

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО України

Заснований у 1922 р.

Видається щомісячно

Передплатний індекс 74424
Свідоцтво про державну реєстрацію
Серія KB № 23026-12866ПР

ISSN 1026-9932
DOI: 10.33498/louu-2022-01

Адреса редакції
вул. Багговутівська, 17–21
м. Київ, 04107, Україна
тел.: +380(44) 537-51-10

Головний редактор
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

Голова Редакційної ради
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
РУСЛАН СТЕФАНЧУК

Вебсайт: <http://www.pravoua.com.ua>
Імейл: editor.pravoua@gmail.com

Офіційна сторінка у мережі “Фейсбук”:
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua>

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань України з юридичних спеціальностей
(наказ Міністерства освіти і науки України від 14 травня 2020 р. № 627)

Бази даних періодичних видань *Ulrichsweb (Ulrich's Periodicals Directory)* (США)
(з 2002 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних *EBSCO Publishing, Inc.* (США)
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних *Index Copernicus International* (Польща)
(з 2014 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних *HeinOnline* (США)
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

Бази даних періодичних видань з гуманітарних і соціальних наук *ERIH PLUS*
(*European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences*) (Норвегія).
(з 2020 р.)

ВИДАВЕЦЬ
© Юридичне видавництво “Право України”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Василь ТАЦІЙ, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Юрій ШЕМШУЧЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Е. БАТЛЕР (WILLIAM E. BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій БИТЯК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вячеслав БОРИСОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ГОНЧАРЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир ДЕНИСОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Анатолій ДОВГЕРТ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола КОЗЮБРА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав КОМАРОВ, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр КОСТЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр КРУПЧАН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь НОР, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола ПАНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Петро РАБІНОВИЧ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій СЕЛІВАНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола СЕЛІВОН, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь СІРЕНКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; Майдан СУЛЕЙМЕНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Олексій ЮЩИК, д. юрид. наук, проф.

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Руслан СТЕФАНЧУК (голова), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр СВЯТОЦЬКИЙ (головний редактор), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олег ПОСИКАЛЮК (перш. заст. головного редактора), к. юрид. наук, доц.; Тетяна КОЛОМОЄЦЬ (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія РЕЗНІКОВА (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф.; Юрій ГАЛАЄВСЬКИЙ (заст. головного редактора), засл. юрист України; Наталя АНТОНЮК, к. юрид. наук, доц.; Юрген БАЗЕДОВ (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Ольга БАКАЛІНСЬКА, д. юрид. наук, проф.; Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій БАРАБАШ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Євген БАРАШ, д. юрид. наук, проф.; Олександр БАТАНОВ, д. юрид. наук, проф.; Юрій БАУЛІН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир БЕВЗЕНКО, д. юрид. наук, проф.; Ігор БОЙКО, д. юрид. наук, проф.; Олександр БРЬОСТЛ (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Тетяна ВІЛЬЧИК, д. юрид. наук, проф.; Ірина ВЕНЕДІКТОВА, д. юрид. наук, проф.; Марсело ГАЛУППО (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law,

Prof. (Brazil); Данило ГЕТМАНЦЕВ, д. юрид. наук, проф.; Анатолій ГЕТЬМАН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій ГОЛОВАТИЙ, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; ОКСАНА ГРИЩУК, д. юрид. наук, проф.; ДМИТРО ГУДИМА, к. юрид. наук, доц.; БОРИС ГУЛЬКО, засл. юрист України; ОЛЕКСАНДР ДРОЗДОВ, д. юрид. наук, доц.; ВОЛОДИМИР ЄРМОЛЕНКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ВОЛОДИМИР ЖУРАВЕЛЬ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ДМИТРО ЗАДИХАЙЛО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ДЖОЗЕФ ЗІГЕЛЕ (JOSEF SIEGELE), Doctor of Law (Austria); АЛІЄВ АМІР ІБРАГІМ, д. юрид. наук, проф. (Азербайджан); ІВАН КАЛАУР, д. юрид. наук, проф.; ОКСАНА КАПЛІНА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; НІНА КАРПАЧОВА, к. юрид. наук, доц.; ОЛЕНА КІБЕНКО, д. юрид. наук, доц.; ВІКТОР КОЛІСНИК, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДРА КОЛОГОЙДА, д. юрид. наук, проф.; ТЕТЯНА КОМАРОВА, д. юрид. наук, проф.; ТЕТЯНА КОРНЯКОВА, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСІЙ КОТ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕНА КОХАНОВСЬКА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; СТАНІСЛАВ КРАВЧЕНКО, к. юрид. наук; ВАСИЛЬ КРАТ, к. юрид. наук, доц.; ОЛЕКСІЙ КРЕСІН, д. юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; НАТАЛІЯ КУЗНЕЦОВА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ПАВЛО КУЛИНИЧ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; МИКОЛА КУЧЕРЯВЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ІРИНА КУЯН, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; ЛЕОНІД ЛОБОЙКО, д. юрид. наук, проф.; ДМИТРО ЛУК'ЯНОВ, д. юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; ДМИТРО ЛУСПЕНИК, к. юрид. наук, доц.; БОГДАН ЛЬВОВ, к. юрид. наук; ПАВЛО ЛЮБЧЕНКО, д. юрид. наук, проф.; РОМАН МАЙДАНИК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; СЕРГІЙ МАКСИМОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕКСАНДР МЕРЕЖКО, д. юрид. наук, проф.; СЕРГІЙ МІНЧЕНКО, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; АНАТОЛІЙ МІРОШНИЧЕНКО, д. юрид. наук, проф.; ВІРА МИХАЙЛЕНКО, к. юрид. наук.; ЛІДІЯ МОСКВИЧ, д. юрид. наук, проф.; АНАТОЛІЙ МУЗИКА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ВОЛОДИМИР НОСІК, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; НАТАЛІЯ ОНІЩЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ОЛЕСЯ ОТРАДНОВА, д. юрид. наук, доц.; УЛЯНА ПАРПАН, д. юрид. наук, проф.; НАТАЛІЯ ПАРХОМЕНКО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ПЕТРО ПАЦУРКІВСЬКИЙ, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР ПЕТРИШИН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; РОМАН ПЕТРОВ, д. юрид. наук, проф.; ПИЛИП ПИЛИПЕНКО, д. юрид. наук, проф.; МИКОЛА ПОГОРЕЦЬКИЙ, д. юрид. наук, проф.; СЕРГІЙ ПОГРІБНИЙ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕГ ПОДЦЕРКОВНИЙ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; БОРИС ПОЛЯКОВ, д. юрид. наук, проф.; ЮРІЙ ПРИТИКА, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР ПРОКОПЕНКО, к. юрид. наук; МИХАЙЛО САВЧИН, д. юрид. наук, проф.; ІРИНА СЕНЮТА, д. юрид. наук, проф.; ОЛЬГА СЕРЕДА, к. юрид. наук, доц.; СВІТЛАНА СЕРЬОГІНА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕКСАНДР СКРИПНЮК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; КСЕНІЯ СМІРНОВА, д. юрид. наук, проф.; МИХАЙЛО СМОКОВИЧ, д. юрид. наук; ІННА СПАСИБО-ФАТЄЄВА, д. юрид. наук,

