншими учасниками економічних відносин. Цивільне право врегульовує товарно-грошові відносини, а фінансове – фінансово-економічні. Об'єктом товарно-грошових відносин є гроші і товар, а суб'єктами – продавець і покупець. Об'єктом фінансових відносин є гроші, а суб'єктами – держава, або територіальна громада в особі уповноважених органів (див.напр.: Орлюк О. П. Фінансове право, Київ, 2010, С.101), а також інші учасники фінансових відносин: платники податків, одержувачі коштів та ін. Вплив фінансового права на економіку здійснюється за допомогою правових норм, що формують інститути бюджетного, податкового, валютного, митного права.

Важливість дослідження співвідношення економіки та права можна розглянути на прикладі правових норм Податкового кодексу України. Так, ст. 4 кодексу закріплено таку засаду податкового законодавства, як **економічність оподаткування**. З точки зору законодавця ця засада полягає в установленні «податків та зборів, обсяг надходжень від сплати яких до бюджету значно перевищує витрати на їх адміністрування». Тобто йдеться вигідність та раціональність податку з огляду на наповнення державного бюджету.

Аналіз співвідношення економіки та права дозволяє нам критично подивитись на дану дефініцію. Як бачимо, у ній відображається лише одна складова економічності оподаткування – його ймовірна вигідність для бюджету, що базується на поверхневому аналізі найбільш очевидних показників: а) вартості адміністрування податку; б) обсягу надходжень від сплати відповідного податку до бюджету; в) різниці між та обсягом надходжень та вартістю адміністрування. Однак виникає питання – чи достатньо цього, щоб вважати певний податок чи збір економічним?

На наш погляд, дефініція не враховує ключового фактору, який є важливим для розвитку ринкової економіки – встановлені податки та збори, повинні

бути вигідними та раціональними як з точки зору наповнення державного бюджету, так і ведення бізнесу. Адже податок чи збір може бути економічним в розумінні ст. 4 Податкового кодексу України, однак зрештою негативно вплинути на окремі сектори економіки і як наслідок призвести до суттєвого зменшення бюджетних надходжень.

На наш погляд, визначене у Податковому кодексі України поняття «економічності оподаткування» потребує перегляду. Необхідно розширити критерії, за яких оподаткування може вважатися економічним та передбачити обов'язкову незалежну економіко-правову експертизу під час внесення змін до Податкового кодексу України в частині встановлення нових податків і зборів, а також об'єктів, бази оподаткування та ставки вже існуючих податків.

ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОПОДАТКУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ

Шиманська Т.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Протягом останнього десятиліття сфера інформаційних технологій (далі також - ІТ) в Україні продемонструвала стрімкий розвиток та значні перспективи подальшого зростання, про що свідчать наступні факти: частка ІТ-галузі становила 4,9% у ВВП країни в 2020 році і досягла 5,6% у першому кварталі 2021 року; в загальному експорті частка ІТ-послуг досягла 8,3%; кількість фахівців у сфері інформаційних технологій в Україні зросла на 16% в 2020 році та у 2021 р. перевищила 213 тисяч осіб.

Подальше зростання галузі інформаційних послуг видається можливим за наявності низки сприятливих факторів. Одним із визначальних чинників є податковий механізм державного регулювання ринку інформаційних технологій. Варто відзначити, що за останні роки гостро постала потреба реформування оподаткування галузі інформаційних технологій, у зв'язку з чим внесено численні законодавчі ініціативи. Досліджуючи оподаткування господарської діяльності у сфері інформаційних технологій в ретроспективі, можемо умовно виділити наступні етапи:

I етап (1991–1998 рр.). Після розпаду СРСР в Україні, на тлі становлення національної академічної науки в царині програмування, активізувалися вітчизняна університетська освіта і наука. У нечисленні компанії, створювані у 90-ті роки ХХ ст., часто входили студенти із середовища університетів і працівники науково-дослідних структур.

Водночас, суб'єкти ринку інформаційних послуг функціонували за нечітких та нестабільних умов формування податкової системи України. На момент

проголошення незалежності України залишалися чинними нормативні акти колишнього СРСР, зокрема Закон Української РСР «Про систему оподаткування» від 25 червня 1991 р. Згаданий Закон був досить недосконалим як за структурою, так і за змістом, але ним фактично було визначено національну систему оподаткування і основні принципи податкового регулювання.

Оподаткування господарської діяльності суб'єктів інформаційних технологій не виділялося якимось специфічними ознаками. Загалом, суб'єктам господарювання доводилося працювати в умовах значного податкового навантаження.

Важливою точкою розвитку приватного підприємництва в Україні став 1998 рік. Президент України видав Указ № 727 «Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва». Цей Указ став першим кроком у розвитку малого бізнесу, створюючи на державному рівні сприятливі умови для ефективного використання його можливостей у рамках національної економіки. Спрощена система оподаткування суттєво зменшила податкове навантаження на платників податків, сприяла легалізації великої кількості суб'єктів господарювання, дала змогу вивести з тіньового обігу значний обсяг доходів, а також сприяла вирішенню питання зайнятості населення. З цього моменту почали з'являтися перші суб'єкти підприємницької діяльності – фізичні особи, що надавали ІТ-послуги, а вже ближче до 2007 року використання бізнес-моделі із залученням фізичних осіб – підприємців переросло у сталу практику на ринку інформаційних технологій.

II етап (1999–2010 рр.) – час становлення індустрії інформаційних технологій. Розпочинається ера інформатизації, комп'ютеризації та автоматизації, забезпечуючи передумови для стрімкого розширення вітчизняного ринку ІТ-послуг. Традиційними ринками для українських компаній були Північна Америка, Західна Європа, іноді Австралія, країни СНД. Внутрішній ринок тоді також існував, хоча зараз він набагато більш розвинений. Серед українських компаній найбільше користувалися послуги ІТ-компаній з автоматизації фінансово-податкового та кадрового обліку тощо.

У сфері оподаткування цей часовий період характеризуються формуванням законодавчої бази щодо покращення взаємовідносин податкових органів України з платниками податків, пріоритетом податкової політики стає усунення податкової дискримінації суб'єктів господарювання та створення однакових умов для всіх платників податків. У межах впровадження партнерських відносин між органами ДПС та платниками податків запроваджується ще один важливий напрям – подання звітності в електронному вигляді згідно з чинним законодавством (Наказ Державної податкової адміністрації України «Про подання електронної податкової звітності» № 233 від 10.04.2008 р.)

У грудні 2010 р. Верховною Радою України ухвалено Податковий кодекс України, який набув чинності з 1 січня 2011 р. Головною перевагою прийняття Податкового кодексу є значне скорочення переліку загальнодержавних (з 28 до 18) та місцевих (з 14 до 5) податків і зборів. Податковий кодекс передбачає зниження рівня оподаткування за основними податками: за податком на додану вартість – із 20 до 17 – 18 %, зменшення ставки податку на прибуток з 2011 р. із 25 до 19%, з 2014 р. – до 18%, а потім – до 17%.

III етап – (2011–2020 рр.). Після 2010 р. темпи розвитку інформаційних технологій в Україні ідентифікують як «ІТ-бум». У 2014 р. Україна посіла четверте місце у світі за кількістю сертифікованих ІТ-спеціалістів (після США, Індії, Росії), здатних якісно забезпечувати умови виконання та розроблення програмного забезпечення. Для іноземних замовників Україна утверджується як успішний продуцент ІТ-послуг. Темпи приросту українського експорту програмного забезпечення стають одними із найвищих серед усіх сегментів економіки країни. Україна разом із Білорусією, Польщею та Румунією формують надзвичайно конкурентний у глобальному контексті кластер. Якщо спочатку тут переважало надання базових послуг, то пізніше ІТ-сфера поступово переорієнтовується на створення комплексних дослідницьких рішень, на ІТ-консалтинг, на стратегічний дизайн, на інжиніринг та підтримку цифрових рішень.

У сфері оподаткування господарської діяльності в галузі інформаційних технологій в даний період також відбулися суттєві зміни. Зокрема, це стосується спрощеної системи оподаткування. Основними положеннями Закону № 4014 викладено у новій редакції розділ XIV Податкового кодексу, який доповнено главою 1 «Спрощена система оподаткування, обліку та звітності». Характерними рисами оновленої спрощеної системи оподаткування є: більш глибока диференціація платників єдиного податку; зменшення податкового навантаження на платників за рахунок застосування знижених ставок єдиного податку; перехід від оподаткування виручки до оподаткування доходу; уніфікація порядку і строків подання податкової звітності та сплати єдиного податку; врегулювання порядку оподаткування платників у випадку порушення ними законодавчо встановлених обмежень щодо застосування спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності.

Було очевидно, що суб'єкти підприємницької діяльності-фізичні особи у сфері ІТ підпадали під 3 групу оподаткування, до якої належали особи, які мали не більше 20 найманих осіб та обсяг доходу не перевищував 3 млн. грн. Ставка податку для цієї групи – 3% від доходу за умови сплати ПДВ або 5% – без сплати ПДВ.

2013 рік відзначився для ринку інформаційних технологій введенням податкових пільг. Передбачено спеціальну податкову пільгу, що стимулює постачання завершеної програмної продукції: з 1 січня 2013 року до 1 січня 2023 року звільняються від оподаткування податком на додану вартість операції з постачання програмної продукції. Відповідна норма передбачена пунктом 261 підрозділу 2 розділу XX ПКУ України. Зазначена пільга стосується як постачання на ринку програмної продукції, що створена українськими компаніями, так і постачання продукції міжнародних компаній (в тому числі операційних систем). Крім того, ставку податку на прибуток для компаній, зайнятих в ІТ-секторі, скорочено з 21% до 5%.

Загалом, цей етап характеризується пошуком представниками влади та спільноти інформаційних технологій оптимального варіанту оподаткування, який би, з однієї сторони, не став «каменем спотикання» для подальшого розвитку ринку інформаційних технологій в Україні, та, з іншої сторони, міг задовольнити потребу в поповненні бюджету. Зокрема, широко обговорювалася можливість введення 5 групи єдиного податку для суб'єктів господарювання у сфері інформаційних технологій. Законопроект № 10094 від 26 лютого 2019 року «Про внесення

змін до Податкового кодексу України (щодо розвитку креативних індустрій в Україні)» передбачав створення додаткової групи платників єдиного податку для фізичних осіб-підприємців ІТ-сфери. Передбачалося, що ставка єдиного податку буде щорічно зростати на 1% починаючи від 5% до 10%. Згідно з документом, сума єдиного соціального внеску не може бути меншою за подвійний розмір мінімального страхового внеску. Також повинен сплачуватися збір на розвиток людського капіталу (його ставка щорічно зростає на 1%, починаючи з 1% і до 5%).

IV етап (2021 рік і на сьогодні). 15 липня 2021 року Верховна Рада України у другому читанні та в цілому схвалила базовий проєкт закону № 4303 від 2 листопада 2020 року, спрямований на запуск спеціального режиму «Для Сіті», який передбачає впровадження низки заходів задля стимулювання розвитку ІТ-індустрії. Вважаємо, що прийняття зазначеного законодавчого акту започатковує новий етап у розвитку інформаційних технологій в Україні. *Окрім того, на розгляді Верховної Ради України знаходиться законопроєкт № 5376 «Про внесення змін до Податкового кодексу України щодо стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні», який покликаний вирішити питання оподаткування суб'єктів ринку інформаційних технологій.*

Аналіз вищенаведених законодавчих змін та ініціатив щодо їх внесення, дозволяє виділити певні особливості еволюції правового регулювання оподаткування господарської діяльності у сфері інформаційних технологій:

– Необхідність зміни в оподаткуванні господарської діяльності у сфері інформаційних технологій обумовлене глобальними процесами інформатизації, на фоні якого український ринок ІТ-послуг зміг стати конкурентоспроможним.

– Спрощена система оподаткування, обліку та звітності стала ефективним механізмом оптимізації доходів ІТ-галузі.

– На сьогодні галузь ІТ-технологій в Україні зростає до тих меж, коли існуючі податкові механізми не можуть забезпечити досягнення балансу інтересів держави та ІТ-спільноти, що зумовило необхідність комплексного підходу до зміни правового регулювання у сфері інформаційних технологій, в тому числі, що стосується оподаткування.

РЕФОРМУВАННЯ ІНСПЕКЦІЙНИХ ОРГАНІВ У СФЕРІ МІСТОБУДУВАННЯ

Школик А.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Відповідно до норм Конституції України у поточній редакції, утворення, реорганізація та ліквідація міністерств та інших центральних органів виконавчої влади належить до повноважень Кабінету Міністрів України. Саме Уряд України (а не Президент, як це було передбачено первинною редакцією Основного Закону), ухвалює політичні рішення щодо системи та видів органів виконавчої влади загальнонаціональної компетенції.

Однак, середньостатистична тривалість функціонування українських урядів заледве перевищує один рік, що очевидно не сприяє стабільності державної політики. Крім того, навіть у межах обмеженої часової діяльності одного складу Кабінету Міністрів України, до визначальної Постанови «Про оптимізацію системи центральних органів виконавчої влади» зміни вносяться у середньому кожного (*sic!*) місяця. Це також не сприяє стабільності системи та правовій визначеності як для приватних осіб, що вступають у правовідносини із адміністративними органами, так і для десятків чи навіть сотень тисяч їх публічних службовців.

Одним із найяскравіших прикладів постійних та не надто підготовлених змін у цій частині стало реформування інспекційних органів виконавчої влади у сфері містобудування, що відбувалось в Україні протягом останніх кількох років. Для аналізу окреслимо основні напрями та етапи цієї реформи, необхідність якої цілком зрозумілою для фахівців з публічного права, але практична реалізація українськими політиками викликала чимало проблем.

По-перше, у загальному контексті децентралізації публічної влади було передано чималу частину повноважень виконавчої влади у сфері містобудування органам місцевого самоврядування. Загалом цей напрям реформування варто назвати правильним, але його практичне застосування істотно відрізнялось, у залежності від адміністративно-територіальної одиниці. Інакше кажучи, не усі органи місцевого самоврядування були готовими, особливо на перших етапах, до належного виконання повноважень у сфері містобудування, які традиційно містять чимало корупційних ризиків, зумовлених як суб'єктивними, так і об'єктивними факторами.

По-друге, також у загальнонаціональному контексті дідіталізації публічного адміністрування розпочався процес переведення частини адміністративних послуг у сфері містобудування у цифровий формат. Тобто, приватні особи можуть отримати частину дозвільних та інших документів для будівництва за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій через портал «Дія» та інші публічні платформи. Незважаючи на об'єктивні труднощі із підготовкою якісного та захищеного програмного забезпечення, реформа у цьому напрямі почала приносити результати, хоч і повільніше, чим хотілося б багатьом громадянам України та іноземним інвесторам.

По-третє, з огляду на згадані високі корупційні ризики було розпочато власне реформування центрального органу виконавчої влади, що повинен забезпечувати реалізацію державної політики у сфері містобудівної діяльності. Спочатку Уряд України спробував впровадити на практиці ідею повного розмежування функцій уповноваженого органу виконавчої влади у цій сфері. Постановою Кабінету Міністрів України від 13 березня 2020 року було вперше проголошено ліквідацію Державної архітектурно-будівельної інспекції України та створення Державної сервісної служби містобудування України, яка мала б зосередитись на наданні адміністративних послуг у сфері містобудівної діяльності. Однак новий центральний орган виконавчої влади так і не розпочав повноцінної діяльності. Наприкінці календарного року Уряд України свою Постановою від 30 грудня 2020 року передбачив створення уже нового суб'єкта владних

повноважень – Державної інспекції архітектури та містобудування України, яка знову мала б виконувати як інспекційні, так і сервісні функції в аналізованій сфері публічного адміністрування. Поряд із цим, фактично ще продовжувала існувати попередня владна структура - Державна архітектурно-будівельна інспекція України. І лише у вересні поточного 2021 року було оголошено про остаточну ліквідацію цього органу та початок повноцінної діяльності нового - Державної інспекції архітектури та містобудування України.

Таким чином, протягом майже двох років суб'єкти містобудівної діяльності не могли належно реалізовувати свої права та інтереси у сфері містобудівної діяльності через триваючі коливання щодо реорганізації уповноважених органів. На практиці у багатьох випадках адміністративні функції у сфері містобудування фактично не виконувались: «старі» органи відмовлялись виконувати такі функції через проголошену їх ліквідацію, а «нові» ще не почали повноцінно працювати.

Описані коливання змісту урядових рішень та відповідний стан організаційної та правової невизначеності у надзвичайно чутливій для суспільства сфері містобудування не можна виправдати жодним чином. Політики мали б значно краще готувати свої акти, які впливають на права та інтереси численних суб'єктів містобудівної діяльності: інвесторів, забудовників, загалом - заінтересованих осіб, а також і самих публічних службовців, зобов'язаних виконувати такі акти. Для цього будь-яка істотна реформа органів виконавчої влади повинна бути попередньо ґрунтовно обговорена усіма стейкхолдерами, а уже після схвалення якогось варіанту рішення – не змінюватись далі постійно. Зазначене стосується не лише описаного реформування суб'єктів публічного адміністрування у сфері містобудування, але й багатьох інших сфер діяльності виконавчої влади, що неодноразово траплялось у нашій країні. Можемо лише висловити сподівання, що новий орган, Державна інспекція архітектури і містобудування України, - не буде через певний період знову ліквідовано чи істотно реорганізовано.

Підсумовуючи цей короткий огляд, зазначимо, що необхідність існування подібного органу та пріоритетного забезпечення його ефективної діяльності складно заперечити. Досвід правового регулювання та адміністративного правозастосування сусідніх держав-членів Європейського Союзу (та й не тільки їх) засвідчує суспільну потребу не лише належного надання адміністративних послуг у сфері містобудування, але й дієвої інспекційної (контрольно-наглядової) діяльності. Остання взагалі є фактично єдиним засобом запобігання хаотичній забудові та самочинному будівництву, характерним для держав, що розвиваються. Поза тим, особливої уваги вимагає чітке розмежування повноважень органів державної виконавчої влади та місцевого самоврядування у сфері містобудівної діяльності. Зрозуміло, що таке розмежування може бути остаточно закріплено у національному праві після завершення реформи децентралізації публічної влади та внесенні змін до Конституції України і відповідних законодавчих та підзаконних нормативно-правових актів.

Наприкінці звернемо увагу, що метою реформи публічної адміністрації є не лише чіткий розподіл сфер відповідальності, але й зменшення рівня корупції

у діяльності уповноважених органів. Щоправда, зниження такого рівня не може бути забезпечене лише організаційними та правовими заходами з боку публічної влади. Приватні особи і, передусім – суб'єкти господарювання у сфері містобудування також мали б переглянути свої підходи у відносинах із інспекційними органами, незважаючи на економічну «вигідність» усталених роками способів взаємодії із публічними службовцями.

АКЦЕНТИ РОЗВИТКУ ОСВІТИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА У ЛЬВІВСЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ

Шпак Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Розвиток освіти адміністративного права необхідно розглядати на тлі розвитку держави і права. Освіта адміністративного права спрямована на аналіз суспільних відносин у сфері державного управління і систему адміністративно-правових норм. Завдяки їй досліджують та узагальнюють закономірності правового регулювання організації і діяльності апарату державного управління. Освіта адміністративного права також спрямована на вивчення правового статусу суб'єктів та об'єктів виконавчої влади, правових форм і методів державного управління, вивчення способів забезпечення державної дисципліни, а також законності в управлінській діяльності.

Предметом освіти адміністративного права є суспільні відносини, які виникають у сфері публічного управління, забезпечення органами публічної адміністрації реалізації та захисту прав, свобод та інтересів фізичних і юридичних осіб, охорони громадського порядку.

Освіта адміністративного права у Львівському університеті сьогодні покликана поглибити теоретичні знання студентів у сфері організації та функціонування публічної адміністрації, навчити їх застосовувати ці знання при вирішенні практичних ситуацій.

Опановуючи адміністративне право студенти пізнають теорію адміністративного права, системи органів публічної адміністрації, публічної служби, інструментів та процедур діяльності органів публічної адміністрації, контролю за діяльністю цих органів, а також основи адміністративно-деліктного права.

Освіта адміністративного права у Львівському університеті акцентує на вивченні студентами сучасних концепцій адміністративного права, що, в свою чергу, базується на європейських принципах та стандартах, що необхідне для формування сучасної генерації юристів.

Це необхідно і для того, щоб розробити наукові проблеми, пов'язані з удосконаленням адміністративно-правових інститутів загального, галузевого і міжгалузевого управління.

Важливо зауважити, що як і будь-яка інша наука, адміністративне право не стоїть на місці, а це означає, що освіта адміністративного права, зокрема у Львівському університеті, потребує неабиякого розвитку задля фахової підготовки правників відповідно до європейських стандартів вищої освіти та правничої професії.

Сьогодні доцільно зацентувати увагу на оновленні змісту та власне методики викладання правничих дисциплін.

Відповідно до Рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи в університетську освіту має запроваджуватись професійне навчання щодо Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини.

Професійні знання та навички випускників правничих вищих навчальних закладів мають відповідати потребам та вимогам правничої професії, таким чином необхідними та важливими є поєднання та баланс теоретичних та практичних елементів в межах правничих дисциплін, зокрема адміністративного права.

Необхідними є структурна побудова, текстове та смислове наповнення лекцій у Львівському університеті, що стосуються адміністративного права, котрі повинні обумовлюватися сучасною українською доктриною адміністративного права, сучасною європейською доктриною європейського права.

В розвитку освіти адміністративного права варто зацентувати увагу на правозастосовній практиці.

Поєднання висвітлення доктрин адміністративного права, інститутів та принципів, на котрих базується галузь адміністративного права, у поєднанні із наведенням прикладів із судової практики, статистичних даних, прикладів з законодавства тощо, сформулюють новий підхід до освіти адміністративного права.

Важливо, щоб запитання та завдання до студентів були сформульовані на практичних заняттях так, щоб допомогти їм підготуватися до практичної діяльності.

З плином часу, все актуальнішим стає питання відмови від стандартних та усталених підходів до викладення навчального матеріалу. Набуття знань студентів повинно супроводжуватись постійним переглядом та пригадуванням.

Студентам Львівського університету необхідно доносити сучасний стан, завдання та напрямки розвитку адміністративного права. Сьогодні важливі не лише теоретичні питання, а й практичні рекомендації. Викладати матеріал, потрібно залежно від особливостей теми, крізь призму судової практики, не забуваючи про практику діяльності суб'єктів публічної адміністрації.

Доступність в державах-членах точних перекладів вибраного прецедентного права Суду або його професійно складених стислих викладів має велике значення для університетської освіти та професійної підготовки в системі Конвенції відповідно до Рекомендації Rec (2002) 13 Комітету Міністрів державам-членам щодо опублікування та розповсюдження тексту Європейської конвенції з прав людини та практики Європейського суду з прав людини в державах-членах, ухваленої Комітетом міністрів 18 грудня 2002 року.

Згадуючи в цьому контексті Рекомендацію 2039 (2014) Парламентської асамблеї про «Європейську конвенцію з прав людини: необхідність посилення підготовки професійних юристів», ухваленої 7 березня 2014 року, а також Брю-

сельську (2015) та Копенгагенську (2018) декларації, ухвалені на відповідних конференціях високого рівня, наголошуючи на важливості підготовки професійних юристів.

Таким чином, вищезазначені акценти розвитку адміністративного права у Львівському університеті є необхідними задля покращення сприйняття та закріплення навчального матеріалу студентами.

1. Рекомендація CM/Rec (2019) 5 Комітету Міністрів державам-членам про систему Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод в університетській освіті та професійній підготовці.

2. Т. О. Голоядова, В. Г. Залужний, О. М. Стець, Я. І. Маслова. Основи адміністративного права

ФОРМУВАННЯ ПРУСЬКОЇ МОДЕЛІ АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДІВНИЦТВА НА ПОЛЬСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У ХІХ СТ.

Юревич Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Європейські правові традиції функціонування адміністративної юстиції становлять значний інтерес для сучасної України, яка розвиває відповідний сегмент судової системи. Нищівні наслідки радянської доби, за якої існування такого демократичного інституту було неможливим, зумовили перерву еволюційного розвитку адміністративного судівництва на українських землях. З цих міркувань особливо цінним видається вивчення історичних коренів цього явища в Центрально-Східній Європі. Маловідомим аспектом згаданої проблематики є формування пруської моделі адміністративної юстиції у ХІХ ст. та її впровадження у польських провінціях.

Як відомо, частина польських земель за результатами поділів Речі Посполитої відійшла до складу Пруссії, а з 1871 р. – об'єднаної Німецької імперії. Пруський адміністративний апарат поширився на відповідні польські провінції – Познанську (бидгоська та познанська реєнції), Сілезьку (легницька, опольська і вроцлавська реєнції), Західну Померанію (кошалінська, стжалковська і щецинська реєнції), Гданську Померанію та Східну Пруссію (до 1878 р. становили спільну провінцію). Внаслідок зазначених обставин польські землі були залучені до процесів формування пруської моделі адміністративної юстиції у ХІХ ст.

Пруссія не була хронологічно першою серед німецьких земель у розбудові адміністративного судівництва (наприклад, у Бадені з 1863 р.), однак вироблена нею модель належала до найбільш ефективних у тогочасній Європі. Формування пруської моделі адміністративної юстиції припало на 70-ті рр. ХІХ ст., тобто період, коли Німеччина об'єднувалася, проте складові частини нової ім-

перії зберігали відповідну автономію, що й спричинило плюралізм судових систем. Тому ця модель існувала саме у Пруссії, хоча та вже й увійшла до складу відродженої Німеччини.

Пруська модель адміністративного судівництва була трьохрівневою та триінстанційною. Дві перші ланки цієї системи становили органи виконавчої влади та місцевого самоврядування, а третю – професійний трибунал (Вищий адміністративний трибунал у Берліні). Усі три ланки мали не касаційну, а ревізійну компетенцію, тобто могли здійснювати повний розгляд справи між адміністрацією та громадянином. Можливість ініціювати адміністративне провадження мала особа, чиє право було порушено адміністративним рішенням. Адміністративна скарга до першої інстанції могла бути внесена як в усній, так і в письмовій формі. Натомість до другої та третьої інстанцій допускалися тільки письмові скарги.

Окремі дослідники вважають автором пруської моделі адміністративної юстиції німецького правознавця Р. фон Гнейста (1816-1895). Початок її утворення пов'язують із прийняттям 13 грудня 1872 р. повітової ординації. Базовим актом для адміністративного судочинства Пруссії став закон від 3 липня 1875 р. про устрій адміністративних судів і спірне адміністративне провадження. У процесі формування відповідної моделі виокремлюють два етапи: впровадження адміністративних судів у п'яти східних провінціях Пруссії у 1872-1876 рр.; поширення адміністративного судівництва на усю Пруссію, що завершилося у 1790 р.

Відповідно до повітової ординації 1872 р. функції адміністративних судів першої інстанції покладалися на повітові та міські відділи. Повітові відділи склалися з шести почесних членів (представників суспільства), що обиралися крейстагом (повітовим сеймиком) строком на 6 років (кожні два роки оновлялася третина складу) на чолі зі старостою (ландратом), якого пожиттєво призначав на цю посаду імператор за поданням крейстагу. Міські відділи функціонували у містах з населенням понад 25 тис., які не мали повітового підпорядкування. П'ятиособовий склад міського відділу становили бургомістр і чотири члени, обрані міським правлінням (магістратом) зі свого складу на час здійснення повноважень.

Другу ланку системи адміністративного судівництва Пруссії на рівні реєнцій (реєнційних областей) становили обласні адміністративні суди. До їхнього складу входили п'ятеро суддів – троє обиралися провінційним відділом, а двоє призначалися імператором пожиттєво. У 1883 р. обласні адміністративні суди були трансформовані в обласні відділи, до яких перейшли функції адміністративного судочинства. Виняток становила Познанська провінція, де не було обласних адміністративних судів, а обласні відділи були створені у 1890 р. Склад цих органів був наступним: суддя та вищий державний урядовець, які призначалися пожиттєво імператором; четверо почесних членів, що обиралися провінційними відділами строком на шість років з-поміж громадян, які постійно проживали на території відповідної провінції. Обласні відділи були другою інстанцією щодо рішень повітових і міських відділів, а в окремих категоріях адміністративних справ могли виступати першою інстанцією.

Третьою ланкою пруської моделі адміністративної юстиції був утворений у 1875 р. Вищий адміністративний трибунал у Берліні, який міг розглядати

адміністративні справи у першій, другій і третій інстанціях. До складу трибуналу входили його президент, президент сенату та судді, з яких не менш як половина повинні були мати суддівську кваліфікацію, а решта походили з адміністративного апарату. Усі судді Вищого адміністративного трибуналу призначалися пожиттєво імператором за поданням Ради Міністрів. Закон від 2 серпня 1880 р. встановлював 30 років як мінімальний вік судді трибуналу.

Закон від 30 січня 1878 р. передбачав поділ структури Вищого адміністративного трибуналу на чотири сенати – один під керівництвом президента трибуналу та три на чолі з президентами сенатів. Президія Вищого адміністративного трибуналу складалася з президента трибуналу, президентів сенатів і судді з найбільшим професійним стажем. На підставі закону від 8 травня 1889 р. було створено дисциплінарний сенат при Вищому адміністративному трибуналі, який у складі 9 членів розглядав дисциплінарні провадження щодо його суддів.

Таким чином, від 70-х рр. і до завершення XIX ст. Пруссія, перебуваючи в складі об'єднаної Німецької імперії, формувала власну модель адміністративного судівництва. Особливістю цієї моделі було поєднання судового й адміністративного елементів, баланс яких змінювався залежно від ланки. У першій і другій ланках переважав адміністративний елемент, поєднаний з громадським чинником, а в третій – судовий. На відміну від австрійської моделі адміністративної юстиції пруська передбачала три ланки, проте перші дві поєднували судові функції з адміністративними. Оскільки польські землі перебували в складі пруських провінцій, вони стали частиною територіальної бази для зазначених процесів. Своєю чергою, ці процеси протікали нерівномірно, адже в одних провінціях органи адміністративного судочинства створювалися швидше, а в інших повільніше.

ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ АДМІНІСТРАТИВНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Янюк Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

З часу проголошення незалежності пройшло 30 років. За цей час відбулася трансформація предмету адміністративного права і змістилися акценти розуміння адміністративного права як публічно-сервісної галузі права, оновилося адміністративне законодавство, з'явилися нові інститути. Все це зумовлене динамічністю адміністративно-правових відносин і пошуком нових правових регуляторів. Однак один, з так би мовити «класичних» інститутів адміністративного права, залишається без концептуального оновлення, зокрема – інститут адміністративної відповідальності. Питання удосконалення адміністративно-деліктного законодавства залишається актуальним, але ключові поняття і підходи до застосування адміністративних стягнень, які були закладені ще союзним

актом – Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі – Кодекс, КУпАП), прийнятим у 1984 році, законодавцем не переглядалися.

Згідно із ст. 3 Закону України «Про правонаступництво України» Кодекс є базовим, хоча і не завжди узгоджується із новими законами про адміністративну відповідальність, які були прийняті впродовж останніх десятиліть. Попри часте внесення змін до статей Особливої частини, основні положення Кодексу залишаються без змін, зокрема суб'єктом відповідальності і далі визнається фізична особа. Без змін залишається і питання обставин, які виключають адміністративну відповідальність. Проте сьогодні є обґрунтована необхідність переглянути існуючі підходи щодо розуміння таких обставин, їх уточнення і розширення, у тому числі й у зв'язку із прийняттям законів про адміністративну відповідальність юридичних осіб. Потребує удосконалення й процесуальне оформлення таких обставин, аби правильно оцінити ситуацію і кваліфікувати дії особи.

У ст. 17 Кодексу визначено, що особа не підлягає адміністративній відповідальності, якщо вона діяла в стані крайньої необхідності, необхідної оборони, особа була в стані неосудності. При характеристиці цих обставин можна виділити наступні ознаки:

1) стосуються особи, яка може бути визнана деліктоздатним суб'єктом, коли мова йде про фізичну особу, то та, яка досягла шістнадцятирічного віку, що визначено у ст. 12 Кодексу;

2) стосуються ретроспективної поведінки, тобто враховуються за наявності дій, які з формальної точки зору є протиправними і за які Кодексом чи іншими законами встановлена адміністративна відповідальність; як уточнення – це стосується саме дій, а не бездіяльності;

3) зазначені обставини мають підтверджуватися доказами;

4) в діях особи відсутня суб'єктивна сторона, діяння не може характеризуватися таким, що вчинене умисно чи з необережності;

5) за існування таких обставин не застосовуються жодні заходи адміністративної відповідальності, тобто матеріали справи не передаються на розгляд громадської організації або трудового колективу, не застосовуються заходи громадського впливу;

6) в подальшому при вчиненні особою адміністративного правопорушення, обставини, які виключають адміністративну відповідальність, не можна використовувати для кваліфікації діянь цієї ж особи;

7) за наявності зазначених обставин провадження в справі не може бути розпочато, а розпочате підлягає закриттю, згідно з пунктами 3 і 4 ст. 247 Кодексу.

Аналізуючи дії особи, вчинені в стані крайньої необхідності або необхідної оборони, що визначені у статтях 18 і 19 Кодексу, приходимо до висновку, що метою є відвернення небезпечних наслідків та захисту прав інших учасників в конкретній ситуації від протиправного посягання. На цьому наголошує сам законодавець: «*усунення небезпеки, яка загрожує державному або громадському порядку, власності, правам і свободам громадян, установленому порядку управління*» (ст. 18 КУпАП); «*дія, вчинена при захисті державного або громадського порядку, власності, прав і свобод громадян, установленого порядку управління від протиправного посягання*

шляхом заподіяння посягаючому шкоди» (ст. 19 КУпАП). Разом з тим, фактично заподіяна шкода не може перевищувати ту, яка була відвернута.

З метою вдосконалення регулювання доречно уточнити положення ст. 18 КУпАП, зокрема про те, що дії визнаються вчиненими в стані крайньої необхідності – «якщо ця небезпека за даних обставин не могла бути усунена іншими засобами». У кожному конкретному випадку потрібно враховувати наявність доказів, які підтверджують чи спростовують такі обставини. Словосполучення «за даних обставин» потрібно використати і у визначенні поняття «необхідна оборона». При цьому конкретизувати: «якщо за даних обставин не було допущено перевищення меж необхідної оборони».

Кримінальний кодекс України містить додаткову характеристику щодо шкоди, яка завдана в стані необхідної оборони – «*необхідної і достатньої в даній обстановці* для негайного відвернення чи припинення посягання». Положення щодо необхідної оборони (ст. 36) і крайньої необхідності (ст. 39) у Кримінальному Кодексі України викладені чітко, з визначенням меж допустимих дій і відповідальності у разі їх перевищення.

Упродовж останніх років у судовій практиці зросла кількість справ, в яких, суд оцінив дії як такі, що вчинені в стані крайньої необхідності, переважно це справи, що пов'язані з порушенням Правил дорожнього руху України. Верховний Суд у складі Касаційного адміністративного суду у постанові від 21 грудня 2018 р. у справі № 686/5225/17 сформулював декілька позицій щодо застосування ст. 18 КУпАП. Суд звернув увагу на те, що «інститут крайньої необхідності покликаний сприяти підвищенню соціальної активності учасників суспільних відносин, є гарантією правового захисту людини, що бере участь у запобіганні шкоди правам громадян, інтересам держави й суспільства». Верховний Суд наголосив, що ситуація має бути оцінена як «дійсна, реальна загроза» і «небезпека не може бути усунена іншими засобами». Також зазначено, що варто співставити шкоду, яка була завдана і відвернену шкоду, що могла бути більшою. При цьому, в кожному конкретному випадку варто проводити оцінку шкоди, «враховувати ситуацію і всі її суб'єктивні та об'єктивні фактори, надаючи перевагу об'єктивним» [1].

Наприклад, дослідивши матеріали справи № 680/542/21 від 19 жовтня 2021 року щодо керування автомобілем з явними ознаками алкогольного сп'яніння, суд прийшов до висновку, що порушення було вчинено в стані крайньої необхідності, оскільки виникла реальна небезпека для життя і здоров'я особи у зв'язку нападом групи осіб. Суд констатував, що саме у цій ситуації заподіяна шкода є менш значною, ніж відвернута [2].

Доказами, які підтверджують стан крайньої необхідності може слугувати відеоматеріали, наприклад, запис відео реєстратора самої особи чи свідків події. Чинний Кодекс не встановлює алгоритму процесуальних дій і не зазначає, чи обов'язково складати протокол на дії особи, чи за фактом стану крайньої необхідності. Видається, що доречним у Кодексі зазначити, що у безспірних ситуаціях, коли є фото- чи відеофіксація, яка однозначно підтверджує факт дій в стані крайньої необхідності, і те, що розмір завданої шкоди є менший, ніж відвернутої, протокол можна не складати, достатнім є пояснення особи. Це узгоджується зі ст. 247

КУпАП, що за наявності стану крайньої необхідності «провадження у справі не може бути розпочато», оскільки складання протоколу вже є таким початком.

Дії в стані крайньої необхідності можуть стосуватися і юридичних осіб. Кодекс також можна доповнити додатковою обставиною – крайня службова необхідність, що може стосуватися спеціального суб'єкта, який виконує посадові обов'язки чи службові повноваження.

При вчиненні дій в стані необхідної оборони потрібно складати протокол і зібрати докази, щоб оцінити ситуацію і визначити, чи не було перевищення її меж. У визначенні поняття «необхідна оборона» зробити акцент на захисті прав та інтересів особи, або інших осіб, власності. Щодо «захисту державного або громадського порядку, чи порядку управління», то варто віднести до крайньої необхідності, що допоможе розмежовувати ці два стани. У судовій практиці зустрічається підміна відповідних статей. Найчастіше це стосується у справах щодо стрільби у невстановленому місці з метою самозахисту, захисту власного майна особи, захисту рідних. Наприклад, при розгляді справи № 698/698/21 за ст. 174 КУпАП, суд визнав, що ОСОБА_1 вистрелив на своєму подвір'ї з рушниці в тварину схожу на вовка «для захисту власного майна, а саме кролів», але суд застосував ст. 18 КУпАП [3], а не ст. 19 КУпАП «Необхідна оборона». А в іншій справі № 583/1684/15-п за ст. 173-2 щодо насильства в сім'ї, суд визнав, що «ОСОБА_1 діяла в стані необхідної оборони з метою захисту від протиправної поведінки ОСОБА_2» [4].

Третьою обставиною, яка виключає адміністративну відповідальність є неосудність особи, яка визначена у ст. 20 КУпАП. Ця обставина, на відміну від попередніх, може стосуватися винятково фізичної особи. Законодавство про адміністративну відповідальність не містить визначення поняття «осудність», на відміну від Кримінального кодексу України, де в ст. 19 визначено це поняття. Натомість у ст. 20 КУпАП визначено поняття «неосудність», яка пов'язана з хворобливими психічними змінами, які не дозволяють особі усвідомлювати свої і дії і керувати ними. Аналіз практики свідчить, що часто ст. 20 КУпАП застосовується у справах за ст. 173 КУпАП «Дрібне хуліганство». Підставою закриття справи, як правило, є надані суду родичами довідки медико-соціальних експертних комісій про наявність в особи психо-неврологічні захворювання. Однак суд не може самостійно порушувати питання про проведення психіатричного огляду, оскільки у Законі України «Про психіатричну допомогу» закріплено презумпцію психічного здоров'я особи, а рішення про проведення психіатричного огляду може проводитися за згодою самої особи, її законних представників. Ст. 11 Закону не в повній мірі регулює процедуру проведення таких оглядів, що створює певні проблеми застосування ст. 20 КУпАП.

Отож, назріла потреба суттєво переглянути положення чинного Кодексу України про адміністративні правопорушення і усунути ті моменти, які на практиці мають двояке тлумачення, а також закріпити процесуальний алгоритм дій при фіксації обставин, які виключають адміністративну відповідальність.

1. Справа № 686/5225/17 // <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78771313>
2. Справа № 680/542/21 // <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100430158>
3. Справа № 698/698/21 // <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100936796>
4. Справа № 583/1684/15-п // <https://reyestr.court.gov.ua/Review/44590706>

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛГІЇ

СТВОРЕННЯ НЕБЕЗПЕКИ АБО СТВОРЕННЯ ЗАГРОЗИ ЯК СКЛАДОВА ПОНЯТІЙНОГО АПАРАТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

Бурачинська Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Для того, щоб правильно застосувати ту чи іншу кримінально-правову норму, необхідно з'ясувати її зміст. А для цього, насамперед, потрібно розкрити значення тих слів, що є у цій нормі, проаналізувати понятійний апарат кримінального права.

Варто зазначити, що у доктрині під понятійним апаратом кримінального права розуміють цілісне системне логіко-лінгвістичне нормативно-правове утворення, до структури якого входять кримінально-правові поняття, категорії та юридична термінологія як складові елементи, а його зміст обумовлений предметом кримінального права – суспільними відносинами, що виникають та функціонують у зв'язку із вчиненням кримінальних правопорушень та застосуванням заходів кримінально-правового характеру за них (М. І. Панов), а також достатньо досконалу і розвинену систему категорій та понять як наукових абстракцій, їх визначень і відповідну їм систему термінів, більшість з яких знаходять відображення та нормативне закріплення у змісті кримінально-правових норм (М. І. Панов, Г. М. Анісімов).

У контексті дослідження кримінальних правопорушень, ознакою складу яких є створення небезпеки (загрози) об'єктам кримінально-правової охорони, потрібно звернути увагу на термінологічну проблему, що виникає під час вивчення цієї проблематики. Варто зазначити, що в юридичній літературі, а також і в Кримінальному кодексі України (далі – КК України) використовуються різні терміни для позначення «створення небезпеки». Зокрема, досить часто слова «небезпека» та «загроза» вживаються як синоніми. Так, деякі науковці вживають їх разом як тотожні за змістом поняття, наприклад, «загроза (небезпека)» (П. С. Берзін), або використовують їх як взаємозамінні (Т. М. Данилюк, О. О. Дудоров, Є. В. Фесенко), або ж по чергово застосовують обидва вищезначені варіанти, тобто і як тотожні за змістом, і як взаємозамінні поняття (М. І. Панов, В. П. Тихий). Також про множинність термінів, якими позначають «створення небезпеки», свідчить аналіз норм чинного КК України. Зокрема, в частині статей використовуються конструкції «що створило небезпеку» (наприклад, ч. 1 ст. 239, ч. 1 ст. 277 КК України) або «що створило загрозу» (наприклад, ч. 1 ст. 273, ч. 1 ст. 283 КК України), при цьому відсутня певна логічна закономірність такого використання. На думку М. І. Бажанова, відмінність термі-

нології, вжитої у різних статтях КК України, зовсім не означає, що йдеться про неоднозначні поняття. Вчений вважає, що і загроза настання наслідків, і небезпека чи можливість їх настання – це одне і те саме, а саме реальна можливість настання наслідків.

Про те, що слова «небезпека» і «загроза» можуть вживатися в українській мові як синоніми свідчить аналіз відповідних словників. Так, «Практичний словник синонімів української мови» визначає небезпеку як синонім до загрози лиха. «Під загрозою» «Словник української мови» визначає як у небезпеці. «Великий тлумачний словник сучасної української мови» подає значення «загрози (чого)» як можливість або неминучість виникнення чогось небезпечного, прикрого, тяжкого для кого-, чого-небудь; те, що може заподіювати яке-небудь зло, якусь неприємність. У цьому ж словнику слово «загрожувати» означає містити, таїти в собі яку-небудь загрозу, небезпеку; становити собою якусь загрозу, небезпеку для кого-, чого-небудь; бути неминучим для кого-небудь, насуватися на когось (про щось страшне, неприємне).