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

проф., чл.-кор. НАПрН України; Семен Стеценко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Марина Стефанчук, д. юрид. наук; Микола Стефанчук, д. юрид. наук, доц.; Хірохіде Такікава (Hiroyide Takikawa), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Труба, к. юрид. наук, проф.; Віталій Уркевич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Владислав Федоренко, д. юрид. наук, проф.; Спиридон Флогатіс (Spyridon Flogaitis), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Світлана Фурса, д. юрид. наук, проф.; Джабір Халілов, к. юрид. наук, доц. (Азербайджан); Євген Харитонов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Сергій Харитонов, д. юрид. наук, доц.; Наталія Хуторян, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Чирич (Oleksandr Ciric), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Юрій Чумак, к. юрид. наук.; Валерій Шепітько, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Оксана Щербанюк, д. юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (Yasuko Yamada), Prof. (Japan); Олександра Яновська, д. юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національний університет “Киево-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ; Юридична фірма “Юрлайн”; Науково-дослідний центр судової експертизи з питань інтелектуальної власності Міністерства юстиції України

ПАРТНЕРИ

АО “Адвокатська компанія ‘Кайрос’”; ГО “Ліга професорів права”; Юридичний портал *Ratio Decidendi*; Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України; Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:
“ПРАВОВА ДОКТРИНА ЯК ЧИННИК ТВОРЕННЯ
ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ:
ДОКТРИНА ІНСТИТУТІВ І ГАЛУЗЕЙ ПРАВА”

Вступ до актуальної теми

Микола Панов
Правова доктрина та її значення для практики правотворення,
правозастосування і розвитку юридичної науки:
методологічні аспекти дослідження. 9

I. Правова доктрина України крізь призму європейських цінностей

Петро Рабінович
На шляху до формування доктрини
основоположних прав людини 23

II. Доктрина конституційного права України

Михайло Савчин
Конституційна юстиція в умовах сучасної трансформації права. 39

III. Доктрина кримінального права і процесу

Микола Панов
Доктрина кримінального права України 81
Василь Нор, Оксана Капліна
Роль доктрини в забезпеченні еволютивної динаміки
кримінального процесуального права. 105

IV. Доктрина міжнародного публічного права

Олексій Кресін
Відповіді на гібридні загрози:
міжнародний досвід і законодавство України 131

V. Доктрина в практиці Європейського суду з прав людини

Ірина Гловюк, Олександр Дроздов, Віктор Завтур, Олена Дроздова
До розробки концепту позитивних зобов'язань держави
у сфері прав людини у кримінальному провадженні
(на прикладі статті 2 Конвенції про захист прав людини
і основоположних свобод) 156

ПРАВО УКРАЇНИ • 2022 • № 1 • 5-6

ЗМІСТ

ДИСКУСІЇ ТА ОБГОВОРЕННЯ

ПЕТРО ШЛЯХТУН, ВАЛЕРІЙ КОЛЮХ Множинне громадянство в Україні: чи відкриємо “скриньку Пандори”?	190
--	-----

СЛОВО МОЛОДИМ ВЧЕНИМ

РОДІОН ПОЛЯКОВ Характеристика інституту визнання правочинів недійсними у процедурі банкрутства в Україні	203
АНАТОЛІЙ ЛИТВИНЕНКО Касаційна практика Верховного Суду в справах щодо захисту персональних даних у сфері охорони здоров'я	214

ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

За відсутності доктринальної єдності, Суд не може покластися на якийсь один доктринальний підхід, натомість дотримуватиметься судової практики, яка одержала наукове осмислення	237
---	-----

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:
“LEGAL DOCTRINE AS A FACTOR OF ESTABLISHMENT
AND FUNCTIONING OF STATE GOVERNED
BY THE RULE OF LAW:
DOCTRINE OF INSTITUTIONS AND BRANCHES OF LAW”

Introduction to the Central Topic

MYKOLA PANOV

Legal Doctrine and Its Significance for the Practice of Lawmaking,
Law Enforcement and Development of Legal Science:
Methodological Aspects of the Study..... 9

I. Legal Doctrine of Ukraine Through the Prism of European Values

PETRO RABINOVYCH

Towards the Origination of a Doctrine
of Fundamental Human Rights 23

II. Doctrine of Constitutional Law of Ukraine

MYKHAILO SAVCHYN

Constitutional Justice in the Conditions of Modern
Transformation of Law 39

III. Doctrine of Criminal Law and Procedure

MYKOLA PANOV

Doctrine of Criminal Law of Ukraine 81

VASYL NOR, OKSANA KAPLINA

The Role of Doctrine in Ensuring the Evolutionary Dynamics
of the Criminal Procedural Law 105

IV. Doctrine of International Public Law

OLEKSIY KRESIN

Countering Hybrid Threats:
International Experience and Ukrainian Legislation 131

ПРАВО УКРАЇНИ • 2022 • №1 • 7-8

TABLE OF CONTENTS

V. Doctrine Under Caselaw of the European Court of Human Rights

IRYNA HLOVIUK, OLEKSANDR DROZDOV, VIKTOR ZAVTUR, OLENA DROZDOVA
To the Development of a Concept of Positive Obligations of the State
in the Sphere of Human Rights in Criminal Proceedings
(on the Example of Article 2 of the Convention)..... 156

DISCUSSIONS AND DEBATES

PETRO SHLIAKHTUN, VALERIY KOLYUKH
Multiple Citizenship in Ukraine: Pandora's Box to Open? 190

SECTION FOR YOUNG SCHOLARS

RODION POLIAKOV
Characteristic of Institute of Invalidation of Transactions
in Bankruptcy Procedure in Ukraine..... 203
ANATOLIY LYTVYNENKO
Cassational Practice of the Supreme Court
in Cases Relating to Data Protection in the Sphere of Healthcare..... 220

DOCTRINE IN CASE LAW

In the Absence of Doctrinal Unity, the Court Cannot Rely
on a Single Doctrinal Approach, but will Instead Adhere
to Scientifically Sound Case Law 237

Актуальна тема номера:

“ПРАВОВА ДОКТРИНА ЯК ЧИННИК ТВОРЕННЯ
ТА ФУНКЦІОНУВАННЯ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ:
ДОКТРИНА ІНСТИТУТІВ І ГАЛУЗЕЙ ПРАВА”