Отже, враховуючи вищенаведене, слова «небезпека» і «загроза» можуть вживатися як синоніми. Однак, якщо наявність такої синонімії є можливою і бажаною у художніх творах, то у тексті КК України вона є недоречною і недопустимою. Адже така термінологічна неузгодженість призводить до неправильного розуміння змісту кримінального закону. Варто звернути увагу на думку В. О. Навроцького, який вказує, що «багатозначність (полісемія) термінів в українському кримінальному праві не відіграє жодної конструктивної ролі. Вона відображає недбалість законодавця, його невміння використовувати багатство словникового запасу української мови, врешті-решт свідчить про низьку кваліфікацію тих, кому волею долі довелося творити закони та небажання дослухатися до слухних порад». Очевидно, що вказану термінологічну множинність потрібно усувати шляхом пошуку певної мовної нормативності – досягнення точності відображення словом явища, яке воно позначає. Адже, як слушно зазначає М. І. Панов, «що чим глибше і досконаліше розроблені (сформовані) правові поняття і категорії юридичної науки, тим досконаліше саме позитивне право як таке, тим точніше і якісніше воно здатне регулювати відповідні суспільні відносини». Крім цього, в українській мові немає двох слів з однаковим значенням, навіть синоніми чимось відрізняються між собою, мають різні відтінки.

Саме тому потрібно більш детально з'ясувати значення слів «небезпека» і «загроза». «Великий тлумачний словник сучасної української мови» подає такі значення цих слів. «Небезпека» – це: 1) можливість якогось лиха, нещастя, якоїсь катастрофи, шкоди і т. ін.; стан, коли кому-, чому-небудь щось загрожує; 2) потенційне джерело шкоди. «Загроза» – це: 1) груба, зухвала обіцянка заподіяти яке-небудь зло, неприємність; погрожування, нахваляння; 2) чого. можливість або неминучість виникнення чогось небезпечного, прикрого, тяжкого для кого-, чого-небудь; 3) те, що може заподіювати яке-небудь зло, якусь неприємність. Тобто слово «загроза» за змістом є ширшим, ніж «небезпека», оскільки, крім значення, яке робить його синонімом, воно має ще додаткове значення (означає погрозу, є видом психологічного насильства), яке відсутнє у слові «небезпека».

Оскільки слово «небезпека» має менше значень, ніж «загроза», то воно більш точно відображатиме сутність досліджуваного явища. А це, у свою чергу, сприятиме чіткому та однозначному розумінню тексту кримінального закону. Як слушно зазначає В. О. Навроцький, «єдність термінології – один із вагомих критеріїв якості закону, запорука правильної правозастосовної практики і загалом передумова забезпечення верховенства права та панування законності». Тому у цьому контексті, коли йдеться про створення небезпеки об'єкту кримінально-правової охорони як ознаку складу кримінального правопорушення, потрібно вживати слово «небезпека», а не «загроза». Внаслідок цього, у КК України буде можливим використання однакового слова, а не різних, для позначення одного явища.

Отже, враховуючи вищенаведене, було б доцільно внести зміни до КК України, внаслідок чого у відповідних випадках замінити словосполучення «створило загрозу...» на «створило небезпеку...».

ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ДІТЕЙ ВІД ЗЛОЧИННИХ СТАТЕВИХ ПОСЯГАНЬ

Бурдін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Одним із складів кримінального правопорушення, який тривалий час викликав жваві дискусії в теорії кримінального права, а також у правозастосуванні, є склад, передбачений ст. 155 КК України «Вчинення дій сексуального характеру з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку». Нагадаю, що в першій своїй редакції ця стаття передбачала відповідальність за вчинення статевих зносин з особою, яка не досягла статевої зрілості. У зв'язку з чим виникало питання про те, а з якого моменту особа вважається такою, що досягла статевої зрілості? І чи існують якісь об'єктивні показники досягнення нею такої зрілості? Для вирішення таких питань відповідно до вимог Кримінального процесуального кодексу України необхідно було призначити експертизу. Крім того, проведення експертизи у таких випадках було обов'язковим. Разом з тим, на цьому проблемні питання не завершувалися. Адже було і чимало запитань щодо суб'єктивних ознак відповідного складу кримінального правопорушення. Зокрема, чи могла бути суб'єктом даного кримінального правопорушення неповнолітня особа? Крім того, як довести вину особи, яка, вступаючи у статеві зносини з потерпілою, повинна була знати, що потерпіла особа не досягла статевої зрілості, якщо сам законодавець вважає, що для цього потрібно проводити експертизу? Справа в тому, що без такого усвідомлення неможливо було стверджувати і про наявність умислу. Всі ці питання по різному вирішувалися вченими. Разом з тим, після змін до КК України від 14 березня 2018 року ситуація змінилася. Так, Законом України від 14 березня 2018 року № 2334-VIII «Про внесення змін до

Кримінального кодексу України щодо захисту дітей від сексуальних зловживань та сексуальної експлуатації» ст. 155 КК була викладена у новій редакції. Зокрема, замість поняття «особа, яка не досягла статевої зрілості» законодавець чітко вказав на вік потерпілої особи – особа, яка не досягла шістнадцятирічного віку. Крім того, уточнено і суб'єкта відповідного кримінального правопорушення – після цих змін ним є лише повнолітня особа. В цілому такі зміни потрібно вітати, адже такі формулювання ознак складу кримінального правопорушення забезпечують реалізацію принципу правової визначеності. Разом з тим, ці зміни до КК України одразу зумовили іншу проблему. Мова йде про положення, які стосуються чинності кримінального закону у часі і, зокрема, про зворотну дію в часі вказаних змін.

З цього приводу хотів би відзначити, що не повинен викликати сумнів той факт, що як криміналізація, так і декриміналізація певних діянь в цілому або зміна обсягу криміналізації може відбуватися шляхом змін не тільки ознак об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, але й ознак будь-якого іншого елемента складу. Використання термінологічного звороту в ст. 5 КК «кримінальна протиправність діяння» жодним чином не свідчить про те, що питання криміналізації та декриміналізації зумовлюються і залежать лише від однієї ознаки об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення – діяння. Вирішити питання про криміналізацію певного діяння не означає, що законодавець повинен визначити лише зовнішній прояв кримінально-протиправної поведінки – діяння. Криміналізувати діяння означає, що необхідно встановити і умови відповідальності за його вчинення, які випливають з інших ознак складу кримінального правопорушення, а не тільки об'єктивної сторони. Очевидно, що такими умовами відповідальності є вид вини, з яким пов'язується можливість притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення певного діяння, мотив чи мета кримінального правопорушення, вік особи, з якого може наставати кримінальна відповідальність, ознаки спеціального суб'єкта тощо.

Нагадаю, що саме завдяки змінам, внесеним до ст. 365 КК України Законом від 21 лютого 2014 року щодо суб'єктивного складу кримінального правопорушення, відбулася декриміналізація перевищення влади або службових повноважень щодо службових осіб, які не є працівниками правоохоронного органу. Аналогічна ситуація щодо зміни обсягу криміналізації спостерігається і у розглядуваному випадку. Адже, якщо до змін у ст. 155 КК України Законом від 14 березня 2018 року суб'єкт даного складу кримінального правопорушення був загальний (принаймні такий висновок безпосередньо впливав із текстуального формулювання диспозиції статті), то після відповідних змін законодавець чітко звузив коло суб'єктів, вказавши, що суб'єктом цього складу може бути лише повнолітня особа. В такому випадку можна стверджувати, що норма, передбачена в ст. 155 КК України, у новій редакції після змін від 14 березня 2018 року повинна мати зворотну дію у часі з урахуванням того, що обсяг криміналізації відповідних діянь звузився щодо їх суб'єктного складу. Іншими словами можна стверджувати, що стосовно неповнолітньої особи, яка була суб'єктом відповідного кримінального правопорушення до набрання законної сили змінами від

14 березня 2018 року, відбулася декриміналізація з усіма її правовими наслідками зворотної дії кримінального закону у часі.

З іншого боку, зміни до ст. 155 КК, внесені названим Законом, розширили сферу криміналізації завдяки змінам в ознаках об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, оскільки замість терміну «статеві зносини» законодавець використав спершу термін «природні або неприродні статеві діяння, які не пов'язані з природним статевим актом, а згодом ще раз замінив його на «дії сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло особи». До речі, про необхідність таких змін вже давно звертали увагу вчені у своїх публікаціях.

Таким чином можна стверджувати, що зміни до ст. 155 КК України Законом від 14 березня 2018 року повинні розглядатися через призму положень ч. 3 ст. 5 КК, в якій визначено правила дії в часі закону, який частково пом'якшує, а частково обтяжує відповідальність. В частині звуження кола суб'єктів відповідного складу кримінального правопорушення названий Закон повинен мати зворотню дію у часі. В часті розширення сфери криміналізації повинні діяти загальні правила щодо дії кримінального закону у часі, передбачені в ст. 4 КК України.

ВИДИ ЗАМАХУ НА КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА

Вакула І.

Львівський національний університет імені Івана Іранка

Поняття замаху на кримінальне правопорушення розкривається в ст. 15 КК України. Замахом на кримінальне правопорушення є вчинення особою з прямим умислом діяння (дії або бездіяльності), безпосередньо спрямованого на вчинення кримінального правопорушення, передбаченого відповідною статтею Особливої частини КК України, якщо при цьому кримінальне правопорушення не було доведено до кінця з причин, що не залежали від волі винного.

Основні аспекти поняття замаху на кримінальне правопорушення вважаю за доцільне проаналізувати в порівнянні із кримінальним законодавством Республіки Польща. Так, відповідно до § 1 ст. 13 КК Республіки Польща, відповідальності за замах підлягає той, хто, маючи намір вчинити заборонене діяння, спрямовує свою поведінку безпосередньо на його здійснення, але таке діяння не вчиняє.

До ознак замаху на кримінальне правопорушення, яке передбачене в КК України слід віднести: діяння, яке безпосередньо спрямоване на вчинення кримінального правопорушення; недоведення кримінального правопорушення до кінця; суб'єктивна сторона виражається тільки у вигляді прямого умислу.

Поняття замаху на кримінальне правопорушення в КК Республіки Польща містить такі ознаки: поведінка безпосередньо спрямована на вчинення забороненого діяння; недоведення злочину до кінця; умисел, спрямований на вчинення конкретного забороненого діяння, передбаченого відповідною статтею КК Польща. [3, с. 224]. Щодо суб'єктивних ознак замаху на кримінальне правопорушення слід зазначити, що польський законодавець не здійснює уточнення щодо виду умислу.

Отже, ознаки замаху на кримінальне правопорушення в українському та польському законодавстві мають більше спільних ознак, ніж відмінних. І ці відмінності, які стосуються в більшій мірі суб'єктивних ознак, залежать від особливого визначення вини в теорії кримінального права Республіки Польща, оскільки в КК Республіки Польща поняття вини не визначено.

Відмінності стадії замаху на кримінальне правопорушення за кримінальним законодавством України та Республіки Польща стосуються також і виокремлення видів даної стадії. В КК України передбачено два види замаху на кримінальне правопорушення: закінчений та незакінчений замах. В КК Республіки Польща не зазначається такий поділ замаху, проте передбачається вид непридатного замаху. Так, згідно з § 2 ст. 13 КК Республіки Польща, замах буде наявним і тоді, коли винна особа не усвідомлює, що вчинення злочину неможливе через відсутність предмета, придатного для вчинення щодо нього злочинного діяння, або у зв'язку із використанням засобу, непридатного для вчинення забороненого діяння.

Для більш детального визначення видів замаху на кримінальне правопорушення необхідно вказати види замаху, які передбачені в теорії кримінального права обох держав. Отже, у кримінально-правовій літературі Республіки Польща розрізняють такі види замаху на злочин: *закінчений замах*; *незакінчений замах*; *кваліфікований замах* – винний здійснює замах на один злочин, натомість вчиняє інший (наприклад, винний мав намір вчинити умисне вбивство, проте заподіяв тяжкі тілесні ушкодження); *замах звичайний (придатний)* – замах на злочин, за якого винний має усі шанси на доведення злочину до кінця; *замах непридатний* – замах на злочин, за якого винний від початку не може довести задуманий злочин до кінця, не усвідомлюючи цього.

В теорії кримінального права України також виділяють поняття непридатного замаху та його види: замах на непридатний предмет, замах з непридатними засобами. В свою чергу замах з непридатними засобами поділяється на замах з відносно непридатними засобами та абсолютно непридатними.

Аналізуючи види замаху на кримінальне правопорушення в теорії кримінального права та за кримінальним законодавством України та Республіки Польщі доцільно з'ясувати питання щодо доцільності поділу замаху на закінчений та незакінчений в КК України, а також передбачення непридатного замаху на законодавчому рівні.

Отже, відповідно до кримінального законодавства Республіки Польща поділу замаху на закінчений та незакінчений немає і відповідно такий поділ не впливає на встановлення відповідальності. Однак враховується при встановленні

ні безкарності винного у випадку добровільної відмови від вчинення кримінального правопорушення.

Проблематика поділу замаху на закінчений та незакінчений за кримінальним законодавством України полягає в тому, що суди часто у формулі кваліфікації не зазначають відповідну частину статті 15 КК України, в якій передбачений відповідний вид замаху. Також законодавець не визначає кримінально-правових наслідків такого поділу при призначенні покарання.

А тому допоки така диференціація видів замаху на злочин проводиться законодавцем, очевидно, що логіка підказує про її незавершений характер. Якщо законодавець здійснює диференціацію родового поняття замаху, виокремлюючи два види поняття – закінченого та незакінченого замаху, незрозуміло, чому він не забезпечує при цьому диференціації кримінально-правових наслідків цих видів замаху на злочин, залишаючи це питання виключно в сфері індивідуалізації кримінальної відповідальності [4, с. 77].

У зв'язку з реформуванням кримінального законодавства України та підготовки проекту нового Кримінального кодексу України необхідно зазначити позитивні тенденції удосконалення інституту стадій вчинення кримінального правопорушення. Зокрема, зміни стосуються передбачення в проекті Кримінального кодексу кримінально-правових наслідків поділу замаху на закінчений та незакінчений. Так, відповідно до ч. 4 ст. 2.5.3. проекту Кримінального кодексу передбачено, що ступінь тяжкості злочину знижується при закінченому та незакінченому замаху.

Розробники проекту Кримінального кодексу передбачають також і ознаки непридатного замаху, водночас самого поняття «непридатного замаху» не визначають. Відповідно до ч. 2 ст. 2.5.3. замахом на кримінальне правопорушення також визнається: 1) посягання на неналежну потерпілу особу чи неналежний предмет кримінального правопорушення; 2) посягання з відсутніми, непридатними або недостатніми знаряддями чи засобами вчинення кримінального правопорушення.

Визначення таких видів замаху є позитивним, проте невіршеним залишається питання, чи дані види замаху впливатимуть на призначення покарання, а саме чи будуть вони стосуватися пом'якшення покарання за такого виду замах.

Згідно з § 2 ст. 13 КК Республіки Польща при наявності непридатного замаху суд може призначити більш м'яке покарання або навіть відмовитися від нього. Така ж законодавча позиція передбачена в кримінальному законодавстві інших держав Європи. В § 23 КК Німеччини зазначено, що якщо особа внаслідок грубої помилки не розуміла, що обраний для посягання об'єкт чи засіб не дозволять завершити діяння, тоді суд має право відмовитися від покарання, або пом'якшити його. Відповідно до ч. 3 § 15 КК Австрії передбачено обов'язок не застосовувати покарання при непридатному замаху. В ст. 23 КК Швейцарії також надається суду право пом'якшити покарання при непридатному замаху [5, с. 128].

Розглянемо приклади придатного та непридатного замаху: здійснення невлучного пострілу (придатний замах) або здійснення пострілу з несправної

зброї (непридатний замах); невдала крадіжка мобільного телефону з сумки або невдала крадіжка у зв'язку з відсутністю мобільного в сумці. Чи можна вважати, що в наведених прикладах непридатного замаху ступінь суспільної небезпеки є нижчим? І хоча винний допускає помилку у придатності засобів чи придатності предмета, однак це не може бути підставою для зниження ступеня суспільної небезпеки посягання. Обставини, за яких особа здійснює постріл немає навиків володіння вогнепальною зброєю, чи особа помиляється у справності використаної зброї, не можуть впливати на ступінь суспільної небезпеки. Відмінністю непридатного замаху від придатного є те, що він ґрунтується на фактичній помилці винного щодо предмету посягання або щодо використання непридатних засобів, і тому кримінальне правопорушення об'єктивно не може бути завершеним. Проте така обумовлена незавершеність не може впливати на ступінь суспільної небезпеки, який сформований в намірі винної особи вчинити кримінальне правопорушення.

Враховуючи вище проведений аналіз видів замаху на кримінальне правопорушення, можна ствердити, що непридатний замах на кримінальне правопорушення, є різновидом придатного замаху і містить всі ознаки, які притаманні придатному замаху. Помилка в предметі кримінального правопорушення чи в придатності засобів для вчинення посягання не може впливати та ступінь суспільної небезпеки. Вчинення непридатного замаху на кримінальне правопорушення через фактичну помилку винного не завжди свідчить про менший ступінь його суспільної небезпечності порівняно зі придатним замахом та закінченим кримінальним правопорушенням. А злочинна воля винного не може бути різною ні при придатному замаху, ні при непридатному замаху, ні при закінченому кримінальному правопорушенні.

1. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>

2. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks Karny. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970880553/U/D19970553Lj.pdf>

3. Zoll A., Wrobel W. *Polskie prawo karne (czesc ogolna)*. Krakow: Wydawnictwo Znak, 2010. 606 s.

4. Бурдін В. М. Призначення покарання за незакінчений злочин. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка*. 2012. № 4. С. 73–84.

5. Попій Д.С. Порівняльно-правовий аналіз нормативного регулювання призначення покарання за незакінчений злочин за законодавством окремих країн світу/ Д.С.Попій// Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди. «Право» - 2016. Вип. 25. С. 122-132 URL:http://nbuv.gov.ua/UJRN/znpkhnpu_pravo_2016.

6. Текст проекту нового Кримінального кодексу України станом 24.11.2021. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>.

**РОЗВИТОК СИСТЕМИ ПРОБАЦІЇ, ЗБІЛЬШЕННЯ
АЛЬТЕРНАТИВ ПОЗБАВЛЕННЮ ВОЛІ ТА СТВОРЕННЯ УМОВ
ДЛЯ ЗНИЖЕННЯ РЕЦИДИВНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ
ЗА ПРОЄКТОМ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ**

Гордієнко В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Чинний Кримінальний кодекс України, зважаючи на принцип правонаступності між першим Кримінальним кодексом незалежної України та радянськими кримінальними кодексами, отримав у спадок радянські положення щодо цілей покарання та системи покарань, за допомогою такі цілі мають бути досягнуті. Систему покарань, встановлену чинним Кримінальним кодексом України, можна порівняти сьогодні лише з системою покарань, встановлену Кримінальними кодексами пострадянських або авторитарних країн. Відповідно до статті 51 ККУ, чинний КК України встановлює 12 видів покарань. Для порівняння, КК Республіки Білорусь містить 12 видів покарань, КК Республіки Болгарія - 10 видів покарань, а КК Республіки Польща містить лише 5 видів покарань. Як правило, демократичні держави у своїх кримінальних кодексах встановлюють 4–5 видів покарань, зважаючи що такий підхід у демократичному суспільстві є більш ефективним та доцільним.

Саме такий підхід було прийнято робочою групою з питань розвитку кримінального права під час роботи над проєктом нового Кримінального кодексу, яка завершила обговорення Загальної частини та більшості розділів Особливої частини нового Кодексу. Текст проєкту нового Кримінального кодексу України опубліковано станом на 18 жовтня 2021 року.

Згідно статті 3.1.2. обговореного проєкту за вчинення злочину цим кодексом встановлюються і можуть застосовуватися як основні такі види покарань: а) *штраф*; б) *ув'язнення на певний строк*; в) *довічне ув'язнення*. За вчинення *проступку* встановлюються і можуть застосовуватися як основні такі види покарань: а) *грошове стягнення*; б) *безоплатні роботи*; в) *обмеження свободи пересування*; г) *арешт*.

Статтею 3.4.1. нового Кримінального кодексу України дається поняття пробації, як *альтернативи* ув'язнення на певний строк або довічного ув'язнення. *Пробацією*, згідно проєкту, є визначені цим Кодексом контрольні, реінтеграційні та наглядові засоби, що передбачають обмеження у реалізації прав чи свобод людини та застосовуються судом до особи, засудженої за вчинення злочину, з метою забезпечення суспільства та спонукання цієї особи до правослужняної поведінки. Пробація застосовується до особи, щодо якої: а) призначено штраф як основне покарання; б) не виконується призначене під умовою ув'язнення на певний строк; в) відстрочено виконання призначеного покарання у зв'язку з особливою обставиною; г) зупинено під умовою виконання невідбутої частини ув'язнення на певний строк; д) зупинено під умовою виконання довічного

ув'язнення; е) встановлено високий ризик вчинення нового злочину після відбуття нею покарання за умисний злочин 5-10 ступенів.

Згідно статті 3.4.2. проекту нового Кримінального кодексу України *контрольними засобами пробачії* є обов'язки: а) періодично з'являтися для реєстрації до уповноваженого органу з питань пробачії; б) повідомляти уповноважений орган з питань пробачії про зміну місця проживання, роботи або навчання; в) не виїжджати за межі України, а також на тимчасово окуповану територію. *Реінтеграційними засобами пробачії* є обов'язки: а) брати участь у складанні та реалізації індивідуального плану реінтеграції в суспільство; б) виконувати заходи, передбачені апробаційною програмою; в) працевлаштуватися або за направленням уповноваженого органу з питань пробачії звернутися до органу державної служби зайнятості для реєстрації як безробітного та працевлаштування, якщо особі буде запропоновано відповідну посаду (роботу); г) пройти навчання чи професійну підготовку; д) пройти курс лікування від розладу психіки або психіки внаслідок вживання психоактивних речовин або іншого соціально небезпечного захворювання; е) пройти курс консультацій у психолога; є) забезпечувати догляд за дитиною та її виховання. *Наглядовими засобами пробачії* є обов'язки: а) виконувати суспільно корисні роботи; б) перебувати під електронним моніторингом; в) дотримуватись обмежень пробачійного арешту.

Принагідно зазначимо, що визначення пробачії за проектом нового Кримінального кодексу України має інше змістовне наповнення, ніж це дає ст. 1 Закону України «Про пробачію» № 160-VIII від 5 лютого 2015 року, згідно якого пробачія – це система наглядових та соціально-виховних заходів, що застосовуються за рішенням суду та відповідно до закону до засуджених, виконання певних видів кримінальних покарань, не пов'язаних з позбавленням волі, та забезпечення суду інформацією, що характеризує обвинуваченого.

Реалізація наведеного Закону в Україні дозволяє врахувати індивідуальні ризики кожної конкретної особи, в результаті – зробити покарання більш ефективним. Крім цього, застосування пробачійного нагляду вже сьогодні дозволяє скоротити витрати на пенітенціарну систему, оскільки перебування одного в'язня в установах виконання покарань «коштує» державі 140 000,00 гривень в рік, або 11 600,00 гривень в місяць. Якщо ж говорити про пробачію, то це в десять разів менші витрати – усього 900 гривень на місяць за одного пробачіонера, так як держава працює з ним на волі, а не витрачає кошти на його утримання, харчування тощо. Також треба зважати на те, що у країнах Ради Європи середній строк відбування покарання у пенітенціарних установах становить 8,2 місяця (відповідно до статистики РАСЕ Ради Європи). Тоді як найбільш розповсюдженим строком призначених в Україні покарань у вигляді позбавлення волі є покарання на строк від 3 до 5 років (статистика Державної судової адміністрації України за 2019 рік). Тож в основі пробачії лежить саме європейський підхід управління в питаннях виконання покарань. Саме європейський підхід, сфокусований не на ізоляції людини, тобто на фізичному унеможливленні вчинення нею повторного злочину протягом певного періоду, а на ресоціалізації злочинця, на корегуванні його поведінки у суспільстві, покладений в основу нового Кримінального кодексу України.

Іншим законопроектом, який покликаний оптимізувати структуру пенітенціарної системи, запровадити ефективне управління підприємствами установ виконання покарань, є внесений Кабінетом Міністрів України до ВРУ проект Закону України «Про пенітенціарну систему» реєстр. № 5293 від 22.03.2021 р. Так, відповідно до ч. 1 ст. 5 проекту № 5293, пенітенціарну систему складають центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері виконання кримінальних покарань та пробації, у складі якого функціонує апарат; центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань, у складі якого функціонують апарат і територіальні органи з питань виконання кримінальних покарань; установи виконання покарань і установи тримання під вартою; *органи пробації*; заклади освіти; заклади охорони здоров'я; підприємства, установи та організації, утворені для забезпечення виконання завдань функціонування пенітенціарної системи. У свою чергу, у ч. 2 ст. 12 проекту № 5293 пропонується передбачити можливість створення центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері виконання кримінальних покарань та пробації державної установи, у структурі якої будуть функціонувати філії та уповноважені органи з питань пробації.

Також у Верховній Раді України на розгляді знаходяться законопроекти № 5359 та № 5360 від 12.04.2021 року Законів «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо розвитку системи пробації, збільшення альтернатив позбавленню волі та створення умов для зниження рецидивної злочинності» та «Про внесення змін до Кримінального кодексу України, Кримінального процесуального кодексу України щодо розвитку системи пробації, збільшення альтернатив позбавленню волі та створення умов для зниження рецидивної злочинності», розроблених Міністерством юстиції України у співпраці з канадськими та європейськими партнерами. Положення цих законопроектів направлені також на індивідуалізацію системи покарань та розширення переліку видів покарань, альтернативних позбавленню волі, що має сприяти зменшенню кількості осіб у місцях позбавлення волі, та має забезпечити виправлення правопорушників без ізоляції від суспільства.

Поданим законопроектом № 5359 від 12.04.2021 року пропонується додатково створити центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері пробації та уповноважені органи з питань пробації. Отже, у випадку прийняття в якості законів України проектів № 5293 та № 5359, замість оптимізації структури пенітенціарної системи, з'явиться три центральних органи виконавчої влади, що покликані здійснювати державну політику у сфері виконання кримінальних покарань. Окрім того, як результат відповідних законодавчих ініціатив поряд з центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері пробації, та уповноваженими органами з питань пробації, паралельно може бути створена державна установа, у структурі якої також будуть функціонувати філії та уповноважені органи з питань пробації, повноваження яких дублюватимуть один одного. Загальні витрати на створення та подальше функціонування центру моніторингу у

складі державної установи «Центр пробації», згідно поданого законопроекту № 5359 від 12.04.2021 року, що буде забезпечувати цілодобове спостереження за дотриманням правил суб'єктами пробації, а також здійснювати виїзди для реагування на порушення, зафіксовані під час моніторингу, потребує додаткових витрат на перший рік для впровадження у сумі 232 млн. грн. Запровадження електронного моніторингу, у зв'язку з розширенням функцій, покладених на підрозділи державної установи «Центр пробації», потребуватиме введення додаткових посад штатною чисельністю 749 осіб, для утримання яких необхідні додаткові кошти на загальну суму 147,2 млн грн., які не передбачені проектом Бюджету України на наступний рік.

Тож ми вважаємо, що саме прийняття проекту Кримінального кодексу України, як і проекту Закону України «Про пенітенціарну систему» реєстр. № 5293 від 22.03.2021р., є наступними етапами розвитку системи пробації, збільшення альтернатив позбавленню волі та створення умов для зниження рецидивної злочинності в Україні, а також впровадження в українське законодавство європейського підходу управління в питаннях виконання покарань.

ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПІВУЧАСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВОПОРУШЕННІ

Гриниха І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Назріла необхідність реформування кримінального законодавства України закономірно вилилася в розробку нового Кримінального кодексу, робота над проектом якого поки що триває. Зважаючи на значну кількість наукових дискусій, критики законодавчих положень, потреб практики правозастосування, пропозицій із вдосконалення норм про співучасть впродовж усього періоду дії чинного КК України, спробуємо на підставі вивчення проекту КК України [1] (далі – Проект) проаналізувати перспективи правового регулювання співучасті у кримінальному правопорушенні.

Як і в чинному КК України, інституту співучасті у кримінальному правопорушенні в Проекті присвячений окремий розділ Загальної частини. Проте окремі питання, зважаючи на їх тісний зв'язок з іншими інститутами, регулюються нормами інших розділів Загальної частини, як от: добровільна відмова при незакінченому злочині, вчиненому у співучасті, невдала співучасть (розділ «Незакінчене кримінальне правопорушення»); кваліфікація кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті (розділ «Кримінально-правова кваліфікація»); призначення покарання за вчинення кримінального правопорушення у співучасті (розділ «Призначення покарання») тощо. Розглянемо окремі з них.

1. Змінюється визначення базового поняття – поняття співучасті у кримінальному правопорушенні. Зміни уточнюють його зміст: ознака «умисна спільна участь « замінюється на «спільне вчинення ... за змовою, досягнутою усно, письмово чи шляхом конклюдентних дій», а також чітко визначається кінцевий момент її досягнення – до закінчення кримінального правопорушення. Таким визначенням, на нашу думку, чітко закріплюється вимога двостороннього суб'єктивного зв'язку між суб'єктами. А також визначаються часові межі співучасті, зокрема, критерій відмежування співучасті та причетності до злочину.

2. Незмінним залишається підхід до виділення видів співучасників з урахуванням виконуваної ними ролі: виконавець, організатор, підбурювач та пособник. Звернемо увагу на деякі аспекти визначення ознак співучасників. Щодо виконавця кримінального правопорушення, на відміну від чинного КК України, у зміст поняття включено обсяг виконання діяння («повністю або частково»), але виключено вказівку на спосіб його вчинення («безпосередньо або шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила кримінальне правопорушення») - ст. 2.6.2 Проекту. На перший погляд, може видатися, що розробники Проекту відмовляються від звичного вже нам поділу виконавця кримінального правопорушення на безпосереднього та опосередкованого. Проте це не так. У такий спосіб втілені пропозиції ряду науковців «перенести» опосередковане виконання у визначення поняття суб'єкта кримінального правопорушення, оскільки опосередковано вчиняти кримінально протиправне діяння може і один суб'єкт, і співучасник (ч. 1 ст. 2.3.1 Проекту). Оскільки виконавець – також суб'єкт кримінального правопорушення, то ця ознака загального суб'єкта є й ознакою виконавця кримінального правопорушення. Вважаємо такий підхід спірним, врегулювати це питання в розділі, присвяченому суб'єкту кримінального правопорушення, недоцільно. Адже суб'єкт кримінального правопорушення – це сукупність ознак, яким має відповідати особа, яка вчинила кримінальне правопорушення (незалежно від стадії вчинення кримінального правопорушення, форми протиправної діяльності (індивідуальна чи співучасть), механізму виконання об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення тощо). Питання безпосереднього чи опосередкованого вчинення кримінального правопорушення – це питання механізму його вчинення (механізму виконання об'єктивної сторони) та встановлення ознак об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, а не суб'єкта.

Як і в нині чинному КК України, частково зберігається одночасне використання двох термінів – «виконавець (співвиконавець)». При цьому поняття співвиконавця не наповнене самостійним змістом. Напевно, це зумовлено очевидністю його змісту.

Змінюється змістовне наповнення визначення поняття організатора кримінального правопорушення (відмова від включення як самостійної ознаки «організація кримінального правопорушення», що є дискусійним, так і виключення фінансування чи організації приховування кримінально-протиправної діяльності організованих злочинних об'єднань. Натомість, організатором кримінального правопорушення визнається не лише особа, яка створила чи керувала організо-

ваною групою чи злочинною організацією, а й терористичною групою (терористична група не є окремою формою співучасті), а також особа, яка координувала діяльність двох чи більше організованих груп, злочинних організацій чи терористичних груп.

У визначенні поняття підбурювача простежується тенденція до усунення казуїстики в кримінальному законі, зважаючи на неможливість /недоцільність вичерпного переліку способів підбурювання, а з іншого боку, закріплюється як один із можливих його способів віддання наказу чи розпорядження вчинити кримінальне правопорушення. При цьому спонування особи до вчинення кримінального правопорушення з метою подальшого її викриття перед органами правопорядку (провокація кримінального правопорушення) не є співучастью у кримінальному правопорушенні, але «прирівнюється до підбурювання до кримінального правопорушення» (ст. 2.6.3). Конструкція «прирівнюється до підбурювання» невідома чинному КК України, не пояснюється і в проекті КК, що вона означає і як кваліфікувати дії провокатора.

Новелою у визначенні поняття пособника є закріплення серед форм його діяння як самостійних ознак «надання інформації» та «посередництва». Викликає ряд запитання доцільність заміни звичної форми у виді «зазделегідь даної обіцянки переховати ... , придбати чи збути предмети, здобуті кримінально протиправним шляхом, або іншим чином сприяти приховуванню кримінального правопорушення» на «особа, яка сприяла вчиненню кримінального правопорушення іншому співучаснику зазделегідь обіцяним: переховуванням особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, зняряддя чи засобу його вчинення, його сліду чи предмету, здобутого в результаті вчинення кримінального правопорушення; придбанням, збутом чи іншою передачею такого предмету; приховуванням кримінального правопорушення; користуванням майном, здобутим в результаті його вчинення». Попри розширення змісту обіцянки, що є позивним доповненням, граматичне тлумачення норми показує її недоліки. А саме: зазделегідь дана обіцянка вчинити відповідні дії має бути виконана особою, яка її дала. Якщо ж така обіцянка виконана не буде, особа не може визнаватися пособником, незважаючи на те, що саме так була укріплена рішучість іншого співучасника вчинити кримінальне правопорушення, а її діяння перебувають у причинному зв'язку з діянням виконавця. Вважаємо такий підхід невірним. Можливо, такі діяння слід оцінювати як іншу форму пособницьких дій – надання інформації? Але знову ж таке тлумачення має вади: по-перше, надання інформації має (повинне мати) іншу природу, ніж обіцянка вчинити певні діяння. По-друге, якщо сама зазделегідь дана обіцянка вже є пособництвом у формі надання інформації, навіщо як окрему форму виділяти зазделегідь дану обіцянку, виконану після закінчення кримінального правопорушення. Таке розділення форм пособництва є надмірною, зайвою деталізацією ознак пособника. Яка до того ж не сприятиме однаковому розумінню і застосуванню кримінального закону.

3. Форм співучасті у злочині передбачено три - вчинення злочину у складі простої групи, організованої групи та злочинної організації (ст. 2.6.4 Проекту). Бачимо відмову від виділення як двох окремих форм неорганізованої спів-

участі групи осіб та групи осіб за попередньою змовою (їх тлумачення породжує багато дискусій, в тому числі про їх співвідношення між собою). Для простої групи, на відміну від цих двох форм співучасті, не має значення характер виконуваних співучасниками ролей, а також момент виникнення змови (але до закінчення злочину).

Організована група та злочинна організація за Проектом змістовно мало відрізняються між собою, та істотно відрізняються від аналогічних форм співучасті у чинному КК. Відмінність між вчиненням злочину організованою групою та злочинною організацією полягає у тому, що злочин вважається вчиненим організованою групою, якщо участь у ньому брали три чи більше співучасників, хоча б один з яких є її організатором, а для визнання злочину вчиненим злочинною організацією необхідна мінімальна кількість співучасників п'ять осіб. І в першому, і в другому випадку співучасники мають попередньо об'єднатися з метою спільного вчинення: злочинів (організована група) або злочинів базового 5 або 7 ступеня тяжкості (злочинна організація). І третя обов'язкова ознака обидвох форм – її стійкість. При цьому поняття стійкості розкривається лише щодо організованої групи. Думаємо, що за аналогією це визначення застосовуватиметься і щодо злочинної організації. Від ієрархічності як ознаки злочинної організації відмовилися. Слід звернути увагу на таку проблему: зберігається тенденція до використання оціночних понять. Стійкість хоч і визначається як «створення на невизначений час та здатність протидіяти зовнішнім і внутрішнім загрозам», проте не дається визначення змісту цих понять. В теорії кримінального права ведуться дискусії щодо змісту стійкості, внутрішніх та зовнішніх дезорганізуючих факторів, про те, чи протидія обидвом з них є/має бути ознакою і організованої групи, і злочинної організації. Зміст стійкості розкрито в постанові Пленуму ВС України «Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями» від 23.12.2005 р. № 13. Проте, роз'яснення є неконкретними, часом суперечливими. Також, вони мають рекомендаційний характер. Чи можна їх застосовувати для з'ясування змісту положень нового КК? Не зрозумілою є й інша ознака - «невизначений час». Все це може створювати труднощі у застосуванні норм.

Новелою Проекту є перенесення наскрізних кваліфікуючих та особливо кваліфікуючих ознак складів кримінальних правопорушень до Загальної частини як ознак складу злочину, що змінюють його ступінь тяжкості. Вчинення злочину в складі організованої групи визнається ознакою складу злочину, що на два ступені, а в складі простої групи – на один ступінь, підвищує тяжкість умисного злочину порівняно з його базовим ступенем тяжкості (ст. 2.2.4, ст. 2.2.5), окрім випадків, якщо така ознака передбачена як ознака основного складу злочину.

4. Зберігається в Проекті окрема стаття, присвячена кримінальній відповідальності за злочин, вчинений у складі організованої групи та злочинної організації (ст. 2.6.5). Проте, на відміну від чинного КК України, є зміни: учасник-організатор підлягає відповідальності як організатор кожного злочину, вчиненого такою групою чи організацією, якщо цей злочин був передбачений метою її діяльності (за чинним КК – за всі кримінальні правопорушення, які охоплюва-

лися його умислом). Щодо інших учасників організованої групи чи злочинної організації, то чітко визначається, що вони несуть відповідальність як виконавці злочину, у вчиненні яких вони брали участь, незалежно від виконуваної ролі (не розділяється окремо участь у підготовці та участь у вчиненні). Новелою є прирівнювання відповідальності учасників терористичної групи у формі простої змови до відповідальності учасників організованої групи та злочинної організації (терористична група – це будь-яка форма співучасті у злочині, передбаченому розділом «Злочини проти безпеки суспільства від тероризму»).

5. Позитивною новелою Проекту є регулювання відповідальності за вчинення у співучасті кримінального правопорушення зі спеціальним суб'єктом: виконавцем (співвиконавцем) такого кримінального правопорушення може бути лише особа, яка має ознаки спеціального суб'єкта. Особа, яка не має таких ознак, підлягає відповідальності як організатор, підбурювач або пособник кримінального правопорушення зі спеціальним суб'єктом (ч. 6 ст. 2.6.2). На перший погляд, ставиться крапка у тривалій теоретичній дискусії про можливість співвиконавства в таких кримінальних правопорушеннях особою, не наділеною спеціальними ознаками. Проте, виникає інша проблема: виконання загальним суб'єктом частини діяння, яке описане як ознака об'єктивної сторони, має автоматично кваліфікуватися як діяння організатора, підбурювача або пособника. Припускаємо, що при цьому воно може не підпадати під ознаки жодного із цих видів співучасників. Фактично, якщо не йдеться про поєднання особою під час вчинення кримінального правопорушення кількох ролей, то така діяльність найбільше нібито нагадує діяння пособника. Проте поняттям пособника, на нашу думку, така діяльність також не охоплюється (сумнівно, що таке діяння є посередництвом чи усуненням перешкод). Можливо, припис ч. 6 ст. 2.6.2 Проекту має своїм завданням також розширити визначення окремих видів співучасників для кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом або, швидше, прирівняти таких «загальних суб'єктів» до організатора, підбурювача чи пособника? Інакше положення ч. 6 та частин 3,4,5 ст. 2.6.2 Проекту перебуватимуть у колізії.

6. Змінюється підхід до кваліфікації діянь співучасників кримінального правопорушення:

– діяння кожного співучасника, в тому числі і виконавця (співвиконавця), кваліфікується окремо із посиланням на відповідну частину статті Загальної частини кримінального закону, яка передбачає вид співучасника (ст. 2.9.10 Проекту);

– якщо співучасник виконує одночасно кілька ролей, вчиняючи кримінальне правопорушення в складі простої групи, його діяння кваліфікуються з урахуванням усіх виконаних ролей - за статтею Особливої частини про кримінальне правопорушення, вчинене виконавцем, з посиланням на кожну з частин статті Загальної частини, яка передбачає відповідний вид співучасника (ч. 4 ст. 2.9.10 Проекту). Відбулася відмова від ідеї поглинання однією роллю (як правило, роллю виконавця) інших виконуваних співучасником ролей, що забезпечує точність і повноту кваліфікації.

– у формулі кваліфікації вказується не лише вид співучасника, а й форма співучасті (як ознака складу, що змінює ступінь тяжкості злочину (п. 3 ч. 1 ст. 2.9.10) – це відповідно до ст. 2.2.4 та 2.2.5 Проекту проста група та організована група. Виняток, - вчинення злочину в складі злочинної організації та терористичної групи: цей злочин кваліфікується без посилання на таку ознаку, що змінює ступінь тяжкості, як організована група, оскільки вони несуть відповідальність додаткового за створення, участь, участь у злочинах, вчинених злочинною організацією чи терористичною групою (ч. 4 ст. 2.6.5). Це положення враховує принцип заборони подвійного інкримінування.

– під час кваліфікації діяння кожного співучасника враховуються ознаки об'єкта, об'єктивної сторони, суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, включаючи й ознаки складу злочину, які змінюють ступінь тяжкості злочину. Ознаки суб'єкта кримінального правопорушення (включно з ознаками складу злочину, що змінюють ступінь тяжкості злочину) враховуються при кваліфікації діяння лише особи, яка має такі ознаки (ч. 2, 3 ст. 2.9.10).

Неврахування наведених вище вимог до кваліфікації діянь співучасників матиме правові наслідки – висновок про неправильне застосуванням кримінального закону, що далі тягне за собою зміну кваліфікації (ч. 4 ст. 2.9.11 Проекту). Правильна кваліфікація забезпечує правильність наступного етапу правозастосування, зокрема, призначення покарання: враховується характер та ступінь участі співучасника у вчиненні кримінального правопорушення (ст. 3.2.5 Проекту).

7. Експес співучасників. На відміну від КК України, Проект визначає кримінально-правові наслідки експесу співучасника кримінального правопорушення, а не лише експесу виконавця (ст. 2.5.6). Цим визнано, що не лише виконавець, а й інші співучасники можуть вийти за межі змови. Проте, як і в КК України, не закріплюються види експесу та правила їх кваліфікації (зокрема, у випадку вчинення виконавцем більш тяжкого та менш тяжкого однорідного кримінального правопорушення).

8. Добровільна відмова співучасників від доведення злочину до кінця змін не зазнала.

Отже, радикальних змін інститут співучасті в кримінальному правопорушенні не зазнає. Поряд із позитивними змінами, пропонуються й такі, що викликають запитання, окремі з них й надалі будуть предметом наукових дискусій, правових висновків у судовій практиці. Висловлені нами зауваги, припущення, поставлені запитання, зроблені висновки не претендують на комплексність та завершеність, в жодному випадку не є критикою масштабної та надзвичайно важливої праці авторів Проекту. Це база для подальших досліджень проблеми кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення, вчинені у співучасті, в тому числі й співучасті особливого роду.