Микола Панов

доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
голова координаційного бюро з проблем кримінального
права відділення кримінально-правових наук НАПрН України,
професор кафедри кримінального права № 2
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
criminallaw2v@gmail.com

ВСТУП ДО АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

ПРАВОВА ДОКТРИНА ТА ЇЇ ЗНАЧЕННЯ
ДЛЯ ПРАКТИКИ ПРАВОТВОРЕННЯ, ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ
І РОЗВИТКУ ЮРИДИЧНОЇ НАУКИ:
МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ДОСЛІДЖЕННЯ

І. Реалізація ідеї розвитку та зміцнення правової держави “Україна”, формування і визначення її завдань, форм і методів діяльності та функцій, здійснення конституційного принципу верховенства права в усіх сферах соціально-правового життя суспільства і держави, реальне забезпечення прав і свобод людини та громадянина органічно пов’язані з подальшим і поглибленим пізнанням та усвідомленням *права*, виявленням його дійсної ролі як *засобу регулювання і розвитку суспільних відносин*. Особливе значення у цьому має розроблення проблеми правової доктрини, яка ще не отримала належної уваги в юридичній науці як на рівні загальної теорії права, так і на рівні галузевих правових наук. Утім, науковий аналіз цієї проблеми має не тільки важливе теоретичне значення для розвитку юридичної науки, а й надзвичайно важливе практичне значення у сфері правотворчої і правозастосовної діяльності.

Розроблення проблеми правової доктрини, як і кожної іншої наукової проблеми, безперечно, поєднане з необхідністю визначення методологічних підходів її дослідження, оскільки правова доктрина, як об’єкт наукового пізнання, є доволі складним за формою, змістом і функціо-

нальним призначенням правовим явищем. Вважаємо, що дослідження цієї проблеми може проводитись на різних рівнях узагальнення (*порівневий підхід*): на рівні *загальної теорії правової науки* (філософії права, загальної теорії права) і на рівні *галузових правових наук*.

На перший погляд більш ефективним і результативним із цих підходів є дослідження правової доктрини на рівні галузі права. Оскільки вона надає можливість більш конкретно й предметно вивчити цю проблему з урахуванням особливостей відповідної галузі права, зокрема, її предмета і методів, функцій та засобів правового регулювання, інших особливих і специфічних властивостей.

Однак у методологічному відношенні цей підхід не враховує *загальних властивостей*, притаманних правовій доктрині, які є однаковими (єдиними) безвідносно до її галузевої належності: щодо змісту, форми, видів, функцій цього правового феномену як складового права, і на цій підставі не може бути визнаним досконалим. Тут необхідно враховувати і дотримуватися загальновідомого і визнаного філософського твердження, згідно з яким той, хто береться за рішення окремих (конкретних) питань, без попереднього вирішення загальних, той кожний раз несвідомо для себе буде натикатися на ці загальні (не вирішені) питання. Отже, розгляд проблеми правової доктрини має проводитись з точки зору методологічного підходу, перш за все, на рівні загальної теорії правової науки. Напрацьовані результати досліджень виконують при цьому роль теоретичного (і методологічного) підґрунтя розробки – як *парадигма* – правової доктрини на рівні галузових правових наук (*дедуктивний метод*). Запропонований підхід при цьому не виключає (а, навпаки, припускає), на нашу думку, можливість (чи необхідність) активного впливу і використання позитивних досліджень (та їхніх результатів) галузевої науки для розроблення або удосконалення тих чи інших положень правової доктрини, що розробляється загальною теорією правової науки для можливої (чи необхідної) корекції (екстраполяція) положень правової доктрини, що розробляються цією загальнотеоретичною правовою наукою (*індуктивний метод*).

На рівні загальнотеоретичних досліджень (із філософії права та загальної теорії права) проблема правової доктрини розглядалася у працях вітчизняних науковців, зокрема С. Максимова, І. Семеніхіна, Є. Євграфової, М. Мочульської. На рівні галузових наук ці проблеми були предметом дослідження у наукових працях А. Гетьмана, А. Костенко, М. Панова, І. Сенюти та ін. За всіх відмінностей (навіть суттєвих) трактування цього феномену згадані вище автори до основних його синтезованих ознак обґрунтовано відносять такі: 1) тісний зв'язок правової доктрини з юридичною (правовою – *М. П.*) наукою; 2) наявність загального визнання юридичною спільнотою знань, що становлять зміст правової доктрини

ни; 3) значний вплив правової доктрини на основні елементи правової системи: правотворчість (зміст права і законодавства), правозастосування і правосвідомість, а також на розвиток юридичної науки. Ці основні (та деякі інші – додаткові) характеристики доктрини є суттєвими і заслуговують сприйняття як важливі й необхідні для дослідження проблеми правової доктрини.

II. Надто важливим, навіть центральним, напрямом наукового аналізу цієї проблеми, на наше переконання, є необхідність розроблення загального поняття (*на рівні родового поняття*) *правової доктрини*, яке загалом могло б задовольняти (як логіко-юридична модель) потреби розроблення і формування понять доктрини галузей права, а також для з'ясування суті, змісту, форми, видів, функцій доктрини як на загальнотеоретичному, так і на галузевому рівнях. Відзначимо: у зв'язку з тим, що формування загального поняття "правова доктрина" унаслідок складної структури предмета цього поняття, інтегративних зв'язків елементів, його змісту та багатогранності предмета дослідження (правової доктрини) визначити за допомогою традиційної логічної операції "визначення через найближчий рід і видову відмінність" не є можливим. Тому у цьому випадку вважаємо за доцільне застосування логічної операції, подібної до визначення – *опис*, – що надасть можливість дійти достатньо повного уявлення про предмет дослідження, його суттєві та найбільш важливі (що проявляються як закономірність) *рис*и і *властивості*, на підставі яких можна сформулювати загальне поняття правової доктрини і визначити зміст цього поняття на рівні дефініції (як правове родове поняття).

По-перше. Відзначимо, що правова доктрина являє собою систему знань про право як сукупність правових норм, що уможлиблюють існування суспільства і держави через визначення меж свободи, відображених у правових та юридичних обов'язках суб'єктів суспільних відносин, реалізація яких підтримується державою. Вказані знання стосуються права загалом, а також його галузей, інститутів, правових норм юридичних конструкцій, інших нормативно-правових утворень. Залежно від рівня розробленості і ступеня досконалості й аргументованості, логіко-юридичних особливостей і функцій ці знання можуть мати різний характер, форму, визначення і виражатися переважно у виді правових ідей, концепцій, теорій та вчень.

Правова ідея – це форма пізнання явищ (об'єктів) та процесів у сфері права і держави, що включають у себе мету і методи та засоби їх пізнання та подальшого удосконалення і розвитку засобів правового регулювання.