1. Проект Кримінального кодексу України (станом на 24.11.2021р.). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>

ЦІННІСНА ОРІЄНТАЦІЯ ПРИ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ: ВСТУПНІ ЗАУВАГИ

Демчук П.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Застосування кримінального закону неодмінно передбачає з'ясування змісту його положень. Науковці акцентують увагу на випадках, коли буквальне прочитання тексту статті не дозволяє прийти до однозначного висновку про зміст кримінально-правової норми, яка в ній міститься (Денькович, О.І. «Методологія визначення змісту кримінально-правової норми Конституційним Судом України». Юридичний науковий електронний журнал, 4/2016 (2016); Котий, Т. В. «Тлумачення закону про кримінальну відповідальність: поняття, види, значення», Дис. канд. юрид. наук, НЮУ ім. Ярослава Мудрого, 2019). Це пов'язується як із особливостями лексики, яку використано при написанні відповідної статті КК України (недоречно використання синонімів, неузгоджені слова у реченні та ін.), так зі змістовними суперечностями положень кримінального закону (порушення законів логіки при їх конструванні).

1. Наявність недоліків певного положення кримінального закону не звільняє органи системи кримінальної юстиції від необхідності оцінити істотність цих недоліків та можливість застосування цього положення у справі. Питання оцінки змісту певного положення пов'язане зі способами його інтерпретації. Найбільш обґрунтованою, на мій погляд, є позиція тих вчених, які вказують, що в першу чергу слід з'ясувати звичайне значення слів та речень, з яких конструйовано положення закону, а в останню чергу – ціль їх прийняття. Ф. Аллен висловлює цікаву позицію про те, що більшість парламентарів не беруть участі в законопроектній діяльності, тому їх розуміння, як і розуміння окремого громадянина, швидше за все, ґрунтуватиметься на звичайному розумінні слів, що використовується у тексті закону (Allen, Francis A. *The habits of legality: criminal justice and the rule of law*. New York: Oxford University Press, 1996). Тобто не завжди можна віднайти «цілі прийняття закону», яких намагався досягти законодавець, та використати їх для тлумачення відповідного положення.

2. Орієнтовний перелік цінностей, які «охороняє» кримінальний закон, можемо знайти у ч. 1 ст. 1 КК України. Проте наявність писаного кримінального закону не відіграє однобічну роль «меча держави». Він також є «шитом» підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, щоб останні могли орієнтуватися на положення КК України при виборі варіанту своєї поведінки, а відтак були попередженими про негативні наслідки, які можуть настати для них за умови вчинення певних діянь. Саме тому точність та визначеність положень кримінального закону є важливою для захисту прав особи, яка притягається до кримінальної відповідальності. Порушення цих вимог принципу законності піднімають питання можливості «подолання» недоліків КК України судовим тлумаченням.

3. Підтримуючи необхідність виваженого підходу щодо орієнтації на потребу суспільства у захисті від кримінальних правопорушень при здійсненні тлумачення положень КК України зауважимо про неналежний рівень наукової роботи цього питання. Емпіричний матеріал для таких студій наявний. Так, у постанові Великої Палати ВС від 03 липня 2019 року у справі № 288/1158/16-к зроблено висновок про те, що зміст і призначення закріпленої у статті 263 КК України кримінально-правової заборони полягає насамперед у захисті суспільства й держави від найтяжчих насильницьких злочинів, умови для вчинення яких створює неконтрольований обіг зброї. Оскільки людина, її життя, здоров'я та безпека належать до найвищих соціальних цінностей, то поводження з вогнепальною зброєю як предметом, пов'язаним із підвищеними ризиками, вимагає державного регулювання у спеціальнодозвільний спосіб. За результатами судового розгляду підтверджено правильність кваліфікації дій особи за ст. 263 КК України. В постанові від 05 грудня 2018 року у справі № 301/2178/13-к Великою Палатою ВС було зазначено, що тлумачення правових норм не може здійснюватись ізольовано від наслідків, які воно спричинить, та їх відповідності закріпленим у законодавчих нормах моральним засадам суспільства. Наявність у працівників правоохоронних органів владних повноважень неминуче зумовлює ризик використання їх у супереч легальній меті та/або в непередбачений законом спосіб, тому звуження сфери кримінальної відповідальності працівників правоохоронних органів призведе до протилежного результату – нівелювання гарантій захисту людини від свавільних посягань з боку цих посадовців, адже створить умови для безкарних найнебезпечніших проявів насильства та жорстокості з використанням залежного становища осіб, котрі перебувають під їх впливом. У цій справі було скасовано ухвалу суду апеляційної інстанції, якою було закрито кримінальне провадження, та призначено новий розгляд в суді апеляційної інстанції.

4. Такі приклади дозволяють прийти до висновку, що тлумачення положень кримінального закону не може здійснюватися відірвано від наслідків, які спричинить той чи інший спосіб тлумачення для майбутніх ситуацій правозастосування. У вищенаведених постановках захист акцентував увагу на тому, що інкриміновані статті КК України не відповідають критеріям точності та визначеності. Однак ВС виходив, зокрема, із усталеної практики застосування відповідних положень, а також враховував наслідки зміни підходу до розуміння певного положення для правозастосовної практики.

Видається, що здійснюючи судове тлумачення положень кримінального закону, яке ускладнено його недоліками, слід застосовувати тест на балансування різних прав. Вказаний тест був, зокрема, застосований у рішенні ЄСПЛ у справі *C.R. v. The United Kingdom*. Крім цього, необхідно ретельно зважувати наслідки від обрання певного способу тлумачення із тим, щоб не спричинити нівелювання ефективності певного положення кримінального закону на майбутнє, а також із тим, щоб його застосування було передбачуваним для обвинуваченого у конкретній справі. У наступних розвідках слід глибоко розкрити цю проблему та запропонований підхід до її вирішення.

**ДЕКЛАРУВАННЯ НЕДОСТОВІРНОЇ ІНФОРМАЦІЇ:
ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ**

Денис С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У сучасних реаліях протидія корупції становить першочергове завдання для України, що супроводжується активною імплементацією у національне законодавство міжнародних стандартів. Встановлення юридичної відповідальності за порушення вимог фінансового контролю покликане сприяти підвищенню відповідальності суб'єктів декларування. Однак, як показує практика, не завжди репресивні заходи сприяють підвищенню ефективності протидії корупції, а призводять до нагромадження кримінального законодавства та підвищення рівня латентності кримінальних правопорушень. В цьому аспекті, цілком слушним є твердження професора В. М. Бурдіна, що не слід абсолютизувати Кримінальний кодекс України як засіб протидії корупції та злочинності в цілому, а сприймати радше як крайній захід впливу. Утримуючись від аналізу та оцінки доцільності криміналізації саме декларування недостовірної інформації за умови наявності в чинному Кримінальному Кодексі України (далі – КК України) кримінально-правової норми, що встановлює відповідальність за службове підроблення, вважаємо за необхідне зацентувати увагу на змісті кримінально-правової норми, що безпосередньо впливає на здійснення кримінально-правової кваліфікації. Підвищений науковий інтерес дослідження проблемних аспектів кримінально-правової кваліфікації, також пов'язаний з тим фактом, що доповнення чинного Кримінального кодексу України статтею 366² КК України є другою спробою законодавця встановити кримінальну відповідальність за декларування недостовірної інформації.

Відповідно до ЗУ «Про запобігання корупції» інформація подана суб'єктами декларування є одним з джерел фінансового моніторингу способу життя уповноваженими суб'єктами. Важливість аналізу змісту кримінально-правової норми замовлена необхідністю підвищення ефективності правозастосування в контексті протидії корупції в Україні. Подання декларацій є одним із заходів фінансового контролю. Також, відповідно до ст. 51⁴ ЗУ «Про запобігання корупції» НАЗК здійснює фінансовий моніторинг способу життя суб'єктів декларування й у випадку встановлення невідповідності із відомостями у декларації відповідної особи має право здійснити повну перевірку декларації. Зміст питань, що з'ясується при проведенні повної перевірки регламентується ст. 51³ КК України «Про запобігання корупції» повна перевірка декларацій полягає у встановленні наступних аспектів: а) достовірності задекларованих відомостей; б) точності оцінки задекларованих активів; в) наявності конфлікту інтересів; г) ознак незаконного збагачення; г) необґрунтованості активів. З аналізу вказаних норм спеціального законодавства вбачається, що сама лише достовірність

задекларованих відомостей не презюмує відповідність відомостей, які зазначені у декларації вимогам ЗУ «Про запобігання корупції».

Згідно ч. 1 ст. 366² КК України встановлено кримінальну відповідальність за умисне внесення суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей до декларації особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, передбаченої Законом України «Про запобігання корупції», якщо такі відомості відрізняються від достовірних на суму від 500 до 2000 прожиткових мінімумів для працездатних осіб. Кваліфікований склад кримінального правопорушення, передбачений ч. 2 ст. 366² КК України характеризується вчиненням аналогічного діяння, за умови, якщо такі відомості відрізняються від достовірних на суму понад 2000 прожиткових мінімумів для працездатних осіб.

Цілком слушною є позиція вченого О.К. Маріна, який наголошує, що декларування недостовірної інформації є нічим іншим як службове підроблення, відповідно є привілейованою спеціальною нормою відносно ст. 366 КК України «Службове підроблення». Тому, діяння як ознаку об'єктивної сторони слід розуміти як «перекручення» в офіційному документі, а саме в декларації спеціального суб'єкта у вигляді інтелектуального підроблення.

Для початку, слід відзначити бланкетний характер дисципліни кримінально-правової норми, яка міститься у ст. 366² КК України, що викликає труднощі у правозастосуванні, адже правильність заповнення декларації передбачає наявність знань у сфері різних галузей права та передбачає стабільність норм, якої складно досягнути у теперішніх реаліях. У своєму рішенні № 6-рп/2000 від 19 квітня 2000 року Конституційний Суд України зазначив, що «бланкетна диспозиція лише називає, описує злочин, а для повного визначення його ознак відсилає до інших галузей права». Однак ЗУ «Про запобігання корупції» не врегульовує детально питання, пов'язані з тонкощами процесу заповнення та подання електронних декларацій, хоча, на практиці існує ряд проблем пов'язаних розумінням змісту інформації, яка повинна відобразитися в деклараціях. Відповіді на численні питання описані у роз'ясненнях НАЗК, однак, проблема полягає у тому, що вказані роз'яснення, не є нормативними, та, безумовно, мають виключно рекомендаційний характер, оскільки їх видання не охоплюється повноваженнями НАЗК.

Є також міркування з приводу доцільності використання терміну «достовірний», сама етимологія слова викликає питання, адже в тлумачних словниках вказаний термін розуміється як «такий, що викликає сумніви щодо правдивості», тому все ж доцільніше при конструюванні кримінально-правової норми вживати термін «правдивий», адже сумніви у правдивості інформації, зазначеної у декларації є підставою для повної перевірки НАЗК, а не притягнення до кримінальної відповідальності особи. Хоча етимологічне значення достовірності цілком відповідає наявній проблемі встановлення дієвого механізму визначення розміру в грошовому еквіваленті невідповідностей задекларованої інформації з правдивою, а не лише сумнівів щодо їх правдивості (з огляду на посилення на прожитковий мінімум для працездатних осіб). Також, з врахуванням вищевказаного, слід вказати, що в Україні досі не визначений статус криптовалюти, згідно роз'ясненнями Державної податкової служби, остання не підлягає

декларуванню. Однак вартість одиниці криптовалюти сьогодні є досить високою, тому існує правова прогалина, що дає вільний простір для зловживання суб'єктів декларування та призводить, по-перше, до приховування незаконно набутих активів; по-друге, впливає на встановлення достовірності поданої інформації. Вважаємо, що однозначно варто інтенсифікувати роботу законодавця над даним питанням.

Безумовно, найбільше проблем при здійсненні кримінально-правової кваліфікації умисного внесення завідомо неправдивої інформації до декларацій становить встановлення форми вини та з'ясування змісту такої ознаки як «завідомість». З суб'єктивної сторони кримінальне правопорушення, передбачене ст. 366² КК України характеризується умислом. Вважаємо, що в цьому випадку мова може йти виключно про прямий умисел, з огляду на конструкцію об'єктивної сторони та ознаку «завідомість», що є інтелектуальною характеристикою вини на внесення неправдивих відомостей. Щодо завідомості, то вказане поняття вживається в КК України 54 рази, згадується в проекті КК України. Однак ні чинний КК України, ні проект кримінального закону не містить роз'яснення вказаного поняття. Відсутність єдиного підходу до визначення завідомості як ознаки суб'єктивної сторони чи додаткової ознаки вини у формі умислу, що призводить до того, до судами часто ігнорується встановлення цієї ознаки під час розгляду справ.

Абсолютно обґрунтованим вважається, передбачити можливі проблеми кримінально-правової кваліфікації на підставі практики розгляду справ по ст. 366-1 КК України в частині з'ясування ознак суб'єктивної сторони складу даного кримінального правопорушення, яка ілюструє, що суди виправдовували осіб у зв'язку з недоведеністю умислу, в численних випадках при ухваленні обвинувальних вироків не встановлювали форму вини або презюмували наявність умислу з огляду на те, що декларація містить неправдиві відомості та змісту посадових інструкцій. Вважаємо такий підхід недопустимим, адже факт наявності неправдивих відомостей у декларації не може бути беззаперечним доказом вини особи. Така ж проблема є і загальній кримінально-правовій нормі про службове підроблення. При узагальненні судової практики розгляду справ про службове підроблення Верховний Суд України зазначав, що виправдувальні вирoki ухвалювалися судами у разі недоведеності вини підсудних у вчиненні інкримінованих їм кримінальних правопорушень.

Враховуючи обсяг та складність інформації, яка підлягає внесенню до декларацій, технічних перебоїв у роботі електронного сайту, добросовісного незнання про майно членів сім'ї та інших супутніх проблем електронного декларування, доцільно звернути увагу на проблему доведення вини особи в контексті наявності добросовісної помилки. У спільному терміновому висновку Венеціанської комісії та Генерального директорату з прав людини та верховенства права (ГД-І) Ради Європи щодо законопроекту «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України щодо вдосконалення відповідальності за декларування недостовірної інформації та неподання суб'єктом декларування декларації особи, уповноваженої на вико-

нання функцій держави або місцевого самоврядування» (№ 4651; від 27 січня 2021 року) зазначено, що в контексті використання в КК України та КАСУ терміну «завідомо», означає, що суб'єкт декларування не нестиме кримінальної відповідальності у випадку допущення добросовісної помилки (п. 41). Таку ж позицію висловив О. Дудоров, який зазначив, що у випадку: «якщо особа сумлінно помилялась щодо протиправності вчиненого нею діяння, ознаки якого як злочину визначені цим Кодексом і нормативним актом, який не є законом про кримінальну відповідальність (бланкетна диспозиція статті або частини статті Кодексу), вона через відсутність вини кримінальній відповідальності не підлягає. У разі, коли особа з урахуванням обставин справи могла усвідомлювати протиправність зазначеного діяння, а тому могла уникнути такої помилки, вчинене нею діяння вважається вчиненим через необережність».

Підсумовуючи вищенаведене, слід констатувати, що проблеми кримінально-правової кваліфікації діяння, передбаченого ст. 366² КК України пов'язані з бланкетністю кримінально-правової норми, відсутністю стабільності галузевих норм та нормативної регламентації специфіки заповнення електронних декларацій, наявністю законодавчих прогалин та складністю з'ясування суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 366² КК України.

КЛАСИФІКАЦІЯ «ЗЛОЧИНІВ НЕНАВИСТІ»

Зуєнко Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Насамперед варто зауважити, що даний аналіз буде стосуватися «злочинів ненависті» як категорії, яка об'єднує декілька кримінальних правопорушень, передбачених різними статтями КК України, які були скоєні з мотивів упередження до певних наявних в особі ознак.

Залежно від позицій науковців мова у цьому контексті може йти про ч. 2 та ч. 3 ст. 110 («Посягання на територіальну цілісність і недоторканність України»), п. 14 ч. 2 ст. 115 («Умисне вбивство»), ч. 2 ст. 121 («Умисне тяжке тілесне ушкодження»), ч. 2 ст. 122 («Умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження»), ч. 2 ст. 126 («Побої і мордування»), ч. 2 ст. 127 («Катування»), ч. 2 ст. 129 («Погроза вбивством»), ст. 161 («Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками»), ст. 178 («Пошкодження релігійних споруд чи культових будинків»), ст. 127 («Незаконне утримання, осквернення або знищення релігійних святинь»), ст. 180 («Перешкоджання здійсненню релігійного обряду»), ст. 297 («Наруга над могилою, іншим місцем поховання або над тілом померлого»), ст. 300 («Ввезення, виготовлення або розповсюдження творів, що пропагують культ насильства і жорстокості, расову, національну чи релігійну нетерпимість та дискримінацію»), а також ст. 442 («Геноцид») КК України. Проте ва-

рто наголосити, що в колі науковців існують дискусії щодо віднесення до категорії «злочинів ненависті» деяких кримінальних правопорушень, тож даний перелік більшою мірою слугує меті орієнтування читача в подальшому аналізі.

Залежно від *мотиву кримінальних правопорушень «злочини ненависті» можуть поділятися на такі, що вчинені з мотиву ненависті до раси, національності, релігійних переконань, етнічної приналежності, мови, статі, наявності в особі інвалідності, ознак сексуальної орієнтації, гендерної ідентичності тощо*. Втім, в переважній більшості статей КК України, в яких прямо вказується на мотив ненависті, станом на сьогодні прямо передбачені тільки перші три ознаки, в ст. 442 до них додається етнічна ознака, а в ст. 161 - етнічна ознака, ознака статі та інші ознаки.

Чи не основним критерієм для класифікації можуть слугувати відносини, на які посягають кримінальні правопорушення. Зокрема, Т.А. Пазинич пропонує умовний поділ «злочинів ненависті» на три основні категорії [1]:

– кримінальні правопорушення, *направлені на розпалювання ворожнечі, розбрату, дискримінації, ненависті серед населення* (ч. 2 ст. 110, ст. 161, ст. 300 КК України),

– кримінальні правопорушення *проти життя та здоров'я особи, мотивом яких є нетерпимість* (п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129),

– кримінальні правопорушення, *об'єктивна сторона складу яких прямо пов'язана з образою і приниженням релігійних почуттів, честі і гідності певних національних меншин* (ст. 178, ст. 179, ст. 180 та ст. 297 КК України). Варто зауважити, що загалом позицію, згідно з якою кримінальне правопорушення, передбачене ст. 297 КК України, відносять до категорії «злочинів ненависті», не можна назвати поширеною – досліджуючи дане питання, ми не зустріли схожих думок в працях вітчизняних науковців. За винятком цієї норми вищезазначена класифікація є чи не найпоширенішою в теорії кримінального права, більшість вчених солідарні у тому, що «злочини ненависті» відрізняються за об'єктами посягання.

Цікаво, що аналізовані вченими «злочини ненависті» дуже часто поділяються на схожі за «наповненням» групи, які, втім, не сходяться за критеріями, за якими було проведено розмежування. Для прикладу, І.Ю. Гора [2] та Т.С. Демедюк [3] виділяють три групи «злочинів ненависті» та конкретизують їх зміст наступними прикладами з законодавства:

а) п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129 КК України;

б) ст. 161 та ст. 300 КК України;

в) інші кримінальні правопорушення.

При цьому, І. Ю. Гора відносить кримінальні правопорушення до групи «А» за ознакою насильства, Т. С. Демедюк же поєднує дані кримінальні правопорушення у групу за ознакою їх закріплення в кваліфікованих складах кримінальних правопорушень.

Якщо звернутися до групи «Б», можна зауважити, що І. Ю. Гора вбачає підставу для об'єднання діянь у тому, що вони пов'язані з порушенням прав і сво-

бод громадянина та громадського порядку, в той час як Т. С. Демедюк, беручи за основу критерій нормативного закріплення, відносить до цієї групи випадки, коли мотив ненависті є ознакою основного складу кримінального правопорушення.

Щодо останньої групи «злочинів ненависті» можна зробити наступні висновки. Т. С. Демедюк вважає, що сюди варто віднести ст. ст. 178, 179, 180 КК України (кримінальні правопорушення, які посягають на суспільну моральність у частині шанобливого ставлення до релігійних святих та обрядів), а також згадує у цьому контексті ст. 296 КК України «Хуліганство». Вчена зводить дані кримінальні правопорушення в одну групу через те, що в вищезазначених статтях мотив ненависті не є обов'язковою ознакою складу кримінального правопорушення.

Тож, підсумовуючи вищезазначене, можна здійснити ще один поділ «злочинів ненависті» на такі, *диспозиція статті яких прямо вказує на мотив нетерпимості* (мотив при цьому може бути закріплений в основному та у кваліфікованому складах кримінального правопорушення), та такі, де *мотив не є обов'язковою ознакою складу кримінального правопорушення*.

Наступну класифікацію пропонує Н. В. Дрьоміна-Волок, яка поділяє «злочини ненависті» на *міжнародні та такі, що вчиняються на національному рівні [4]*. До першої групи, на думку вченої, варто відносити геноцид, апартеїд, расову дискримінацію, рабство. Варто зауважити, що в науці кримінального права ця позиція не є загальноприйнятою - чимало авторів не вважають коректним віднесення, скажімо, геноциду, до категорії «злочинів ненависті». Іншу групу - національні «злочини ненависті» - становлять кримінальні правопорушення, суб'єктивна сторона яких характеризується наявністю мотиву ненависті та спеціального наміру заподіяння шкоди саме носію однієї з перелічених вище ознак (раса, релігія, національність тощо).

З іншого ракурсу питання класифікації «злочинів ненависті» розглянули Т. І. Созанський та І. Б. Газдайка-Василишин [5]. У спільній праці автори дійшли висновку, що дані кримінальні правопорушення можна поділити за критерієм кримінально-правового значення. Відтак, «злочини ненависті» можуть бути:

– такими, де *«грунт» нетерпимості є ознакою об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення* (в ч. 2 ст. 110 КК України це спосіб, у ст. 161 - суспільно-небезпечне діяння, у ст. 300 - предмет тощо),

– такими, де *«грунт» нетерпимості є ознакою суб'єктивної сторони складу кримінального правопорушення* (мотив у ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129, мета у ст. 258 КК України).

Загалом аналіз наукових джерел дає змогу дійти висновку про те, що критеріїв класифікації «злочинів ненависті» виділяється загалом чимало, науковці займають в цьому питанні подекуди протилежні позиції, а отже можна припустити, що дана тема деякий час ще буде активно розвиватися в науковому колі.

1. Пазинич Т. А. Про актуальність комплексного дослідження злочинів, що вчиняються з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості. – 2016. URL: <http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/handle/123456789/4038>

2. Гора І. Ю. Проблеми протидії ксенофобії в сучасній Україні //Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2014.– № 2.– С. 283-291. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAG E_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nvdduvs_2014_2_41.pdf
3. Демедюк Т. С. Кримінально-правова характеристика злочинів, учинених на ґрунті нетерпимості. – 2018. URL: http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/94-15/1/Актуальні%20пробл.%20кримін.%20права_p102-106.pdf
4. Дрьоміна-Волок Н. В. Расова дискримінація як злочин: становлення концепції міжнародного та національного кримінального антидискримінаційного права. – 2009. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/249/app-37_Dremina-Volok_N_V_%2844-52%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y
5. Созанський Т.І. Проблемні аспекти кримінально-правової характеристики злочинів, що вчиняються на ґрунті нетерпимості / Созанський Т.І., Газдайка-Василишин І. Б. // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України: збірник наукових статей. – 2020. - Випуск 53. – С. 181-200. URL: <http://dspace.lvduvs.edu.ua/handle/1234567890/3596>

ВІКОВІ ОСОБЛИВОСТІ ОСІБ, ДО ЯКИХ МОЖУТЬ БУТИ ЗАСТОСОВАНІ ОДИН АБО ДЕКІЛЬКА ОБМЕЖУВАЛЬНИХ ЗАХОДІВ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Ковалик Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Сьогодні однією з умов призначення особі кримінально-правових обмежувальних заходів є досягнення нею конкретного віку, який передбачено у частині другій статті 91-1 Кримінального кодексу України (далі – КК України), а саме повноліття. Безперечно, вік особи, до якої застосовується будь-який захід кримінально-правового характеру, має важливе значення. Це пов'язано з особливостями розвитку організму людини на певних стадіях життя, саме з віком особи пов'язують показники фізичної працездатності, ментального розвитку, адаптації до несприятливих умов, захворюваності тощо. Тож, під час застосування заходів кримінально-правового характеру потрібно у кожному випадку індивідуально зважати не лише на фізичну здатність особи виконувати покладені на неї обов'язки, а й усвідомлення такою особою підстав, мети та правових наслідків застосування останніх.

Згідно з частиною першою статті 18 КК України суб'єктом кримінального правопорушення є фізична осудна особа, яка вчинила кримінальне правопорушення у віці, з якого відповідно до цього Кодексу може наставати кримінальна відповідальність. Це визначення дає змогу виділити конститутивні ознаки, якими повинен бути наділений суб'єкт кримінального правопорушення, і відповідно вік особи є однією з таких.

Відповідно до статті 22 КК України загальний вік, з якого особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності складає шістнадцять років, у певних випадках, передбачених частиною другою цієї статті притягнення до кримінальної відповідальності може бути у віці від чотирнадцяти років. У Особливій частині КК України містяться і певні випадки, коли вік особи є підвищений, це пов'язується із особливостями правового статусу особи (займана посада тощо). Відтак, законодавець передбачив загальні правила щодо співвідношення віку особи і можливості притягнення її до кримінальної відповідальності. Встановлюючи мінімальний вік, з якого може наставати кримінальна відповідальність законодавець, очевидно, керувався таким критерієм, як можливість особи після досягнення цього віку цілком усвідомлювати суспільну небезпеку вчинених нею діянь.

Як вже згадувалось, кримінально-правові обмежувальні заходи можуть застосовуватись лише до особи, яка на момент вчинення домашнього насильства досягла 18-річного віку (частина друга статті 91-1 КК України). Така вікова межа найімовірніше пов'язана із положеннями частини першої статті 22 Сімейного кодексу України (далі – СК України), де передбачено, шлюбний вік для чоловіків та жінок встановлюється у вісімнадцять років. Так як у чинному КК України призначення обмежувальних заходів обмежується лише домашніми злочинами, то й вектор їх регламентації спрямований на відносини в сім'ї. Проте, вважаю, законодавець не врахував всі можливі аспекти, оскільки за заявою особи, яка досягла шістнадцяти років, за рішенням суду їй може бути надано право на шлюб, якщо буде встановлено, що це відповідає її інтересам (частина друга статті 23 СК України). Таким чином, якщо особа отримує право на шлюб до повноліття, у цей же період вчиняє злочин, що пов'язаний з домашнім насильством, то призначення їй обмежувальних заходів неможливе. Другий аспект, на якому доцільно зупинитись, стосується поняття злочин, що пов'язаний з домашнім насильством, оскільки такий розглядається у широкому значенні і охоплює, наприклад, кримінальне правопорушення, передбачене статтею 126-1 КК України «Домашнє насильство». Притягнення до кримінальної відповідальності за вчинення цього злочину можливе з досягненням шістнадцятирічного віку. Тому виникає запитання: чому злочин, який сьогодні має безпосередній стосунок до обмежувальних заходів, базується на загальних правилах щодо віку винної особи, а додаткові заходи, які можуть бути призначені у зв'язку з його вчиненням мають вікові особливості (з досягненням вісімнадцятирічного віку)?

Суттєво також те, що крім проблемних моментів у реалізації обмежувальних заходів з боку законодавчих прогалін, є вимога відмови від зазначення віку винної особи у положеннях про ці заходи і з боку суспільних відносин. Наприклад, сьогодні наболілими темами у різних щаблях соціуму є такі соціальні явища як булінг, мобінг, кібербулінг тощо. Відповідно до пункту 3-1 частини першої статті 1 Закону України «Про освіту»: «булінг (цькування) – діяння (дії або бездіяльність) учасників освітнього процесу, які полягають у психологічному, фізичному, економічному, сексуальному насильстві, у тому числі із застосуванням засобів електронних комунікацій, що вчиняються стосовно малолітньої чи неповнолітньої особи та (або) такою особою стосовно інших учасників освітнього проце-

су, внаслідок чого могла бути чи була заподіяна шкода психічному або фізичному здоров'ю потерпілого». Так, в «чистому вигляді» булінг не є кримінально-карним діянням, проте це є протиправне діяння, яке також може призвести до суспільно небезпечних наслідків (різної тяжкості тілесні ушкодження, побої і мордування, погроза вбивством та інші), саме в цей момент активується сфера кримінального права. Важливо, що саме терміном «булінг» позначають протиправні діяння в межах закладів освіти, а відтак, жертвами (особами, які постраждали від булінгу (цькування) і особами, які вчинили булінг (цькування), можуть бути і неповнолітні особи. Тож, вважаю, за наявності підстави (вчинення суспільно небезпечного діяння) призначення правопорушнику одного чи декількох обмежувальних заходів буде надзвичайно актуальним, оскільки ці заходи і в цьому разі слугуватимуть ще одною додатковою гарантією безпеки для потерпілої особи.

Отже, з погляду перспектив розвитку обмежувальних заходів необхідно взагалі відмовитись від додаткового встановлення мінімальної вікової межі у положеннях про обмежувальні заходи. У зв'язку з, по-перше, збільшенням кола кримінальних правопорушень, за які можуть бути призначені обмежувальні заходи, по-друге, відсутністю підстав для підвищення вікової межі для особи, якій вони призначаються, по-третє, існуванням загальних правил щодо віку особи, які регламентовані у кримінальному законі.

ЕВОЛЮЦІЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ ІНСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Кондра О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Повноцінне наукове дослідження правового явища неможливе без оцінки його змін на всіх етапах розвитку. В науці природно зміну певного явища в часі та історії з урахуванням механізму такої зміни називають еволюцією. І хоча поняття «еволюція» використовують переважно у біологічних науках, немає жодних перешкод застосувати такий підхід і у юридичних науках.

У кримінальному праві встановлення еволюції буде мати свої особливості, зумовлені специфікою галузі права. Зокрема, наука кримінального права має розроблену концепцію створення забороняючої кримінальної норми – вчення про криміналізацію. При цьому, ці підстави криміналізації впливають на весь період існування такої норми і часто виступають детермінантами її змін чи взагалі скасування. Тому вивчення еволюції кримінальної відповідальності має велике теоретичне і практичне значення, надає можливість розглянути предмет дослідження в його розвитку. Таким чином можна виконати історичну та футурологічну функції наукового дослідження.

Під час прийняття чинного Кримінального кодексу України (надалі – КК України) у 2001 році, в його тексті не було норми, яка б прямо встановлювала кримінальну відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації. Пояснити це можна наступними причинами.

Перше за все це було зумовлено недоліками правового регулювання. Чинне регулятивне законодавство на той час не містило визначення «інсайдерської інформації». Закон «Про цінні папери і фондову біржу» був прийнятий 18.06.1991 року, тобто ще до відновлення незалежності України, в подальшому слова «Української РСР» були замінені на «України» і внесені інші зміни. Станом на 2001 рік відповідна редакція цього закону не містила визначення інсайдерської інформації та способів її використання, хоча окремі норми регулювали наслідки такого використання.

Зокрема, у ст. 37 згаданого Закону вказувалось, що особа, що передплатила або купила цінні папери до опублікування інформації про зміни в господарській діяльності емітента, що впливають на вартість цінних паперів або розмір доходу по них, може протягом 15 днів з моменту публікації цієї інформації розірвати договір в односторонньому порядку. У разі розірвання договору емітент зобов'язаний на вимогу вказаної особи відшкодувати їй витрати і можливі збитки, пов'язані з передплатою або купівлею цінних паперів. Емітент у разі невиконання умов передплати на цінні папери зобов'язаний повернути передплатникам на їх вимогу усі одержані від них кошти із сплатою процентів за весь строк їх тримання.

Вищенаведене свідчить, що загалом було розуміння такого явища як інсайдерство і непрямю вказує на наявність соціальної обумовленості як фактору можливої криміналізації.

Водночас, закон регулював лише захист прав осіб, які зазнали збитків внаслідок незнання інформації про зміни в господарській діяльності емітента. Закон не містив правового регулювання щодо таких осіб, які про такі зміни в господарській діяльності емітента знали до їх оприлюднення, та в подальшому вдало ними скористались. В свою чергу КК України не містив прямих норм про кримінальну відповідальність за такі дії. Це вагомим прогалини і пояснити їх можна лише або слабкою правовою підготовкою або політично-економічними чинниками.

Проте, аргумент про слабку правову підготовку свого підтвердження не знаходить. У звіті Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку за 2000 рік стверджувалось, що проблему використання інсайдерської інформації при придбанні або продажу цінних паперів Комісія намагається вирішити шляхом внесення змін до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів. З цією метою Комісією було розроблено проект Закону України «Про внесення доповнень до Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України», який передбачає відповідальність за використання інсайдерської інформації при здійсненні операцій з цінними паперами та шахрайські маніпулювання.

Проте, вказаний законопроект у Верховній раді не розглядався, більше того, так і не був зареєстрований, вочевидь з причин політичного характеру.

Останні зумовлювались тим, що на той час відбувалась різка зміна форми економіки (перехід від адміністративно-планової до ринкової), розпочались великі приватизаційні кампанії, формування фінансово-промислових груп та політичних кланів. Всі ці процеси були пов'язані з розподілом владних впливів і боротьбою за державне майно та майно державних підприємств. Такий розподіл і боротьба відбувались, зокрема за допомогою концентрації цінних паперів того чи іншого підприємства. Це підтверджується тим, що Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку у цьому звіті за 2000 рік стверджує, що створена нормативно-правова база сьогодні дозволяє дуже швидко перетворити державне підприємство в акціонерне товариство, акції якого можуть бути продані приватним інвесторам. Ці заходи направлені на прискорення приватизації державного майна, на більш швидку появу ефективного власника в реальному секторі економіки.

Тому, видається, що формування чітко визначеного правового поля щодо законності використання інсайдерської інформації та встановлення відповідальності за її незаконне використання не відповідало політичній волі правлячих еліт, оскільки суперечило їх корупційним та політичним інтересам.

Це призвело до відсутності відповідних положень щодо використання інсайдерської інформації у чинному на тоді регулятивному законодавстві, а відповідно і до відсутності норми про кримінальну відповідальність за інсайдерство у новоприйнятому КК України.

Однак, відсутність прямої кримінально-правової заборони не означає, що такі дії були законними, оскільки вони могли охоплюватись складом іншого злочину. КК України 2001 року у своїй першій редакції містив, зокрема ст. 231, яка передбачала кримінальну відповідальність за комерційне шпигунство, тобто умисні дії, спрямовані на отримання відомостей, що становлять комерційну таємницю, з метою розголошення чи іншого використання цих відомостей, а також незаконне використання таких відомостей, якщо це спричинило істотну шкоду суб'єкту господарської діяльності. Була також ст. 232 КК України, яка встановлювала кримінальну відповідальність за розголошення комерційної таємниці.

Тобто, можливість кримінального переслідування за незаконне використання інсайдерської інформації була. Проте, практика притягнення до кримінальної відповідальності за цими статтями за дії, які полягали у незаконному використанні інсайдерської інформації – відсутня, вочевидь з тих самих політично-економічних причин.

В подальшому законодавець повернувся до криміналізації незаконного використання інсайдерської інформації у 2006 році у зв'язку з прийняттям Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок». Розробка цього закону була обумовлена необхідністю приведення норм Закону України «Про цінні папери і фондову біржу» у відповідність до європейського законодавства, положень Цивільного та Господарського кодексів України, які набули чинності в 2004 році, та необхідністю вдосконалення зазначеного закону з урахуванням досвіду функціонування вітчизняного фондового ринку. У пояснювальній записці вказувалось, що законодавчо впроваджується система розкриття інформації на фондовому ринку, яка охоплює всіх його учасників, що відповідає основним

вимогам, прийнятим в цивілізованих країнах світу, чітко визначається поняття «інсайдера» та «інсайдерської інформації», а також встановлюються норми і обмеження, що регулюють використання інсайдерської інформації при укладанні договорів щодо цінних паперів.

У п. 3. Прикінцевих положень цей закон передбачав доповнення КК України ст. 232-1 такого змісту: «Стаття 232-1. Розголошення або використання неоприлюдненої інформації про емітента або його цінні папери. Умисне розголошення або інше використання не опублікованої або не оприлюдненої в інший спосіб інформації про емітента, його цінні папери або правочини щодо них (інсайдерська інформація) особою, якій ця інформація відома у зв'язку з професійною чи службовою діяльністю, якщо воно завдало істотної матеріальної шкоди інтересам держави або інтересам юридичних чи фізичних осіб, - карається 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 трьох років».

Видається, що причинами прийняття саме такого закону і встановлення кримінальної відповідальності за незаконне використання інсайдерської інформації стали саме політично-економічні зміни. Останні були зумовлені зміною політичних еліт внаслідок Помаранчевої революції, проєвропейським напрямком України, бурхливим надходженням іноземного капіталу і як наслідок зростання економіки України.

Цей закон було прийнято 23.02.2006 року, а 12.05.2006 року він набрав чинності. Саме цю дату можна вважати початком історії кримінальної відповідальності за незаконне використання інсайдерської інформації, хоча її еволюція розпочалась раніше, як вже обґрунтовувалось вище.

В подальшому, редакція цієї статті була змінена Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення на ринку цінних паперів» від 25.12.2008 року (набрав чинності 14.01.2009 року). Цього разу в пояснювальній записці акцентувалось, що однією з існуючих проблем фондового ринку України залишається дуже мала ліквідність. Головним чинником такого стану ринку є те, що створений внаслідок приватизації український фондовий ринок на сьогодні став, по суті інсайдерським (що підтверджує наведену на початку тезу про політичні причини). В таких умовах неможливе визначення справедливої, тобто ринкової ціни на цінні папери серед учасників ринку, така ситуація відлякує професійних інвесторів і населення від інвестування в цінні папери і відповідно зменшує ліквідність ринку. Також зазначалось про необхідність зміни санкції на альтернативну з майновим покаранням у вигляді штрафу.

Після цих законодавчих змін редакція статті КК України стала такою: «Стаття 232-1. Незаконне використання інсайдерської інформації. 1. Незаконне використання інсайдерської інформації особою, яка нею володіє, якщо це завдало істотної шкоди, - карається штрафом від семисот п'ятдесяти до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльні-

стю на строк до трьох років або без такого. 2. Те саме діяння, вчинене повторно, або якщо воно спричинило тяжкі наслідки, - карається штрафом від двох до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого. Примітка: 1. Істотною шкодою у цій статті, якщо вона полягає у заподіянні матеріальних збитків, вважається така шкода, яка в п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. 2. Тяжкими наслідками у цій статті, якщо вони полягають у заподіянні матеріальних збитків, вважаються такі, які у тисячу і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян.»

Аналіз такої редакції дає можливість вказати, що причинами змін були правові недоліки попередньої конструкції і прагнення законодавця посилити та диференціювати кримінальну відповідальність за незаконне використання інсайдерської інформації. Інших причин (потреби практики, політичні чи економічні потреби тощо) не вбачається.

Далі, редакція ст. 232-1 КК України було змінено Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо інсайдерської інформації» від 22.04.2011 року (набрав чинності 25.05.2011 року). У пояснювальній записці дублювались ті самі причини, що стали підставою для прийняття попереднього закону, додатково вказувалось про необхідність імплементації норм Директиви Європейського Парламенту та Ради 2003/6/ЄС від 28.01.2003р. «Про інсайдерську діяльність та маніпулювання ринком».

Редакція статті стала більш об'ємною: «Стаття 232-1. Незаконне використання інсайдерської інформації. 1. Умисне незаконне розголошення, передача або надання доступу до інсайдерської інформації, а так само надання з використанням такої інформації рекомендацій стосовно придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), якщо це призвело до отримання особою, яка вчинила зазначені дії, чи третіми особами необґрунтованого прибутку в значному розмірі, або уникнення учасником фондового ринку чи третіми особами значних збитків, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, - караються штрафом від семисот п'ятдесяти до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого. 2. Вчинення з використанням інсайдерської інформації на власну користь або на користь інших осіб правочинів, спрямованих на придбання або відчуження цінних паперів чи похідних (деривативів), яких стосується інсайдерська інформація, якщо це призвело до отримання особою, яка вчинила зазначені дії, чи третіми особами необґрунтованого прибутку в значному розмірі, або уникнення учасником фондового ринку чи третіми особами значних збитків, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб, - карається штрафом від семисот п'ятдесяти до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів гро-

мадян або обмеженням волі на строк до трьох років, або позбавленням волі на строк до двох років, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого. 3. Дії, передбачені частинами першою або другою цієї статті, вчинені повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо такі дії спричинили тяжкі наслідки, - карається штрафом від двох до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеженням волі на строк від двох до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років або без такого. 4. Дії, передбачені частинами першою - третьою цієї статті, якщо вони вчинені організованою групою, - караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років з позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років та з конфіскацією майна або без такої. Примітка: 1. Значним розміром (значним збитком, значною шкодою) у цій статті вважається розмір (збиток, шкода), який в п'ятсот і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. 2. Тяжкими наслідками у цій статті, якщо вони полягають у заподіянні матеріальних збитків, вважаються такі, які у тисячу і більше разів перевищують неоподатковуваний мінімум доходів громадян. 3. Під особами, які вчинили дії, передбачені цією статтею, розуміються: посадові особи емітента, у тому числі ті, які були посадовими особами емітента на момент ознайомлення з інсайдерською інформацією; особи, які мають доступ до інсайдерської інформації у зв'язку з виконанням ними трудових (службових) обов'язків або договірних зобов'язань незалежно від відносин з емітентом, у тому числі співробітники професійних учасників фондового ринку; державні службовці, яким відома інсайдерська інформація внаслідок виконання ними посадових (службових) обов'язків; особи, які ознайомилися з інсайдерською інформацією неправомірним шляхом; аудитори, нотаріуси, експерти, оцінювачі, арбітражні керуючі або інші особи, які виконують надані законом публічні повноваження.»

Однак незважаючи на значне текстуальне розширення, таку редакцію важко назвати прогресивною, оскільки вона здебільшого спрямована на додаткову казуальну диференціацію кримінальної відповідальності і була своєрідним законодавчим тунінгом. Причини цього виключно правового характеру, вочевидь окремі законотворці вважають, що величина обсягу кримінально-правової норми впливає на боротьбу із злочинністю. Позитивним є те, що текст диспозиції набув ознак стабільності, що засвідчать майбутні зміни.

Наступні зміни було зумовлені гуманізацією відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15.11.2011 року (набрав чинності 17.01.2012 року) санкції у ст. 232-1 КК України було змінено на виключно майнові у вигляді штрафу, порядок призначення якого також було змінено.

Відповідно еволюція ст. 232-1 КК України у цей період була зумовлена загальною еволюцією кримінального закону і не була пов'язана із змінами підходів до кримінальної відповідальності за незаконне використання інсайдерської інформації.

Далі, у 2020 році знову була змінена санкція у ст. 232-1 КК України. Ці зміни відбулись у зв'язку з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень» від 22.11.2018 року (набрав чинності 01.07.2020 року). Цими змінами в абзаці другому частини першої статті 232-1 КК України слова «від семисот п'ятдесяти до двох тисяч» замінити словами «від однієї тисячі до чотирьох тисяч».

Незважаючи на зовнішню скромність ці зміни є еволюційними. З урахуванням змін у ст. 12 КК України, підняття верхньої межі санкції до чотирьох тисяч дозволила ст. 232-1 КК України залишитись у категорії нетяжких злочинів, а не кримінальних проступків. Це свідчить про те, що законодавець вважає рівень суспільної небезпеки незаконного використання інсайдерської інформації таким, що це діяння слід відносити до злочинів, з усіма матеріальними та процесуальними наслідками.

Останні зміни у ст. 232-1 КК України відбулись 16.08.2020 року коли набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструментів» від 19.06.2020 року.