Правова концепція являє собою певний спосіб розуміння і пояснення існування і розвитку правових явищ, керівна (основоположна) ідея, визначальний принцип і "механізм" вирішення проблеми, визначення

напрямів та етапів (стадій) розвитку і реалізації отриманих знань у сфері права.

Правова теорія означає комплекс знань у формі узагальнених поглядів, уявлень, ідей, концепцій щодо з'ясування суті, форми і змісту певних сфер науки та практики права, спрямованих на подальше його пізнання, на розвиток та удосконалення діючого права (законодавства) і практики його застосування.

Вчення – це сукупність відносно завершених, фундаментальних систематизованих знань у певній сфері науки і практики права (предмет наукового пізнання), що мають вагоме наукове і практичне значення, містять глибокий аналіз певної сфери діючого права і практики його застосування та аргументованих пропозицій щодо їх удосконалення і розвитку. Вказані форми знань у сфері права тісно пов'язані між собою, можуть доповнювати одне одного, бути у відносинах перетинання або підпорядкування і тому перебувати в органічній єдності. Але в усіх випадках ці знання мають бути об'єктивними, достовірними, мати суттєве теоретичне й емпіричне обґрунтування їхніх суті, змісту і значення.

По-друге. Правова доктрина завжди виявляє себе як підсумок (результат) наукового пізнання права (його сутності, змісту), а також практики правотворення і правозастосування (судової практики). Інакше кажучи, предметом пізнання у цьому випадку є широка (вся) сфера права, що включає в себе не тільки позитивне (діюче) право, – законодавство, – а й стадії правотворення і правозастосування. Тому цю сферу знань більш правильно називати “правовою доктриною”, а не “юридичною доктриною” як пропонують окремі науковці, тим паче, що термін “юридична доктрина” пов'язується, головним чином, тільки із позитивним правом у його нормативно-правовому вимірі (наявним та чинним законодавством) і не охоплює, зокрема, принципів права, правотворення та правозастосування, що мають надто важливе значення для розроблення правової доктрини.

Знання у сфері права, що становлять зміст правової доктрини за своїм походженням, природою і суттю, мають, безперечно, науковий характер, оскільки є результатом інтелектуально пізнавальної діяльності, основу якої становлять аналіз і синтез, узагальнення, абстрагування, сходження від конкретного до абстрактного і навпаки, а також використання правил формальної логіки і законів діалектики пізнання. При цьому змістовно вони значною мірою обумовлені (детерміновані) предметом правового регулювання – суспільними відносинами, що виникають (функціонують) у суспільстві між суб'єктами соціального буття – особами фізичними і юридичними. Надто важливим також є те, що доктринальні знання завжди знаходять відображення і закріплення в системі правових категорій і понять та юридичних термінів – елементів понятійного апарату

ту як обов'язкової складової правової науки, за допомогою яких доктринальні положення права включаються, зокрема, у зміст діючого права.

Особливістю наукових знань, що становлять зміст правової доктрини, є те, що вони є підсумком (результатом) пізнання не всіх, а лише фундаментальних (від латин. *fundamentus* – великий, основний, головний) положень права, його базових основ як теоретичного, так і прикладного характеру: сутності і явища, змісту і форми, завдань і функцій, системи і структури права, теорії і практики правотворення і правозастосування, підстав і умов формування правових новел (норм, інститутів, навіть галузей права). У цьому сенсі доктринальні знання (доктрина права) завжди мають засадничий (від *асада* – основа, підстава, база, головне положення) та установчий (від *установлювати* – формувати, визначати, засновувати, започатковувати) характер, становить *основу права і його структурних елементів*. Отже, правова доктрина органічно пов'язана з правовою (юридичною) наукою по суті, змістовно і загалом, є її підсумком (результатом). Однак очевидно, ці явища не тотожні, їх не можна розглядати як слова-синоніми, що інколи має місце серед науковців. Правова доктрина – це специфічний нормативно-правовий феномен, який об'єктивно являє собою складний, комплексний блок знань (ідей, теорій, концепцій, учень), що оптимально поєднує сучасні досягнення у сфері фундаментальних положень науки (перш за все правової науки), а також знань прикладного характеру у сфері правотворення та в обґрунтованій і визнаній практиці застосування норм діючого права. У зв'язку з викладеним є підстави стверджувати, що *не кожне положення правової науки можна відносити до класу доктринальних, але кожне положення правової доктрини є науковим за походженням, природою і суттю, базується на положеннях науки, ба більше, є “квінтесенцією” досягнень науки і практики правотворення та правозастосування*.

По-третє. Правова доктрина є складним об'єктом і являє собою систему знань, тобто упорядковану сукупність її складових, об'єднаних структурних одиниць, що перебувають у тісних відносинах і взаємозв'язках між собою та утворюють внаслідок цього певну цілісність як єдиний об'єкт. В основу визначення системи правових знань, що становить зміст доктрини, може бути покладено систему права або галузей права, що складаються, як правило, із Загальної та Особливої частин, а ті, зі свого боку, поділяються на інститути, а останні – на норми, юридичні конструкції та інші нормативно-правові утворення. Ця система має, безумовно, важливе значення для визначення змісту і властивостей правової доктрини. Але головною особливістю системного підходу, зокрема і в дослідженнях правової доктрини, є те, що він орієнтує на встановлення перш за все властивостей цілісного об'єкта, з виявленням багатоманітних зв'язків і властивостей його структурних елементів, їх

співвідношення між собою і впливу на ціле, що надає можливість більш глибоко дослідити як складові елементи, так і системний об'єкт загалом. У зв'язку з цим правову доктрину, з урахуванням обсягу узагальнення, є підстави поділяти на *загальну доктрину права* (загальнотеоретичний рівень) і на *галузеві доктрини права* (відповідно до поділу права на галузі). Водночас у межах кожної із цих видів правової доктрини є підстави виокремити загальні (основні) та часткові (окремі чи спеціальні) *положення (правоположення) правової доктрини* (правоположення як складові частини цілого, тобто доктрини права). Загальні положення доктрини завжди є елементами загальної або галузевих доктрини права. Ці *загальні положення доктрини* (і загальної, і галузевої) мають найбільш високий рівень узагальнення права або його галузей, у них відображаються наукові ідеї, теорії, концепції, вчення з права (або його галузей), що мають фундаментальний характер і закріплюються у різних джерелах, зокрема і в правових актах: визначення права (чи його галузі) і законодавства, їх сутності і змісту, принципів, категорій права, його завдань, функцій, структури – це загальні, фундаментальні правові положення доктрини права. За обсягом загальні положення доктрини визначають сутність і зміст права (або певної галузі права) загалом, або більшість його основних інститутів та інших базових нормативно-правових утворень (принципів, категорій тощо). *Часткові* (окремі чи спеціальні) *положення доктрини* (загальної і галузевих) відносяться до сфери інститутів права, інших укрупнених нормативно-правових утворень (як на загальнотеоретичному, так і на галузевому рівнях), мають більш обмежений, менш узагальнений і тому більш конкретизований (деталізований) характер. Але в усіх випадках *часткові положення доктрини* спираються на загальну доктрину та її положення як на відправну й установчу. У цьому сенсі всі означені види доктрин слід розглядати як доволі узгоджену і водночас складну систему доктринальних знань. Отже, *загальна (чи галузева) доктрина і доктринальні правоположення* (і загальнотеоретичного, і галузевих рівнів) співвідносяться між собою як співвідносяться категорії “ціле” і “частка”, є логічно-узгодженими доктринальними утвореннями, доповнюють одна одну й у своїй єдності становлять цілісну систему фундаментальних наукових ідей, теорій, концепцій, учень про право, тобто утворюють правову доктрину як таку.