Цей Закон знову виклав у новій редакції ч. 1. та ч. 2. ст. 232-1 КК України, а у пункті 3 примітки слова «фондового ринку» замінив на «ринків капіталу». Однак у пояснювальній записці до відповідного законопроекту пояснень таким змінам немає.

Шляхом системного тлумачення цього закону зміну слів «фондового ринку» на «ринків капіталу» можна пояснити зміною формулювань у регуляторних актах. Зміни у ч. 1. та ч. 2. ст. 232-1 КК України полягали в такому: «абзац перший частини першої викласти в такій редакції: 1. Порушення заборони використання інсайдерської інформації, якщо це призвело до отримання особою, яка вчинила зазначені дії, чи третіми особами необґрунтованого прибутку в значному розмірі, або уникнення особою, яка вчинила зазначені дії, чи третіми особами значних збитків, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб»; абзац перший частини другої викласти в такій редакції: 2. Вчинення з використанням інсайдерської інформації на власну користь або на користь інших осіб правочинів, спрямованих на придбання або відчуження (заміну сторін) фінансових інструментів, яких стосується інсайдерська інформація, якщо це призвело до отримання особою, яка вчинила зазначені дії, чи третіми особами необґрунтованого прибутку в значному розмірі, або уникнення учасником ринків капіталу чи третіми особами значних збитків, або якщо це заподіяло значну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або державним чи громадським інтересам, або інтересам юридичних осіб».

Аналіз цих змін дозволяє вказати, що вони не несуть змістовно нового навантаження, а спрямовані на удосконалення юридичної якості відповідної статті шляхом переходу від казуальних формулювань до узагальнюючих.

Проте, еволюційність Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення залучення інвестицій та запровадження нових фінансових інструментів» полягає в інших змінах, які не стосуються безпосередньо ст. 232-1 КК України.

Зокрема, було викладено у новій редакції Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок», який тепер носить назву Закон України «Про ринки капіталу та організовані товарні ринки». У ст. 145 цього Закону було змінено визначення інсайдерської інформації шляхом його поширення на усі фінансові інструменти. У ст. 7 цього Закону поняття фінансових інструментів значно розширено. Фактично, після цих змін поняття інсайдерської інформації, а відповідно і кримінальна відповідальність за її незаконне використання розширюються зі сфери обігу цінних паперів на усі сфери обігу фінансових інструментів.

Доказом цього є те, що цим самим Законом КК України були доповнено ст. 232-3. «Незаконне використання інсайдерської інформації щодо оптових енергетичних продуктів». На цей час ст. 232-1 КК України та ст. 232-3 КК України співвідносяться як загальна та спеціальна норми. Тому, можна ствердити, що зараз відбувається новий етап еволюції кримінальної відповідальності за незаконне використання інсайдерської інформації у вигляді диференціації кримінальної відповідальності шляхом виділення спеціальних норм.

Така еволюція продиктована сучасними змінами законодавчого регулювання діяльності фінансового ринку і широким зростанням використання різних фінансових інструментів в Україні. Тому можна спрогнозувати, що і в подальшому законодавець буде активно змінювати підходи до кримінальної відповідальності за незаконне використання інсайдерської інформації. Головне, щоб вони були зумовлені потребами якості кримінального закону і потребами практики, а не тенденціями законодавчого спау.

ПОЗИТИВНА КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: ЩОДО ОБГРУНТОВАНІСТІ ВИОКРЕМЛЕННЯ ЯВИЩА

Крикливець Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Ознайомлюючись із теоретичними розробками, присвяченими проблематиці кримінальної відповідальності, не можна не зауважити, що науковці доволі часто ведуть мову про позитивну (перспективну або потенційну) кримінальну відповідальність. Цей вид кримінальної відповідальності трактується як обов'язок особи зазнати відповідних правообмежень, якщо вона вчинить кримінальне правопорушення. Фактично вона слугує стимулом правослухняної поведінки людини, забезпеченим можливістю притягнення вже до негативної кримінальної відповідальності, тобто тієї, що існує фактично та означає реальні негативні кримінально-правові наслідки для особи, яка вчинила кримінальне правопорушення.

2. У теорії права юридичну відповідальність розуміють як обов'язок особи зазнати відповідних правообмежень, що є наслідком вчинення правопорушення. У такому розумінні і негативна, і позитивна кримінальна відповідальність є, так би мовити, двома сторонами однієї медалі, якою є кримінальна відповідальність. Але між ними є докорінні відмінності.

3. Поняття «кримінальна відповідальність» можна розглядати у двох аспектах: 1) як кримінально-правове явище, що охоплює усю сукупність правових заходів, що потенційно можуть бути застосовані до будь-якої особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, та 2) як конкретний правовий захід або декілька правових заходів, що застосовані до конкретної особи, яка вчинила конкретне кримінальне правопорушення. Другий аспект, власне, і є негативною кримінальною відповідальністю.

Варто зауважити, що у контексті першого аспекту не можна вести про позитивну кримінальну відповідальність. Якщо вести мову про позитивну кримінальну відповідальність, то потрібно констатувати, що вона хоча і не є реалізованою, проте кожна особа, так би мовити, є кримінально відповідальною. Тобто кожен, хоча і не притягнутий до кримінальної відповідальності, проте такому відповідальність щодо нього реалізовано. Але така ситуація суперечить чинному законодавству, адже: 1) до кримінальної відповідальності може бути притягнуто конкретну особу або групу осіб, які повинні відповідати встановленим законом вимогам до суб'єкта кримінального правопорушення. Неможливо вести мову про гіпотетичну відповідальність абстрактної особи, оскільки не кожна особа може бути суб'єктом кримінального правопорушення. Тобто не можуть вчинити кримінальне правопорушення особи, які не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, або особи, визнані у подальшому судом неосудними; 2) підставою кримінальної відповідальності є вчинення конкретного кримінального правопорушення, склад якого передбачено КК України, а не будь-якого не означеного конкретно кримінального правопорушення з усієї множини кримінальних правопорушень, передбачених законом; 3) така позиція суперечить конституційному принципу презумпції невинуватості, оскільки за таких умов вину особи не доведено у встановленому законом порядку, а також не ухвалено обвинувального вироку, яким би цю вину було встановлено. Отже, відсутні передумови для того, щоб обґрунтовано вважати відповідну особу притягнутою до кримінальної відповідальності.

4. Коли ведуть мову про позитивну кримінальну відповідальність, то саме позитивною її називають за те, що кримінального правопорушення фактично не вчинено, тобто жоден із неперсоніфікованого кола суб'єктів не вчинив кримінального правопорушення. Одні не вчинили його в силу своєї законослухняної життєвої установки, інші ж, можливо, і схильні до вчинення кримінальних правопорушень, проте не роблять цього під страхом кримінальної відповідальності. Тому цей вид відповідальності й іменується позитивним, адже без притягнення жодної особи до кримінальної відповідальності вдалося виконати завдання кримінального закону.

Як видається, те, що називають позитивною кримінальною відповідальністю, фактично є регулятивним впливом норм кримінального права. Тобто не

можна абстрактно стверджувати, що хтось вчинив кримінальне правопорушення чи потенційно може його вчинити, та й закон первинно не ставить перед собою завдання покарати усіх винних. Згідно ч. 1 ст. 1 КК України на перший план виходять кримінально-правова охорона відповідних цінностей та запобігання кримінальним правопорушенням. Охорона та запобігання нерозривно між собою пов'язані, адже, поставивши певну цінність під кримінально-правову охорону, законодавець тим самим сформулював заборону посягання на цю цінність. Кримінально-правові заборони підґрунтям своєї обов'язковості мають саме санкції за їхнє порушення. Тобто санкція застосовується до кожного, хто порушить відповідну заборону, а це, власне, і є основою кримінальної відповідальності. Але заборони існують незалежно від факту вчинення кримінальних правопорушень, вони є відомими, а наслідки їхнього порушення – передбачуваними. Цього вимагає принцип правової визначеності. Існування цих заборон і слугує превенції, яку фактично іменують кримінальною відповідальністю. У такий спосіб відбувається підміна поняття: відповідальністю називають те, що не характеризується ознаками останньої.

Натомість кара не є завданням кримінального закону. Кара цікавить законодавця як засіб досягнення зазначених вище цілей. Ба більше, можна стверджувати, що кара, застосування покарання до винного завжди носитимуть певний негативний відтінок, адже питання про застосування покарання стає актуальним тоді, коли кримінально-правова заборона виявилася неефективною, а превентивний механізм не спрацював. Проаналізувавши норми кримінального закону, можна побачити, що законодавець трактує кримінальну відповідальність як крайній захід, що може бути замінений на застосування більш сприятливого для особи кримінально-правового заходу – звільнення від кримінальної відповідальності. Якщо ж вести мову про саму кримінальну відповідальність, то її також може бути реалізовано в різних формах, деякі з яких не пов'язані з призначенням винному покарання або з його реальним відбуванням.

СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ПРОБАЦІЇ У ПЕРІОД НЕЗАЛЕЖНОСТІ УКРАЇНИ

Кулібаба Я.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. На момент набуття Україною незалежності, був чинним Кримінальний кодекс Української РСР 1960 року (згодом – Кримінальний кодекс України 1960 р., далі – КК України 1960 р.), який діяв із 01 квітня 1961 року до 01 вересня 2001 року, хоча він і надалі підлягав застосуванню згідно прикінцевих та перехідних положень Кримінального кодексу України 2001 року (далі - КК України). Перший Кримінальний кодекс на теренах незалежної України не містив

згадки про пробацію. У ньому побіжно згадується аналог наглядової пробації, у вигляді зобов'язань, що можуть бути покладені на особу при умовному засудженні або відстрочці виконання вироку. Так, у ст. 45 КК України 1960 р. зазначається про те, що контроль за поведінкою умовно засуджених здійснюється органами внутрішніх справ, а щодо неповнолітніх - також комісіями в справах неповнолітніх при виконавчих комітетах місцевих Рад народних депутатів відповідно до законодавства України. Далі, у ст. 46-1 КК України 1960 р. була описана можливість судом покласти зобов'язання на засудженого не змінювати без згоди органу внутрішніх справ місце проживання, повідомляти ці органи про зміну місця роботи або навчання, періодично з'являтися для реєстрації в орган внутрішніх справ. Суд також міг зобов'язати засудженого не виїжджати з місця постійного проживання без повідомлення органу внутрішніх справ, попросити публічно або в іншій формі пробачення у потерпілого, якщо виконання цих обов'язків може сприяти виправленню і перевихованню засудженого. Контроль за поведінкою засуджених, щодо яких виконання вироку до позбавлення волі відстрочено, здійснювався органами внутрішніх справ, а щодо неповнолітніх - також і комісіями в справах неповнолітніх при виконавчих комітетах місцевих Рад народних депутатів відповідно до законодавства України. Із огляду на аналізовані статті, можемо зробити висновок про наявність спільних ознак між діяльністю уповноважених органів з питань пробації у сучасному розумінні та здійсненням контролю органами внутрішніх справ, а щодо неповнолітніх - комісіями в справах неповнолітніх при виконавчих комітетах місцевих Рад народних депутатів. Варто зауважити, що хоч ця практика і не називалася пробацією, однак частину її функцій вона все ж таки виконувала, що є позитивним явищем для періоду пострадянської України.

Поряд із згаданим Кримінальним кодексом України 1960 р. варто також зауважити і про наявність у часи незалежності Проекту Кримінального кодексу України 1994 р. (далі - Проект 1994 р.), підготовленого колективом авторів за завданням Комісії Верховної Ради УРСР з питань порядку та боротьби із злочинністю. У ч. 2 ст. 83 Проекту 1994 р. зазначалося про необхідність підготовки відповідного подання органом, що здійснює контроль за поведінкою засудженого, для вирішення питання про відстрочку або повернення вироку до виконання. Така згадка про необхідність контролю за поведінкою засудженого перекликається із засадничими ідеями пробації.

2. 01 вересня 2001 набрав чинності новий Кримінальний кодекс України (далі - КК України), що діє до сьогодні. У новому КК України станом на 2001 рік інститут пробації так само не згадується, а функції та повноваження, що мали органи внутрішніх справ, а щодо неповнолітніх - комісії в справах неповнолітніх при виконавчих комітетах місцевих Рад народних депутатів, переходять до органів кримінально-виконавчої системи. Лише у наступному році з'явилася перша офіційна ініціатива щодо створення в Україні служби пробації, котра була подана до Кабінету Міністрів України Державним департаментом України з питань виконання покарань у травні 2002 року за результатами візиту до Служби тюрем і пробації Королівства Швеції. Варто зазначити, що таке запозичення іноземного

досвіду додатково акцентувало увагу на бажанні України як незалежної держави покращувати правове регулювання важливого інституту кримінального права. 14 квітня 2009 року функції та повноваження органів кримінально-виконавчої системи переходять до кримінально-виконавчої інспекції. Після численних конференцій, обговорень проєктів закону, розгляду концепцій реформування – 05 лютого 2015 року, було прийнято Закон України «Про пробацію» (№ 160-VIII) (далі – закон), який набрав чинності 27 серпня 2015 року.

3. Прийняття закону стало ще одним кроком наближення юстиції України до міжнародних стандартів, це поклало початок нової системи заходів кримінально-правового характеру – пробації. На відповідність закону, у кодекс внесено зміни: від 07 вересня 2016 функції та повноваження кримінально-виконавчих інспекцій переходять до новоствореного органу – органу з питань пробації. У КК України також згадується і про пробаційну програму – важливе нововведення для інституту пробації в Україні. Закон став новим етапом у становленні та розвитку пробації в Україні. У законі детально охарактеризовано інститут пробації, зазначено про мету, правове-регулювання, принципи, завдання, види, суб'єкти, органи пробації, можливість контролю за цими органами. Закон є важливим елементом кримінально-правового регулювання пробації, з огляду на його деталізацію особливостей пробації.

4. Наразі, при створенні нового кодексу, між науковцями та законотворцями проводилися численні дискусії з питань доцільності введення нових інститутів і одним із таких питань, власне, була і пробація. Станом на 24 листопада 2021 року у Проєкті Кримінального кодексу України (далі – Проєкт КК України) пробацію виділено у окремий розділ 3.4. У відповідному розділі зазначається саме поняття пробації, суб'єкти до яких її може бути застосовано, її засоби, порядок застосування засобів пробації, тривалість, а також окремо описано засоби, порядок їх скасування, зміни та доповнення, правові наслідки застосування пробації. Слід зауважити, що ці зміни є кардинально іншим поглядом на кримінально-правове регулювання пробації, та наступним важливим етапом у її становленні та розвитку. Якщо раніше в КК України інститут пробації згадувався побіжно та переважно під аналогічними функціями та повноваженнями інших органів, то наразі ситуація змінюється у бік визначеності місця пробації у кримінальному праві.

5. Становлення та розвиток пробації у період незалежності України відбувається повільними, однак впевненими кроками. Відповідно до розвитку пробації як соціально-правового явища, удосконалюється її правове регулювання. Із аналізу Проєкту КК України можемо зробити висновок про наближення регулювання пробації до кримінально-правового, оскільки значно збільшилася у кримінальному законі питома вага норм, що врегульовують пробацію (на противагу попередній моделі, згідно Кримінально-виконавчого кодексу України). Такі зміни є надзвичайно важливими як для кримінального права, так і для інституту пробації.

**ПРАВОВА ПРИРОДА ВИПАДКІВ МЕНШОЇ ТЯЖКОСТІ
КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА****Лутчин В.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

У Кримінальному кодексі (далі – КК) Республіки Польща щодо деяких кримінальних правопорушень законодавець передбачив випадки їхньої меншої тяжкості, не даючи дефініції цього поняття, що спричиняє значні труднощі не лише в оцінці такого виду випадків, але й у визначенні їхньої юридичної сутності. У польській доктрині зазначається, що випадок кримінального правопорушення меншої тяжкості – це конструкція, яка межує з видом кримінального правопорушення й покаранням [0, с. 142]. Полягає вона в певній законодавчій специфіці побудови кримінально-правової норми. До прикладу, можна навести арт. 144 КК Республіки Польща, яка викладена наступним чином:

§ 1. Нез'явлення для проходження військової служби у визначений час та місце тим, хто покликаний проходити таку службу, підлягає покаранню у вигляді позбавлення волі до 3 років.

§ 2. У випадку меншої тяжкості правопорушник, підлягає покаранню у вигляді штрафу, обмеженню волі або позбавленню волі до 1 року.

§ 3. Хто не з'являється для проходження служби, що замінює військову службу за умов, визначених § 1, підлягає покаранню у вигляді штрафу або обмеження волі.

У цьому випадку йдеться про використання законодавцем словосполучення «меншої тяжкості» в диспозиції § 2 вищезгаданого артикулу, завдяки чому зменшується ступінь суспільної шкідливості кримінально протиправного діяння, що впливає під час аналізу санкції арт. 148 § 1 і 2 КК Республіки Польща. Однак кримінальні правопорушення, передбачені арт. 148 § 1 і 2 КК Республіки Польща, залишаються в межах однієї групи тяжкості кримінального правопорушення, належать до групи кримінальних проступків, що також впливає з аналізу їхніх санкцій. Проте в більшості інших передбачених законодавцем випадків «меншої тяжкості» кримінального правопорушення, завдяки зменшенню ступеня суспільної шкідливості кримінально протиправного діяння відбувається і зміна його групи тяжкості, це стосується тих кримінальних правопорушень, де основний склад належить до групи злочинів. До прикладу, кримінальне правопорушення, передбачене арт. 228 § 1 КК Республіки Польща (прийняття у зв'язку з виконанням публічної функції фінансової чи особистої переваги або їхні обіцянки), належить до групи злочинів, а кримінальне правопорушення, передбачене арт. 228 § 2 КК Республіки Польща (те саме діяння меншої тяжкості), належить до групи кримінальних проступків, що впливає з аналізу їхніх санкцій.

Окрім вищерозглянутих кримінальних правопорушень, випадки меншої тяжкості кримінально протиправного діяння передбачені арт. 229 § 2 КК Респу-

бліки Польща (надання або обіцянка надати фінансову чи особисту вигоду особі, яка виконує державну функцію у зв'язку з цією функцією); арт. 230 § 2 КК Республіки Польща (зловживання впливом); арт. 230а § 2 КК Республіки Польща (надання або обіцянка надати фінансову чи особисту вигоду особі з метою здійснення нею незаконного впливу на третіх осіб); арт. 250а § 3 КК Республіки Польща (прийняття фінансової чи особистої переваги або вимагання такої вигоди для голосування певним чином); арт. 270 § 2а КК Республіки Польща (підробка документів); арт. 271 § 2 КК Республіки Польща (виклад неправдивої інформації у юридично значущому документі); арт. 278 § 3 КК Республіки Польща (крадіжка); арт. 283 КК Республіки Польща (грабіж, розбій, вимагання); арт. 284 § 3 КК Республіки Польща (незаконне привласнення); арт. 286 § 3 КК Республіки Польща (шахрайство); арт. 287 § 2 КК Республіки Польща (комп'ютерне шахрайство); арт. 288 § 2 КК Республіки Польща (пошкодження чужого майна); арт. 291 § 2 КК Республіки Польща (придбання, отримання, зберігання чи збут майна, одержаного кримінально протиправним шляхом); арт. 296а § 3 КК Республіки Польща (корупція в підприємницькій сфері); арт. 303 § 3 КК Республіки Польща (не ведення документації господарської діяльності); арт. 310 § 3 КК Республіки Польща (підробка грошей); арт. 342 § 2 КК Республіки Польща (введення в оману військового органу); арт. 361 § 2 КК Республіки Польща (самовільне використання літака чи водного апарату для неслужбових цілей); арт. 362 § 2 КК Республіки Польща (самовільне використання автотранспорту для неслужбових цілей).

У доктрині немає єдиної позиції щодо розуміння характеру меншої тяжкості кримінального правопорушення, який передбачив законодавець, однак існує декілька наукових концепцій.

Перша полягає в тому, що це є привілейований склад кримінального правопорушення, створений додаванням до основного складу словосполучення «меншої тяжкості» [0, с. 851]. Випадки меншої тяжкості кримінально протиправного діяння є специфічною привілейованою ознакою, яка є набором різних об'єктивних і суб'єктивних елементів складу кримінального правопорушення. Зазначається, що під час кваліфікації конкретного кримінально протиправного діяння як випадку меншої тяжкості, визначальними є ті самі обставини, які окреслені ознаками основного чи кваліфікованого складу кримінального правопорушення.

Друга полягає в тому, що це є директива виміру покарання, притаманна деяким видам кримінальних правопорушень. Її прихильники заперечують першу концепцію, тому що привілейований склад кримінального правопорушення має містити всі ознаки основного складу кримінального правопорушення та додаткову ознаку, яка істотно змінює характер вчиненого діяння, а випадок меншої тяжкості кримінально протиправного діяння охоплює той самий ідентичний набір ознак, що й основний склад кримінального правопорушення [0, с. 112]. Підкреслюється, що відмінність санкції, яка передбачена за кримінальне правопорушення меншої тяжкості, і санкції, передбаченої за основний склад кримінального правопорушення, не може виправдати визнання цього кримінально-

правового інституту, як привілейованого складу кримінального правопорушення, оскільки в даному випадку відбувається так, що привілейований склад кримінального правопорушення відрізнявся б від основного лише ступенем суспільної шкідливості.

Верховний суд Республіки Польща висловив думку, що суть норми меншої тяжкості кримінального правопорушення не полягає в модифікації ознак, які призводять до створення нового складу кримінального правопорушення, відмінного від основного. У цьому випадку склад кримінального правопорушення характеризується тими ж ознаками, що і склад кримінального правопорушення, від якого він залежить, тому що охоплюється ним повністю й не виходить за його межі. Менша тяжкість кримінального правопорушення не є зміною основного складу цього кримінально протиправного діяння, а, швидше, відокремленням з основного складу, яке закріплено в окремому положенні, лише через його меншу тяжкість [0].

Третя концепція полягає в тому, що випадком меншої тяжкості є кримінально протиправне діяння, ступінь суспільної шкідливості якого, виходячи з усіх чи деяких обставин, передбачених арт. 115 § 2 КК Республіки Польща, знаходиться на рівні, що відповідає законодавчому визначенню меншої тяжкості. У цьому випадку йдеться про незначний ступінь суспільної шкідливості кримінально протиправного діяння.

Усі з представлених вище концепцій мають певне обґрунтування, однак перша з них є найбільш популярною й обґрунтованою в польській кримінально-правовій доктрині. Окрім уже згаданих аргументів, це впливає із того, що випадки меншої тяжкості кримінального правопорушення передбачені окремим положенням, що містить власну санкцію, за винятком арт. 310 § 3 КК Республіки Польща, який передбачає у випадку меншої тяжкості застосування надзвичайного пом'якшення покарання. У кримінально-правовій доктрині Республіки Польща зазначається, що про привілейований склад кримінального правопорушення можна говорити, коли законом передбачена спеціальна кримінально-правова норма щодо основного складу кримінального правопорушення з окремою санкцією. Однак відсутність самостійної санкції в арт. 310 § 3 КК Республіки Польща не є перешкодою до застосування до нього вище згаданої концепції, тому що в доктрині підкреслюється, що привілейованим є кримінальне правопорушення, яке містить самостійну кримінально-правову санкцію або передбачає надзвичайне пом'якшення покарання.

1. Bogacki P. Wypadek mniejszej wagi jako typ uprzywilejowany przestępstwa rozboju. *Monitor Prawniczy*. 2014. № 16. S. 851–852.

2. Bojarski T. *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*. Warszawa : Wydaw. Prawnicze, 1982. 215 s.

3. Buchała K. Głosa do wyroku z dnia 9 października 1996 r., V KKN 79/96. *Państwo i Prawo*. 1997. № 9. S. 111–114.

4. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 1997 r., V KKN 4/97 (OSNKW 1998, nr 3–4, poz. 17).

ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ПЕРЕВИЩЕННЯ ВЛАДИ АБО СЛУЖБОВИХ ПОВНОВАЖЕНЬ

Марін О.

Львівський національний університет імені Івана Франка

До реформи кримінального законодавства України, проведеною ніби у зв'язку із необхідністю імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції у КК України, існували кримінально-правові норми, які встановлювали кримінальну відповідальність з перевищення службовою особою у випадку публічної або військової службової особи – влади або/чи службових повноважень; приватної службової особи – тільки повноважень. Ці норми формалізувались, зокрема, у ст. ст. 365, 365¹ та 426 КК України. Змістовно, відповідно до усталеного у судовій практиці та відображеного у постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень» № 15 від 23.12.2003 (п. 5) підходу, типовими формами перевищення влади або службового становища визнавалися: а) вчинення дій, які є компетенцією вищестоящої службової особи цього відомства чи службової особи іншого відомства; б) вчинення дій, виконання яких дозволяється тільки у особливих випадках, або з особливого дозволу, або з додержанням особливого випадку, – за відсутності цих умов; в) вчинення одноособово дій, які могли бути вчинені колегіально; г) вчинення дій, які ніхто не має права виконувати або дозволяти.

У результаті проведеного 2021 році студенткою магістратури Іриною Брошко дослідження у межах інноваційного магістерського проекту було з'ясовано, що протягом останніх п'яти років у судовій практиці не вдалося виявити випадки перевищення влади або службового становища працівником правоохоронного органу у таких формах, як вчинення дій, які є компетенцією вищестоящої службової особи цього відомства чи службової особи іншого відомства та вчинення одноособово дій, які могли бути вчинені колегіально. Іншими словами, зміна обсягу криміналізації фактично вилучила з судової практики дві «типові» форми цього кримінального правопорушення.

З іншого боку, твердження законодавця та окремих вчених про те, що поведінка, яка була передбачена як кримінально-протиправна у ст. 365 (за умови вчинення службовою особою) та ст. 365¹ КК України тепер підпадає під дію норм, передбачених, відповідно, ст. 364 та 364¹ КК України, не витримує критики. Так, зокрема складно собі уявити навіть теоретично, що вчинення дій, які є компетенцією вищестоящої службової особи цього відомства чи службової особи іншого відомства та вчинення одноособово дій, які могли бути вчинені колегіально могло би означати цит. «...використання ... влади чи службового становища всупереч інтересам служби/використання всупереч інтересам юридичної особи ... своїх повноважень...». Поєднання цих правових положень у одній кримінально-правовій нормі є логічно суперечливим. Тому, фактично у резуль-

таті «імплементатії» статті 19 Конвенції ООН проти корупції, фактично декриміналізованими залишилися описані вище дві «типові» форми перевищення влади або службових повноважень не залежно від виду службової особи. За винятком, звісно, військової службової особи, адже законодавець у цій сфері вчасно «відіграв назад», повернувши до КК відповідну норму, що правда вже у новій ст. 426¹ КК України.

Більше того, детальне опрацювання положень кримінально-правової доктрини, в яких зроблено спробу довести, що між нормами, передбаченими, наприклад, у ст. ст. 364 та 365 є співвідношення типу «загальна-спеціальна», показало, що всі ці спроби марні. Вони або відтворюють, констатують відповідну тезу навіть без спроб навести хоч якісь аргументи, або ж аргументуються вельми спірними положеннями. Так, наприклад, проф. В. О. Навроцький на обґрунтування відповідної тези навів наступні аргументи:

– у загальновизнаному розумінні «зловживання» охоплює собою будь-яку шкідливу, заборонену поведінку – яка полягає як в діях, що загалом дозволені (їх можна вчиняти, вони перебувають у межах повноважень), але стають злом з урахуванням цілей такої поведінки, так і в діях, що виходять за межі компетенції;

– у попередній редакції, яка діяла до набрання чинності Законом № 46-VII від 21.02.2014 р., стаття 364 передбачала загальну норму, а ст. 365 – спеціальну. Тому зміни у спеціальній нормі – виключення з неї посягань, які полягали у перевищенні влади не представниками влади, означає, що вказані діяння охоплюються загальною нормою, передбаченою ст. 364;

– позиція, згідно з якою зміни у ст. 365 означали декриміналізацію перевищення влади усіма представниками влади та публічними службовими особами (крім працівників правоохоронних органів), є абсурдною. Адже перевищення влади чи службових повноважень є набагато тяжчим посяганням, ніж зловживання ними (про що свідчить співставлення санкцій ст. 364 та ст. 365 і в попередній, і в чинній редакціях). Немає жодних аргументів на користь того, що відповідальність за менш тяжке посягання збережена, а за більш тяжке – виключена. Презумпція раціональності дій законодавця скеровує до єдиного висновку: з 2014 р. в Україні скасована диференціація відповідальності за службові зловживання та перевищення щодо не-працівників правоохоронних органів, проте кримінальна відповідальність за перевищення влади або службових повноважень таких осіб збережена, вона настає за ст. 364;

– всі інші статті КК, які передбачають відповідальність за посягання, що вчиняються особами, які наділені спеціальними повноваженнями, охоплюють як дії в межах компетенції (на вчинення яких особа, загалом, уповноважена), так і з виходом за межі повноважень – які становлять собою їх перевищення (наприклад, ч. 3 ст. 206, статті 210, 211, 219, 232-2, 371–375). Не викликає сумніву, що і норма, передбачена ст. 364, повинна тлумачитись на тих же засадах [1, с. 27–28].

У цій лінії аргументації автор ставить вихідною посилкою цілком спірне твердження – про співвідношення старих редакцій норм як загальної та спеціальної. Більш обґрунтованим, видається твердження про те, що у попередній ре-

дакціях вказані норми містили суміжні склади. Крім того, посилання на «загальноновизнаність» та «презумпцію розумності законодавця» є дещо маніпулятивними, оскільки не стосуються тези, яка доводиться. Взагалі складається враження, що законодавець припустився помилки і всі спроби залатати прогалину, яка у зв'язку із цим виникла, фактично зводяться до позиції, що відсутність аргументів «проти» є аргументом «за».

Стаття 19 Конвенції ООН проти корупції «Зловживання службовим становищем» зобов'язує держав розглянути можливість цит. «...визнання злочинном умисного зловживання службовими повноваженнями або службовим становищем, тобто здійснення будь-якої дії чи утримання від здійснення дій, що є порушенням законодавства, державною посадовою особою під час виконання своїх функцій з метою одержання будь-якої вигоди неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи...». Тобто закон з імплементації цього положення Конвенції реалізував проголошену мету у п. 1) ст. 1 розділу I, тим способом, коли у ст. 364 слова «з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах або в інтересах третіх осіб» замінив словами «з метою одержання будь-якої неправомірної вигоди для самої себе чи іншої фізичної або юридичної особи». Інші ж статті розділу I цього закону не мають жодного стосунку до імплементації конвенційних положень. Справжня мета цього акту парламенту розкривається у ст. 2 розділу II, яка вказує про необхідність цит. «...звільнити від покарання (основного і додаткового) осіб, засуджених за діяння, караність яких усувається цим Законом».

Намагання завуалювати справжню ціль законопроекту виконанням міжнародно-правових зобов'язань Україною породило цілком неприпустиму ситуацію правового абсурду. Виходом з неї повинно було б стати внесення до КК змін, які б усували прогалину та забезпечували б системну регламентацію відповідальності за протиправну поведінку службової особи. При цьому, думається, є два варіанти логічного вирішення проблеми із криміналізацією перевищення влади або службового становища.

Перший полягає у тому, щоб повернути диференціацію відповідальності і закріплення у двох парах різних норм суміжних складів кримінальних правопорушень: Зловживання владою або службовим становищем – Перевищення влади або службових повноважень (за так званого «вузького» розуміння поняття службове становище); Зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права – Перевищення повноважень службовою особою юридичної особи приватного права. Аргументом на користь потреби збереження суміжного характеру співвідношення вказаних складів може стати різна їх правова природа: зловживання..., на нашу думку, є видом зловживання довірою, а перевищення..., своєю чергою, є різновидом обману.

Другий підхід полягатиме у об'єднанні цих подібних кримінальних правопорушень у одне, родове. Таке розв'язання проблеми можна допустити з огляду на те, що у спеціальній літературі неодноразово вказувалося на складність розмежування цих складів та відсутність у зарубіжному не пострадянському кримінальному законодавстві таких двох самостійних складів. Й дійсно,

провести у окремих випадках чітку межу між обсягом повноважень однієї службової особи і її, наприклад, керівника, максимально складно. А зарубіжне законодавство використовує такі терміни, які не можуть релевантно бути перекладені українською ні як зловживання, ні як перевищення. Для позначення відповідних діянь у аналогічних за своєю природою складах кримінальних правопорушень використовуються такі терміни: *abuse* (англ.), *nadużycie*, *przekraczając* (пол.) тощо. Відповідником для таких в українській мові знайшлося давнє літературне слова «надужиття». Видається, що цілком реально надати цьому слову української мови значення кримінально-правового терміну, який би позначав родово для зловживання та перевищення поняття. Такий «об'єднаний» склад *de lege ferenda* міг би мати назву «Надужиття повноважень», а відповідальність при цьому могла би диференціюватися залежно від характеристик спеціального суб'єкта і, відповідно, тих повноважень, щодо яких було вчинене «надужиття».

1. Корупційні схеми: їх кримінально-правова кваліфікація і досудове розслідування / За ред. М. І. Хавронюка. Київ: Москаленко О. М., 2019. С. 27–28. (464 с.)

«ВІКОВІ» МЕЖІ СТАТТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ

Маркін В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Вирішення питання про «вікові» межі статевої недоторканості особи та й, водночас, про «вікові» межі її статевої свободи передбачає встановлення конкретного віку, до досягнення якого особа завжди, в усіх без винятку випадках, вважається, власне, недоторканою в статевому плані, а дії сексуального характеру з такою особою (не залежно від їх форми чи навіть за наявності на це добровільної згоди такої особи) суб'єктом кримінального правопорушення визнається кримінально-караним.

З-поміж факторів, які останнім часом додатково актуалізують вирішення окресленого питання слід згадати: про-перше, встановлення у ч. 4 ст. 152 та ч. 4 ст. 153 КК України чіткої «вікової» межі (чотирнадцять років), до досягнення якої потерпілим будь-які дії сексуального характеру (навіть добровільні) з останнім (за окремими винятками, пов'язаними, швидше, із недосконалістю редакцій вказаних статей) визнаються, відповідно, згвалтуванням чи сексуальним насильством; по-друге, відмова законодавця від використання у ст. 155 КК України поняття «статева зрілість» (яка, між тим, раніше теж мала свої «вікові» межі для осіб жіночої статі – від чотирнадцяти до вісімнадцяти років) та заміну його вказівкою на конкретний вік (шістнадцять років), якого не повинна досягнути особа, щоб визнаватися потерпілим у відповідному складі кримінального правопорушення; по-третє, доповнення КК України ст. 156-1 «Домагання дити-

ни для сексуальних цілей», кожна з частин якої передбачає вказівку на конкретний вік потерпілого (ч. 1 – «не досягла шістнадцятирічного віку», ч. 2 – «неповнолітній особі» та ч. 3 – «щодо малолітньої особи»).

Потрібно відзначити, що в опублікованих після набуття чинності змінами та доповненнями до КК України, внесених ЗУ «Про внесення змін до Кримінального та Кримінально процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» від 6 грудня 2017 р. № 2227-VIII працях, як правило, не уточняється «вікова» межа статевої недоторканості, хоча й констатується, що остання така наявна: зокрема, О.О. Дудоров, визначає статево недоторканість як «... охоронюваний законом стан, за якого забороняється вступати в сексуальні контакти з особою, яка з певних причин (наприклад, через недосягнення відповідного віку або наявність психічної хвороби) не є носієм статевої свободи» [1]. Таким чином, дослідник хоча й вказує, що статева недоторканість має свої вікові межі, проте не уточнює останніх.

Більш конкретно, хоча й не до кінця послідовно у своїх висновках є В. Ю. Омецинська, яка визначає статево недоторканість як заборону «... втручання у будь-якій формі у статево сферу особи, яка не набула статевої свободи (не досягла встановленого законом шістнадцятирічного віку) або, будучи наділеною статевою свободою, втратила можливість її реалізації» [2]. Авторка, таким чином, вказує на шістнадцятирічний вік, з досягненням якого особа набуває статевої свободи, що, у свою чергу, дозволяє визнати статево недоторканою особу, яка не досягнула цього віку.

Разом з тим, дослідниця поділяє думку Г. Я. Мартинишин про те, що статева недоторканість є додатковим безпосереднім об'єктом у складах кримінальних правопорушень проти моральності у сфері статевих зносин, де як потерпілого названо неповнолітню особу (тобто, особу яка не досягла вісімнадцятирічного віку) [2]. Тому виходить, що В. Ю. Омецинська, з одного боку, чітко вказує на шістнадцятирічний вік як на «вікову» межу у своєму понятті статевої недоторканості, проте, з іншого боку, ведучи мову про статево недоторканність як додатковий безпосередній об'єкт, по суті, розширює межі статевої недоторканості до вісімнадцяти років.

Аналізуючи положення ст. 152 – ст. 156, ч. 1 та 3 ст. 156-1 КК України з очевидністю можна зробити висновок, що шістнадцять років – це і є та «вікова» межа, до досягнення якої потерпіла особа визнається статево недоторканою, адже навіть за наявності добровільної згоди такої потерпілої будь-які дії сексуального характеру щодо неї визнаються кримінально-караними; при чому факт добровільної згоди в даному випадку є засобом диференціації кримінальної відповідальності, а тому істотно впливає на кримінально-правову оцінку скоєного.

Проте, значно складніше визначитися із ч. 2 ст. 156-1 КК України, де зустрічаємо вказівку на неповнолітнього потерпілого: «Пропозиція зустрічі, зроблена повнолітньою особою, у тому числі з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем або технологій, неповнолітній особі з метою втягнення її у виготовлення дитячої порнографії, якщо після такої пропозиції було

вчинено хоча б одну дію, спрямовану на те, щоб така зустріч відбулася». То ж, виникає запитання: чи можна вважати, у зв'язку з таким законодавчим формулюванням, що «віковою» межею статевої недоторканості є досягнення особою не шістнадцятирічного, а вісімнадцятирічного віку? Тим більше, що вказівки на неповнолітнього потерпілого передбачені ч. 3 ст. 152 та ч. 3 ст. 153 КК України.

Певне, відповідь на це питання має бути негативною.

По-перше, добровільні дії сексуального характеру (пов'язані чи, навпаки, не пов'язані із вагінальним, оральним чи анальним проникненням) з особою, яка досягнула шістнадцяти років, проте не досягнула повноліття (тобто, вісімнадцяти років) не є кримінально караними, якщо при цьому не відбувається посягання на охоронювані статтями інших розділів Особливої частини КК України об'єкти: наприклад, якщо вони з врахуванням місця, часу тощо не посягають на свободу віросповідання (ст. 179 КК України) чи на моральні засади суспільства, що склалася у сфері статевих зносин (зокрема, ст. 301-2 КК України).

Недобровільні ж дії сексуального характеру визнаються звалтуванням чи сексуальним насильством не залежно від віку потерпілого; більше того, до досягнення потерпілим чотирнадцятирічного віку згода останнього (чи її відсутність) не впливає на кримінально-правову кваліфікацію, а скоєне майже «автоматично» оцінюється як звалтування чи сексуальне насильство.

По-друге, вказівку у ч. 3 ст. 152 та ч. 3 ст. 153 КК України на неповнолітню потерпілу особу навряд чи можна вважати встановленням «вікових» меж статевої недоторканості особи як об'єкта кримінально-правової охорони, адже очевидно, що суспільну небезпеку акумулює факт «недобровільності» дій сексуального характеру, а неповнолітній вік потерпілого є засобом диференціації кримінальної відповідальності за звалтування та сексуальне насильство; саме ж існування такого засобу не в останню чергу пов'язане із шлюбним віком (відповідно до ч. 1 ст. 22 Сімейного кодексу України цей вік теж становить вісімнадцять років).

По-третє, ч. 2 ст. 156-1 КК України встановлено кримінальну відповідальність не за, фігурально висловлюючись, «пропозицію з метою ... будь-яких дій сексуального характеру або розпусних дій» (це зроблено у ч. 1 ст. 156-1 КК України, де, цілком логічно, потерпілою є особа, яка не досягнула шістнадцятирічного віку), а за «пропозицію ... з метою втягнення у виготовлення дитячої порнографії» (тобто, у поведінку, яка за своєю сутністю, враховуючи сучасну редакцію КК України, розглядається як посягання на зовсім інший об'єкт кримінально-правової охорони і яка окремо передбачена ст. 301 КК України). У випадку ж, якщо така пропозиція зроблена особі у віці від шістнадцяти до вісімнадцяти років і не посягає на об'єкти, які охороняються статтями інших розділів Особливої частини КК України (наприклад, з метою вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним проникненням), вона взагалі не є кримінально-караною.

Усе вищенаведене схиляє до висновку про чітку фіксацію у КК України «вікової» межі статевої недоторканості (шістнадцятирічного віку особи) та про

необхідність її врахування під час формулювання поняття статевої недоторканості як об'єкта кримінально-правової охорони.

1. Дудоров О. О. Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики) : практичний посібник / О. О. Дудоров. – Сєвєродонецьк: РВВ ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка, 2018. – С. 7.

2. Омецинська В. Ю. Кримінально-правова охорона статевої свободи та статевої недоторканості дитини : дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук / Омецинська Вероніка Юріївна. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ.

ПИТАННЯ СОЦІАЛЬНОЇ ЗУМОВЛЕНОСТІ НОРМ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОСЯГАННЯ НА СУДОЧИНСТВО У ПРОЄКТІ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Палюх Л.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Нині особливий інтерес для дослідників у галузі кримінального права становить аналіз положень проекту Кримінального кодексу України (далі – КК України). Одним із структурних підрозділів проекту, що викристалізувався в результаті обговорень, дискусій серед науковців, є книга сьома Особливої частини, що має назву «Злочини та проступки проти правосуддя». Зважаючи на особливу роль для побудови правової держави належного забезпечення правової охорони суспільних відносин щодо здійснення судочинства, у тому числі засобами кримінального права, важливо проаналізувати положення цього структурного підрозділу Особливої частини КК України, висловити міркування щодо соціальної зумовленості норм, розміщених у цьому розділі.

Передусім слід висловити бачення щодо назви книги сьомої Особливої частини проекту КК України «Злочини та проступки проти правосуддя». В межах цієї книги виділено розділ під назвою «Злочини проти порядку виконання судового рішення». Суспільні відносини щодо здійснення правосуддя і суспільні відносини щодо виконання судових рішень є тісно взаємопов'язаними, водночас різними за природою, і останні за змістом не охоплюються першими. Водночас слід погодитися з тим, що суспільні відносини щодо виконання судових рішень і судові рішення щодо здійснення правосуддя становлять різні видові об'єкти в межах одного родового в силу їх тісного взаємозв'язку і, відповідно, повинні охоронятися нормами одного структурного підрозділу кримінального закону (у проекті КК України – відповідно, – книги). Однак у зв'язку із зазначеним вище видається доцільним інше формулювання назви книги сьомої проекту КК, – яка б містила вказівку і на посягання на встановлений порядок виконання судових рішень. Так, наприклад, у КК Республік Казахстан назва подібного

структурного підрозділу – «Кримінальні правопорушення проти правосуддя і порядку виконання покарань». Водночас і сам термін «правосуддя» не охоплює повною мірою усіх функцій суду, які він здійснює в межах процесуальних відносин. Термін «судочинство» у цьому контексті видається більш точним. На це звернуто увагу і в самому розділі 7.1, де у ст. 7.1.2 «Втручання в діяльність судді» визначено як мету – перешкодити здійсненню суддею правосуддя чи *судового контролю*. Отже, ці функції суду виділено окремо.

Стосовно відповідності норм, передбачених у книзі сьомій проєкту КК України, критеріям соціальної зумовленості кримінально-правових норм, розробленим у теорії кримінального права слід зазначити таке.