По-четверте. Знання, що становлять зміст правової доктрини, повинні мати *сталий, стійкий і вагомий (переконливий) характер*, що обумовлено багатьма факторами, перш за все підставами (об'єктивними умовами) та джерелами і процедурою їх формування та визначення. Положення доктрин, зміст яких становлять відповідні правові ідеї, концепції, теорії або вчення можна визнавати сталими, за умов, що вони ґрунтуються на об'єктивних потребах соціально-економічного буття і розвитку суспіль-

ства й держави, на положеннях Конституції України, загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права, відправних принципах та установчих положеннях правової системи держави, на сучасних досягненнях науки і позитивному вітчизняному досвіді правотворчої та правозастосовної (судової) діяльності, вибирають знання, погляди і досвід попередніх поколінь правознавців, враховують національні традиції, базуються на правосвідомості і правовій культурі суспільства і відповідають та відображають сучасні наукові досягнення і досвід правотворення та правозастосування інших держав. При цьому надзвичайно важливим є те, що положення доктрини мають бути опрацьовані (опробовані) достатнім і необхідним аналізом із точки зору наукового обґрунтування та ефективності практичного застосування правових норм і інститутів, що базуються на положеннях доктрини й водночас включають їх до свого змісту.

Формалізованими джерелами доктрини можуть бути праці юристів-науковців і юристів-практиків, акти правотворчої діяльності і правозастосування (рішення вищих судових інстанцій), що визнані обґрунтованими і такими, що відповідають сучасним вимогам теорії і практики правотворення і правозастосування. Доктринальні положення, що становлять зміст права, надають йому риси усталеності, стійкості, вагомості, мають загальнообов'язковий характер, володіють всіма властивостями нормативності, а тому становлять специфічний "фрагмент права" як об'єкт пізнання.

По-н'яте. Знання, що становлять зміст правової доктрини, як результат (підсумок) наукових досліджень фундаментальних проблем права, мають бути доведені до відома населення, наукової спільноти, широкого кола юристів-науковців і юристів-практиків. Ці знання відображаються в опублікованих наукових працях, актах застосування права (головним чином, у судових рішеннях), у науково-практичних коментарях до законодавства і судової практики, підручниках із права тощо. Але особливе й надзвичайно важливе значення має відображення і юридичне закріплення правової доктрини та її положень у змісті нормативно-правових актів: у правових нормах, юридичних конструкціях та інститутах. Всі вказані види визначення (фіксації) доктрини мають супроводжуватись їх вивченням і достатньо широким обговоренням (аналізом) науковою спільнотою і професійними працівниками юстиції відповідних ідей, поглядів, теорій, учень, на яких базуються відповідні доктринальні правові положення, а також сутність, зміст і форма цих положень, із точки зору їх реального значення для науки та практики правотворення і правозастосування. У разі переважного їх схвалення як прийнятних і таких, що мають суттєве наукове й практичне значення для регулювання суспільних відносин, вони сприймаються суспільством і державою і в такому

випадку отримують значення не тільки *сталих*, а й *визнаних правових положень*, тобто набувають значення (статус) положень правової доктрини.

З'ясування основних і суттєвих рис (властивостей) правової доктрини дає підстави для визнання їх суттєвими ознаками цього феномену і визначення його родового поняття на дефінітивному рівні. Вважаємо, що *під правовою доктриною слід розуміти збірне наукове юридичне поняття, зміст якого становить складна та цілісна система сталих і визнаних знань у вигляді ідей, теорій, концепцій або вчень щодо фундаментальних (засадничих та установчих) положень права як його основи: сутності, змісту і форми, завдань, функцій, закономірностей і підстав формування та розвитку, а також оптимальних правил і прийомів правотворення та правозастосування.*

III. Описове визначення загального поняття “правова доктрина” (на рівні родового поняття) хоча і висвітлює основні риси цього явища, головним чином, з позиції форми права, утім, є надто узагальненим і доволі абстрактним логіко-юридичним утворенням. Його зміст недостатньо визначений. Тому для подальшого і поглибленого вивчення правової доктрини як складного системного (структурованого) об’єкта і складової права (його специфічного фрагмента) вважаємо за можливе і доцільне виокремлювати у змісті доктрини основні структурні елементи (одиниці), що відрізняються між собою особливостями форми їх виразу і можуть розглядатись як особливі складові елементи доктрини, що конкретизують її загальне поняття. Залежно від цього показника вважаємо за можливе виокремити такі структурні елементи змісту правової доктрини, як її різновиди: 1) основоположні принципи права; 2) категорії права; 3) постулати права; 4) окремі фундаментальні правоположення як елементи права. Кожний із цих елементів правової доктрини характеризується особливостями їх форми, але всім їм, водночас, притаманне те, що вони мають всі розглянуті раніше властивості знань доктринального характеру – це елементи доктрини права, що відображають її сутність, є “носіями” доктрини і відносяться до класу *загальних положень правової доктрини* (як загальної, так і галузевої).

1. *Принципи* (від латин. *principium* – *початок, основа*) права – це базові, установчі ідеї та засади, які визначають сутність, зміст, мету, завдання і функції права, а також його інститутів, норм, юридичних конструкцій та ін. До них відносяться принципи: верховенства права (мегапринцип); законності; юридичної визначеності правових норм; гарантування і захисту основоположних прав і свобод людини та громадянина; рівності перед законом; єдності прав та обов’язків; заборони зловживання правами та ін. При дослідженні і формуванні галузевих доктрин до їхнього змісту додаються також галузеві (та міжгалузеві) принципи. Принципи

права за їхнім змістом базуються на сучасних цивілізованих морально-етичних і соціально-культурних цінностях, на філософських ідеях демократизму, справедливості, гуманізму, свободі, рівності і водночас відображають їх у своєму змісті. У системі права принципи мають надзвичайно важливе значення. Вони визначають сутність права, його світоглядні ідеї, мають універсальне значення та невизначений строк існування, є апогеєм правосвідомості і правової культури суспільства, надають праву стійкий, визначений і стабільний характер. Принципи права як доктринальні положення “пронизують” всю нормативну сферу права, зокрема і правові ідеї, теорії, концепції, вчення, значною мірою визначають зміст, сутність, межі дії права, його інститутів, норм, юридичних концепцій, а тому мають велике значення в правотворчій діяльності. Водночас ці принципи знаходять відображення і закріплення у нормативно-правових актах, у змісті структурних елементів цих актів. Лише при такому підході можна стверджувати про необхідну наукову обґрунтованість правотворення і чинного законодавства, які мають базуватись на доктринальних положеннях права, зокрема, на принципах права.

Як доктринальні положення, принципи права мають також велике значення у правозастосовній діяльності, особливо в ситуаціях недоліків правового регулювання, обумовлених колізіями правових норм (або інститутів) чи прогалинами правових засобів (при їх відсутності). У подібних випадках при прийнятті правових рішень необхідно керуватися правовими принципами гуманістичного (або демократичного) характеру, при цьому беручи до уваги (як орієнтир) конституційне положення, визначене в ч. 3 ст. 62 Конституції України, згідно з яким ‘усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь’. Врахування змісту правових принципів, безумовно, надає можливість правильно застосовувати норми законодавства, приймати справедливі рішення при визначенні заходів правового характеру, зокрема, за вчинене правопорушення. Як елементи доктрини, принципи забезпечують якість й ідеологічну спрямованість правового регулювання суспільних відносин, забезпечують їх нормальне функціонування, удосконалення і розвиток.

2. Категорії права являють собою найбільш широкі за обсягом наукові поняття, у змісті й ознаках яких відображаються і фіксуються в узагальненому вигляді найзагальніші й найсуттєвіші риси (властивості) нормативно-правових утворень (норм, інститутів, юридичних конструкцій, понять, юридичної термінології), а також явищ (фактів) реальної дійсності у сфері права. До категорій права можна віднести такі: “право”, “закон”, “правопорядок”, “правопорушення”, “юридична конструкція”, “покарання”, “юридична відповідальність”, “правові відносини”, “склад правопорушення” та ін. При розробленні доктрин галузевого права до змісту доктрини галузі права додаються галузеві категорії, які в єдності

із загальноправовими категоріями суттєво впливають на зміст галузевих доктрин. Категорії кримінального права виконують надзвичайно важливу *консолідуючу функцію*. Інтегруючи знання, що фіксуються у правових поняттях, що позначаються юридичними термінами, категорії узагальнюють відповідні знання за їх за предметною і змістовною належністю, виокремлюють і акумулюють у своїх ознаках найбільш загальні та суттєві риси, що властиві відповідним правовим явищам (об'єктам) соціально-правової реальності і відображаються у категоріях на рівні загального. Категорії права як доктринальні положення мають важливе теоретичне і практичне значення для упорядкування всього масиву знань у сфері права, забезпечують приведення всієї сукупності правових понять і відповідної їм термінології у певну систему: надають можливість більш глибоко пізнавати право, вибудовувати систему понятійних рядів як надзвичайно важливих елементів категоріально-понятійної системи права.

3. *Постулати права – це узагальнені правоположення аксіоматичного характеру, що доповнюють і конкретизують принципи і категорії права, відображають суттєві його риси і є загальновизнаними*. Високий рівень формалізації та узагальнення основних ознак і властивостей норм та інших нормативно-правових утворень права і законодавства та найбільш важливих і сталих практик їх застосування надає можливість розробляти і формувати узагальнені правоположення аксіоматичного характеру – постулати права (від лат. *postulatum* – вимога, твердження, яке приймається без доведення як вихідне, незаперечна істина), що дає підстави визнавати їх як важливі елементи змісту доктрини права, оскільки відображають і визначають його сутність, основні риси й функції. Постулати права органічно поєднують у собі сталі, в низці випадків, багатовікові та загальновизнані знання і стабільний позитивний досвід у сфері права і практики його застосування. Деякі з них відомі ще з часів Стародавнього Риму, наприклад, “*non bis in idem*” – “не двічі за одне і те саме”; “*nullum crimen et nulla poena sine lege*” – “немає злочину, немає покарання, якщо воно не передбачено в законі” та ін.

4. *Окремі правоположення, що мають фундаментальний характер*, – це інші нормативно-правові утворення, які містять приписи загального характеру і мають засадниче й установче значення, наприклад, “зміст права власності”, “сукупність кримінальних правопорушень”, “загальні правила накладення стягнення за адміністративні правопорушення” тощо. Їхня функціональна роль полягає у тому, що вони забезпечують реалізацію базових (установчих) положень доктрини, доповнюють, конкретизують і розвивають принципи, категорії та постулати права як основні елементи змісту правової доктрини.

Розглянуті основні форми прояву змісту доктрини завжди опосередковуються і закріплюються системою науково-правових понять і юридичних термінів (понятійного апарату), як логіко-семантичних засобів відображення і фіксування доктрини та її положень у змісті правових норм та інших нормативно-правових утворень права як певних ідей, теорій, концепцій, учень, які в їх поєднанні становлять основу знань, що являють собою зміст доктрини права та її положень у різноманітні видів і форм прояву.

IV. Знання, що становлять зміст доктрини, у всіх розглянутих вище формах і видах, як відзначалося раніше, є результатом (підсумком) наукового пізнання теоретичних і прикладних фундаментальних положень права. Проте вказані знання, для визначення їх як доктринальних, мають бути неодмінно *сталими та визнаними* суспільством і державою. Тому обов'язковою умовою процедури визнання правових знань як таких, що мають практичну й теоретичну (доктринальну) значущість, є, як відзначалося раніше, *доведеність вказаних знань до відома населення, наукової юридичної спільноти та юристів-практиків у вигляді наукових публікацій (зокрема, у науково-практичних коментарях до законодавства), в актах застосування права (у судових рішеннях) та в змісті нормативно-правових актів діючого права (законодавства)*. Отже, обов'язковою умовою визнання правових знань як доктринальних (щоб вони могли бути визнаними) є їхня доведеність до відома населення, тобто легалізація в одній із названих форм. Звідси можна стверджувати, що *легалізація знань про право є суттєвою та обов'язковою ознакою правової доктрини*. Тому залежно від джерел і форм, в яких легалізуються правові знання, що становлять правову доктрину, їх можна поділяти на певні види доктрини: на *наукову* (виключно наукову), *судову й офіційну*. *Наукова правова доктрина* являє собою доктринальні правові знання у вигляді фундаментальних правових ідей, концепцій, теорій, учень, що опубліковані в наукових працях та інших подібних виданнях і їхній зміст доведений до відома юридичної спільноти. *Судова правова доктрина* – це система фундаментальних правових положень щодо застосування права, які викладені в змісті офіційних правових актів вищих судових інституцій України, що набрали законної сили. *Офіційна доктрина* – це система правових положень, в яких знаходять змістовне відображення правові ідеї, теорії, концепції, вчення фундаментального характеру, що становлять зміст правових норм, інститутів, юридичних конструкцій, інших нормативно-правових утворень як структурних елементів чинних нормативно-правових актів.