У розділі 7.1 «Злочини проти основ правосуддя» передбачено статтю 7.1.1 «Постановлення завідомо незаконного та необґрунтованого судового рішення». Слід погодитися з необхідністю виділення зазначеного складу кримінального правопорушення у книзі сьомій Особливої частини КК України. З одного боку ця норма більшою мірою ніж та, що була передбачена у ст. 375 чинного КК України, відповідає принципу правової визначеності, оскільки містить більш формалізовані поняття порівняно із терміном «неправосудне судове рішення», а саме – «незаконне та необґрунтоване судове рішення», зміст яких визначено у процесуальному законодавстві. Однак ця редакція статті проєкту КК України також не можна назвати вдалою. Зокрема, виникають запитання з приводу відповідності цієї норми окремим принципам (критеріям) криміналізації діяння. По-перше, виникає запитання: чи відповідає ця норма такому критерію як суспільна небезпека? Хоч у проєкті КК України не вживається термін «суспільна небезпека», водночас у науці кримінального права загальноприйнятою є позиція про те, що суспільна небезпека є основним критерієм (чинником) криміналізації діяння. Слід зазначити, що не завжди постановлення незаконного і необґрунтованого судового рішення досягає такої властивості як суспільна небезпека. У цьому контексті слід зазначити і про невідповідність пропонованої норми таким критеріям, що визначають соціальну зумовленість норми, як системно-правова несуперечність, міжнародно-правова адекватність криміналізації. Зокрема, невідповідність такому критерію як системно-правова несуперечність полягає у тому, що відповідно до ч. 2 ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. скасування або зміна судового рішення не має наслідком дисциплінарну відповідальність судді, який брав участь у його ухваленні, крім випадків, коли скасоване або змінене рішення ухвалено внаслідок умисного порушення норм права чи неналежного ставлення до службових обов'язків. Навіть у випадках, коли судові рішення ухвалено внаслідок умисного порушення норм права, постає запитання: як визначити, за яке незаконне та необґрунтоване судові рішення достатньо обмежитися щодо винного судді притягненням до дисциплінарної відповідальності, а за яких умов такі діяння будуть становити склад кримінального правопорушення. Також пропонується у проєкті редакція статті 7.1.1 не відповідає і принципу міжнародно-правової адекватності. Зокрема, Європейська асоціація суддів стосовно ситуації в Україні у сфері дисциплінарної відповідальності суддів (Тронхейм, 27 вересня 2007 року) у своїй резолюції зазначила, що «той факт, що рішення судді може бути перегляну-

те, змінено чи відмінено апеляційною інстанцією не може бути підставою для відкриття дисциплінарної справи щодо судді»; будь-яка спроба представників законодавчої і виконавчої влади притягнути суддю до дисциплінарної відповідальності за винесення конкретного рішення (якщо відсутнє кримінальне діяння чи пряме нехтування професійними суддівськими стандартами) є невинуватим втручанням в судовий процес і становить пряму загрозу незалежності суддів. Підстави для дисциплінарної відповідальності судді, зокрема підстави для його/її звільнення мають бути чітко встановлені законом. Водночас норма проекту КК України у розглядуваній редакції дозволяє притягувати суддів до найбільш суворого виду відповідальності – кримінальної – за постановлення будь-якого незаконного і необґрунтованого судового рішення. Тому видається правильним підхід, відповідно до якого у диспозиції пропонованої норми (у ст. 7.1.1 проекту КК України) вживати замість терміну «незаконне та необґрунтоване» для позначення відповідного судового рішення – термін «неправосудне», водночас із описом тих порушень закону, які дають підстави визначити зазначене судове рішення як неправосудне.

Окремо слід звернути увагу на норми проекту КК України, що передбачають відповідальність за втручання в діяльність службових осіб-учасників відносно щодо здійснення судочинства (ст. ст. 7.1.2, 7.2.2). У зазначених нормах передбачено відповідальність за втручання у діяльність відповідного спеціального потерпілого, «у тому числі шляхом насильства щодо його близької особи чи погрози їй». Виходячи із принципу диференціації кримінальної відповідальності, видається, що різний ступінь суспільної небезпеки мають такі три види діянь: а) втручання без погрози; б) втручання з погрозою; в) втручання із застосуванням насильства. Крім цього, різний ступінь суспільної небезпеки мають наприклад, погроза обмеженням прав та законних інтересів особи, з одного боку, і погроза вбивством, з іншого боку. Якщо йдеться про насильство, – різний ступінь суспільної небезпеки мають діяння, що заподіяли різну шкоду здоров'ю особи (якщо вживати термінологію проекту КК України). Видається, що у цьому контексті розглядувана норма потребує вдосконалення. Відповідальність за втручання в діяльність зазначених спеціальних потерпілих шляхом насильства повинно передбачатися в окремій нормі, і диференціюватися залежно від інтенсивності застосованого насильства до потерпілого.

Також викликає запитання поміщення у нормі, передбаченій ст. 7.2.7 проекту КК України діянь, що містять різний ступінь суспільної небезпеки. Зокрема, у ній визначено як злочин 1 ступеня такі альтернативно передбачені діяння – розголошення слідчим, прокурором, детективом, дізнавачем, співробітником оперативного підрозділу або іншою службовою особою таких відомостей, що були їй довірені або стали відомими у зв'язку з її службовим становищем: 1) оперативно-розшукової діяльності; 2) досудового розслідування; 3) що становлять таємницю нарадчої кімнати; 4) про заходи безпеки щодо особи, взятої під захист. Виникає запитання: чи завжди досягає такої властивості як суспільна небезпека таке діяння як розголошення відомостей, що становлять таємницю нарадчої кімнати? Чи можна його прирівняти за ступенем суспільної небезпеки до такого діяння як розголошення даних оперативно-розшукової діяльності, досудового розслідування, яке може завдати істотної шкоди суспільним відноси-

нам щодо здійснення судового розслідування, яке ще триває на момент розголошення таких даних, зокрема, знищення доказів, усунення чи підкуп чи інший вплив на свідків тощо. Видається, що недоцільно об'єднувати у одній статті (частини статті) відповідальність за такі діяння.

Щодо норми, передбаченої у статті 7.2.11 проєкту КК України, - як видається, різний ступінь суспільної небезпеки мають такі діяння як ненадання експертом, спеціалістом у суді або під час досудового розслідування чи виконавчого провадження висновку без поважних причин або відмова роз'яснити відповідний висновок – порівняно із такими діяннями, що вчиняються цими самими суб'єктами, як надання завідомо неправдивого висновку або завідомо неправдивого його роз'яснення.

Слід також відзначити і про прогалини у кримінально-правовій охороні суспільних відносин щодо здійснення судочинства. Зокрема тоді як у ст. 7.2.14 проєкту КК України передбачено відповідальність за фальсифікацію доказів у цивільному, господарському, адміністративному провадженні чи провадженні у справах про адміністративні правопорушення (зазначене діяння віднесено до категорії проступків), водночас не встановлено відповідальності за фальсифікацію доказів у кримінальному провадженні службовими особами – учасниками відносин щодо здійснення судочинства (прокурором, слідчим, дізнавачем, детективом, співробітником оперативного підрозділу, суддею). Такі діяння, зважаючи на їх підвищену суспільну небезпеку, слід було б віднести до такого виду кримінальних правопорушень як злочини.

Окремо слід зазначити про важливість передбачення у проєкті КК України такого поняття як суспільна небезпека, що міститься у чинному КК України, зважаючи на те, що це поняття є основоположним для низки інститутів кримінального права, і його усунення, як видається, дещо порушить логіку їх побудови.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ТОРГІВЛЮ ЛЮДЬМИ

Сенько М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Кримінальна відповідальність за торгівлю людьми встановлена ст. 149 КК України. Зазначена стаття з моменту прийняття Кримінального кодексу України 2001 року двічі зазнавала змін і нинішня редакція цієї статті впроваджена Законом України «Про внесення зміни до статті 149 Кримінального кодексу України щодо приведення у відповідність з міжнародними стандартами» від 6 вересня 2018 року № 2539-VIII [1]. Як слідує із назви цього Закону метою нової редакції ст. 149 КК України було приведення положення чинного кримінального законодавства про торгівлю людьми у відповідність з міжнародними стандартами

ртами. Пояснювальна записка щодо проекту цього Закону передбачала, зокрема, необхідність узгодження змісту ст. 149 КК України із Конвенцією ООН проти національної організованої злочинності [2] та Протоколу до неї про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї [3]. Також, необхідність прийняття зазначеного проекту Закону обґрунтовувалась тим, що в українському національному законодавстві відсутнє чітке визначення поняття «торгівля людьми», що ускладнює правозастосування ст. 149 КК України на практиці [4].

Однак, в цей же час, чинна редакція ст. 149 КК України не вирішує всіх проблем кримінальної відповідальності за торгівлю людьми, а, часом, навіть створює нові.

В першу чергу, слід зазначити, що незважаючи на заявлену мету чинна редакція ст. 149 КК України так і не дає чіткого визначення поняття «торгівля людьми». Більше того, зі змісту диспозиції ч. 1 ст. 149 КК України слідує, що торгівля людьми, всупереч зазначеного вище протоколу, не включає в себе такі форми діяння як вербування, переміщення, переховування, передачу або одержання людини, оскільки в диспозиції ч. 1 ст. 149 використовується словосполучення «а так само», що змістовно розмежує поняття «торгівля людьми» та форми діяння, які полягають у вербуванні, переміщенні, переховуванні, передачі або одержанні людини. В цей же час, саме поняття торгівля людьми не розкриті. Такий підхід суперечить п. «а» ст. 3 зазначеного вище Протоколу, який визначає торгівлю людьми як здійснювані з метою експлуатації вербування, перевезення, передачу, приховування або одержання людей шляхом загрози силою або її застосування або інших форм примусу, викрадення, шахрайства, обману, зловживання владою або уразливістю положення, або шляхом підкупу, у вигляді платежів або вигод, для одержання згоди особи, яка контролює іншу особу. Видається, що логічним було б використання сполучника «тобто» замість слів «а так само» в диспозиції ч. 1 ст. 149 КК України.

Відповідно до диспозиції ч. 1 ст. 149 КК України, встановлена кримінальна відповідальність за торгівлю людиною, а так само вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини, вчинені з метою експлуатації, з використанням примусу, викрадення, обману, шантажу, матеріальної чи іншої залежності потерпілого, його уразливого стану або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання згоди на його експлуатацію. При цьому, відповідно до п. 1 ст. 149 КК України, під експлуатацією людини в цій статті слід розуміти всі форми сексуальної експлуатації, використання в порнобізнесі, примусову працю або примусове надання послуг, рабство або звичаї, подібні до рабства, підневільний стан, залучення в боргову кабалу, вилучення органів, проведення дослідів над людиною без її згоди, усиновлення (удочеріння) з метою наживи, примусову вагітність або примусове переривання вагітності, примусове одруження, примусове втягнення у зайняття жебрацтвом, втягнення у злочинну діяльність, використання у збройних конфліктах тощо. Слід зазначити, що перелік форм експлуатації не є вичерпним і експлуатацією, як мета цього злочину, можуть вважатися й інші дії.

По суті, об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 149 КК України, характеризується альтернативними *діяннями* у виді торгівлі людьми, а так само вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини, а також альтернативними *способами* у виді використання примусу, викрадення, обману, шантажу, матеріальної чи іншої залежності потерпілого, його уразливого стану або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання згоди на його експлуатацію. При цьому, зазначені вище способи стосуються діянь у виді вербування, переміщення, переховування, передача або одержання людини та не стосуються торгівлі людьми.

В свою чергу суб'єктивна сторона характеризується прямим умислом, а також метою у виді експлуатації, яка є обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони.

Така конструкція, на нашу думку, значно обмежує межі застосування ст. 149 КК України, так як під дію цієї статті не підпадають діяння, передбачені в диспозиції ч. 1 ст. 149 КК України, вчинені способом, визначеним ч. 1 ст. 149 КК України, однак вчинені без мети експлуатації. Наприклад, під ознаки зазначеного складу злочину не підпадають дії особи, яка шляхом шантажу чи примусу або навіть підкупу третьої особи отримує дитину з метою усиновлення без мети наживи.

В цей же час, під ознаки цього складу злочину підпадають дії особи – керівника спортивного клубу, який вербує, передає або отримує спортсмена, наприклад футболіста, під час трансферу до (або з) іншого спортивного клубу, так як такий спортсмен зв'язаний контрактом із спортивним клубом та перебуває в «іншій залежності». При цьому, можна вважати, що такі дії вчиняються з метою експлуатації спортсмена, так як обидва клуби внаслідок трансферу отримують майнову вигоду, а перелік, встановлених в примітці 1 до ст. 149 КК України, способів експлуатації не є вичерпним.

Відповідно до ч. 2 ст. 149 КК України, кваліфікуючою ознакою торгівлі людьми є застосування насильства, що не є небезпечним для життя чи здоров'я особи. Згідно п. 5 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 06 листопада 2009 року № 10, під насильством, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого слід розуміти умисне заподіяння легкого тілесного ушкодження, що не спричинило короткочасного розладу здоров'я або незначної втрати працездатності, а також вчинення інших насильницьких дій (завдання удару, побоїв, незаконне позбавлення волі) за умови, що вони не були небезпечними для життя чи здоров'я в момент заподіяння [5]. В цей же час, конститутивною ознакою об'єктивної сторони основного складу торгівлі людьми, що передбачена ч. 1 ст. 149 КК України, є спосіб вчинення – викрадення людини. Однак, будь яке викрадення людини – це насильницькі дії, які, як мінімум, не є небезпечними для життя та здоров'я потерпілого. Тобто, будь яка торгівля людьми, вчинена з використанням викрадення, утворює кваліфікований склад цього злочину, передбачений ч. 2 ст. 149 КК України. Тому, видається недоцільним виділення такої кваліфікуючої ознаки як насильство, що не є небезпечним для життя чи здоров'я в ч. 2 ст. 149 КК України.

Відповідно до Примітки 3 до ст. 149 КК України, відповідальність за вербування, переміщення, переховування, передачу або одержання малолітнього чи неповнолітнього за цією статтею настає незалежно від того, чи вчинені такі дії з використанням примусу, викрадення, обману, шантажу чи уразливого стану зазначених осіб або із застосуванням чи погрозою застосування насильства, використання службового становища, або особою, від якої потерпілий був у матеріальній чи іншій залежності, або підкупу третьої особи, яка контролює потерпілого, для отримання її згоди на експлуатацію людини.

Можна погодитися з таким формулюванням щодо малолітнього, однак, навряд чи виправданим є використання цієї примітки до неповнолітнього. Відповідно до цивільного законодавства неповнолітньою є особа, що не досягла 18 років, а малолітньою є особа, що не досягла 14 років. Видається, що неповнолітня особа, яка досягла 14 років, може усвідомлювати навколишню реальність настільки, щоб до неї не вимагалось застосування примітки 3 до ст. 149 КК України. Адже, відповідно до ст. 22 КК України, суб'єктом цього злочину є особа, що досягла 16 років. Отже, якщо за логікою законодавця, 16-річна особа може усвідомлювати значення своїх дій при вчиненні злочину, передбаченого ст. 149 КК України, в тому числі й способи його вчинення, то й 16-річний потерпілий теж повинен мати достатньо розвинену психіку, щоб їх усвідомлювати.

Враховуючи викладене, слід прийти до висновку, що чинна редакція ст. 149 КК України є недосконалою та потребує переосмислення. Описаним вище, звичайно не вичерпуються усі проблемні питання кримінальної відповідальності за торгівлю людьми, їх є значно більше. Вони можуть бути предметом більш ґрунтовного наукового дослідження.

1. Закон України «Про внесення зміни до статті 149 Кримінального кодексу України щодо приведення у відповідність з міжнародними стандартами» від 6 вересня 2018 року № 2539-VIII // Інтернет ресурс станом на 28.11.2021 року за електронною адресою: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2539-19#Text>

2. Конвенція ООН проти національної організованої злочинності, прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 року // Інтернет ресурс станом на 28.11.2021 року за електронною адресою: <https://ips.ligazakon.net/-document/view/mu00144?an=480445>

3. Протокол про попередження і припинення торгівлі людьми, особливо жінками і дітьми, і покарання за неї, прийнятий резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 року // Інтернет ресурс станом на 28.11.2021 року за електронною адресою: https://ips.ligazakon.net/document/view/mu00142?ed=2000_11_15&an=473745

4. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення зміни до статті 149 Кримінального кодексу України щодо приведення у відповідність з міжнародними стандартами» // Інтернет ресурс станом на 28.11.2021 року за електронною адресою: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=61428&pf35401=419457>

5. Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 06 листопада 2009 року № 10 // Інтернет ресурс станом на 28.11.2021 року за електронною адресою: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-09#Text>

**ОСОБЛИВОСТІ ВЧИНЕННЯ
КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ
ЗІ СПЕЦІАЛЬНИМ СУБ'ЄКТОМ ГРУПОЮ ОСІБ****Федорович Н.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Вчинення кримінального правопорушення зі спеціальним суб'єктом групою осіб має свої особливості, коли йдеться про участь особи, яка не наділена ознаками спеціального суб'єкта. Виникає запитання: чи може така особа бути учасником групи осіб при вчиненні кримінального правопорушення зі спеціальним суб'єктом? У науці і практиці немає однозначної відповіді на це питання. Вважаємо, що, відповідаючи на таке проблемне питання, потрібно враховувати можливість особи, яка не наділена ознаками спеціального суб'єкта, виконувати у співучасті об'єктивну сторону кримінального правопорушення зі спеціальним суб'єктом, адже група осіб складається лише із виконавців (співвиконавців).

У кримінальних правопорушеннях зі спеціальним суб'єктом, об'єктивну сторону яких у співучасті не може виконати особа, яка не наділена ознаками спеціального суб'єкта (кримінальних правопорушеннях зі спеціальним складом та кримінальних правопорушеннях зі спеціальним суб'єктом, об'єктивна сторона яких сформульована як невиконання чи неналежне виконання особистих обов'язків особи, які не притаманні широкому колу суб'єктів, і такі обов'язки не можливо делегувати іншій особі), група осіб має складатися лише зі співучасників, які наділені ознаками спеціального суб'єкта, оскільки особа, яка не наділена ознаками спеціального суб'єкта, у таких кримінальних правопорушеннях не може фактично виконувати всю/частину об'єктивної сторони складу кримінального правопорушення зі спеціальним суб'єктом.

Специфіку кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом, усю об'єктивну сторону яких у співучасті може виконати особа, яка не наділена ознаками, вказаними у диспозиції статті Особливої частини КК України, вчинюваних групою осіб, потрібно розглядати з урахуванням підгруп таких правопорушень.

У кримінальних правопорушеннях зі спеціальним суб'єктом, які утворюють «пару», розмежувальною ознакою яких є суб'єкт, виконавці (співвиконавці) будуть нести кримінальну відповідальність за вчинення того кримінального правопорушення, спеціальним суб'єктом якого вони є. Відповідно, кваліфікація їхніх діянь здійснюватиметься за різними складами кримінальних правопорушень. Однак, це ніяким чином не може нівелювати того факту, що вони здійснювали такі кримінально-протиправні діяння групою осіб. Відтак, попри те, що такі особи несуть кримінальну відповідальність за кримінальними правопорушеннями з різними складами, у формулюванні обвинувачення, а за можливості й у формулі кваліфікації (за умови, що кримінальне правопорушення диференційоване за формами співучасті) відображаємо ту обставину, що кримінальне правопорушення вчинене групою осіб.

У кримінальних правопорушеннях, ознаки спеціального суб'єкта яких сформульовані негативним способом, група осіб може складатися лише з виконавців чи співвиконавців, які наділені ознаками, вказаними у диспозиції статті Особливої частини КК України, оскільки для осіб, які не наділені ознаками спеціального суб'єкта, фактичне виконання таких діянь є правомірним, і вони не несуть кримінальної відповідальності за виконання об'єктивної сторони такого виду кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом.

Особливої уваги заслуговують кримінальні правопорушення зі спеціальним суб'єктом, які утворилися у результаті диференціації складів кримінальних правопорушень за суб'єктом. Основний склад такого правопорушення сформульований як кримінальне правопорушення із загальним суб'єктом, може бути також диференційовано за ознакою «вчинення кримінального правопорушення групою осіб». Можливі чотири варіанти співвідношення ознак спеціального суб'єкта та цієї форми співучасті:

1) Ознака спеціального суб'єкта і «вчинення групою осіб» є кваліфікуючими ознаками і вважаються однаково суспільно небезпечними. Виконавець (співвиконавець), який наділений ознаками спеціального суб'єкта, та виконавець (співвиконавець), який не наділений ознаками спеціального суб'єкта, які вчиняють кримінальне правопорушення групою осіб, несуть відповідальність за вчинення кримінального правопорушення, що передбачене однією і тією ж частиною статті Особливої частини КК України. Звісно, наявність у виконавця ознак спеціального суб'єкта відображається при формулюванні обвинувачення і враховується при призначенні покарання.

2) Ознака «вчинення групою осіб» є кваліфікуючою, а ознака спеціального суб'єкта є особливо кваліфікуючою. За такого співвідношення ознак, що кваліфікують кримінальне правопорушення, учасники групи підлягають кримінальній відповідальності за кваліфікований склад відповідного кримінального правопорушення (за ч. 2 статті Особливої частини КК України), а учасник, який наділений ознаками спеціального суб'єкта, за особливо кваліфікований склад відповідного кримінального правопорушення (за ч. 3-5 статті Особливої частини КК України). У формулюванні обвинувачення щодо останнього вказуємо, що кримінальне правопорушення вчинене групою осіб.

3) Коли ознака спеціального суб'єкта є кваліфікуючою, а «вчинення групою осіб» не є ознакою складу кримінального правопорушення. У такому випадку виконавець (співвиконавець), який є загальним суб'єктом, підлягає кримінальній відповідальності за кримінальне правопорушення з основним складом (за ч. 1 статті Особливої частини КК України (за умови відсутності інших кваліфікуючих чи особливо кваліфікуючих ознак), а виконавець (співвиконавець), який наділений ознаками спеціального суб'єкта, – за кримінальне правопорушення з кваліфікованим складом (за ч. 2 статті Особливої частини КК України). У формулюванні обвинувачення вказуємо, що кримінальне правопорушення вчинене групою осіб.

4) Імовірна ситуація, коли діяння особи, яка наділена ознаками спеціального суб'єкта, можна одночасно кваліфікувати за статтею, яка містить привіле-

йований склад кримінального правопорушення за ознакою спеціального суб'єкта, або за статтею, у якій міститься кваліфікований склад кримінального правопорушення із вказівкою на форму співучасті. У такому випадку кваліфікація діянь особи, яка наділена ознаками, вказаними у диспозиції статті Особливої частини КК України, здійснюється за привілейованим складом кримінального правопорушення зі спеціальним суб'єктом, оскільки у такому випадку наявна конкуренція кількох спеціальних норм – привілейованої та кваліфікованої, яка вирішується на користь підозрюваного чи обвинуваченого, тобто інкримінується та норма, яка містить привілейований склад кримінального правопорушення.

У кримінальних правопорушеннях зі спеціальним суб'єктом, які утворилися у результаті диференціації за суб'єктом, але містяться в інших Розділах Особливої частини КК України, особі, яка наділена ознаками спеціального суб'єкта, інкримінуємо кримінальне правопорушення зі спеціальним суб'єктом та ознаку вчинення групою осіб, а особі, яка не наділена ознаками спеціального суб'єкта, – вчинення кримінального правопорушення із загальним суб'єктом та ознаку вчинення групою осіб. Таку позицію можна пояснити тим, що кваліфікація діянь осіб за різними статтями Особливої частини КК України не заперечує факту вчинення кримінального правопорушення у відповідній формі співучасті, оскільки співучасть наявна у кримінальному правопорушенні, а не у статті чи частині статті Особливої частини КК України.

Не мало б виникати проблем із інкримінуванням ознаки «вчинення кримінального правопорушення групою осіб» у разі вчинення *кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом, частину об'єктивної сторони яких у співучасті може виконати особа, яка не наділена ознаками, вказаними у диспозиції статті Особливої частини КК України*, адже особа, яка не наділена ознаками спеціального суб'єкта, при виконанні частини об'єктивної сторони визнається співвиконавцем кримінального правопорушення, а особа, наділена ознаками спеціального суб'єкта, є виконавцем (співвиконавцем) такого кримінального правопорушення. Відповідно, група осіб при вчиненні таких кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом повинна мати у своєму складі хоча б одного співучасника, який наділений ознаками спеціального суб'єкта.

Отже, особливістю вчинення кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом групою осіб є те, що особа, яка не наділена ознаками, вказаними у диспозиції статті Особливої частини КК України, може бути учасником групи осіб при вчиненні не всіх кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом. У кримінальних правопорушеннях зі спеціальним складом, кримінальних правопорушеннях зі спеціальним суб'єктом, об'єктивна сторона яких сформульована, як невиконання чи неналежне виконання особистих обов'язків особи, які не притаманні широкому колу суб'єктів, і такі обов'язки не можливо делегувати іншій особі, а також у кримінальних правопорушеннях, ознаки спеціального суб'єкта яких сформульовані негативним способом, група осіб має складатися із співучасників, які наділені ознаками, вказаними у диспозиції статті Особливої частини КК України. У всіх інших підгрупах кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом необхідна наявність лише одного виконавця

(співвиконавця), який наділений ознаками спеціального суб'єкта. Однак потрібно враховувати те, що кваліфікація діянь співучасника, який наділений ознаками спеціального суб'єкта, та співучасника, який не наділений ознаками спеціального суб'єкта, у цих підгрупах кримінальних правопорушень зі спеціальним суб'єктом зазвичай здійснюється за різними статтями чи частинами статей Особливої частини КК України.

ФІЛОСОФСЬКІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ЗМІСТУ ПРИНЦИПУ ПРОПОРЦІЙНОСТІ У КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ДІЯНЬ

Шевченко С.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Принцип пропорційності іманентно пов'язаний із поняттям справедливості у праві. Остання, хоч і є універсальною правовою цінністю, проте підходи до її тлумачення у філософії й теорії права змістовно різняться. Власне розуміння справедливості пропонували філософи й правники від часів Античності й аж до сьогодні: Аристотель, Д. Бенгам, Д. Локк, Д. Мілль, Д. Роулз, Т. Гоббс, І. Кант та ін. Навряд чи можна коли-небудь буде поставити крапку у дискусії про те, чим є справедливість. Класичними підходами до розуміння справедливості, які можна екстраполювати на процес криміналізації діянь, є *консіквенціальний* (англ. *consequentialism*) і *деонтологічний* (англ. *deontology*). Ми підтримуємо позицію Р. Нозіка, Т.М. Скенлона про те, що консіквенціальний та деонтологічний підходи не є взаємозаперечними. Саме тому, ми вважаємо, що принцип пропорційності у криміналізації діянь обрамлюється кожним з них. Консіквенціоналізм лежить в основі обґрунтування складової балансування у принципі пропорційності у криміналізації діянь і слугує своєрідним зовнішнім імперативом до процесу криміналізації, адже вимагає окреслити публічне і приватне благо, які балансуватимуться і визначити наслідки криміналізації. Своєю чергою деонтологія є внутрішнім імперативом правообмеження у принципі пропорційності щодо необхідності аналізу процесу криміналізації та її справедливості у відношенні до реалізації прав і свобод людини.

У межах *консіквенціального підходу до розуміння справедливості* основним тезисом є те, що законодавець як уповноважений моральний агент (англ. *moral agent*) має оцінювати діяння з точки зору його наслідків або ж консіквентів для людини, суспільства і держави. З огляду на це, вирішуючи питання необхідності криміналізації діяння, він повинен врахувати всі можливі наслідки такого рішення як для конкретної особи, так і суспільства в цілому і виходячи з них, обрати пропорційну правову охорону певних суспільних відносин. Наприклад, законодавець має встановити: чи криміналізація не суперечитиме принципам і цінностям, закріпленим у ратифікованих міжнародно-правових

угодах у царині захисту прав і свобод людини, а також у вітчизняних законах та інших нормативно-правових актах; вплив криміналізації на універсальний індекс прав людини; вплив криміналізації на економічні, політичні показники; матеріальні витрати, необхідні для підтримки наслідків криміналізації діяння. Щодо останнього, слід зауважити, що витрати на матеріальне забезпечення належної правової процедури різнитимуться у кримінальному й адміністративно-правовому регулюванні.

Справедливою, з точки зору консеквенціалізму, є така криміналізація діяння, яка дозволяє законодавцю досягти бажаних результатів із найменшими витратами ресурсів і матиме наслідком максимальні вигоди для максимальної кількості людей. Проте, слід зауважити, що основною вадою такого підходу є те, що у радикальному тлумаченні він може слугувати карт-бланшем законотворцю для застосування криміналізації не як *ultima ratio* повноваження, а навпаки – як первинного інструментарію реагування на прояви шкідливої поведінки, а як репресивного механізму задля досягнення певних «великих» цілей навіть з порушенням прав і свобод людини. Це зумовлено тим, що поняття користь (чеснота) законодавець може вкладати різний зміст. До прикладу, криміналізація для виправдання певної політики держави шляхом декларування переслідування ефемерних благ, як-от: криміналізація укладення шлюбу між євреями та «громадянами німецької чи спорідненої їй крові», статеві зносини між ними (пункт 2 Закону) та інші діяння задля збереження чистоти нації у Законі про захист німецької крові та німецької честі; криміналізація штучного переривання вагітності задля збереження репродуктивного потенціалу нації. Врешті-решт навіть досягнення такої мети як «побудова безкласового комуністичного суспільства» в радянській реальності також стало підґрунтям для масових репресій, які стали можливими, в тому числі і через застосування кримінально-правового інструментарію (Закон «Про п'ять колосків» від 7 серпня 1932 р.). Тобто користю може визначатись чистота нації, її репродуктивний потенціал або певна політична ідеологія. Захист таких благ у спосіб криміналізації діянь навряд чи буде «корисним» для прав і свобод людини.

У межах *утилітаризму*, яка є історичною формою консеквенціалізму, будь-який результат певного рішення має бути засобом максимізації щастя і мінімізації страждань для якомога більшої кількості людей. До прикладу, Дж. Бентам під час визначення того, як організувати життя в робочих домах наводив наступні утилітарні пропозиції: «поруч з такими, що марять божевільними або особами, що говорять божевільні або непристойні слова, розміщати глухих і німих... А поруч з пов'язаними й розпусними жінками розміщувати престарілих жінок... людей, які страждають «огидними каліцтвами» розміщати їх разом зі сліпими». Цей утилітарний підхід можна екстраполювати на криміналізацію діянь. Розв'язання питання виправданості криміналізації діянь має фокусуватись довкола потенційного результату такого рішення. Проте, криміналізація діянь є найсуворішим засобом в арсеналі законодавця, тому відповідно до вимоги *ultima ratio* криміналізація має застосовуватись лише тоді, коли інші менш обтяжливі засоби є неефективними. Тобто законодавець повинен спершу обира-

ти засіб, який у найменший спосіб обмежує реалізацію прав і свобод людини й послідовно переходить до суворішого. Але виникає закономірне питання, чи є цей підхід корисним (чеснотою) з точки зору утилітаризму.

Фактично у тезі «максимізації щастя і мінімізації страждань для якомога більшої кількості людей» зроблено акцент на досягненні певного наслідку, а не на вимогах щодо шляху досягнення цього наслідку. Цим утилітаризм повертає нас до макіавеллівської аксіоми про те, що досягнення певної мети виправдовує будь-які засоби (в т.ч. й у царині криміналізації). З огляду на це, встановлення будь-якої кримінально-правової заборони є виправданим, якщо її наслідком є досягнення певної користі для більшості людей, або того, що визначає як користь законодавець. Згідно з тлумачним словником користь може розумітись як або «добрі наслідки для кого-, чого-небудь; протилежне шкода», або «матеріальна вигода для кого-небудь; прибуток». Законодавець у межах цього підходу має фокусуватись на отриманні очікуваних результатів від криміналізації – користі (її певного розуміння) для максимальної кількості людей, а не на оцінці самого діяння, яке криміналізується (чи є воно суспільно небезпечним або шкідливим, чи ні) або шляху його досягнення. Звичайно, ми не заперечуємо того факту, що законодавець має брати до уваги наслідки відповідного рішення криміналізувати діяння, а швидше навпаки. Застереження стосуються того, що немає критеріїв за допомогою яких певний наслідок міг би бути промаркований як корисний результат, і, у підсумку, він може виправдовувати будь-які засоби, незалежно від їх впливу, напр., на права і свободи людей, що належать до певної меншості. На наш погляд, у цьому підході закладено загрозу потенційного применшення цінності ідеї прав і свобод людини і людської гідності. Тому користь одноосібно не може бути критерієм, який береться до уваги під час розв'язання питання про необхідність криміналізації діянь.

На противагу сказаному вище, у *деонтологічному підході розуміння справедливості* засадничим є не лише потреба брати до уваги наслідок криміналізації для людини, суспільства та держави, але брати до уваги зміст самого діяння (напр., чи діяння є *malum prohibitum, in se*), тобто, оцінювати його суспільну безпеку або шкоду для людини, суспільства, держави та засіб досягнення такого наслідку. Тому, якщо діяння на переконання законодавця необхідно криміналізувати і якщо внаслідок криміналізації обмежуватимуться права і свободи людини, то реалізація деонтологічних засад має метою окреслити ті межі, які не можна переходити задля досягнення навіть найбільш корисних цілей. Такими межами є повага до прав і свобод людини й людської гідності. Сьогодні крайньою межею, яку не можна переходити, у країнах Західної та Східної Європи є заборона винятків із права на фізичну недоторканість і позитивного зобов'язання держави захищати право людини на життя, що забезпечується шляхом закріплення обов'язку для всіх людей утримуватись від свавільного позбавлення життя і катування, нелюдського або такого, що принижує гідність поводження, а для держави позитивного зобов'язання – захистити ці права. Усі інші права людини, за винятком цих, можуть бути обмежені законодавцем тою чи іншою мірою включно шляхом криміналізації, але з застереженням, що відповідне втручання повинно бути пропорційним. Криміналізація вбивства та катування, нелюдського або такого, що прини-

жує гідність поведження, не підлягає оцінці з точки зору пропорційності, адже ці діяння є так званими *mala in se*. Поняття *mala in se* означає, що такі діяння за своїм змістом заподіюють шкоду правам людини та гідності людини. Аналогічні вимоги застосовні та до покарання як виду втручання у права та свободи гарантовані у ЄКПЛ та Протоколах до неї, зокрема не узгоджується з їх вимогами: «застосування такого виду покарання як смертна кара (ст. 1 Протоколу № 13 до Конвенції), право особи не бути підданою катуванню, нелюдському чи такому, що принижує гідність, поведженню чи покаранню (ст. 3 Конвенції)».

Підсумовуючи вищезгадане, у принципі пропорційності у криміналізації діянь згадані філософські підходи розуміння справедливості реалізуються у наступний спосіб:

– філософською засадою балансування у принципі пропорційності є консеквенціоналізм у формі утилітаризму. Згідно з ним, криміналізуючи діяння, законодавець визначає, що становить користь для більшості. У такий спосіб здійснюється негативний утилітаризм шляхом визначення діянь, які є шкідливі або ж суспільно небезпечні, а відтак мають бути заборонені. Окрім того, в межах утилітаризму слід згадати етику чесноти, згідна якою, криміналізуючи діяння законодавець визначає, поведінку, яку він позиціює як таку, що є чесною, і тому встановлення кримінально-правової заборони від зворотного визначає, яка поведінка не є чесною, а поза як є поведінкою, яка підлягає саме кримінально-правовій забороні;

– філософською засадою правообмеження є деонтологія, яка слугує категоричною вимогою до результату криміналізації, зокрема в частині того, що остання не може мати наслідком порушення прав і свобод людини й людської гідності. У випадку, якщо права людини не є абсолютними, то криміналізація діянь має здійснюватися відповідно до вимог належності, необхідності, розумності, щоб втручання у права і свободи людини було пропорційним. Ці складові пропорційності як правообмеження спрямовані на реалізацію повноваження криміналізації лише як *ultima ratio*.

ДЕТЕРМІНАНТИ КОРУПЦІЙНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ: ТЕОРЕТИЧНА ТА ПРАКТИЧНА СКЛАДОВІ

Шуп'яна М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Коли йдеться про детермінацію злочинності то мається на увазі вся сукупність явищ, процесів, фактів, виявів з якими злочинність взаємопов'язана та якими вона зумовлена. Детермінація має соціальну природу, отже можемо говорити про соціальну детермінацію – тобто про аналіз соціальних чинників, які зумовлюють зміни кількісно – якісно показників корупційної злочинності. Одним із основних аспектів детермінації корупційної злочинності є причини та умови корупційної злочинності.

У рамках розмежування причин і умов корупційної злочинності П. Д. Біленчук, А. П. Гель поділяють умови злочинності на об'єктивні та суб'єктивні. У даному випадку обґрунтованою є позиція Шевченка О. В., який зазначає, що критерієм такої диференціації умов корупційної злочинності на об'єктивні та суб'єктивні має виступати рівень їх незалежності від волі конкретної людини.

– до суб'єктивних умов злочинності в аспекті корупційної злочинності, наприклад, належить недосконалість кримінального законодавства, а також недоліки в роботі правоохоронних органів, порядку реєстрації та обліку злочинів, протидії злочинності тощо. Крім цього, П. Д. Біленчук, А. П. Гель пропонують відносити до внутрішніх суб'єктивних умов також і корумпованість частини посадових осіб та працівників правоохоронних органів;

– до об'єктивних умови корупційної злочинності не залежать від волі індивіду та мають найбільш загальний характер. Так, можна відзначити лише непрямий вплив економічної ситуації в державі та регіоні, системи державного управління, організації державного механізму на рівень корупційної злочинності у державі. Вказане вище А. Й. Міллер пояснює тим, що зовнішні умови, що визначають людську поведінку, обов'язково мають трансформуватися в чинники свідомості, почуття, волю, тобто набути форм внутрішніх спонукань, щоб стати суб'єктивними детермінантами.

Щодо питання класифікації причин та умов корупційної злочинності, то поширеним у кримінологічній літературі є поділ причин та умов корупційної злочинності запропонований О. М. Бандурком і Л. М. Давиденком, які поділяють їх на фактори економічного характеру, фактори соціального характеру, фактори соціально-культурного характеру, фактори соціально-демографічного характеру, а також фактори соціального контролю над протиправною поведінкою населення.

Сфера економіки є одним із рівнів функціонування не лише суто економічної злочинності, але й корупції, що її супроводжує, внаслідок чого розвиток економічних відносин стає живильним середовищем проявів корупційної злочинності. Зокрема серед факторів економічного порядку можна виділити такі особливості економічної системи держави, як нерівномірність розвитку галузей господарства, помилки у стратегії й тактиці економічних реформ, нестійка економічна ситуація, нераціональний розподіл бюджетних асигнувань, незайнятість населення, ріст майнової диференціації, співвідношення свободи ринку та обсягів державного регулювання і т.д.

Разом із зазначеним вище у кримінології факторами економічного характеру злочинності також називають загальну економічну кризу, протиріччя між економічними потребами населення і можливостями суспільства в їх задоволенні, безробіття, інфляцію, поляризацію населення за рівнем доходів, наявність і поширення тіньової економіки, недостатню інтегрованість національної економіки у світову.

З огляду на соціальну зумовленість злочинності, в основі причин якої є об'єктивні негативні соціальні явища та процеси, безперечно, що перше місце у причинному комплексі корупційної злочинності займають фактори соціального, у тому числі й соціально-культурного і соціально-демографічного характеру.

Однак необхідно зазначити, що такі обставини, як життєвий рівень населення, забезпеченість відповідними соціально-побутовими благами (житлом, товарами, послугами тощо), рівень доходів населення, безпосередньо позначається на формуванні у злочинності корисливої спрямованості. При цьому, до однієї з іманентно властивих ознак корупційної злочинності й відноситься її корисливий характер, який виявляється у використанні певною особою наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди, що у свою чергу підпадає під легальне визначення корупції дане у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 року.

Водночас необхідно виділити і такі соціальні фактори корупційної злочинності, як освітній і культурний рівень населення, менталітет, звичаї, традиції та стереотипи поведінки, а також рівень розвитку та духовної організації конкретної особи і всього населення в цілому. Наведені детермінанти виявляються в усіх сферах злочинної діяльності, виявляючи схильність і готовність особи вчиняти насильницькі злочинні дії або ж злочини у сфері економічної та службової діяльності, що в силу складного механізму злочинної діяльності, як правило, вимагає високого рівня освіченості злочинця. Своє значення у причинному комплексі корупційної злочинності, як вказувалось нами вже вище, має менталітет населення, який в Україні досить виразно характеризується схильністю до корупції і толерантністю громадян до такого способу вирішення власних потреб, а також моральним деградуванням чиновницького апарату.

Дещо меншою мірою порівняно з економічними та соціальними детермінантами у причинному комплексі корупційної злочинності виявляється дія факторів соціально-демографічного характеру, однак наголошуємо, що незалежно від інтенсивності дії того чи іншого фактору саме їх сукупність у цілому і детермінує злочинність. Все ж, на нашу думку, загальні фактори соціально-демографічного характеру слід розгляди переважно лише в аспекті умов корупційної злочинності, що безпосередньо не призводять до вчинення конкретних злочинів, а лише сприяють їм, формують криміногенну обстановку та позначаються на формуванні особливостей психіки особи злочинця. З огляду на це, до соціально-демографічних детермінантів О. М. Бандурка і Л. М. Давиденко зараховують чисельність і щільність населення, темпи зростання або зниження чисельності населення, статевовіковий і національний склад, співвідношення груп населення за соціально-професійним та сімейним станом, розмір території, функціональні ознаки населення, міграцію населення тощо.

Також у літературі виділяють, окрім вищенаведених, політичні та правові фактори злочинності, що в результаті недоліків політико-правової системи істотним чином позначаються на рівні загальної злочинності, у тому числі й корупційної. Саме такі причини загального характеру як правовий нігілізм, права легковажність, відсутність політичної та правової культури, проблеми якості правового регулювання державної служби спонукають до вчинення корупційних злочинів, зокрема таких, як одержання хабара, а також давання та пропозиція хабара. До політико – правових факторів корупційної злочинності також належать нестабільність політичного режиму та кримінальної політики, нерозви-

неність партійної системи, недоліки у підборі керівних кадрів, практику лобювання інтересів окремих соціальних груп, відмежування більшості населення від участі у державному управлінні, несформованість інститутів громадського суспільства, а також бюрократизацію та корумпованість управлінського апарату і системи правосуддя.

Поряд із політико-правовими факторами корупційної злочинності дещо подібними за своєю природою є організаційно-управлінські детермінанти корупції. Їх можна розглядати як результат дії таких правових причин і умов злочинності, як недосконалість законодавства та низька правова культура суспільства в цілому і окремого громадянина зокрема. До числа таких організаційних факторів, які сприяють корупційній злочинності, Л. С. Анохіна пропонує відносити порушення в підборі і розстановці кадрів, порушення в організації та низьку якість контрольно-ревізійної діяльності, відсутність вимогливості з боку вищих посадових осіб стосовно дотримання підлеглими правових норм службової діяльності, неналежні умови для виконання службових обов'язків на окремих ділянках. При цьому, зважаючи на організаційний характер даних факторів злочинності, вони мають усуватись, насамперед, на рівні організаційних форм діяльності відповідних інституцій.

Якщо проаналізувати наукову літературу пов'язану із кримінологічною характеристикою корупційної злочинності, то як зазначає І. В. Маслій серед обставин, які зумовлюють виникнення корупції, найпоширенішими є наступні: а) недотримання правил про такий розмір оплати праці службовців, який забезпечував би гідні умови життя їх і їхнім родинам; б) тип управління; в) соціально-психологічна обстановка; г) характер самих службовців.