Офіційна доктрина (від лат. *officium* – служба – те, що регулюється державою, державною установою) серед викладених видів доктрини має особливе і надзвичайно важливе значення. Цей вид доктрини має

всі суттєві ознаки, притаманні загальній доктрині права, елементами змісту якої (за формою їх виявлення) є відправні правові принципи, категорії, правові постулати й інші фундаментальні правоположення як елементи права. Водночас офіційна правова доктрина характеризується також додатковою обов'язковою ознакою, а саме – ця доктрина (чи її положення) може набувати статус офіційної лише рішенням спеціального уповноваженого законодавчого органу держави – Верховною Радою України, що впливає зі змісту статей 8, 75, 92 Конституції України. Висновок щодо віднесення легальної правової доктрини (чи її положень) до *офіційної* формується, за загальним правилом, на підставі аналізу і тлумачення правових норм, юридичних конструкцій та інститутів *чинного законодавства* України, які доволі часто змістовно базуються на цих доктринальних правоположеннях (визнаних, таким чином, законодавцем офіційно). Доктрина також може бути визнана офіційною у певній галузі права окремим правовим актом Верховної Ради України, наприклад, постановою, що, на нашу думку, є доцільним для упорядкування правотворчої діяльності у відповідній сфері. Водночас доктринальні правоположення щодо засад цивільно-правової відповідальності, діянь, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями та відповідальність за них (а також і відповідні доктрини – М. П.), згідно з п. 22 ст. 91 Конституції України мають визначатися виключно законами України.

V. Функції правової доктрини. У наукових дослідженнях права функціональний підхід своєю метою має надання відповіді на запитання: “для чого?”, “яка роль?”, “яке значення?” того чи іншого інституту, норми чи іншого елемента в системі права та у відповідній сфері пізнання. Найбільш повно і детально функції доктрини права виявляються на рівні галузевих досліджень. У *загальнотеоретичному аспекті* ці функції зводяться у своїй основі до такого.

1. Правова доктрина як система фундаментальних знань у сфері права: ідей, концепцій, теорій, учень становить теоретико-прикладну основу права високого рівня узагальнення і тому значною мірою визначає юридичні й соціальні властивості правових засобів регулювання державою, суспільних відносин і сутність, а зміст, світоглядні ідеї і спрямованість права та правової системи загалом, правотворчості і правозастосування, забезпечує удосконалення і розвиток законодавства, сприяє правильному і точному застосуванню норм чинного законодавства, суттєво впливає на формування правосвідомості і правової культури суспільства й громадянина на розвиток юридичної науки.

2. Як результат (підсумок) наукового пізнання фундаментальних положень права, а також теоретичних і прикладних проблем правотворення і правозастосування, правова доктрина містить досконалі знан-

ня найбільш високого рівня узагальнення у сфері права, які становлять зміст правових принципів, категорій, правових постулатів, окремих правоположень фундаментального характеру. Тому поглиблена розробка доктрини та її положень, визначення їх у праві та включення в чинне законодавство надають йому рис стабільності, упорядкованості та узгодженості, забезпечують внутрішню організаційну єдність і логічне структурування нормативного матеріалу.

3. Доктрина та її правоположення базуються на сучасних досягненнях науки і судової практики, на загальнолюдських цивілізованих морально-етичних і соціально-культурних цінностях, сучасних філософських ідеях і теоріях. У зв'язку з цим не можуть визнаватися правовими новелами і сприйматися проекти нормативно-правових актів, що містять нормативно-правові положення, які мають у своїй основі елементи доктринального рівня, але не відповідають ознакам (як вимогам) доктрини, зокрема з точки зору їх науково-теоретичної обґрунтованості і практичної значущості.

4. Доктринальні положення за своїм змістом відповідають ідеям гуманізму, демократизму, справедливості, – визначають зміст правових норм і інститутів, спрямованих на всебічний захист прав і свобод людини та громадянина, мають бути не тільки всебічно розроблені правовою наукою, а й достатньо повно і чітко визначені в змісті законів та відповідних новел, що вносяться в чинне законодавство.

5. Правова доктрина, як фундаментальна складова права, становить його основу і в концентрованому вигляді визначає сутність і зміст права. Тому положення доктрини як узагальнений, суттєвий і достатньо стабільний елемент права значною мірою впливає на формування правової свідомості і правової культури суспільства й народу, визначає також правову культуру професійної діяльності юристів-практиків.

6. Правова доктрина, у наслідок фундаментальності її положень, становить основу права, його галузей і, відповідно, законодавства, надає праву і законодавству стабільний, стійкий характер. Але це не виключає об'єктивної необхідності новелізації законодавства в порядку *de lege ferenda*, що базується також і на положеннях *офіційної доктрини*. У цій ситуації необхідно керуватися принципом: новели, що вносяться до законодавства, не можуть змістовно суперечити положенням чинного законодавства, що базується на положеннях сучасної офіційної доктрини. Інше рішення, сприйняття законодавцем новел, що вносяться до закону і суперечать офіційній доктрині чинного законодавства, можливо лише за наявності безсумнівного та належно аргументованого доведення, за певних обставин теоретичного та практичного характеру, у цих умовах ця доктрина (чи її положення) підлягає, як така, відміні і заміні новою доктриною.

7. Правова доктрина, у змісті її правоположень, містить приписи, що зобов'язують правозастосовувача правильно й точно виконувати вимоги, визначені в правових нормах, юридичних конструкціях інших нормативно-правових утвореннях, які достатньо повно і чітко визначені в змісті закону. Водночас в окремих випадках, положення доктрини (наприклад, принципи права) можуть виконувати функції *джерела права* (у галузях права, які не містять заборону застосування закону за аналогією) у випадках недоліків правового регулювання (за відсутності або колізії правових норм відносно конкретних суспільних відносин), а також у випадках, коли приписи права викладені в правових нормах у надто узагальненому (абстрактному) і не визначеному вигляді.