Враховання наукової думки вчених щодо виділення причин та умов виникнення корупції, наукового підходу щодо визнання корупційної злочинності як злочинного прояву корупції а також вищенаведену класифікацій характеристику причин та умов корупційної злочинності, дозволяє вказати на визначення трьох груп причин та умов корупційної злочинності. *Першу групу* складають причини та умови виникнення й функціонування тіньової економіки. Ця група причин та умов є спільною для всіх видів злочинних проявів тіньової економіки. *Другу групу* складають причини та умови корупційної злочинності на загально-соціальному рівні. До *третьої групи* належать причини та умови корупційної злочинності на індивідуальному рівні – рівні конкретної посадової особи, враховуючи її морально-етичні, культурні якості.

Водночас необхідно наголосити, що вивчення та аналіз даних детермінант має не лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки їх визначення є важливою складовою формування заходів запобігання та протидії корупційній злочинності, що водночас є елементом євроінтеграційних процесів нашої держави.

СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ГАРАНТІЇ ПРАВ ОСОБИ ПІД ЧАС ПРОВАДЖЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

Багрій М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Під час досудового розслідування злочинів (в основному тяжких або особливо тяжких), а також в окремих випадках кримінальних проступків слідчий може використовувати певний арсенал негласних процесуальних засобів, які у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві йменуються як негласні слідчі (розшукові) дії (далі – НСРД). Проведення таких дій містить низку особливостей: обмеження дії певних засад кримінального провадження; можливість їх проведення щодо особи, яка не набула статусу учасника кримінального провадження (напр., підозрюваного); винятковий характер, тобто можливість проведення у випадках, коли іншим способом отримати докази неможливо тощо. Тому, важливим є з'ясування наявності процесуальних гарантій прав особи, щодо якої проводяться НСРД.

Під кримінальними процесуальними гарантіями традиційно розуміють встановлені кримінальним процесуальним законодавством засоби і способи, які створюють умови для виконання завдань кримінального провадження, створюють рівні умови для здійснення своїх прав усіма учасниками кримінального провадження. Аналіз положень глави 21 КПК України дозволяє виокремити наступні гарантії прав особи під час провадження НСРД.

1. Судовий контроль, який полягає у наданні дозволу на проведення НСРД. Слід зазначити, що такий контроль поширюється на більшість НСРД, проте не на усі. Зокрема, проведення зняття інформації з електронних інформаційних систем або їх частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем або не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту (ч. 2 ст. 264 КПК України), спостереження за місцем або річчю (ч. 1 ст. 269 КПК України), контроль за вчиненням злочину (ст. 271 КПК України), виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК України) не потребують дозволу слідчого судді, а проводяться за рішенням прокурора або слідчого за погодженням з прокурором (або слідчого за погодженням з керівником органу досудового розслідування у випадку, передбаченому ст. 272 КПК України). Будучи безумовним надбанням вітчизняного законодавця, разом з тим, судовий контроль, його ефективність потребує певного удосконалення відповідних норм КПК України. Зокрема, перевіряючи законність та обґрунтованість відповідного клопотання, слідчий суддя не завжди має реальну змогу правильно оцінити тя-

жкість злочину, що є підставою для визнання результатів НСРД недопустимими доказами. Оскільки кримінальний процесуальний закон до такого клопотання вимагає подавати лише витяг з ЄРДР, яким підтверджується тяжкість злочину. Так, слідчий суддя може вимагати надання йому матеріалів кримінального провадження, якими підтверджується тяжкість злочину, проте видається, що це має бути нормативно закріплений обов'язок слідчого, прокурора, які звертаються з відповідним клопотанням.

У цій ситуації, доцільним видається внесення доповнення до ч. 2 ст. 248 КПК України вигляді додаткового абзацу наступного змісту: «До клопотання слідчого, прокурора додаються матеріали кримінального провадження, які є у їх розпорядженні на момент звернення з таким клопотанням».

2. Прокурорський нагляд та процесуальне керівництво як гарантія прав особи щодо якої проводиться НСРД знаходить свій прояв у різних формах: 1) погодження клопотання слідчого щодо звернення до слідчого судді про надання дозволу на проведення НСРД; 2) доручення слідчому, органу досудового розслідування, оперативному підрозділу проведення НСРД, а також надання вказівок щодо їх проведення; 3) скасування незаконних та необґрунтованих постанов слідчого щодо проведення НСРД (напр, у випадку передбаченому ч. 2 ст. 264 КПК України); 4) право прокурора заборонити проведення НСРД; 5) право прокурора припинити подальше проведення уже розпочатої НСРД.

Важливою процесуальною гарантією прав особи у цій частині є роль прокурора-процесуального керівника щодо забезпечення здійснення заходів, пов'язаних із захистом інформації, яка не використовується у кримінальному провадженні. Зокрема, до таких заходів належать: а) відомості, речі та документи, які не містять ознак кримінального правопорушення знищуються на підставі рішення прокурора та під його контролем (таким чином, забезпечується заборона витоку інформації щодо наприклад приватного життя особи); б) заборона використання зазначених відомостей, речей, документів для цілей, не пов'язаних із кримінальним провадженням; в) заборона ознайомлення з такими матеріалами учасників кримінального провадження чи будь-яких інших осіб.

Важливою гарантією прав особи є обов'язок прокурора або за його дорученням слідчого письмово повідомити особу, щодо якої проводилися НСРД про таке проведення. Слід зазначити, що положення ст. 253 КПК України поширюються не лише на підозрюваного, але й на будь-яку особу, конституційні права якої були тимчасово обмежені під час проведення НСРД. Разом з тим, конструкція зазначеної вище ст. 253 КПК України потребує певного удосконалення у частині уточнення відомостей, які повинні міститися у повідомленні особи щодо проведення щодо неї НСРД. Зокрема, необхідно чітко передбачити відомості, які повинні міститися у такому повідомленні. Зокрема, йдеться про: 1) найменування кримінального провадження, в рамках якого здійснюється повідомлення; 2) прізвище, посада слідчого, прокурора, який здійснює таке повідомлення; 3) конкретний період у часі, протягом якого відбувалося тимчасове обмеження під час проведення НСРД; 4) вид(и) НСРД проводилися щодо такої особи. Ура-

хування зазначених положень дозволить у повній мірі забезпечити право особи на інформацію щодо обмеження її процесуальних прав.

3. Відомчий контроль, який реалізовується керівником органу досудового розслідування. Слід зазначити, що основним завданням керівника органу досудового розслідування є організація досудового розслідування. Разом з тим, зазначений учасник кримінального провадження наділений як організаційними, та і функціональними повноваженнями. Щодо провадження НСРД керівник органу досудового розслідування наділений такими повноваженнями як: 1) погодження постанови слідчого у випадку проведення виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК України); 2) прийняття рішення про використання за-далегідь ідентифікованих (помічених) або несправжніх (імітаційних) засобів. Щодо останнього слід відзначити, що використання таких засобів є негласною процесуальною дією, проте не слідчою (розшуковою). Використання таких засобів є необхідною передумовою для проведення НСРД у певних випадках, визначає допустимість та достовірність їх результатів. Тому, прийняття рішення щодо використання таких засобів належить до повноважень учасників, які здійснюють контроль за проведенням досудового розслідування.

4. До кримінальних процесуальних гарантій традиційно належать засади кримінального провадження. Як уже зазначалося вище, під час провадження НСРД дія таких засад є дещо обмеженою. Це зумовлено, з однієї сторони публічними інтересами (забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування), а з іншої – забезпечення прав та свобод конкретної особи. У контексті дії засад кримінального провадження та їх обмеження доцільно згадати, що ЄСПЛ у своїх рішеннях вимагає при проведенні негласних дій суворо дотримуватися вимог ст. 8 Конвенції про захист прав та основоположних свобод, а також своїми правовими позиціями тлумачить та роз'яснює її зміст. Крім того, у рішеннях ЄСПЛ сформульовано три основні вимоги для забезпечення законності проведення негласних заходів: 1) чи мало місце втручання у право, передбачене ст. 8 Конвенції; 2) чи відбувалося втручання відповідно до Закону; 3) чи було втручання необхідним у демократичному суспільстві.

5. Кримінальна процесуальна форма провадження НСРД є важливою процесуальною гарантією, яка визначає: підстави та умови проведення НСРД; різновиди НСРД (способи збирання доказової інформації); процесуальний порядок надання дозволу на проведення НСРД; порядок дослідження та використання результатів НСРД. Серед недоліків процесуальної форми можна виділити наступні: 1) відсутність фактичних та правових основ для розмежування окремих НСРД (наприклад, спостереження за місцем та аудіо-, відеоконтроль місця; спеціальний слідчий експеримент та імітування обстановки злочину); 2) недоцільність можливості проведення НСРД в окремих випадках під час досудового розслідування кримінальних проступків (ст. 300 КПК України); 3) процесуалізація конфіденційного співробітництва; 4) необґрунтованість та неможливість проведення під час досудового розслідування виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації, а отже відсутність необхідності у процесуальному закріпленні такої дії.

6. Заходи кримінальної процесуальної відповідальності також спрямовані на забезпечення дотримання прав особи під час проведення НСРД, а отже належать до кримінальних процесуальних гарантій. До таких заходів належать: 1) відмова слідчого судді у задоволенні клопотання слідчого за погодженням з прокурором/прокурора про надання дозволу на проведення НСРД у зв'язку з його незаконністю та/або необґрунтованістю; 2) визнання доказів, отриманих у результаті проведення НСРД недопустимими; 3) скасування прокурором незаконної та/або необґрунтованої постанови слідчого про проведення НСРД.

Підсумовуючи вищенаведене, слід зазначити, що кримінальний процесуальний закон в цілому (в основному) містить низку кримінальних процесуальних гарантій прав особи під час проведення НСРД. Поряд з цим, в окремих випадках слід посилити їх шляхом внесення змін і доповнень до КПК України (зокрема, щодо судового контролю). Крім того, необхідно удосконалити кримінальну процесуальну форму провадження НСРД та привести її у відповідність із метою та завданнями таких негласних засобів.

АПЕЛЯЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ УХВАЛ СЛІДЧИХ СУДДІВ, НЕ ПЕРЕДБАЧЕНИХ КПК УКРАЇНИ

Бобечко Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У ст. 309, ч. 3 ст. 392 КПК України використано спеціально-дозвільний тип правового регулювання оскарження ухвал слідчих суддів – заборонено оскаржувати всі ухвали слідчих суддів, окрім тих, перелік яких визначений кримінальним процесуальним законом.

Здавалося б цього достатньо для з'ясування того, чи підлягає ухвала слідчого судді апеляційному оскарженню, чи ні.

Водночас, у доповнення до такого підходу, у КПК України визначені й такі ухвали слідчих суддів, на забороні оскарження яких законодавець наголосив окремо: ухвала слідчого судді за результатами розгляду клопотання про скасування ухвали про накладення грошового стягнення (ч. 4 ст. 147); ухвала слідчого судді про дозвіл на затримання з метою приводу (ч. 5 ст. 190); ухвала слідчого судді про продовження строку досудового розслідування або про відмову в цьому (ч. 9 ст. 295¹); ухвала слідчого судді за наслідками розгляду скарги на рішення, дію чи бездіяльність слідчого чи прокурора, крім ухвали про відмову у задоволенні скарги на постанову про закриття кримінального провадження, скарги на відмову слідчого, прокурора в задоволенні клопотання про закриття кримінального провадження з підстав, визначених п. 9¹ ч. 1 ст. 284 КПК України, про скасування повідомлення про підозру та відмову у задоволенні скарги на повідомлення про підозру, а також ухвали слідчого судді за результатами розгляду скарги на бездіяль-

ність слідчого, прокурора, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР після отримання заяви, повідомлення про кримінальне правопорушення (ч. 3 ст. 307); ухвала слідчого судді про затвердження згоди особи на її видачу (екстрадицію) та застосування екстрадиційного арешту, про затвердження згоди особи на її видачу (екстрадицію), відмови особи від застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності та застосування екстрадиційного арешту (ч. 7 ст. 583); ухвала слідчого судді про затвердження згоди особи на її видачу (екстрадицію) та застосування екстрадиційного арешту, про затвердження згоди особи на її видачу (екстрадицію), відмови особи від застосування спеціального правила щодо меж кримінальної відповідальності та застосування екстрадиційного арешту (ч. 9 ст. 584).

Вищенаведені положення кримінального процесуального закону необхідно враховувати судді-доповідачу апеляційної інстанції для ухвалення рішення про відмову у відкритті апеляційного провадження, якщо апеляційна скарга подана на судове рішення, яке не підлягає оскарженню в апеляційному порядку (ч. 4 ст. 399 КПК України).

На цьому акцентувала увагу судова палата у кримінальних справах Верховного Суду України у постанові від 12 жовтня 2017 р. у справі № 5-142кк(15)17, зазначивши, що положення ч. 4 ст. 399 КПК України стосуються відмови у відкритті апеляційного провадження за апеляційними скаргами на судові рішення, які прямо визначені у статтях КПК, тобто на такі рішення, які слідчий суддя, суд має право ухвалювати згідно із законом.

Така правова позиція знайшла підтримку і розвиток у рішеннях Великої Палати Верховного Суду. Зокрема, у разі постановлення слідчим суддею ухвали, що не передбачена кримінальними процесуальними нормами, до яких відсилає положення ч. 3 ст. 309 КПК України, суд апеляційної інстанції не вправі відмовити у перевірці її законності, посилаючись на приписи ч. 4 ст. 399 КПК України (постанова від 23 травня 2018 р. у справі № 237/1459/17). Крім того, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 23 травня 2018 р. у справі № 243/6674/17-к наведено орієнтири щодо трактування терміну «ухвала слідчого судді, не передбачена КПК» – немає ні дозволу, ні заборони щодо апеляційного оскарження такої ухвали.

У постанові від 31 травня 2021 р. (справа № 646/3986/19) об'єднана палата Касаційного кримінального суду Верховного Суду на підставі аналізу ст. 309 КПК України дійшла висновку, що «законодавцем віднесені до предмета оскарження рішення слідчого судді, які або вирішують питання щодо обмеження конституційних прав особи (застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою; застосування запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту; застосування запобіжного заходу у вигляді застави; відсторонення від посади і т.д.), або якими вирішується питання, які мають істотне значення для здійснення ефективного досудового розслідування (відмова у наданні дозволу на затримання; відмову у здійсненні спеціального досудового розслідування; відмова у застосуванні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, домашнього арешту та застави), або якими вирішується доля досудового розслідування чи кримінального провадження в цілому (закриття кримінального провадження на підставі ч. 9 ст. 284 КПК і т.д.)».

Доречно зазначити, що у цьому переліку відсутні ухвали слідчих суддів, згадані у ч. 2 ст. 309 КПК України, – про відмову у задоволенні скарги на постанову про закриття кримінального провадження, на рішення слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про закриття кримінального провадження на підставі п. 9¹ ч. 1 ст. 284 КПК України, про скасування повідомлення про підозру чи відмову у задоволенні скарги на повідомлення про підозру, про повернення скарги на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора або відмову у відкритті провадження по ній.

Також звернемо увагу на те, що ефективність досудового розслідування є оцінним поняттям. Одним із критеріїв ефективності досудового розслідування є результативність процесуальних дій та рішень дізнавача, слідчого, детектива НАБУ під кутом зору їх спрямованості на всебічне, повне, об'єктивне та швидке з'ясування обставин, що підлягають доказуванню. З огляду на це, відмова слідчого судді у наданні дозволу на затримання, відмова у здійсненні спеціального досудового розслідування, відмова у застосуванні запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, домашнього арешту та застави навряд чи може впливати на ефективність досудового розслідування.

У вищезгаданій постанові об'єднана палата Касаційного кримінального суду Верховного Суду зазначила, що «серед усіх рішень слідчого судді, можливість ухвалення яких прямо не передбачена КПК у межах відповідних регламентованих цим Кодексом процедур, слід виокремити дві групи рішень: ухвалені поза межами процедури, передбаченої КПК (з питань, процедура вирішення яких слідчим суддею не передбачена КПК); ухвалені в межах передбаченої КПК процедури із застосуванням положень ч. 6 ст. 9 КПК та загальних засад кримінального провадження, визначених ч. 1 ст. 7 цього Кодексу».

Такий поділ є умовний. Навряд чи виправдано та можливо вирішувати усі випадки відсутності правового регулювання чи неналежного унормування кримінальних процесуальних відносин лише за допомогою аналогії. Наявні й інші способи, кожен з яких має свою сферу дії – поширювальне тлумачення, правозастосовна конкретизація, відсилання до норм чинного кримінального процесуального законодавства («відповідне» застосування норм права).

Беручи до уваги вищевикладене, до критеріїв (ознак) визначення того, чи ухвала слідчого судді, є такою, що не передбачена КПК, належать: а) наявність у кримінальному процесуальному законі дозволу на апеляційне оскарження ухвали слідчого судді; б) наявність у кримінальному процесуальному законі прямої заборони на апеляційне оскарження ухвали слідчого судді; в) відсутність у кримінальному процесуальному законі як заборони, так і дозволу на оскарження ухвали слідчого судді в апеляційному порядку.

Кримінальний процесуальний закон містить диференційований порядок перевірки слідчим суддею клопотань, що надходять до нього у порядку здійснення судового контролю за законністю досудового розслідування. В одних випадках такий порядок охоплює повноваження слідчого судді ухвалити рішення про повернення клопотання учаснику кримінального провадження, який його подав, а в інших – такої процесуальної можливості слідчого судді не встановлює.

Розглядаючи ситуацію, пов'язану із правомірністю слідчого судді повернути клопотання про арешт майна у кримінальному провадженні, якщо таке клопотання не підлягає розгляду в цьому суді, об'єднана палата Касаційного кримінального суду Верховного Суду зазначила, що «це питання може бути вирішено через застосування ч. 6 ст. 9 КПК та положень засади диспозитивності, зокрема, ч. 3 ст. 26 КПК, згідно з якою слідчий суддя, суд у кримінальному провадженні вирішують лише ті питання, що не тільки винесені на їх розгляд сторонами, але й віднесені до їх повноважень цим Кодексом» (постанова від 31 травня 2021 р. у справі № 646/3986/19).

Застосування за аналогією до цієї ситуації положень ч. 3 ст. 172 КПК України, що визначають повноваження слідчого судді повертати клопотання, якщо воно подано без додержання визначених до нього законом вимог, як видається, неприпустимо, оскільки однією з умов допустимості застосування аналогії у кримінальному провадженні є однорідність передбаченого кримінальним процесуальним законом випадку з тим, до якого закон застосовують за аналогією. Повернення слідчим суддею клопотання прокурора, цивільного позивача про арешт майна здійснюється у разі невідповідності такого клопотання вимогам щодо його змісту, визначеним у чч. 2, 3 ст. 171 КПК України. В основі ухвали слідчого судді про повернення клопотання учаснику кримінального провадження лежать юридичні факти правостановлюючого характеру, за яких приведення клопотання у відповідність до законодавчих вимог створює можливість повторного звернення з клопотанням. Натомість постановлення такої ухвали у разі порушення правил підсудності є правоприпиняючим фактом, що позбавляє прокурора, цивільного позивача права повторно звернутися з цим же клопотанням до цього ж суду.

В аналізованій ситуації слідчий суддя має вдатися до поширювального тлумачення змісту ч. 3 ст. 172 КПК України. Таке тлумачення полягає у поширенні норми права на ширше коло суспільних відносин, ніж це впливає з її тексту. Поширювальне тлумачення має місце там, де кримінальний процесуальний закон хоч і передбачив відповідне процесуальне відношення, однак не охопив усіх його видів, дав неповне, невичерпне формулювання положень, що стосуються цього питання. Слідчий суддя повинен повернути клопотання прокурора, цивільного позивача не лише у випадку невідповідності такого клопотання вимогам кримінального процесуального закону щодо змісту цього документа, але й у разі його подання з порушенням правил підсудності та з пропусшенням строку, встановленого кримінальним процесуальним законом. Дотримання правил підсудності відповідно до ч. 2 ст. 132 КПК є однією із загальних процесуальних вимог застосування заходів забезпечення кримінального провадження.

Законодавець не виправдано обрав підхід до визначення вичерпного, на його думку, переліку ухвал слідчих суддів, що можуть бути оскаржені в апеляційному порядку. Як свідчить правозастосовна практика, Конституційний Суд України та Верховний Суд у своїх правових позиціях обґрунтовано розширюють такий перелік. Це зумовлено тим, що за чинного правового регулювання у кримінальному процесуальному законі навряд чи можливо з вичерпною повнотою передбачити всі ситуації, що виникають під час досудового провадження, коли рішення слідчого судді підлягають апеляційному оскарженню.

З позиції об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду «перевірки в апеляційній інстанції підлягають лише ухвали слідчого судді, які пов'язані з можливістю істотного обмеження прав, свобод та інтересів особи або мають вирішальне значення для руху досудового розслідування чи кримінального провадження в цілому. У зв'язку з цим обмеження права на апеляційне оскарження є виправданим і воно може бути пов'язане, зокрема, із заборонаю оскарження рішень слідчого судді, які не призводять ні до встановлення обмежень конституційних прав особи, ні до неможливості оскарження вже встановлених правообмежень та які не перешкоджатимуть здійсненню ефективного досудового розслідування чи кримінального провадження в цілому» (постанова від 31 травня 2021 р. у справі № 646/3986/19).

Такий підхід є позитивістським, адже впливає з аналізу змісту ч. 1 ст. 309 КПК України. Водночас одним із завдань кримінального провадження є захист не лише приватних (фізичних та юридичних осіб), але й публічних (суспільства і держави) інтересів. Не встановлюючи обмеження конституційних прав і свобод особи, не позначаючись на руху кримінального провадження, ухвала слідчого судді може впливати на процес доказування під час досудового розслідування.

Неможливість подання апеляційної скарги на ухвалу слідчого судді у низці випадків означає відмову в доступі до правосуддя. Понад те, іноді подання заперечень на ухвали слідчих суддів у підготовчому провадженні може виявитись неефективним способом захисту прав, свобод та законних інтересів, оскільки застосування заходів забезпечення кримінального провадження та ухвалення інших рішень під час досудового розслідування виходять за межі суто кримінальних процесуальних відносин і стосуються також інших конституційних цінностей особи – поваги до особистого і сімейного життя, таємниці спілкування тощо.

З огляду на це, оптимальним варіантом вирішення питання можливості оскарження в апеляційному порядку ухвал слідчих суддів, оскарження яких безпосередньо не передбачено у КПК України, є формулювання низки критеріїв, що ґрунтуються на засадах кримінального провадження.

До таких критеріїв можуть бути віднесені: 1) істотність прав і свобод учасників кримінального провадження та інших осіб, які обмежені рішенням слідчого судді; 2) вагомість потреби органів досудового розслідування у правообмеженнях учасників кримінального провадження та інших осіб, за умови, що іншим шляхом виконати завдання кримінального провадження неможливо; 3) дотримання в ухвалі слідчого судді балансу (оптимального поєднання) між правообмеженнями учасників кримінального провадження та інших осіб і охоронюваними законом правами, свободами, законними інтересами особи, суспільства та держави; 4) постановлення слідчим суддею ухвали у межах наданих йому кримінальним процесуальним законом повноважень; 5) наслідки постановлення слідчим суддею ухвали для учасників кримінального провадження та інших осіб, що реалізують як публічний, так і приватний інтерес у кримінальному провадженні; 6) спроможність виправлення допущених слідчим суддею порушень кримінального процесуального закону у стадії досудового розслідування; 7) перспективу швидшого, ніж під час судового провадження, відновлення порушених прав і свобод особи.

Заборона касаційного оскарження ухвал слідчих суддів породжує ситуацію, за якої апеляційне провадження залишається єдиним процесуальним механізмом, що забезпечує можливість перевірки таких ухвал. За іншого підходу ухвали слідчого судді, які прямо не передбачені кримінальним процесуальним законом, опиняться поза судовим контролем з боку вищої судової інстанції, що є порушенням п. 8 ст. 129 Конституції України та ст. 24 КПК України.

Ураховуючи вищевикладене, ухвали слідчих суддів, винесення яких прямо не передбачене КПК України, мають підлягати апеляційному оскарженню.

ОЗНАКИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПОВАДЖЕННІ

Борейко Г.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Проблема зловживання правом у кримінальному провадженні є однією із найбільш дискусійних в юридичній науці. Заперечення самого факту існування такого явища у кримінальному провадженні чи його визнання не применшує важливість вивчення цієї тематики, адже чимало питань залишаються не дослідженими.

Не дивлячись на те, що КПК України не передбачає загального положення про заборону зловживання правами, така заборона є загальноправовим принципом і поширюється на всі галузі права, що неодноразово підтверджується судовою практикою судів вищих інстанцій, зокрема, рішеннями Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 30.05.2018 у справі № 676/7346/15-к та Вищого антикорупційного суду від 13.05.2021 у справах № 991/3183/21, № 991/3196/21 та інших. Поряд з цим, Європейський суд з прав людини у п. 66 свого рішення у справі «S.A.S проти Франції» від 01.07.2014 визначив, що зловживання правом – це шкідливе здійснення права його власником у спосіб, який явно не відповідає або суперечить цілям, для яких таке право надане (створене).

Отож, зловживання правом у кримінальному провадженні реально існуюче явище правової дійсності, яке існує незалежно від наших знань про нього і від позиції законодавця. Тому для дослідження зловживання правом необхідно розглянути його ознаки, що надасть можливість відобразити існування цього явища саме у кримінальному провадженні.

Аналіз юридичної літератури, яка у більшій чи меншій мірі пов'язана із зазначеною проблемою, дає підставу констатувати, що з-поміж ознак зловживання правом, які виокремлюються як основні (ті, які відображають природу зловживання правом і відрізняють його від інших явищ правової дійсності), є наступні:

1. Наявність в особи суб'єктивного права. Для того, щоб мати можливість зловжити правом необхідно, перш за все, мати передбачене законом таке право. Тож предметом зловживання є суб'єктивне право, адже за його відсутності не можуть бути і зловживання. Як зазначав свого часу В. П. Грибанов [1; 46, 63], зловживання

правом має місце у разі вчинення суб'єктом дій у межах належного йому суб'єктивного права, тобто в рамках тих можливостей, які складають зміст цього права, але із використанням таких форм його реалізації, які виходять за встановлені законом межі його здійснення. У кримінальному провадженні процесуальними правами наділені лише учасники кримінального провадження, які визначенні як кримінально-процесуальним законодавством, так і іншими нормативними актами.

2. Діяльність особи, спрямованої на реалізацію названого права. Адже для того, щоб зловживання відбулося ще не достатньо наявності в особи такого права. Не можуть розглядатись певні діяння як зловживання до того моменту, коли особа не починає реалізовувати своє право, не починає діяти. Цю ознаку влучно відзначив М.О. Власенко [2; 168], оскільки під реалізацією права розуміється процес втілення правових норм в правовій поведінці учасників правовідносин. Якщо учасник кримінального провадження вчиняє певні дії чи проявляє бездіяльність, але у нього на це немає права або немає права діяти саме таким чином, то говорить про зловживання ним правом немає підстав.

3. Відсутність порушення конкретних юридичних заборон. Здійснюючи своє право, особа діє до чітко визначених меж закону, але, одночасно, здійснює право за відсутності чи всупереч наявному у неї інтересу. У такому разі, як зазначає О. Ф. Скакун [3; 632], у поведінці особи відсутня виражена протиправність. Однак, при цьому, така поведінка особи лише створює видимість легітимності. Поведінка учасника кримінального провадження є можливою і допустимою, пряме порушення правової норми відсутнє, але такий учасник здійснює своє право при відсутності або всупереч з наявним у його інтересом.

4. Здійснення права всупереч його призначенню. Для визначення того, чи право здійснюється всупереч його призначенню необхідно встановити з якою метою воно надане. Права важливі не самі по собі, а тією мірою, якою вони задовольняють конкретні потреби людини. Як відмітив Ф. В. Веніславський [4; 26], здійснення права всупереч його призначенню полягає у використанні права для досягнення іншої мети, ніж тієї, необхідність досягнення якої передбачав законодавець у процесі формулювання цього правила поведінки. Здійснення учасником кримінального провадження свого права відбувається не з метою задоволення свого інтересу, яке прямо надає йому його право, а з метою не дати взагалі або в певній мірі реалізувати своє право іншими учасникам кримінально-правових відносин.

До ознак зловживання правом, які виділяються не усіма дослідниками і відносяться до додаткових (наявність або відсутність яких не призводить до зміни природи зловживання правом), можна віднести: 1) наявність негативних наслідків у вигляді заподіяння шкоди суспільним інтересам; 2) здійснення права не спрямоване на задоволення потреб носія цього права; 3) встановлення факту зловживання правом компетентними правозастосовчими органами; 4) наявність вини; 5) здійснення суб'єктивного права всупереч доброму сумлінню, добрій волі; 6) аморальне, недобросовісне здійснення права; 7) використання недозволенних конкретних форм реалізації права у рамках дозволеного загального типу поведінки; 8) вихід за межі права під впливом суб'єктивних інтересів і відповідно порушення законних інтересів інших осіб; 9) суперечність засадам добросовісності, розумності; 10) суперечність завданням кримінального провадження та інші.

Як видається, зловживання правом у кримінальному провадженні проявляється через поведінку суб'єктів кримінальних процесуальних відносин, яка передбачена нормами права і спрямована на здійснення свого права, але яка перешкоджає досягненню завдань кримінального провадження.

З метою створення належних можливостей в процесі відстоювання учасниками кримінального провадження своїх інтересів, уникнення ускладнень для діяльності суб'єктів, які його ведуть, необхідно у кожному випадку встановлювати наявність чи відсутність у їх діях ознак зловживання правом.

Для правильної кваліфікації діянь учасників кримінального провадження, власне як зловживання правом, необхідно встановити наявність в таких діях наступних ознак:

- 1) наявність в особи відповідного права;
- 2) діяльності особи, спрямованої на реалізацію цього права;
- 3) відсутності порушення конкретних юридичних заборон;
- 4) здійснення права всупереч його призначенню;
- 5) перешкоджання виконанню завдань кримінального провадження.

Власне, перелічені ознаки дають можливість кваліфікувати певні дії (поведінку) учасника кримінального провадження як зловживання правом.

1. Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. Москва: Рос. право, 1992. 207 с.

2. Власенко Н.А. Теория государства и права: научно-практическое пособие для самостоятельной подготовки студентов всех форм обучения. Москва, 2009. 424 с.

3. Скаун О.Ф. Теорія держави і права (Енциклопедичний курс) : підручник. Харків : Еспада, 2006. 776 с.

4. Веніславський Ф. В. Зловживання правом в публічно-правовій сфері як загроза стабільності конституційного ладу України. *Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького університету управління і права*. 2009. № 3 (31). С. 24–29.

ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ЗАБОРОНИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ АДВОКАТОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Гарасимчук Н.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Наукова розвідка, метою якої є пошук відправної точки існування феномену зловживання процесуальними правами адвокатом у кримінальному провадженні, встановлення відповідної заборони та розвиток такої, надає можливість детальніше зрозуміти сутність зазначеного поняття.

Виходячи із конкретного суб'єкта, зловживання якого аналізуються (адвоката), нами здійснено аналіз еволюції заборони зловживання процесуальними

правами у кримінальному провадженні, що ґрунтується на етапах розвитку історії адвокатури.

Фактично початок історичного відліку інституту адвокатури спостерігаємо у епоху розквіту Стародавньої Греції VI-V ст. до н.е. Саме тоді з'являються перші свідчення про зловживання процесуальними правами тамтешніми адвокатами (синьогорами), а саме: правом на промову, тривалість якої обмежувалась, що свідчить про першу заборону зловживань таким правом.

Надалі у Стародавньому Римі зловживання набувають нових проявів, до прикладу, з'являються: удаване пред'явлення кримінального позову звинуваченому, відступ від звинувачення щодо підкупу, наклеп, злісна ябеда. Як наслідок, у нормативно-правових актах встановлювалися точкові заборони на деякі види недобросовісної поведінки, яка завдавала шкоди іншим особам, що свідчило про визнання протиправної природи такої поведінки.

У подальшому заборони зловживань (як і самі зловживання) процесуальними правами адвокатом відходять на другий план, оскільки мав місце занепад адвокатури, як інституції. Підтвердженням наведеного є те, що у Франції протягом декількох століть адвокатська діяльність зводилась до судових поєдинків на шпагах. Подібна ситуація мала місце і у Англії.

Опісля цього, у Франції у 1291 році заборонено адвокатам надавати судам завідомо неправдиві відомості, а також фальсифікувати тлумачення закону чи звичаю, що вважаємо реакцією на відповідну процесуальну поведінку адвокатів.

Надалі на період розвитку адвокатури Нового часу (1453–1871 рр.) припадає формування професійної адвокатури в Україні під час польсько-литовської доби, однак у той час нормативної загальної заборони чи поодиноких приписів у Литовських статутах, які свідчили б про заборони зловживань процесуальними правами адвокатами, відсутні.

Поряд із цим, у епоху Просвітництва (у другій половині XVII – XVIII століття) поняття заборони зловживань правами практично не мало місця, оскільки домінувала ліберальна та індивідуалістична теорії права в той час.

Водночас, спочатку у Шведському королівстві у 1736 році чітко врегульовано види діянь, які є зловживаннями та відповідальність за такі, що свідчить про їх заборону (подання безпідставних скарг на рішення суду першої інстанції, використання судочинства для спричинення шкоди і збитків для інших осіб).

Опісля цього, у Пруссії у 1780 році констатовано, що адвокати заплутують і сповільнюють хід правосуддя через інтерес і перешкоджають суддям створити правильний погляд на справу, тому адвокати зобов'язані уникати будь-яких спроб затемнювати фактичні сторони справи чи перекручувати смисл закону.

У 1842 році метр Молло сформував збірник традицій французької адвокатури, у якому навів низку положень, які містять відповідні норми-заборони, зокрема, прохання про відстрочку справи, за допомогою хитрощів, вдавання до різких і образливим нападів на протилежну сторону, суд, зловживання словом, оскільки ні обман, ні фальсифікація не виправдовують ні різкості, ні лихослів'я.

Протягом XIX ст. заборона зловживання правами в різноманітних формах була прийнята в декількох державах. До прикладу, у КПК Німеччини від

1877 року наявні точкові заборони, зокрема, на подання клопотань про витребування доказів з метою затягнути процес, формальної заяви про відвід судді, необгрунтованої апеляційної скарги.

У Другій Речі Посполитій первинною редакцією Тимчасового Статуту польської адвокатури 1918 року заборонено захисникам зловживати свободою слова і друку. У КПК РРФСР 1923 року було закріплено, що захисник «не повинен ускладнювати процес розкриття істини і у щоб то не стало намагатися обілити і вигородити свого підзахисного», тим самим попереджаючи різні зловживання з його боку.

Резюмуючи, заборона зловживань процесуальними правами адвокатом у кримінальному провадженні відома ще із часів Стародавньої Греції, а саме: V–IV ст. до н.е., первинним об'єктом яких було право на промову (надмірна тривалість).

Надалі такого роду заборони закріплені у законодавчих актах інших держав, зокрема, Стародавнього Риму, Франції, Пруссії, Англії, Швейцарії тощо. Серед іншого, нормативні заборони передбачались на висловлення образ щодо інших учасників справи, суду, подання безпідставних скарг, заявлення відводів, спрямованих на затягування розгляду справ тощо. Отож, заборона зловживань процесуальними правами адвокатом - не є новою реакцією держави на відповідний правовий феномен, а є відомою ще із давніх часів та являє собою успадкований із попередніх тисячоліть виважений підхід законодавців.

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОСТУПКІВ У СПРОЩЕНОМУ ПОРЯДКУ

Кахнич В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Чинним кримінально процесуальним кодексом України визначено як загальний (ст. 318 КПК України), так і спрощений (ст. 302 КПК України) порядок здійснення судового розгляду обвинувального акта у кримінальному провадженні. Кожен із вказаних порядків судового розгляду містить свої особливості. Спрощений порядок передбачений чинним кримінальним процесуальним законодавством для кримінальних проступків (ст. ст. 302, 381, 382 КПК).

Факт визначення саме спрощеного порядку судового розгляду обвинувального акта здійснюється судом за результатами розгляду відповідного клопотання прокурора. Підставами, що надають прокурору право надсилати до суду обвинувальний акт для спрощеного провадження є беззаперечне визнання підозрюваним своєї винуватості у вчиненні кримінального проступку, не оспорювання встановлених досудовим розслідуванням обставин а також не заперечення потерпілим чи представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, проти судового розгляду у спрощеному порядку.

Документами, що підтверджують зазначені підстави мають бути письмова заява підозрюваного, складена в присутності захисника, із беззаперечним визнанням своєї винуватості, згоди із встановленими досудовим розслідуванням обставинами, ознайомлення з обмеженням права на апеляційне оскарження та згоди на розгляд обвинувального акта судом у спрощеному провадженні; письмова заява потерпілого чи представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження у якій вони погоджуються із встановленими досудовим розслідуванням обставинами, повідомляють про ознайомлення з обмеженнями права на апеляційне оскарження рішення суду та дають свою згоду на розгляд обвинувального акта судом у спрощеному провадженні; матеріали досудового розслідування, у тому числі документи, які засвідчують беззаперечне визнання підозрюваним своєї винуватості.

Вказані документи обов'язково повинні долучатись до обвинувального акта з клопотанням про його розгляд у спрощеному провадженні.

Також, чинним КПК України регламентовано, що суд розглядає обвинувальний акт щодо вчинення кримінального проступку без проведення судового розгляду в судовому засіданні за відсутності учасників судового провадження, якщо:

- обвинувачений не оспорює встановлені дізнанням обставини,
- згідний з розглядом обвинувального акта без його участі та участі інших учасників провадження.

Проте така згода для суду має диспозитивний характер – він має право призначити розгляд обвинувального акта у судовому засіданні та викликати для участі у ньому всіх або окремих учасників кримінального провадження, якщо визнає це за необхідне.

Недивлячись на швидкість та ефективність такого порядку судового провадження щодо кримінальних проступків неможна не відзначити, що він не позбавлений і деяких ризиків, зокрема у чому це знаходить підтвердження:

1. вітчизняний кримінальний процес (як і всі інші процеси демократичних держав) визнання підозрюваним, обвинуваченим своєї вини (зізнавальні показання) визнається рядовим доказом. Суд має брати до уваги і класти в основу свого рішення визнання своєї вини обвинуваченим лише за умови, що воно підкріплене іншими доказами, дослідженими під час судового розгляду. Інакше таке визнання перетвориться у горезвісну «царицю доказів».

2. немає визначеності і щодо провадження коли підозрюваним (обвинуваченим) є неповнолітній. Адже досудове розслідування кримінальних проступків здійснюється у формі дізнання (ст. 215 КПК України). Тож і кримінальні проступки, вчинені неповнолітніми, та обвинувальні акти щодо них можуть розглядатися у спрощеному судовому розгляді, що не узгоджується з тими процесуальними гарантіями, які встановлені для проваджень у справах неповнолітніх, зокрема: щодо участі у провадженні законного представника неповнолітнього; участі у судовому розгляді представників служби у справах дітей та уповноваженого підрозділу органів Національної поліції; щодо вжиття заходів, спрямованих на уникнення негативного впливу на неповнолітнього (ч. 2 ст. 484 КПК України).

Тож, чи не містить спрощене провадження ризиків засудження невинного, обвинуваченого (невинної особи)? Видається, що такі ризики істотно послаблювалися, чи навіть знімалися, коли б обвинувачений все ж таки обов'язково постав перед судом і своїми показаннями визнав вину, а суд при цьому мав змогу пересвідчитися, що таке визнання є добровільним, а не результатом недозволених методів впливу на нього з боку сторони обвинувачення.

НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ ПРАВА ОСОБИ НА ПУБЛІЧНИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Ковальська Д.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Публічний характер судового розгляду є засадою кримінального провадження, яка гарантує справедливість прийнятого рішення. Публічність судових проваджень забезпечує контроль громадськості за перебігом судових процесів та легітимізує судові рішення, дає змогу вивчити спосіб, в який суди підходять до такого типу справ, що своєю чергою зумовлює підвищення довіри до судів. Вимога публічності забезпечується шляхом відкритості та усності судового розгляду, публічного проголошення та оприлюднення судових рішень. Із загальної вимоги публічності можуть бути винятки, визначені в законі та зумовлені конкретними обставинами [1, с. 110].

Право особи на публічний судовий розгляд кримінального провадження є складовою частиною права на справедливий суд. Серед елементів, які характеризують це право є право на усність кримінального провадження та на особисту присутність під час судового розгляду, публічне проголошення судових рішень та доступ громадськості до його рішень [2, с. 220, 225].

Засадами кримінального провадження, як галузі права, є ті фундаментальні ідеї та положення, які закріплені в законі. Однією із властивостей даних засад, щодо якої існують дискусії, є твердження про те, що будь — яке порушення засади кримінального провадження тягне скасування рішення у судовому провадженні. При цьому юридичні наслідки порушення засад процесу можуть полягати не лише у цьому. Вони залежать від того, якими саме були ці порушення: істотними чи не істотними. Однак визнання процесуального порушення не істотними не означає, що воно має залишитися без наслідків. Але форми реагування на неістотні порушення повинні бути іншими, ніж істотні. Якщо вирок є виправдувальним, то навіть й істотні порушення принципів процесу не завжди тягнуть його скасування [3, с. 128].

Відповідно до ч. 1 ст. 412 КПК України, істотними порушеннями вимог кримінального процесуального закону є такі порушення вимог цього Кодексу, які перешкодили чи могли перешкодити суду ухвалити законне та обгрунтоване

судове рішення. Дана норма не є підставою для скасування судом апеляційної інстанції вироку чи ухвалу місцевого суду. Проте, відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 415 КПК України, суд апеляційної інстанції скасовує вирок чи ухвалу суду і призначає новий розгляд у суді першої інстанції, якщо встановлено порушення, передбачені пунктами 5,3,4,5,6,7 частини другої статті 412 цього Кодексу [4, ч. 1 ст. 412 КПК; п. 1ч. 1 ст. 415].

Отож, серед вищезазначених пунктів є підстави, які є елементами права особи на публічний судовий розгляд кримінального провадження: п. 3) судове провадження здійснено за відсутності обвинуваченого...; п. 4) судове провадження здійснено за відсутності захисника, якщо його участь є обов'язковою; п. 5) судове провадження здійснено за відсутності потерпілого, належним чином не повідомленого про дату, час і місце судового засідання; п. 7) у матеріалах справи відсутній технічний носій інформації, на якому зафіксовано судове провадження в суді першої інстанції. (ч. 6 ст. 11 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визначає, що при розгляді справ перебіг судового процесу фіксується технічними засобами в порядку, встановленим законом) [5, ч. 6 ст. 11].

У *Постанові ККС/ВС від 28 травня 2020 року у справі № 621/2063/17* Суд наголошує, що відповідно до п. 3 с.2 ст. 412 КПК України судове рішення у будь – якому разі підлягає скасуванню, якщо судове провадження здійснено за відсутності обвинуваченого, крім випадків, передбачених ч. 3 ст. 323 чи ст. 381 цього Кодексу, або прокурора, крім випадків, коли його участь не є обов'язковою. Вважає розгляд провадження без участі обвинуваченого, коли є обґрунтоване клопотання сторони захисту про його відкладення у зв'язку з перебуванням останньої в закладі охорони здоров'я чи лікуванням, з огляду на положення п. 3 ч. 2 ст. 412 КПК України, є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону чи підставою для скасування ухвали суду апеляційної інстанції Кодексу [6].

У *Постанові ККС/ ВС від 30 січня 2020 року у справі № 204/2153/15 – к* Суд зазначає, що відповідно до пункту 7 частини другої статті 412 КПК України відсутність у матеріалах провадження журналу судового засідання або технічного носія інформації, на якому зафіксовано судове провадження в суді першої інстанції, є однією з підстав, за наявності якої судове рішення у будь-якому разі підлягає скасуванню внаслідок істотного порушення вимог кримінального процесуального закону. Зміст цієї норми із сполучником «або» вказує на те, що з ряду перелічуваних понять - «журнал судового засідання», «технічний носій інформації» - для визнання істотності порушення вимог закону достатньо тільки одного з них [7].

У *Постанові ККС/ВС від 31 березня 2020 року у справі № 753/20985/17* Суд вважає, що у контексті викладеного для висновку вироку необхідно з'ясувати питання про те, яким чином повне фіксування судового провадження за допомогою технічного засобу вплинуло на законність ухваленого судом рішення, виходячи з «рівня істотності» відхилень від вимог норми кримінального процесуального права [8].

У *Постанові ККС/ВС від 16 грудня 2020 року у справі № 241/5587/17* Судом встановлено, що розгляд кримінального провадження у суді апеляційної

інстанції, який було здійснено за відсутності засудженого належним чином повідомленого про дату, час та місце судового засідання, з огляду на положення ст. 412 КПК України, вбачається істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону, а тому згідно ч. 1 ст. 438 КПК України, ухвала апеляційного суду підлягає скасуванню з призначенням нового розгляду у суді апеляційної інстанції [9].

Не можна залишати без уваги і провадження в суді касаційної інстанції. Згідно п. 1 ч. 1 ст. 438 КПК України, істотне порушення вимог кримінального процесуального закону є підставою для скасування або зміни судових рішень при розгляді справи в суді касаційної інстанції [4, п. 1 ст. 438].

Темою для дослідження залишається визначення істотності або неістотності порушення права на публічний розгляд кримінального провадження як складової права особи на публічний судовий розгляд кримінального провадження. Істотними порушеннями кримінального процесуального закону вважаються незастосування, або неправильне застосування вимог КПК, що перешкодило або могло перешкодити суду повно та всебічно з'ясувати обставини кримінального провадження, встановити істину, забезпечити права і законні інтереси учасників кримінального провадження й ухвалити законне та обгрунтоване судові рішення. У статті 412 КПК України законодавець визначив, що невід'ємною властивістю поняття «істотність порушення вимог кримінального процесуального закону» є його здатність перешкодити суду ухвалити законне та обгрунтовані рішення [6].

Не визнаються істотними і не тягнуть за собою зміни або скасування судового рішення порушення кримінального процесуального закону, що не вплинули і не могли вплинути на законність і обгрунтованість вироку або ухвали. Наприклад, порушення ч. 2 ст. 328 КПК України, яка передбачає: близькі родичі та члени сім'ї обвинуваченого і потерпілого, а також представники засобів масової інформації мають пріоритетне право бути присутніми під час судового засідання [4, ч. 2 ст. 328].

Як висновок, варто зауважити, що процесуальні наслідки порушення права особи на публічний розгляд кримінального провадження у національному законодавстві не передбачено. Проте, якщо порушення такого права (порушення права особи на публічний розгляд кримінального провадження, враховуючи порушення хоча б одного вищезгаданого елементу) буде визначено судом як істотне, або передбачене у КПК України як істотне, наслідком є скасування вироку чи ухвали судом апеляційної чи касаційної інстанції. Предметом дискусії залишається питання визначення порушень неістотними та встановлення їх процесуальних наслідків.

1. Бойко О. В. Публічність судового розгляду як гарантія права на справедливий суд: *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції № 1 2021*. С.110

2. Ковальська Д. Т. Характеристика права особи на публічний судовий розгляд у кримінальному провадженні, *Нове українське право, Вип. 4, 2021*. С.220,225.

3. Багнюк Г. І. Поняття та значення засад кримінального провадження // Право і суспільство. – 2015, С.128

4. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 12.05.2021. Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>

5. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.02.2016 року. № 1402 – VIII (у редакції від 24.11.2021 р.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>

6. Постанова ККС/ВС від 28 травня 2020 року у справі № 621/2063/1. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89564222?fbclid=IwAR0AtuFMZi3KJS4vKUNJPgbqsfKud5OyuIEZzf4wi4V8qISno7cr9ZZjbw>

7. Постанова ККС/ВС від 30 січня 2020 року у справі № 204/2153/15 - к URL: <https://www.uacourt.openregister.info/kryminalni-spravy-do-01-01-2019-2000/zlochyny-proty-vlasnosti-2028?document=92385614>

8. Постанова ККС/ВС від 31 березня 2020 року у справі № 753/20985/17 URL: <https://www.uacourt.openregister.info/nevyznachena-kategoriya--2?document=88570876>

9. Постанові ККС/ВС від 16 грудня 2020 року у справі № 241/5587/17 URL: <https://www.uacourt.openregister.info/kryminalni-spravy-do-01-01-2019-2000/zlochyny-proty-vlasnosti-2028?document=94071220>

ПРАВИЛО МІРАНДИ: ЧИ ВСЕ ТАК З НИМ ОДНОЗНАЧНО У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ?

Когутич І.

Львівський національний університет імені Івана Франка

У виборі вектору до лібералізації вітчизняного кримінального процесу західне законодавство - безспірний авторитет. Однак щодо свого кримінального процесу вони, як свідчать реалії, таких завдань, чомусь, не ставлять. Це, зокрема, стосується і такої новації нашого КПК, яка, до прикладу у США, знайшла відображення у правилі Міранди. Коротко про історію цього «правила».

У 1966 р. Верховним судом США було прийнято безпрецедентне рішення у справі Міранди проти штату Арізона, що завершилось формулюванням так званого Правила Міранди. А все розпочалось з того, що 13 березня 1963 р. Ернесто Міранда у віці 22 роки (який вже до цього більшу частину свого життя провів в американських в'язницях здебільшого за грабежі) був заарештований відділенням поліції м. Фінікс за підозрою у викраденні та звалтуванні вісімнадцятирічної дівчини. Після двох годин допиту Міранда підписав зізнання в звалтуванні, зокрема, у формулярі була написана типова фраза: «Я підтверджую, що я зробив цю заяву добровільно та за власним бажанням, без будь-яких погроз, примусу чи обіцянок імунітету та з повною обізнаністю моїх законних прав, розуміючи, що будь-яка заява, зроблена мною, може бути використана проти мене».

Але Міранді не було повідомлено ані про право на адвоката, ані про право зберігати мовчання. У ході судового процесу, коли сторона обвинувачення

надала зізнання як доказ, адвокат обвинуваченого Елвін Мур сказав, що це зізнання не було добровільним і тому не повинно бути врахованим. Суд відхилив заяву адвоката та засудив Міранду до 30 років ув'язнення. Мур подав апеляцію до Верховного суду штату Арізона. Верховний суд Арізони підтвердив рішення суду першої інстанції, але згодом це рішення скасував Верховний Суд США, що й зумовило впровадження «Правил Міранди».

Взагалі, справа була нескладною, жодних сумнівів щодо обвинувального вироку не було. Вже згадуваний адвокат Міранди розумів це як ніхто інший. Однак Елвін Мур діяв у тогочасній (і не лише тогочасній) тенденції, створити собі імідж «борця з поліцейським свавіллям». Він вирішив, що Міранда як ніхто інший підходить на роль «жертви правосуддя». Головним аргументам у захисті Е. Міранди було те, що йому не були належно роз'яснені його права, а отже, його визнання й інші докази, які отримані з порушеннями, повинні бути вилучені зі справи. Усі судові інстанції, крім Верховного суду США, адвокат Мур програв. У своєму рішенні Верховний суд США (це рішення проголосив його голова – Ерл Уоррен), назагал, зазначив, що: «... коли особу взято під варту або в інший спосіб позбавлено владою свободи і допитано, виникає посягання на право громадянина щодо самообвинувачення. Для того, щоб це право було захищено, мають бути вжиті процесуальні гарантії...». Ці гарантії полягають у тому, що особа «повинна бути попереджена до початку допиту, зокрема, що: 1) вона має право зберігати мовчання; 2) усе сказане нею, може бути використане проти неї в суді; 3) вона має право на присутність адвоката і 4) якщо вона немає можливості найняти адвоката, він буде їй призначений, якщо вона цього побажає, до початку допиту... До тих пір поки обвинувач в суді не докаже, що ці роз'яснення були зроблені і що особа відмовилась від можливості скористатися своїми правами, докази, одержані внаслідок допиту, не можуть бути використані проти неї».

Винятково для інформації зазначу, що після цього рішення Міранду все одно визнали винним, адже проти нього були й інші докази, передусім, - жертва його впізнала. Однак вирок не враховував зізнання Міранди і в 1972 р. він умовно-дostroково вийшов на волю. Заробляв на життя роздаючи автографи під табличками «Miranda warning». Ернесто Міранда загинув під час п'яної бійки у барі у 1976 р.

Відтак, п'ятьма голосами проти чотирьох Судом було прийнято рішення, якому судилося стати одним із найважливіших, найвідоміших, найнеоднозначніших і найдискусійних рішень вищої судової інстанції США.

Незважаючи на це, Україна не оминула запровадити «Правило Міранди» у певній варіації і в себе. Так, відповідно до ч. 4 ст. 208 КПК України: «Уповноважена службова особа ..., повинна негайно повідомити затриманому зрозумілою для нього мовою підстави затримання та у вчиненні якого злочину він підозрюється, а також роз'яснити право мати захисника, отримувати медичну допомогу, давати пояснення, показання або не говорити нічого з приводу підозри проти нього...». Також правоохоронець має роз'яснити ч. 1 ст. 63 Конституції про відсутність відповідальності за відмову давати показання проти себе, членів родини або близьких родичів і про право на мовчання до приїзду захисника.

Запровадження правила Міранди породило не однозначну реакцію серед суддів і науковців – правників США. Проведені дослідження засвідчили, що це правило чинить несприятливий вплив на готовність підозрюваних давати відповіді на запитання поліцейських. Наприклад, районний аторней (який згодом став сенатором) Арлен Спектр повідомив, що до вищезначеного рішення Суду у справах Ескоbedo (1964 р.) і Міранди (1966 р.), наближено 90 % підозрюваних, які були арештовані поліцією в Філадельфії, робили самовикриваючі заяви. Після ж запровадження правила Міранди назагал цей показник знизився до 41 %.

Аби покращити криміногенну ситуацію в державі Конгрес США у 1968 р. прийняв закон, який обмежував застосування правила Міранди (але він до сьогодні не отримав згоди Верховного суду США, а відтак - не набув чинності). Протистояння прибічників правила Міранди та його опонентів продовжується і донині. Однак, «чомуś» саме лише опонентів, а не прибічників, підтримує Міністерство юстиції США.

Так, Департамент правової політики підготував низку правових і соціологічних матеріалів, з гострою критикою правила Міранди. Зокрема, в 1989 р. було підготовлено доповідь «Правила допиту в поліцейській дільниці». У цьому документі стверджується, що Конституція США і Біль про права не передбачають жодного спеціального права проти самовизнання вини, оскільки воно ґрунтується на положеннях загального права. Відтак Суд, приймаючи рішення на користь Міранди, ігнорував частину тексту V поправки до Конституції США, яка передбачає не право зберігати мовчання, а лише право не бути змушеним до давання показань проти себе. Також було схвально оцінено прийнятий в 1968 р. Конгресом США вже згадуваний закон і стверджувалось, що багато американських аторнейв сприйняли його як анулювання правила Міранди.

Згодом, чимало судів США різних рівнів стали ігнорувати перевірку дотримання вимог правила Міранди або ж оминали цю проблему іншими шляхами. За повідомленнями американських ЗМІ, поліція в п'яти південних штатах (Меріленд, Вірджинія, Західна Вірджинія, Північна Кароліна і Південна Кароліна) насьогодні не зобов'язана повідомляти арештованим про їх право зберігати мовчання згідно Федерального апеляційного суду в Ричмонді (1999 р.), який встановив нову правову норму, що проголошує небезпеку в національному масштабі від застосування рішення Верховного суду США щодо дотримання правила Міранди.

Також у згадуваній доповіді зроблено низку висновків. Зокрема зазначено, що правило Міранди, перешкоджаючи обвинуваченню злочинця, заважає державі захищати законслухняних громадян США. Його «... застосування суттєво зменшує готовність правопорушників відповідати на запитання поліцейських. Правило Міранди підриває довіру громадян до закону, оскільки суперечить інтересам жертв злочину». Відтак, на думку авторів доповіді, рішення у справі Міранди становить собою «закостенілий на десятки років кодекс правил допиту до суду, позбавляючи в такий спосіб правосуддя зростання можливостей удосконалення захисних механізмів громадян від злочинів і забезпечення справедливого ставлення до підозрюваних».

У висновках доповіді було зазначено, що немає жодних суттєвих причин для збереження правила Міранди. Натомість необхідно запровадити такі меха-

нізми допиту, які б мінімізували можливість маніпуляції ними зі сторони відповідачів (див.: Реформування поліції в державах центральної та східної Європи: потреба удосконалення: URL: https://www.dcaf.ch/sites/default/files/publications/documents/transforming_police_central_eastern_europe.pdf).

У продовження вищезначеному, 21 червня 2004 р. Верховний суд США розглянув справу Ларі Дадлі проти суду шостого юридичного округу штату Невада. Суть конфлікту в тому, що свого часу Ларі Дадлі, заявивши про свою невинуватість, не захотів назвати себе співробітнику поліції, який розслідував справу про розбій. Формально, цим він нічого не порушив, оскільки Конституція США кожному гарантує захист від давання показань, які можуть йому нашкодити. Однак за законами штату кожен громадянин, зупинений поліцією «за обставин, які чітко свідчать про те, що ця особа вчинила злочин», повинен «ідентифікувати себе за вимогою представника влади». П'ятьма голосами проти чотирьох Верховний суд у цій справі постановив: «У цьому випадку розголошення імені не мало ознак очевидної небезпеки кримінального переслідування». Резюмуючи, суддя Ентоні М. Кенелі заявив, що не бачить нічого негожого в тому, якщо на прохання працівника правоохоронного органу громадянин назве себе. Віднині відмова від повідомлення офіцеру поліції свого імені і прізвища може трактуватись як правопорушення.

Розпочинаючи з 1984 р. Верховний суд США почав запроваджувати винятки у правилах оголошення попередження Міранди. Одним з таких є «виняток в інтересах суспільної безпеки» у справі штат Нью-Йорк проти Кварлза (New York v. Quarles - United States Reports, v. 467, 1984. – P. 649). Суть в наступному.

Поліція одержала інформацію, що озброєний гвалтівник проник до цілодобово працюючого овочевого магазину. Знайшовши його там, поліцейські здійснили зовнішній обшук і виявили пугу кобуру. Не оголошуючи попередження Міранди, поліцейський запитав злочинця, де той сховав пістолет. Він вказав місце. Оскільки «допит арештованої особи» здійснювався в умовах існування загрози суспільній безпеці, Верховний суд змінив рішення суду нижчої категорії про заборону використання свідчень щодо пістолета. Суд зауважив, що право відповідати на мовчання було переважено міркуваннями суспільної безпеки (див.: Бернхем В. Вступ до права та правової системи США. К.: Вид-во Україна, 1999. С. 278-279. Цей автор наводить низку й інших винятків із застосування в судовчій практиці США правила Міранди, зокрема, див.: Уільям Бернам Правовая система США. 3-й випуск. М.: Новая юстиция, 2007. 1216 с. С.496-497).

Відтак, виникають запитання: чи таким вже абсолютним є право не свідчити проти себе? Або ж у нього все ж обмежена сфера застосування? Своєю чергою, якщо це право має певні межі, тоді якою є нижня межа допустимості його незастосування?

Погодьмось, постановка цих запитань правомірна і обумовлена, передусім, відсутністю чіткого визначення поняття «загроза суспільній безпеці». Зброя становить небезпеку лише в тому випадку, коли хтось має можливість його застосувати у злочинних намірах. У справі, що була предметом розгляду Верховного суду США, злочинець був один, пістолета в момент його затримання у нього не виявлено. Незважаючи на це, Суд розцінив цю ситуацію як таку, що створювала загрозу суспільній безпеці.

Відштовхуючись від логіки Верховного суду США, більш правильним було б виправдувати обмеження правила Міранди у разі, коли було б затримано одного із учасників озброєної банди, а іншим вдалось втекти, але затриманий може знати місце їх знаходження. Але тоді виникають ще й такі запитання: чому поняття загрози суспільній безпеці пов'язане лише із застосуванням зброї? Чому неможна розповсюдити цей критерій на ситуацію, коли, для прикладу, у правоохоронців є інформація, що два рецидивісти вступили в змову з наміром згвалтувати неповнолітню, а затримання тільки одного з них не є перешкодою для реалізації злочинного наміру іншим? І чому обмеження не може бути допустимим щодо звичайної квартирної крадіжки? Адже суспільно небезпечним є кожне діяння (дія чи бездіяльність), кваліфіковане як суспільно небезпечне. Невиправдано не враховувати, що градація процесуального порядку виконання слідчих (розшукових) дій і оперативно – розшукових заходів залежно від тяжкості кримінальних правопорушень порушує основний принцип рівності прав громадян на захист їх законних інтересів і відновлення порушених прав.

Особливо загострилась у США дискусія щодо збереження правила Міранди після відомих подій 11 вересня 2001 р., а також за наслідками створення на території Гуантанамо Бей та інших аналогічних місцях «...своєрідної беззаконної території, чорної діри, де не діють закони та міжнародні норми» (див., принаймні: Відкритий лист Міжнародної Амністії «Відозва Сана'а»: URL: <https://helsinki.org.ua/articles/vidkrytyj-lyst-mizhnarodnoji-amnistiji-vidozva-sana-a/>).

Незважаючи на все це, Україна покійрно, безвідмовно, сприйняла і продовжує сприймати «прогресивне» процесуальне регламентування права підозрюваного не свідчити проти себе без жодних застережень. І це лише на тій основі, що «...насьогодні Сполучені Штати Америки є найдемократичнішою державою у світі, у правовій системі якої права та свободи людини та громадянина займають найважливіше місце»...?

ПСИХОЛОГІЧНИЙ І ТАКТИЧНИЙ АСПЕКТ РОЗМЕЖУВАННЯ НАВІДНИХ ЗАПИТАНЬ

Конюшин Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Назагал, фахівці констатують не зовсім належну і чітку законодавчо визначену змагальну структуру не лише досудового, а навіть судового допиту.

Часто допит обвинуваченого, потерпілого чи свідків сторін – це принципове протистояння не в сенсі забезпечення процесуального інтересу, а звичне психологічне несприйняття (конфліктність) між головуючим і тими, хто ці різновиди допиту у відповідний момент проводить. Ці комунікативні аспекти закономірно негативно віддзеркалюються, з одного боку, на забезпеченні прав

сторін змагального процесу, з іншого, відволіканні суб'єктів допиту від досягнення його мети й виконання завдань.

Одним із важливих напрямів утвердження справжньої та чіткої змагальної структури допиту, як судового, так і досудового, сприятиме належне правове й науково – криміналістичне відрегламентування вимог стосовно так званих навідних запитань, як одного з дієвих інструментів цієї найпоширенішої процесуально – доказувальної дії.

Хоча в КПК навідні запитання умовно заборонені у допиті на досудовому розслідуванні, але ця заборона, як показує практика, повсюдно не дотримується. Не тому, що слідчі не хочуть її дотримуватися, а тому, що об'єктивно не можуть.

Визначення навідного запитання - це складна проблема. В Україні вона вирішена інакше ніж в світовій і, передусім, найпрогресивніший в означеній сфері, англо-американській практиці.

На випередження зазначимо, що принципова відмінність полягає, поперше, у законодавчо сформульованому визначенні, а саме, що навідним є запитання яке містить відповідь або частину відповіді. По-друге в тім, що навідні запитання заборонені у прямому допиті і дозволені – лише під час судового перехресного допиту.

Доволі складно погоджуватись із вітчизняним законодавцем у цьому виборі. Адже, за суттю, в законі не сформульовано формальних критеріїв недопустимості навідного запитання, оскільки «майже кожне запитання, в якій би формі воно не було запропоновано, породжує у свідомості допитуваного певне уявлення і спонукає його ввімкнути цю уявну картину в показання. Інакше кажучи: будь-яке запитання є певною мірою навідним».

Погодьмось і з тим, що не лише навідним запитанням, а майже кожним різновидом відомих судочинства запитань, так чи інакше, підштовхують того, кого допитують, до бажаної відповіді. Способів для цього чимало. Передусім - так звані лінгвопсихологічні аспекти впливу, зокрема, граматична форма запитання; містима в запитанні інформація; безпосередній мовний акт, тобто те, як ставить запитання і контекст конкретного висловлювання.

Відтак, важливо враховувати і 1) лінгвопсихологічний аспект впливу на адресат запитання, і 2) актуалізувати проблему рівня (міри) допустимого (недопустимого) сугестивного впливу на нього кількісним та якісним чинником містимою у відповідному запитанні інформації.

Щодо першого моменту, то в рамках закономірностей процесуальної комунікації у досудовому чи судовому допиті той, хто ставить запитання завжди так чи інакше відіграє основну роль і апріорі має владу над тим, від кого очікує відповідь. Психологічний вплив завжди має місце у процесі допиту, а способів не те, що навіювання а й безпосередньої вказівки допитуваному бажаного варіанту відповіді чимало. Вони залежать не тільки і навіть не стільки від граматичної форми запитання, скільки від обсягу обставин слідчої чи судової ситуації, за умов якої озвучують запитання. Іноді прості, односкладні запитання: «що?», «так?», «ну?», «як?» ставлять таким тоном і з таким підтекстом, що не залишають жодних сумнівів в очікуваному варіанті відповіді. Відтак, зрозуміло, що

чинник лінгвопсихічного впливу, а точніше, тиску не можна ані реально унеможливити, ані не враховувати в умовах допиту чи слідчим (прокурором), а тим паче, в залі судового засідання.

На перехресному допиті цей чинник може бути як позитивним, за умови застосування його проявів як спонуки отримання правдивої інформації від особи, яка намагається приховати її, так і негативним. У кожному разі необхідні максимально чіткі критерії меж (методики визначення) допустимості застосування засобів лінгвопсихологічного впливу на допитуваного, зобов'язавши правників не лише тактично, а й нормативно контролювати свої зусилля у випадках використання у тих чи інших процесуальних діях з різнорівневим елементом вербаліки (допитах, пред'явленнях для впізнання, слідчих експериментах тощо) різновидів запитань, передусім, зрозуміло - навідних.

І вітчизняна, і, в цілому, світова практика засвідчує, що без навідних запитань отримувати додаткову, уточнюючу інформацію, контролювати відповіді допитуваного, спонукати його до відповідної інформативно важливої поведінки і т.д. – означає діяти неефективно, а відтак – небажано (до речі, найменування запитань «додатковими», «уточнюючими», «контрольними» і т.п. , не змінюємо їх сутності; назагал, вони - навідні запитання).

Як на нас, проблема не у найменуванні запитань, а в формах і способах їх легалізації, обумовлених, передусім, допустимістю їх сугестивного ефекту. Як вже було зазначено, майже всім різновидам запитань притаманний ефект навіювання. Відтак, завдання - в тому, щоби належно процедурно відрегламентувати низку взаємозв'язаних з цим навіюванням аспектів. Принаймні, перше: визначити психологічно-наукові критерії, згідно яких те чи інше формулювання запитання може бути розцінене як таке, що містить недопустимий навіювальний вплив на допитуваного. Друге: розробити методичний механізм встановлення (діагностування) допустимого рівня навіювального впливу, передусім, навідного запитання, оскільки від рівня сугестивності запитання залежить доказово придатний результат містимої у відповідні на нього інформації.

ВІДНОВНЕ ПРАВОСУДДЯ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ : ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРАКТИКА РЕАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ

Мазур М.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Згідно з Рекомендацією СМ/Рес(2018)8 Комітету Міністрів державам – членам щодо відновного правосуддя у кримінальних справах, прийнятою Комітетом Міністрів Ради Європи від 03 жовтня 2018 року, під «відновним правосуддям» слід розуміти будь-який процес, який дозволяє особам, яким було завдано шкоди кримінальним правопорушенням, та особам, які несуть відпо-

відальність за цю шкоду, у випадку їх добровільної згоди, активно брати участь у вирішенні питань, що виникають у зв'язку зі вчиненням правопорушення, за допомогою безсторонньої третьої сторони, яка має спеціальну підготовку (медіатора).

Однією із найвідоміших і найбільш застосовуваних форм, інструментів відновного правосуддя є медіація у кримінальному провадженні.

У Рекомендації N R (99)19 Комітету Міністрів державам – членам Ради, які зацікавлені в організації медіації у кримінальних справах, прийнятій Комітетом Міністрів Ради Європи від 15 вересня 1999 року, медіація у кримінальних справах трактується як процес, де жертві та правопорушнику надаються можливості, у разі їхньої згоди, брати активну участь за допомогою нейтральної третьої сторони (медіатора) у вирішенні питань, пов'язаних із вчиненням кримінального правопорушення.

Хоча медіація як окрема процедура, наразі не закріплена у Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК України), вона впроваджується сьогодні в Україні щодо неповнолітніх осіб, які вчинили кримінальне правопорушення.

Так, у 2019 році було прийнято спільний наказ Міністерства юстиції України та Генеральної прокуратури України № 172/5/10 від 21 січня 2019 року про реалізацію пілотного проекту «Програма відновлення для неповнолітніх, які є підозрюваними у вчиненні кримінального правопорушення». Даний пілотний проект з відновного правосуддя запроваджувався у шести пілотних областях України (Донецькій, Одеській, Львівській, Луганській, Миколаївській та Харківській), а з квітня 2020 року отримав поширення на всю територію України.

Згідно із зазначеним вище нормативно-правовим актом, медіацією у кримінальних справах є добровільна, позасудова процедура, під час якої неповнолітній, який є підозрюваним у вчиненні кримінального правопорушення, та потерпілий за допомогою посередника намагаються врегулювати конфлікт шляхом укладення угоди про застосування Програми відновлення для неповнолітніх, які є підозрюваними у вчиненні кримінального правопорушення.

Метою медіації є організація ефективної комунікації між неповнолітнім підозрюваним і потерпілим з метою забезпечення відшкодування заподіяної шкоди, максимального раннього виведення неповнолітнього правопорушника із кримінального процесу з обов'язковим ужиттям узгоджених заходів для його ресоціалізації та запобігання повторним кримінальним правопорушенням.

Застосування медіації у кримінальному провадженні в межах Програми відновлення для неповнолітніх можливе за наявності наступних умов:

1. наявність потерпілої сторони – фізичної особи, якій кримінальним правопорушенням завдано моральної, фізичної або майнової шкоди, а також юридичної особи, якій кримінальним правопорушенням завдано майнової шкоди;
2. вчинення неповнолітнім вперше кримінального проступку або нетяжкого злочину;
3. визнання неповнолітнім факту вчинення кримінального правопорушення;

4. згода неповнолітнього і потерпілого на участь у Програмі відновлення для неповнолітніх.

У разі, якщо обставини кримінального провадження відповідають вище зазначеним умовам, прокурор інформує неповнолітнього підозрюваного та потерпілого, їх законних представників про можливість реалізації Програми шляхом залучення регіональним центром з надання безоплатної вторинної правової допомоги (далі – Регіональний центр) медіатора, роз'яснює особливості та правові наслідки укладення угоди за результатами Програми. Якщо обидві сторони погоджуються на участь у Програмі, прокурор передає інформацію щодо правової кваліфікації кримінального правопорушення, дати закінчення досудового розслідування до Регіонального центру. Той, зі свого боку, приймає рішення про застосування Програми та доручає проведення медіації відповідному медіатору.

За результатами медіації може бути укладено угоду між сторонами про застосування Програми відновлення для неповнолітнього (іншими словами, угоду за результатами медіації) або ж сторони можуть відмовитися від її укладення (наприклад, у ситуації коли не дійшли згоди з певного питання, не відбулось примирення, тощо). Інформація про результати медіації разом з угодою (у випадку її укладення) передається прокурору.

Якщо медіація відбулася ще до закінчення строків досудового розслідування – прокурор долучає угоду до кримінального провадження; якщо ж вона завершилася вже після закінчення досудового розслідування – роз'яснює неповнолітньому та його представнику право надавати її самостійно у відповідному судовому засіданні.

Результати участі у Програмі враховуються під час прийняття рішення про наявність підстав для звільнення від кримінальної відповідальності відповідно до статей 45, 46 (у разі вчинення неповнолітнім вперше кримінального проступку або необережного нетяжкого злочину), ст. 48 КК України або закриття кримінального провадження на підставі ч. 4 ст. 56, п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК України.

Загалом у 2019 – 2021 роках, за час дії Програми відновного правосуддя, у ній взяли участь понад 250 неповнолітніх.

Станом на 1 жовтня 2021 року 158 неповнолітніх підозрюваних звільнені від кримінальної відповідальності або кримінальні провадження стосовно них закрито. Щодо 50 неповнолітніх кримінальні провадження перебувають на розгляді у судах.

Програма відновлення для неповнолітніх, які є підозрюваними у вчиненні кримінального правопорушення це, першочергово, про можливість для неповнолітнього підозрюваного усвідомити ситуацію та її наслідки, визнати свої помилки, допомогти потерпілому в усуненні завданого йому шкоди та не допустити вчинення неповнолітнім у майбутньому правопорушень. Медіація допомагає сторонам «почути одне одного» та прийняти спільне рішення, досягнути позитивного результату.

**ПРОГРАМНІ МЕТОДИ ТА ЗАСОБИ ЗБИРАННЯ
ТА ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНО ВАЖЛИВОЇ
ІНФОРМАЦІЇ: ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ****Мурадов В.***Львівський національний університет імені Івана Франка*

Як відомо кримінальне провадження являє собою надзвичайно великий обсяг інформації, що збирається, аналізується та зберігається протягом досить тривалого часу, відведеного на це процесуальним законом. З урахуванням результату, що проявляється у формуванні десятків томів конкретного провадження з'являється об'єктивна необхідність використання якісно нового способу накопичення зазначених даних задля вирішення кількох суттєвих проблем, а саме: спрощення умов зберігання, передачі та пошуку необхідної інформації; використання окремих фрагментів такого провадження для якомога детального вивчення та формування візуальних моделей зафіксованого; можливості використання програмних алгоритмів для вирішення низки криміналістичних питань у процесі розслідування такого провадження, а також підвищення ефективності кримінального провадження в цілому.

Реформування правоохоронних органів (перезавантаження прокуратури, створення антикорупційних органів, реформування МВС), що розпочалося в Україні, спрямоване на побудову принципово нової, прозорої та ефективної системи кримінального переслідування. Водночас новостворені структури необхідно забезпечити інноваційними та ефективними процесуальними процедурами ведення досудового розслідування, очищеними від бюрократичних рудиментів. Нині досудове розслідування, попри впровадження новел Кримінального процесуального кодексу України 2012 року (далі – КПК), залишається недосконалим в умовах інформаційного суспільства, відтак питання реформування електронної складової цього інституту є особливо актуальним. Такі значні перетворення, як показує практика, не завжди сприймаються як науковцями, так і практичними працівниками і приносять позитивний ефект для розслідування. Сучасне кримінальне судочинство України – це електронна комунікація з судом, дистанційна участь у судовому засіданні, електронна фіксація судового провадження тощо. Однак електронна комунікація не заміщує паперову, а дублює її, інформатизація – несистемна, електронний сегмент – неінтегрований. Як відомо, криміналістика покликана сприймати та досліджувати новітні технології, котрі підвищуватимуть ефективність проведення досудового розслідування загалом та окремих слідчих (розшукових) й інших дій зокрема. Особливо яскраво це проявляється у такому сучасному та особливому роді злочинів – кіберзлочинності. Потреба у кваліфікованих слідчих та прокурорів, котрі обізнані з джерелами електронних доказів критично зростає в той час, коли кримінальне провадження рухається від уречевленого стану до цифрового. Для якомога ефективного розслідування злочинів цієї категорії слідчим необхідні відповідні теоретичні та практичні навички роботи як з реальним, так і цифровим простором.

Важко навіть уявити використання традиційних методів пошуку, фіксації та дослідження інформації без системного використання інформаційно-комунікаційних технологій. І така системність в першу чергу має використовуватись не фрагментарно (при виконанні окремих слідчих дій), а у продовж всього провадження.

Сьогодні існує об'єктивна тенденція нового витка еволюції цивілізації, пов'язане з появою нових інформаційних та телекомунікаційних технологій. Першим кроком у цьому напрямку, як відомо, стало запровадження у 2012 році Єдиного реєстру досудових розслідувань. Також саме відтоді розпочалася ера діджиталізації кримінального провадження в Україні шляхом внесення в єдину електронну базу даних основних процесуальних відомостей по конкретному кримінальному провадженню (початок розслідування, повідомлення про підозру, зупинення, відновлення, завершення досудового розслідування). На даний момент згідно процесуального законодавства також можливе проведення допиту та ввізнання у режимі відео конференції (ст. 232 КПК України), виклик до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду в тому числі шляхом не лише вручення повістки про виклик та надіслання її поштою, а й передача електронною поштою чи факсимільним зв'язком, а також здійснення виклику по телефону (ст. 135 КПК України). Однак, на нашу думку, ми не повинні обмежуватись такими кроками у сфері використання інформаційно-комунікаційних технологій у кримінальному провадженні. Варто звернути увагу не лише на процесуальному збиранні як звичайних, так і цифрових даних, але й на обов'язковому резервному копіюванні таких даних, як заходу безпеки. Аналізуючи положення Стратегії реформування судочинства, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схваленої Указом Президента України від 20 травня 2015 року № 276/2015, можна зауважити чітку тенденцію до розширення електронного сегмента судочинства, що безпосередньо виявляється у визначенні завдань щодо введення системи електронного документообігу, електронного розгляду справ (у деяких випадках), аудіо-та відеофіксації засідань; поетапного запровадження інструментів «електронного правосуддя»; посилення управління інформаційними системами для більшої участі адвокатів у наданні послуг «електронного правосуддя»; покращення управління та забезпечення взаємосумісності інформаційних систем судів, прокуратури, адвокатури, пенітенціарної служби та інших органів юстиції.

Вдалим прикладом широкої та якісної інтеграції цифрових технологій та кримінального провадження можна назвати досвід Королівства Швеції. Результатом такого поєднання є система RIF (Förordning om rättsväsendets informationshantering). Характеризуючи основні принципи роботи даної системи варто виокремити такі позитивні риси, як належний рівень захисту персональних даних, використання електронно-цифрового підпису, швидкий обмін даними провадження у електронній формі, можливість швидкої та ефективної інтеграції з базами даних фіскальних органів, поліції, прокуратури, судів, митниці, виконавчих служб тощо. Іншим прикладом може бути Фінляндія, де інтегрована інформаційна система правоохоронних органів Фінляндії обслуговує 63 судові округи, 6 апеляційних судів і Верховний Суд Фінляндії. Щорічно системою обробляється 90 тис. кримінальних справ, 52% яких розглядається суддею одноособово. У сис-

тему інтегровано 30 пенітенціарних установ, органи кримінальної поліції, прокуратури, судові пристави, управління по збору штрафів за кримінальні злочини й пенітенціарні суди. Позитивний досвід побудови аналогічної системи має і ФРН. Започаткована у 2002 році INPOL-neu може працювати як для кримінального розшуку, так і з метою обробки стандартних запитів. Присутня можливість створення логічних схем-моделей як між підозрюваними, місцями злочину та зброєю, так і з автомобілями, та іншими кримінальними провадженнями. Також суттєвим позитивом цієї системи є її інтегрованість з великою кількістю інших баз даних.

Перспективними напрямками удосконалення електронної кримінальної процесуальної діяльності в Україні на нашу думку є розробка програмного забезпечення для проведення негласних слідчих (розшукових) дій на основі програм Oasis і Magic Lantern (США); запровадження алгоритму організації електронного процесуального діалогу суб'єктів кримінального провадження шляхом поєднання ЄРДР, інтегрованої інформаційно-пошукової системи «Автоматизоване робоче місце оперативника», автоматизованої системи документообігу суду, Єдиного державного реєстру судових рішень, «Електронного суду», Реєстру атестованих судових експертів тощо за допомогою інтеропераційних систем (Англія); розробка інтеропераційного процесуального діалогу між ЄРДР та Єдиним реєстром адвокатів України на основі алгоритму залучення захисника до електронного провадження та відкриття матеріалів іншій стороні (Criminal e-File, Канада). Також виокремлено можливі напрями удосконалення електронного кримінального провадження на досудовому розслідуванні: поєднання за допомогою інтеропераційної системи інтегрованої інформаційно-пошукової системи «Автоматизоване робоче місце оперативника» та ЄРДР з державними реєстрами й базами даних (досвід Німеччини); запровадження таких електронних кримінальних процесуальних процедур, як цифровий обмін структурованою та неструктурованою інформацією між розрізненими електронними системами органів кримінальної юстиції; доповнення ЄРДР модулем створення електронних процесуальних документів за допомогою підсистеми уніфікованих шаблонів; доповнення ЄРДР «прямим» переміщенням електронної інформації; електронний процесуальний діалог між спеціалізованими суб'єктами кримінального провадження; вдосконалення контрольних функцій ЄРДР (досвід Швеції). Варто також наголосити про якомога ширшу інтеграцію не лише з базами даних органів правопорядку в рамках виконання завдань кримінального провадження, але й з інтерактивними системами місцевого та загальнодержавного значення. Така інтеграція дозволить використовувати різного роду програмні алгоритми для підвищення ефективності виконання як конкретних завдань кримінального провадження у кожній тактичній ситуації, так і розслідування в цілому. Насамперед таким алгоритмом може бути використання електронно-цифрового підпису в якості посвідчу вального запису електронних процесуальних документів.

Іншим прикладом застосування програмного алгоритму за умов створення доступу до інформаційних баз та реєстрів НДЕКЦ України може слугувати використання режиму HDR (комбінуванням зображень, знятих з різною експозицією, в результаті якого виникає єдине зображення, що містить всі деталі з

усіх вихідних зображень, як у крайніх тінях, так і в максимальних світлах) у фіксації обстановки та слідів і подальший експрес аналіз та ідентифікація знайденого з тим, що вже зберігається. Контраст HDR фотографій відбитків пальців у порівнянні з фотографіями без використання цього режиму дозволяє забезпечити чіткішу деталізацію знімку. Колір поверхні завдяки такій візуалізації здебільшого не впливає на кінцеву якість фото. До того ж, такий режим фотографування можна знайти навіть на сучасних смартфонах.

Також таким алгоритмом може бути програмне забезпечення розпізнавання, вбудоване у системи спостереження місцевого та загальнодержавного значення. Подібні системи використовуються з метою розпізнавання автомобілів за їх номерами (ANPR). Найвідоміші системи автоматичного розпізнавання реєстраційних номерів – це апаратно-програмний комплекс «Потік», системи «Авто-Інспектор», «Трафік-КОНТРОЛЬ», «Спецлаб-Трафік». За подібним принципом на даний момент використовується нейромережева система розпізнавання та ідентифікації особистості за кількома принципами: проектування набору точок, тепловим портретом, функціональними ознаками (жести, міміка, хода тощо). У випадку прямої інтеграції системи електронного кримінального провадження з означеними системами спостереження поява шуканої особи у полі її зору одразу дозволить ідентифікувати таку особу і сповістити про місцезнаходження слідчого або інших учасників кримінального провадження.

Загалом цей перелік різного роду програмних алгоритмів, які б суттєво підвищили ефективність розслідування та отримання криміналістично важливої інформації не є вичерпним. У процесі становлення концепції електронного кримінального провадження, та побудови системного взаємного доступу між базами даних державних органів можна з впевненістю стверджувати, що таких можливостей з'являтиметься все більше.

ІДЕЯ ВІДНОВНОГО ПРАВОСУДДЯ ТА ЇЇ РЕАЛІЗАЦІЯ У ЧИННОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ І КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ ТА ПРАКТИЦІ ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ

Нор В.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Ідея відновного правосуддя як важливого засобу протидії кримінальним правопорушенням за допомогою примирення потерпілого з підозрюваним чи обвинуваченим за встановлених законом умов (КК України 2001 р.) відповідає сучасним європейським та міжнародним правовим тенденціям. Сучасне кримінальне (КК України) та кримінальне процесуальне законодавство (КПК України 2012 р.), враховуючи вітчизняний досвід (досвід правового розвитку

свого етносу, щодо врегулювання кримінальних конфліктів), досвід інших правових систем, рекомендації органів Європейської та світової спільноти, а також сучасні реалії у сфері протидії кримінальним правопорушенням (з одного боку- фінансові, кадрові, матеріально-технічні дефіцити, пов'язані з протидією, а з іншого-ріст кримінальних правопорушень, набрання ними нових форм і способів вчинення), сприйняло ідею відновного правосуддя, основу якого становить компроміс, до якого доходять сторони кримінального конфлікту. Дана ідея вимагає своєї реалізації не у загальному процесуальному механізмі (загальній процесуальній формі), а в особливому-окремій процесуальній формі. Тож, коли йдеться про компромісне вирішення названого конфлікту між його сторонами, то його реалізація вимагає насамперед наділення цих сторін диспозитивними правами (матеріальними, так і процесуальними)для досягнення як самого компромісу, так і ухвалення судом остаточного рішення, яким досягнутий компроміс набуває офіційного оформлення. Сама ж процесуальна форма, яка передбачає врегулювання кримінального конфлікту та досягнення компромісу сторін при цьому, має забезпечити необхідні і достатні гарантії дотримання прав, свобод і законних інтересів сторін провадження, доступ до правосуддя та його реалізацію у якомога стислі строки.

2. Чинне кримінальне матеріальне та процесуальне законодавство України передбачає дві компромісні моделі відновного правосуддя.

Насамперед це звільнення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, від кримінальної відповідальності. Даний інститут кримінального матеріального і процесуального права втілює в собі прагнення держави ефективно протидіятинетяжким кримінальним правопорушенням без застосування до правопорушника кримінального покарання, без ухвалення судами обвинувального вироку, спираючись на засаду гуманності та економію кримінальної репресії. Оскільки ж звільнення від кримінальної відповідальності здійснюється лише судом, то такий порядок забезпечує реалізацію загальних засад кримінального провадження, і насамперед засади змагальності, та запобігає зловживанням з боку органів і службових осіб, які здійснюють досудове розслідування. Він унеможливає рішення одним і тим же органом питань притягнення до кримінальної відповідальності і звільнення від неї.

3. Звільнення особи від кримінальної відповідальності можливе на підставі її дійового каяття (ст. 45 КК); примирення її з потерпілим (ст. 46 КК); зміни у часі кримінального провадження обстановки, за якої правопорушення втратило суспільну небезпечність чи особа перестала бути суспільно небезпечною (ст. 48 КК; передачі особи на поруки колективу підприємства, установи, організації за її клопотанням для її виховання і виправлення (ст. 47 КК); застосування до неповнолітнього замість кримінального покарання примусових заходів виховного характеру (ст. 97 КК) Перелічені норми кримінального матеріального закону передбачають і умови, за наявності яких можлива їх реалізація, а саме: а) вчинене кримінальне правопорушення має належати до класифікаційних категорій-кримінального проступку або нетяжкого злочину, здебільшого необережного, але за винятком корупційних правопорушень та порушень правил без-

пеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, які перебували у стані алкогольного чи іншого сп'яніння; б) вчинення кримінального правопорушення вперше; в) усунення заподіяної шкоди відшкодуванням збитків чи за згодою потерпілого іншим способом; г) визнання своєї вини та сприяння органам досудового розслідування у розкритті кримінального правопорушення.

4. Другою компромісною моделлю відновного правосуддя є укладення між сторонами кримінально конфлікту-підозрюваним/обвинуваченим і потерпілим-ж угоди про примирення. Дана модель відновного правосуддя у вітчизняному правовому полі знайшла своє закріплення у новому кримінальному процесуальному законодавстві України (КПК2012р.) Нею передбачається, що у кримінальному провадженні може бути укладена угода про примирення між потерпілим та підозрюваним/обвинуваченим щодо кримінальних проступків, нетяжких злочинів та у провадженні в формі приватного обвинувачення, яке натепер охоплює 44 кримінальних правопорушень, при цьому тенденція до її розширення зростає.

Домовленість стосовно угоди про примирення можуть проводитися самостійно потерпілим і підозрюваним/обвинуваченим за ініціативою будь кого з них, захисником та представником потерпілого, а також за домовленістю будь якої іншої особи, погодженої зі сторонами кримінального провадження. Проте ініціатором укладення такої угоди не може бути орган, що веде кримінальне провадження (дознавач, слідчий, прокурор, суддя). Вони лише зобов'язані проінформувати сторони про їхнє право на примирення, роз'яснити механізм його реалізації та не чинити перепон такій угоді. Обмеження щодо ініціювання укладення угоди про примирення встановлені і стосовно кримінальних правопорушень, пов'язаних з домашнім насильством. Таку угоду може ініціювати лише потерпілий і його законний представник або представник (адвокат).

Угода про примирення у кримінальному провадженні це результат перемовин і порозуміння між сторонами кримінального правопорушення, які відбуваються за межами кримінального провадження. Криміналий процесуальний закон не регулює сам порядок проведення домовленостей сторін щодо примирення. Він обмежується лише встановленням можливості укладення такої угоди, (ст. 468 КПК), визначає сторони, коло кримінальних правопорушень, у провадженні щодо яких можливе укладення такої угоди, проміжок часу провадження, впродовж якого можливе її укладення (ст. 469 КПК), визначає зміст угоди (ст. 471 КПК), наслідки її укладення та затвердження судом (ст. 473 КПК), а також порядок судового провадження на підставі угоди про примирення (ст. 474 КПК).

5. Важливу роль у формуванні та реалізації відновного правосуддя у кримінальному провадженні відіграє розповсюджена у європейській та світовій практиці та її форма, як **медіація**. Після тривалих докторальних дискусій, пов'язаних з необхідністю її впровадження у практику вітчизняного правового механізму позасудового врегулювання конфліктів (спорів) між суб'єктами правових відносин у сфері кримінальних правопорушень, після представлення і розгляду у Парламенті України кількох проектів відповідного закону, нарешті 16 листопада 2021р. Верховна Рада України прийняла Закон «Про медіацію», яким визначені правові засади та порядок проведення медіації як позасудової

процедури врегулювання відзначених конфліктів. Що стосується кримінального провадження, то названий закон поширюється й на відносини між потерпілим та підозрюваним/обвинуваченим з метою досягнення примирення між ними.

6. У кримінальному провадженні медіація може бути проведена як під час досудового розслідування кримінальних правопорушень, визначених кримінальним матеріальним і процесуальним законами, так і під час судового провадження та навіть виконання рішення суду. Вона проводиться на засадах добровільності, конфіденційності, нейтральності, незалежності неупередженості медіатора, самовизначення на його вибір та рівності прав сторін медіації в порядку визначеному законом «Про медіацію».

7. Медіацію у кримінальному провадженні навряд чи можна визначати як одну (окрему) з форм відновного правосуддя. Її результати-досягнення примирення сторін кримінального конфлікту і закріплення його у відповідній формі (як правило письмовій угоді про примирення)-радше розглядати як структуровану процедуру за межами кримінального провадження під час якої сторони за допомогою медіатора (спеціально підготовленої у сфері медіації фізичної особи) намагаються обговорити і врегулювати шляхом переговорів наявний між ними конфлікт кримінального характеру. Власне, досягнення примирення, основою якого є відшкодування (компенсація) заподіяної потерпілому майнової та моральної шкоди, і закріплення його у визначеній законом формі є підставою для реалізації таких форм відновного правосуддя, як звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з примиренням потерпілого з підозрюваним/обвинуваченим, та кримінального провадження на підставі угоди про примирення.

СПРОЩЕНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ФОРМА ТА ЇЇ ВПЛИВ НА ВСТАНОВЛЕННЯ ІСТИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Піх Ю.

Львівський національний університет імені Івана Франка

1. Як відомо, одним із напрямків диференціації кримінальної процесуальної форми є її спрощення з метою більш швидкого та ефективного вирішення кримінальних проваджень, їх оптимізації та раціоналізації, у тому числі забезпечення процесуальної економії. Втім, у силу законодавчого регулювання та практики здійснення окремих видів спрощених проваджень, у першу чергу – провадження щодо кримінальних проступків, а також кримінального провадження на підставі угод, вкрай актуальним на сьогодні постає та залишається питання: чи не означає таке спрощення процесуальної форми відмову від встановлення істини у кримінальному провадженні як адекватного відображення у свідомості суб'єкта, що пізнає, фактів та обставин вчиненого кримінального правопорушення, якими вони були у дійсності, іншими словами – істини матеріальної (об'єктивної)?

2. Так, згідно з положеннями частини першої статті 302 КПК України, встановивши під час досудового розслідування, що підозрюваний беззаперечно визнав свою винуватість, не оспорує встановлені досудовим розслідуванням обставини і згоден з розглядом обвинувального акта за його відсутності, а потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, не заперечують проти такого розгляду, прокурор має право надіслати до суду обвинувальний акт, в якому зазначає клопотання про його розгляд у спрощеному порядку без проведення судового розгляду в судовому засіданні.

Як бачимо, законодавець не позбавляє орган досудового дізнання в особі його керівника та дізнавача, а також прокурора від обов'язку встановити в ході такого дізнання факти й обставини вчиненого кримінального проступку. Проте як саме ці факти та обставини повинні бути зазначеними суб'єктами встановлені?

Стаття 298 КПК України передбачає, що досудове розслідування кримінальних проступків (дізнання) здійснюється згідно із загальними правилами досудового розслідування, передбаченими цим Кодексом, з урахуванням положень глави 25 КПК України. Отже, встановлення фактів і обставин кримінального проступку так, як вони відбувалися в дійсності (об'єктивна істина), здійснюється органом дізнання за допомогою процесуальних засобів і способів доказування, встановлених для досудового розслідування. На дізнавачеві, керівникові органу дізнання та прокуророві при цьому в силу положень частини другої статті 9 КПК України (хоч і перші два суб'єкти у тексті згаданої статті законодавцем не виправдано упущені) лежить обов'язок всебічно, повно і неупереджено дослідити обставини кримінального провадження, виявити як ті обставини, що викривають, так і ті, що виправдовують підозрюваного, обвинуваченого, а також обставини, що пом'якшують чи обтяжують його покарання, надати їм належну правову оцінку та забезпечити прийняття законних і неупереджених процесуальних рішень.

Відтак, усі факти й обставини, що мають значення для правильного вирішення кримінального провадження, повинні бути з максимальною всебічністю, повнотою та неупередженістю викладені у підготовленому дізнавачем та затвердженому прокурором обвинувальному акті, а також обґрунтовані одержаною в ході проведеного дізнання достатньою сукупністю належних, допустимих та достовірних доказів.

Відповідно, суд розглядає такий обвинувальний акт без проведення судового розгляду в судовому засіданні за відсутності учасників судового провадження, якщо обвинувачений не оспорує встановлені під час дізнання обставини і згоден з розглядом обвинувального акта (стаття 381 КПК України). У п'ятиденний строк з дня отримання такого обвинувального акта, а в разі затримання уповноваженою службовою особою особи, яка вчинила кримінальний проступок, – невідкладно вивчає його та додані до нього матеріали і ухвалює вирок (стаття 382 КПК України).

Таким чином, суд за загальним правилом безпосереднього дослідження доказів у цьому спрощеному провадженні не проводить, а покликається на висновки, одержані органом дізнання та прокурором за результатами досудового розслідування. Іншими словами, він «погоджується» з тим, що матеріальна

(об'єктивна) істина встановлена органом дізнання та прокурором і «довіряє» їм. Втім, законодавець все ж передбачив певні процесуальні гарантії, спрямовані на недопущення ухилення органом дізнання та прокурором від встановлення фактів й обставин вчиненого кримінального проступку так, як вони мали місце в дійсності, зокрема:

1) беззаперечно добровільне визнання підозрюваним (обвинуваченим) своєї винуватості у вчиненні кримінального проступку, надана ним письмова згода зі встановленими досудовим розслідуванням обставинами, складена у присутності захисника, і згода на розгляд обвинувального акта у спрощеному порядку;

2) потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження (у разі їх наявності) добровільно дають свою письмову згоду зі встановленими досудовим розслідуванням обставинами та розгляд обвинувального акта у спрощеному порядку без проведення судового розгляду в судовому засіданні;

3) суд не зобов'язаний розглядати обвинувальний акт прокурора про вчинення обвинуваченим кримінального проступку у спрощеному порядку, а має на це право, якщо визнає його за необхідне реалізувати. Такий висновок безпосередньо впливає із положень частини третьої статті 382 КПК України, згідно з якою суд має право призначити розгляд у судовому засіданні обвинувального акта щодо вчинення кримінального проступку та викликати для участі в ньому учасників кримінального провадження, якщо визнає це за необхідне.

Відтак, за наявності у суду сумнівів щодо добровільності обвинуваченого у беззаперечному визнанні своєї винуватості чи повноти, всебічності і неупередженості встановлення фактичних обставин кримінального провадження, він зобов'язаний призначити розгляд обвинувального акта з доданими до нього матеріалами у загальному порядку за участю сторін та інших учасників провадження і за його результатами ухвалити своє рішення.

Більше того, в силу положень частини другої статті 382 КПК України, вирок суду за результатами спрощеного провадження ухвалюється в порядку, визначеному цим Кодексом, та повинен відповідати загальним вимогам до вироку суду. У такому вирокі замість доказів на підтвердження встановлених судом обставин зазначаються встановлені органом досудового розслідування обставини, які не оспоруються учасниками судового провадження. При цьому не можна забувати про вимоги статей 337, 370 та 410 КПК України, які зобов'язують суд ухвалити законне, обгрунтоване, вмотивоване та справедливе судові рішення, яким є рішення, ухвалені компетентним судом згідно з нормами матеріального права із дотриманням вимог щодо кримінального провадження, передбачених цим Кодексом, на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до статті 94 КПК України, та в якому наведені належні і достатні мотиви та підстави його ухвалення.

Наведені вище положення кримінального процесуального закону слугують, на наш погляд, достатніми процесуальними гарантіями, що забезпечують встановлення матеріальної (об'єктивної) у цьому виді спрощених проваджень.

3. Своєю чергою, комплексний аналіз норм, що регулюють порядок здійснення кримінального провадження на підставі угод (про примирення та про

визнання винуватості) дає нам можливість зробити беззаперечний висновок про те, що об'єктивна (матеріальна) істина підлягає встановленню і у цьому виді спрощених проваджень.

Перш за все, зі змісту статей 471 та 472 КПК України випливає, що невід'ємними елементами змісту угод про примирення та про визнання винуватості є формулювання підозри чи обвинувачення та його правова кваліфікація із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність, а також істотні для відповідного кримінального провадження обставини. Зазначені факти та обставини, без сумніву, повинні бути всебічно, повно і неупереджено встановлені слідчим (дознавачем), керівником органу досудового розслідування (органу дізнання), та прокурором в силу вимог вже згадуваної вище частини другої статті 9 КПК України і підтверджені відповідними доказами, одержаними в ході проведеного досудового розслідування.

Більше того, якщо угоди досягнуто під час досудового розслідування, прокурор має право відкласти направлення до суду обвинувального акта з підписаною сторонами угодою до отримання висновку експерта або завершення проведення інших слідчих дій, необхідних для збирання та фіксації доказів, які можуть бути втрачені зі спливом часу, або які неможливо буде провести пізніше без істотної шкоди для їх результату у разі відмови суду в затвердженні угоди (частина перша статті 474 КПК України).

Відтак, усі факти та обставини, що мають значення для правильного вирішення кримінального провадження, повинні бути встановлені, якими вони були у дійсності, на досудовому розслідуванні, обґрунтовані доказами в обвинувальному акті та підтверджені сторонами у відповідній угоді. При цьому, у відповідності до положень частини шостої статті 474 КПК України, розглядаючи обвинувальний акт та угоду про примирення (визнання винуватості) за участю сторін під час підготовчого судового засідання чи під час судового провадження, суд, серед іншого, зобов'язаний переконатися, що сторони угоди уклали її добровільно, тобто без застосування насильства, примусу, погроз або обіцянок чи дії будь-яких інших обставин, ніж ті, що передбачені в угоді. Для з'ясування добровільності укладення угоди у разі необхідності суд має право витребувати документи, у тому числі скарги підозрюваного чи обвинуваченого, подані ним під час кримінального провадження, та рішення за наслідками їх розгляду, а також викликати в судові засідання осіб та опитувати їх.

За результатами розгляду обвинувального акта та угоди про примирення чи про визнання винуватості суд, якщо переконається, що відповідна угода може бути затверджена, ухвалює вирок, яким затверджує угоду і призначає узгоджену сторонами міру покарання. Такий вирок повинен відповідати загальним вимогам до обвинувальних вироків з урахуванням особливостей, передбачених процесуальним законом (стаття 475 КПК України), а тому повинен бути законним, обґрунтованим, вмотивованим та справедливим. При цьому винуватість особи у вчиненні інкримінованого їй кримінального правопорушення повинна бути доведена поза розумним сумнівом та обґрунтована достатньою сукупністю належних, допустимих та достовірних доказів.

Натомість, якщо викладені в угоді й факти та обставини суперечать дійсності, або ж не доводять винуватість особи у вчиненні кримінального правопорушення поза розумним сумнівом, в силу імперативних вимог частини сьомої статті 474 КПК України, суд зобов'язаний відмовити в затвердженні такої угоди, на тій підставі, що її умови суперечать вимогам цього Кодексу (пункт 1 частини сьомої статті 474 КПК України), а в окремих випадках – на тій підставі, що відсутні фактичні підстави для визнання винуватості (пункт 6 частини сьомої статті 474 КПК України).

4. Отже, ухвалення судом обвинувального вироку на підставі угод про примирення або про визнання винуватості, а також ухвалення судом вироку за результатами спрощеного провадження щодо кримінальних проступків не означає, що у цих провадженнях об'єктивна (матеріальна) істина не встановлюється, а підміняється так званою формальною (юридичною, процесуальною, судовою) «істиною». Дійсно, в силу спрощення процесуальної форми у таких провадженнях, суд до певної міри звільняється від обов'язку дослідити (перевірити) з належною повнотою усі наявні в матеріалах кримінального провадження докази, які підтверджують обставини, що охоплюються предметом доказування щодо вчинених підозрюваним чи обвинуваченим кримінальних правопорушень. Проте системний аналіз норм кримінального процесуального закону дає нам підстави для висновку, що і в аналізованих вище провадженнях суд ухвалює своє рішення, виходячи з того, що об'єктивна істина у них встановлена. Натомість, та обставина, що суд не досліджує у судовому засіданні наявних у справі доказів за участю сторін, не може вважатися вагомим аргументом того, що в основу свого рішення він покладає не об'єктивну, а формальну (процесуальну) «істину».

СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ В ШВЕЙЦАРІЇ

Шуневич К.

Львівський національний університет імені Івана Франка

Швейцарська судова система має свої особливості, зважаючи на федеральну форму державного устрою. Відповідно, 26 кантонів, котрі є адміністративними одиницями Швейцарії мають право на власний розсуд регулювати організацію системи судоустрою в межах кантону. В цілому швейцарська судова система складається з цивільних, кримінальних та адміністративних судів кантонів та Федерального Верховного Суду.

Кримінальному процесу Швейцарії в більшій мірі характерні риси обвинувального процесу («*inquisitorial legal system*»): досудове розслідування є центральним елементом швейцарської системи кримінального правосуддя, судова стадія слугує для підтвердження та оприлюднення результатів розслідування,

які збираються прокурором («*examining magistrate*») у відповідному загальному файлі, так званому «досьє» («*dossier*»). Як зазначає А.Трефілов, прокуратура в Швейцарії є органом, який визначально впливає на досудову стадію провадження, про що свідчать її повноваження (ст. 15-16, 299-327 КПК); в доктрині її іменують «пані досудового провадження». Під час судового розгляду суд має право доручити зібрання додаткових доказів, якщо це необхідно для встановлення істини у справі.

В цілому спрямованість усього процесу визначається принципами «*liberte' des preuves*» (принцип «свободи доказування», зміст якого полягає у тому, що будь-які докази можуть бути покладені в основу рішення суду за певних обставин; відсутні визначені у законі джерела доказів), «*la liberte' d'ap'pre'ciation*» (вільна оцінка доказів) та «*l'intime conviction*» (можливість судді приймати рішення на власний розсуд (судити за «своєю совістю»), однак з обов'язковою аргументацією свого рішення). Основна мета кримінального провадження Швейцарії, як зазначає швейцарська вчена Лаура Макула, — пошук «матеріальної істини». Характерною особливістю швейцарського кримінального провадження є відсутність в традиційному розумінні сторін обвинувачення та захисту на стадії досудового розслідування (відповідно до ст. 104 КПК Швейцарії сторонами є обвинувачений, приватний позивач та публічний обвинувач(прокурор)).

Як правило, обвинувачений, його захисник не проводить самостійного розслідування, адже прокурор («*examining magistrate*») повинен збирати усі докази, що мають значення для встановлення істини, незалежно від того, чи такі докази підтверджують, чи спростовують вину особи. Разом з тим, результати діяльності судового експерта у кримінальному провадженні Швейцарії можуть мати значний вплив на розвиток та, відповідно, закінчення такого провадження. Судовий експерт є тим суб'єктом, який формує один із доказів – експертний висновок, який в подальшому може слугувати основою для ухвалення судом правосудного рішення, від сумлінності та компетентності такого експерта може залежати не лише результат кримінального провадження, а й довіра до всієї експертної системи в державі.

Статус експерта. Згідно кримінального процесуального законодавства Швейцарії, експерт («*expert witness*») належить до інших учасників судового провадження (ст. 105 КПК Швейцарії) та прирівнюється за статусом до свідка, який, як зазначає С. Коропецька та В.Савченко, «...має лише передати суду відому йому інформацію без своєї внутрішньої оцінки». Таким експертом, відповідно до ст. 183 КПК Швейцарії, можуть бути фізичні особи, які володіють в межах відповідної спеціальності необхідними спеціальними знаннями і вміннями. В Швейцарії відсутні офіційні реєстри судових експертів, а також системи ліцензування чи акредитації експертів, окрім певних винятків. Такими винятками є ДНК та токсикологічні лабораторії, бюро судово-медичної експертизи, які акредитовані на федеральному рівні Федеральним департаментом юстиції та поліції («*the Federal Department of Justice and Police*»). Судові експертизи можуть проводити і в навчальних установах, зокрема така практика існує в Лозанському університеті («*the University of Lausanne's School of Criminal Justice*»). Загалом

вирішення питання про компетенцію експерта, як зазначає Г.Едмонд, належать до компетенції суб'єкта залучення.

Суб'єкти залучення. Суб'єктами, які уповноважені залучати експерта у провадження, є прокурор (*«examining magistrate»*) і суд (ст. 182 КПК Швейцарії). Допускається залучення як одного так і декількох експертів для проведення експертного дослідження. Призначення судової експертизи на стадії досудового розслідування здійснює прокуратура (ч. 1 ст. 184 КПК Швейцарії). При цьому відсутні обов'язкові випадки призначення судової експертизи.

Ст. 184 КПК Швейцарії передбачає наступне: *на стадії досудового розслідування* існує можливість залучити експерта органом, який «веде» провадження (тобто прокурором (*«examining magistrate»*)), шляхом видачі письмового доручення (*«written instructions»*), яке повинно містити:

- вказівку на конкретного експерта, який буде залучений;
- відмітку у дорученні про те, що експерт може залучати для проведення експертизи інших осіб під свою відповідальність (своїх помічників);
- точно сформульовані питання, на які повинен дати відповідь експерт;
- термін подання результатів експертного дослідження;
- вказівка на обов'язок експерта і його можливих помічників зберігати в таємниці відомості, які стали відомі при проведенні експертизи;
- зазначення про можливі кримінально-правові наслідки у випадку фальсифікації результатів експертизи (ст. 307 КК Швейцарії)

При цьому у випадках, якщо виникне необхідність в інтересах правосуддя скасувати попереднє доручення про проведення експертизи та призначити її повторно із залученням нових експертів, така можливість допускається.

Зважаючи на особливості кримінального провадження Швейцарії, зокрема домінування рис обвинувального типу процесу (*«inquisitorial legal system»*), обвинувачений має обмежений вплив на процес доказування. Зокрема він позбавлений права ініціювати проведення «альтернативної експертизи» та залучити «свого» експерта. Такий підхід є типовим для держав, у яких домінує обвинувальний процес (*«inquisitorial legal system»*) і аргументується тим, що це сприяє уникненню «..поляризації, надмірної прихильності до однієї зі сторін чи різкості, які можуть виникнути в системі змагальності, де експерти залучаються сторонами» (Жоель Вюль, Вільям К. Томпсон).

Однак КПК Швейцарії передбачає окремі гарантії, які дозволяють обвинуваченому опосередковано брати участь у процесі проведення експертизи. Зокрема, відповідно до ч. 3 ст. 184 КПК Швейцарії обвинувачений має право висловитись щодо особи експерта та висловити свої зауваження та доповнення до питань, які ставляться органами досудового розслідування під час залучення судового експерта. Проте у ч. 3 ст. 184 КПК Швейцарії міститься приклад ситуацій, коли допустиме обмеження цього права: у випадках, якщо експертиза стосується визначення концентрації вмісту алкоголю в крові, про доведенні наявності наркотиків в крові або у випадку ідентифікації особи по ДНК.

У випадку ж, якщо *на стадії судового розгляду*, виникне необхідність провести експертизу, суд, який розглядає справу, приймає у письмовій формі рішення про проведення такої експертизи (ч. 3 ст. 186 КПК Швейцарії).

Слід відмітити таку особливість швейцарського кримінального процесу як *можливість експерта самостійно або із залученням інших осіб проводити збір відомостей*, які необхідні для проведення експертного дослідження, про що повідомляються сторони провадження (ч. 4 ст. 185 КПК Швейцарії)

Висновок експерта. Висновок судового експерта може бути наданий як в письмовій, так і в усній формі. Також передбачена можливість надання експертного висновку в письмовій формі з обов'язковим його роз'ясненням в усній формі у випадку, якщо органи, які залучають судового експерта зазначають про це під час призначення експертизи. (ст. 187 КПК Швейцарії). У випадку, якщо висновок складається у письмовій формі, і якщо інші особи брали участь в підготовці висновку експерта, то вказуються у висновку їх імена і функції, які вони виконували при проведенні експертного дослідження. У випадку, якщо такий висновок надається в усній формі, судовий експерт допитується за правилами допиту *свідка*. Органи досудового розслідування, які залучали судового експерта, за результатами проведеного ним дослідження зобов'язані ознайомити обвинуваченого з висновком експерта і надають час для висловлення ним думки щодо такого висновку.

Орган, що веде провадження у справі («*the director of proceedings*»), ex officio або за клопотанням сторони, має право доручити експерту, який провів експертне дослідження, «доповнити» або «покращити» висновок або призначає нових судових експертів для проведення дослідження у випадку (ст. 189 КПК Швейцарії), якщо:

- висновок є неповним або неясним;
- висновки кількох експертів з одного і того ж питання, які наявні в провадженні, суттєво різняться;
- існують сумніви в правильності висновку експерта.

Відповідальність. У випадку, якщо експерт не виконує покладені на нього обов'язки чи виконує їх несвоєчасно, орган, що веде провадження у справі, має право притягнути до відповідальності за адміністративне правопорушення або відмовити у відшкодуванні коштів за виконану роботу, пов'язану із проведенням експертного дослідження. Кримінальна відповідальність експерта передбачена ст. 307 КК Швейцарії, відповідно до якої у випадку, якщо експерт надає неправдивий висновок, він може бути притягнутий до відповідальності у вигляді позбавлення волі на строк не більше 5 років або на нього може бути накладено штраф. У випадку, якщо такий висновок експерта оголошується під присягою, особа притягається до відповідальності у вигляді позбавлення волі на строк не менше 6 місяців, але не більше 5 років.

Висновки. Підсумовуючи, слід зазначити, що особливості залучення експерта у провадження, його статусу та роль висновку такого експерта обумовлена особливостями кримінального процесу Швейцарії, якому характерні риси обвинувального типу процесу. З одного боку, обмежені можливості обвинуваченого у залученні експерта пояснюються тим, що саме суб'єкт, який «керує» процесом (прокуратура на стадії досудового розслідування), мав би повною мірою з'ясувати усі обставини справи, зібравши докази, які як доводять, так і

спростовують вину обвинуваченого, який протягом провадження залишається його «пасивним» учасником. В той же час, враховуючи відсутність загальної системи акредитації судових експертів, і, відповідно, - реєстрів судових експертів, довіра до останніх може піддаватися сумніву. Саме тому у випадку, якщо б була передбачена можливість обвинуваченого самостійно залучати судового експерта у провадження, а висновок, наданий таким експертом за результатами експертного дослідження, підлягав неупередженій оцінці судом, - це могло слугувати гарантією для обвинуваченого від можливих зловживань з боку прокурора, роль якого є визначальною для встановлення істини у кримінальному провадженні. Також доречно нагадати, що залучення експерта однією із сторін провадження, не може бути підставою для визнання провадження несправедливим, про що неодноразово наголошував у своїх рішеннях ЄСПЛ. У таких рішеннях як «Шулепова проти Росії» (*«Shulepova v. Russia», § 62*), «Полетан і Азіровік проти колишньої Югославської Республіки Македонії» (*«Poletan and Azirovik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia», § 94*) зазначено, що хоча такі факти можуть викликати побоювання щодо нейтральності експертів, проте вони не є вирішальними. В той же час важливою є позиція, яку займали експерти протягом усього провадження, як виконували свої функції та те, як суди здійснювали оцінку таких висновків експерта.

ЗМІСТ

СЕКЦІЯ СОЦІАЛЬНОГО ПРАВА

Балог К.

ОРГАНІЗАЦІЯ ПРОФЕСІЙНОГО НАВЧАННЯ ПРАЦІВНИКІВ:
СУЧАСНИЙ СТАН ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ
ТА МОЖЛИВОСТІ ВДОСКОНАЛЕННЯ..... 3

Барабаш Н.

МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ФОРМУВАННЯ ПОНЯТТЯ «РЕСУРСИ НАДР» 6

Бук М.

НОВЕЛИ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ПРО РЕАБІЛІТАЦІЮ У СФЕРІ
ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я 9

Бурак В.

ПРО ПРАВОВІ ФОРМИ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ
ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ ПРАЦІВНИКІВ.....11

Ващишин М.

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВЕ ЗАКРІПЛЕННЯ ПРАВА
НА БЕЗПЕЧНЕ ДОВКІЛЛЯ14

Гаврилюк Ю.

ПРО ЗМІСТ СОЦІАЛЬНОГО СТАНДАРТУ
«ПРАВО НА КОРИСТУВАННЯ ПОСЛУГАМИ СОЦІАЛЬНИХ СЛУЖБ»17

Гірник О.

ОСНОВНІ ПРОБЛЕМИ СТЯГНЕННЯ
СЕРЕДНЬОГО ЗАРОБІТКУ ЗА ВЕСЬ ЧАС ЗАТРИМКИ РОЗРАХУНКУ
ПІД ЧАС ЗВІЛЬНЕННЯ ПРАЦІВНИКА19

Гулкевич О.

ДУАЛІСТИЧНИЙ ПРАВОВИЙ РЕЖИМ
ЗЕМЕЛЬ ІСТОРИКО-КУЛЬТУРНОГО ПРИЗНАЧЕННЯ
І ПРИРОДНО-ЗАПОВІДНОГО ФОНДУ УКРАЇНИ.....23

Жиравецький Т.

ПРАВО ГРОМАДСЬКИХ ОРГАНІЗАЦІЙ
НА ЗВЕРНЕННЯ ДО СУДУ ЗА ЗАХИСТОМ ЕКОЛОГІЧНИХ ПРАВ25

Ласько І.

ЩОДО ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ ПРАЦІВНИКІВ29

Лецих Д.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ПРИПИНЕННЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРУ
У ЗВ'ЯЗКУ ЗІ СМЕРТЮ РОБОТОДАВЦЯ – ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ32

Найда К.

НОВЕЛИ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА
ЩОДО РЕГУЛЮВАННЯ ЗЕМЕЛЬНОГО СЕРВІТУТУ35

Олексів І.

ЩОДО ДОЦІЛЬНОСТІ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ГІГ-КОНТРАКТІВ В УКРАЇНІ.....36

Парпан Т. ТРУДОВЕ ЗАКОНОДАВСТВО ЯК ЗНАРЯДДЯ ЗАХИСТУ ЗАЙНЯТОСТІ.....	39
Пилипенко П. ПРО ДЕЯКІ СТЕРЕОТИПИ МИНУЛОГО В ТЕОРІЇ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН	41
Раневич О. СУДОВИЙ КОНТРОЛЬ ЯК ЕФЕКТИВНИЙ ІНСТРУМЕНТ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ СУДІВ У СОЦІАЛЬНИХ СПОРАХ.....	45
Рибак О. ЩОДО ПИТАННЯ ПРО МАКСИМАЛЬНУ ТРИВАЛІСТЬ РОБОЧОГО ЧАСУ ЯК ГАРАНТІЇ ПРАВА НА ВІДПОЧИНОК.....	48
Синчук С. ВАКЦИНАЦІЯ ТА ЕПІДЕМІЧНИЙ МОНИТОРИНГ ЯК КРИТЕРІЙ ВИКОНАННЯ УКРАЇНОЮ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ЗА СТАТТЕЮ 11 ЄВРОПЕЙСЬКОЇ СОЦІАЛЬНОЇ ХАРТІЇ (ПЕРЕГЛЯНУТОЇ).....	50
Стасів О. ОСОБЛИВОСТІ ЗВІЛЬНЕННЯ ВАГІТНИХ ЖІНОК	53
Федорович В. ПРАВО ЗАГАЛЬНОГО ЗЕМЛЕКОРИСТУВАННЯ ГРОМАДЯН.....	55
Чопко Х. ПРАВОВІ АСПЕКТИ ОБЛІКУ ВІДХОДІВ В УКРАЇНІ ТА КРАЇНАХ ЄС.....	57
Швець Д. ЩОДО ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СУДОВИЙ ЗАХИСТ У ТРУДОВИХ СПОРАХ.....	59
Шегедин А. ПОРЯДОК НАДАННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК ДЛЯ БУДІВНИЦТВА І ОБСЛУГОВУВАННЯ ЖИЛОГО БУДИНКУ, ГОСПОДАРСЬКИХ БУДІВЕЛЬ І СПОРУД В УКРАЇНІ	60
Шпарик Н. ЗНАЧЕННЯ ЗВІТУ У ПРОЦЕДУРІ ОЦІНКИ ВПЛИВУ НА ДОВКІЛЛЯ	63
СЕКЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТА ФІНАНСОВОГО ПРАВА	
Борщевський О. ВИТРАТИ НА ПРАВНИЧУ ДОПОМОГУ АДВОКАТА В КОНТЕКСТІ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА	67
Гембара Г. ВІДМІННІСТЬ СПРОЩЕНОГО ПОЗОВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ВІД ЗАГАЛЬНОГО ПОЗОВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ.....	69
Гінда О. СТЯГНЕННЯ ПОДАТКОВОГО БОРГУ ЗА ЗВЕРНЕННЯМ КОНТРОЛЮЮЧОГО ОРГАНУ: ОСОБЛИВОСТІ ПРОВАДЖЕННЯ РОЗГЛЯДУ СПРАВ У СУДАХ ПЕРШОЇ ІНСТАНЦІЇ.....	71

Гудз Б. ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ СКЛАДЕННЯ ПРОТОКОЛУ ПРО АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ	74
Джош Р. СПРОЩЕНА СИСТЕМА ОПОДАТКУВАННЯ, ОБЛІКУ ТА ЗВІТНОСТІ: ПЕРЕВАГИ ТА НЕДОЛКИ	78
Дзіковський М. СТВОРЕННЯ, СТРУКТУРА ТА ПОВНОВАЖЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ТРИБУНАЛУ АВСТРІЇ (1875–1918).....	80
Заболотна Г. ОКРЕМІ АСПЕКТИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ДОСТУП ДО ОБ’ЄКТІВ БУДІВНИЦТВА, ТРАНСПОРТУ, ЕЛЕКТРОЕНЕРГЕТИКИ З МЕТОЮ РОЗВИТКУ ТЕЛЕКОМУНІКАЦІЙНИХ МЕРЕЖ»	83
Льницький О. ПРОБЛЕМИ ІГНОРУВАННЯ ПРИНЦИПІВ ПОДАТКОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРИ ЗМІНІ ПОДАТКОВО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ ОПОДАТКУВАННЯ МІСЦЕВИМИ ПОДАТКАМИ	85
Карасюк М. ДЕКЛАРУВАННЯ ДОХОДІВ ПУБЛІЧНИХ СЛУЖБОВЦІВ ВІДПОВІДНО ДО ІНІЦІАТИВИ ПУБЛІЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СВІТОВОГО БАНКУ (РАМ).....	91
Кахнич В. ТРАДИЦІЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ДОСЛІДЖЕНЬ У ЛЬВІВСЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ: ОКРЕМІ АКЦЕНТИ (ДО 360 РІЧЧЯ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ).....	93
Кобилецький М. СПРОБА СТВОРЕННЯ КРАЙОВОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО ТРИБУНАЛУ В ГАЛИЧИНІ В 1907 Р.	95
Кузьмич В. СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОЗОВУ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ.....	99
Мойсієць Н. ПЕРЕДУМОВИ САМОЧИННОГО БУДІВНИЦТВА В УКРАЇНІ.....	102
Мостовий А. ДО ПИТАННЯ ПРО МИТНИЙ РЕЖИМ В УКРАЇНІ.....	104
Новікова І. ПРОБЛЕМИ ЗАСТОСУВАННЯ МЕХАНІЗМУ ДЕРЖАВНО-ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРСТВА З ПЛАТОЮ ЗА ЕКСПЛУАТАЦІЙНУ ГОТОВНІСТЬ В КОНТЕКСТІ ДОВГОСТРОКОВОГО БЮДЖЕТНОГО ПЛАНУВАННЯ	107
Паславська Н. ОСНОВИ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ЮСТИЦІЇ В СВЯЩЕННІЙ РИМСЬКІЙ ІМПЕРІЇ НІМЕЦЬКОЇ НАЦІЇ.....	110

Реиота В.ПОСТАНОВИ ГОЛОВНОГО ДЕРЖАВНОГО
САНІТАРНОГО ЛІКАРЯ УКРАЇНИ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА.....112**Стафійчук К.**ОСОБЛИВОСТІ РОЗГЛЯДУ АДМІНІСТРАТИВНОЇ СПРАВИ У ПОРЯДКУ
ПИСЬМОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ СУДОМ КАСАЦІЙНОЇ ІНСТАНЦІЇ115**Труш М.**ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ОФІЦІЙНОГО З'ЯСУВАННЯ
ВСІХ ОБСТАВИН У СПРАВІ В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ117**Фекета І.**ДО ПИТАННЯ МІЖНАРОДНОГО ОБМІНУ ПОДАТКОВОЮ
ІНФОРМАЦІЄЮ ЩОДО КОНТРОЛЬОВАНИХ ІНОЗЕМНИХ КОМПАНІЙ121**Хлібороб Н.**ПРИНЦИПИ ПРАВОВОЇ ПОЛІТИКИ
У СФЕРІ НАДАННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ПУБЛІЧНИХ ПОСЛУГ124**Чопик І.**ВИЗНАЧЕННЯ РЕГУЛЯТОРА РИНКУ
ВІРТУАЛЬНИХ АКТИВІВ В УКРАЇНІ127**Шандра Р.**СПІВВІДНОШЕННЯ ПРАВА ТА ЕКОНОМІКИ:
ФІНАНСОВО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ129**Шиманська Т.**ЕВОЛЮЦІЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОПОДАТКУВАННЯ
ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ
У СФЕРІ ІНФОРМАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ.....131**Школик А.**РЕФОРМУВАННЯ ІНСПЕКЦІЙНИХ ОРГАНІВ
У СФЕРІ МІСТОБУДУВАННЯ134**Шпак Н.**АКЦЕНТИ РОЗВИТКУ ОСВІТИ
АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА У ЛЬВІВСЬКОМУ УНІВЕРСИТЕТІ.....137**Юревич Ю.**ФОРМУВАННЯ ПРУСЬКОЇ МОДЕЛІ АДМІНІСТРАТИВНОГО
СУДІВНИЦТВА НА ПОЛЬСЬКИХ ЗЕМЛЯХ У ХІХ СТ.139**Янюк Н.**ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ АДМІНІСТРАТИВНУ
ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ.....141**СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА ТА КРИМІНОЛГІЇ****Бурачинська Ю.**СТВОРЕННЯ НЕБЕЗПЕКИ АБО СТВОРЕННЯ ЗАГРОЗИ
ЯК СКЛАДОВА ПОНЯТІЙНОГО АПАРАТУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА145

Бурдін В. ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ДІТЕЙ ВІД ЗЛОЧИННИХ СТАТЕВИХ ПОСЯГАНЬ	147
Вакула І. ВИДИ ЗАМАХУ НА КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВОПОРУШЕННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА	149
Гордієнко В. РОЗВИТОК СИСТЕМИ ПРОБАЦІЇ, ЗБІЛЬШЕННЯ АЛЬТЕРНАТИВ ПОЗБАВЛЕННЮ ВОЛІ ТА СТВОРЕННЯ УМОВ ДЛЯ ЗНИЖЕННЯ РЕЦИДИВНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ ЗА ПРОЄКТОМ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	153
Гриниха І. ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПІВУЧАСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВОПОРУШЕННІ	156
Демчук П. ЦІННІСНА ОРІЄНТАЦІЯ ПРИ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНУ: ВСТУПНІ ЗАУВАГИ.....	162
Денис С. ДЕКЛАРУВАННЯ НЕДОСТОВІРНОЇ ІНФОРМАЦІЇ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ КВАЛІФІКАЦІЇ	164
Зуєнко Д. КЛАСИФІКАЦІЯ «ЗЛОЧИНІВ НЕНАВИСТІ».....	167
Ковалик Ю. ВІКОВІ ОСОБЛИВОСТІ ОСІБ, ДО ЯКИХ МОЖУТЬ БУТИ ЗАСТОСОВАНІ ОДИН АБО ДЕКІЛЬКА ОБМЕЖУВАЛЬНИХ ЗАХОДІВ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ.....	170
Кондра О. ЕВОЛЮЦІЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА НЕЗАКОННЕ ВИКОРИСТАННЯ ІНСАЙДЕРСЬКОЇ ІНФОРМАЦІЇ	172
Крикливець Д. ПОЗИТИВНА КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ: ЩОДО ОБГРУНТОВАНOSTІ ВИОКРЕМЛЕННЯ ЯВИЩА	179
Кулібаба Я. СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ПРОБАЦІЇ У ПЕРІОД НЕЗАЛЕЖНОСТІ УКРАЇНИ	181
Лутчин В. ПРАВОВА ПРИРОДА ВИПАДКІВ МЕНШОЇ ТЯЖКОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА.....	184
Марін О. ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ПЕРЕВИЩЕННЯ ВЛАДИ АБО СЛУЖБОВИХ ПОВНОВАЖЕНЬ	187

Маркін В. «ВІКОВІ» МЕЖІ СТАТТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ОСОБИ	190
Палюх Л. ПИТАННЯ СОЦІАЛЬНОЇ ЗУМОВЛЕНОСТІ НОРМ ПРО ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ПОСЯГАННЯ НА СУДОЧИНСТВО У ПРОЄКТІ КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ	193
Сенько М. ПРОБЛЕМИ ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ТОРГІВЛЮ ЛЮДЬМИ	196
Федорович Н. ОСОБЛИВОСТІ ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ЗІ СПЕЦІАЛЬНИМ СУБ'ЄКТОМ ГРУПОЮ ОСІБ	200
Шевченко С. ФІЛОСОФСЬКІ ПІДХОДИ ДО РОЗУМІННЯ ЗМІСТУ ПРИНЦИПУ ПРОПОРЦІЙНОСТІ У КРИМІНАЛІЗАЦІЇ ДІЯНЬ	203
Шуп'яна М. ДЕТЕРМІНАНТИ КОРУПЦІЙНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ: ТЕОРЕТИЧНА ТА ПРАКТИЧНА СКЛАДОВІ	206
СЕКЦІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ТА КРИМІНАЛІСТИКИ	
Багрій М. ПРОЦЕСУАЛЬНІ ГАРАНТІЇ ПРАВ ОСОБИ ПІД ЧАС ПРОВАДЖЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ	210
Бобечко Н. АПЕЛЯЦІЙНЕ ОСКАРЖЕННЯ УХВАЛ СЛІДЧИХ СУДДІВ, НЕ ПЕРЕДБАЧЕНИХ КПК УКРАЇНИ	213
Борейко Г. ОЗНАКИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПОВАДЖЕННІ	218
Гарасимчук Н. ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ЗАБОРОНИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ АДВОКАТОМ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ	220
Кахнич В. ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ СУДОВОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОСТУПКІВ У СПРОЩЕНОМУ ПОРЯДКУ	222
Ковальська Д. НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ ПРАВА ОСОБИ НА ПУБЛІЧНИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ	224
Козутич І. ПРАВИЛО МІРАНДИ: ЧИ ВСЕ ТАК З НИМ ОДНОЗНАЧНО У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ?	227

Конюшин Ю.

ПСИХОЛОГІЧНИЙ І ТАКТИЧНИЙ АСПЕКТ
РОЗМЕЖУВАННЯ НАВІДНИХ ЗАПИТАНЬ231

Мазур М.

ВІДНОВНЕ ПРАВОСУДДЯ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ :
ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА ПРАКТИКА РЕАЛІЗАЦІЇ В УКРАЇНІ233

Мурадов В.

ПРОГРАМНІ МЕТОДИ ТА ЗАСОБИ ЗБИРАННЯ
ТА ДОСЛІДЖЕННЯ КРИМІНАЛІСТИЧНО
ВАЖЛИВОЇ ІНФОРМАЦІЇ: ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ236

Нор В.

ІДЕЯ ВІДНОВНОГО ПРАВОСУДДЯ
ТА ЇЇ РЕАЛІЗАЦІЯ У ЧИННОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ
І КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ
ТА ПРАКТИЦІ ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ.....239

Піх Ю.

СПРОЩЕНА ПРОЦЕСУАЛЬНА ФОРМА ТА ЇЇ ВПЛИВ
НА ВСТАНОВЛЕННЯ ІСТИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ242

Шуневич К.

СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ В ШВЕЙЦАРІЇ246

Наукове видання

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВОТВОРЕННЯ
І ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ
В УКРАЇНІ

Матеріали XXVIII звітної
науково-практичної конференції

Частина 2

(3–4 лютого 2022 р.)

Матеріали надруковані в авторській редакції

Ум. друк. арк. – 15. Тираж – 20 прим.

Надруковано малим видавничим центром юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка
79000, м. Львів, вул. Січових Стрільців, 14.