8. Правова доктрина за своєю суттю є результатом (підсумком) наукових знань у сфері права. Вона, в такому випадку, визначає в концентрованому вигляді вищий теоретико-прикладний щабель отриманих знань як результат фундаментальних і прикладних досліджень. Але при цьому ці знання не можуть розглядатись як абсолютні, завершені й остаточні. Вони орієнтують на виявлення нових закономірностей у правовому регулюванні або на удосконалення чи розвиток вже досягнутих знань. У такому випадку положення доктрини, елементи її змісту, інші суттєві характеристики виступають інструментарієм подальшого наукового пошуку, отримання нових знань, які можуть розвивати, удосконалювати сучасну доктрину чи знаходити нові рішення і положення доктринального характеру.

І. Правова доктрина України крізь призму європейських цінностей

DOI: 10.33498/journ-2022-01-023



Петро Рабінович

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
професор кафедри теорії та філософії права
Львівського національного університету
імені Івана Франка
(Львів, Україна)
rmpetro2009@gmail.com

УДК 341.231.14

НА ШЛЯХУ ДО ФОРМУВАННЯ ДОКТРИНИ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

АНОТАЦІЯ. У статті стисло викладені деякі результати дослідницької діяльності у сфері загальної теорії прав людини, досягнуті протягом останніх 30-ти років науковцями юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка, а також Львівською лабораторією прав людини і громадянина Національної академії правових наук України. Ці результати можуть послугувати фундаментом сучасної вітчизняної доктрини основоположних прав людини.

Метою статті є обґрунтування евристичності потребового методологічного підходу до загальнотеоретичного дослідження ключових аспектів праволюднинної проблематики.

До основних результатів згаданих львівських досліджень належить, насамперед, дефініція загального поняття прав людини, згідно з якою вони являють собою певні можливості людини, які необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку у конкретно історичних умовах, обумовлюються (за їхнім змістом та обсягом) досягнутим рівнем розвитку відповідного суспільства та забезпечуються обов'язками інших суб'єктів.

Згадані у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод терміно-поняття “зміст” і “обсяг” можуть інтерпретуватись як якісні (змістові) та кількісні характеристики таких прав.

Міжнародними стандартами прав людини підставно вважати закріплені у міжнародних актах чи документах, текстуально уніфіковані та функціонально універсальні (для певних міжнародних об'єднань держав) принципи та норми, які фіксують мінімально необхідний або бажаний зміст і/чи обсяг таких прав, зумовлювані досягнутим рівнем розвитку суспільства, а також встановлюють обов'язки держав щодо їхнього забезпечення, охорони і захисту та передбачають за їхнє порушення негативні наслідки юридичного або політичного характеру.

Вихідними, абсолютними стандартами є, по-перше, повага до гідності людини, а по-друге, заборона нелюдського поводження з людиною. У зв'язку з цим пропо-

© Петро Рабінович, 2022

нується авторська дефініція поняття гідності людини, а також поняття людинісного (людяного) поводження.

Ключові слова: поняття прав людини; потребний дослідницький підхід; зміст і обсяг прав людини; міжнародні стандарти прав людини; межі здійснення прав людини; підстави правообмежень.

Метою дослідження є обґрунтування евристичності потребного методологічного підходу до загальнотеоретичного дослідження ключових аспектів праволюднинної проблематики.

З огляду на вже усталену традицію журналу “Право України” оприлюднювати на його сторінках основні положення різноманітних правничих доктрин видавалось би доречним, аби автори у кожному випадку викладали своє розуміння загального поняття такої доктрини. Адже останнє, як відомо, тлумачиться не завжди однозначно.

Тож перш ніж викладати основні ідеї доктрини, зазначеної у назві пропонованої статті, зауважу, що, на мою думку, науковою доктриною підставно вважати *систему теоретичних суджень, спрямованих на їх використання у подальшій науковій, практичній чи навчальній діяльності*.

Є загальновідомим, що стосовно проблеми прав людини у суспільствознавстві (включаючи й юридичну науку) протягом XX–XXI ст. сформувалася неабияка кількість різноманітних доктрин. Не стала винятком й українська теоретична юриспруденція. Одним із проявів цього невідповідного процесу стало те, що протягом останніх декількох років практично в усіх вітчизняних навчальних джерелах із загальної теорії права містяться спеціальні розділи, присвячені праволюднинній проблематиці. (Початок цьому процесу було покладено, дозволю собі нагадати, ще у 1992 р. публікацією київським видавництвом “ВІПОЛ” мого посібника “Права людини та їх юридичне забезпечення. Основи загальної теорії права і держави”.)

Виходячи з позицій загального наукознавства, слід відзначити, що коли йдеться про формування саме доктрини стосовно певного соціального явища, то першим кроком зазвичай має стати змістовна наукова інтерпретація вихідного, базового поняття про нього. У нашому ж випадку йдеться про гранично загальне поняття прав людини, адже саме таке поняття покликане послугувати вихідною концептуально-методологічною засадою, позицією у дослідженні тих явищ, які кваліфікуватимуться як (у статусі) такі права. Тільки спираючись на таке поняття, стає важливим, перш за все, вирізнити права людини з-поміж інших антропо-соціальних феноменів досліджувати такі права як відносно самостійне, якісно специфічне явище.

Ясна річ, розуміння зазначеного поняття в історії політичної і правової думки ніколи не було, не є і, мабуть, і, радше за все, не буде уніфікованим, оскільки воно здійснюється зазвичай на основі різних методоло-

гічних підходів. Але залишається беззаперечним відоме твердження про те, що у будь-якій науці вирішенню більш-менш конкретних, часткових завдань, питань має передувати розв'язання найбільш загальних проблем у відповідній сфері. Отож, і у згаданих підручниках і посібниках із теорії права подані нетотожні дефініції термінопоняття “права людини” (зокрема у працях О. Скакун¹, М. Козюбри², О. Петришина³, Н. Крестовської та Л. Матвєєвої⁴).

Поняття і сутність основоположних (буттєвих) прав людини

Такі права – за їх сутністю та призначенням – є, власне, *буттєвими*, тому що вони забезпечують саме існування людини як біосоціальної істоти. Інакше кажучи, без реалізації, використання, здійснення таких правовиживання і життєдіяльності людини у суспільстві взагалі неможливі. У цьому й вбачається обґрунтування запропонованого терміна – “*буттєві*” для позначення відповідної частини людських прав та її вирізнення з-поміж усього комплексу людських прав. (Утім, буттєві права і свободи нерідко позначаються ще й такими термінами, як: “фундаментальні”, “основоположні”, “засадничі”, “природні”, тому всі такі назви можуть вважатися, так чи інакше, синонімами.)

При цьому видається принципово важливим констатувати, що будь-яка життєдіяльність людини завжди є, по суті, нічим іншим, як процесом задоволення її численних різноманітних потреб.

Отож можна визначити, що буттєві права і свободи – *це певні можливості людини, які необхідні для задоволення біологічних і соціальних потреб її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, об'єктивно зумовлюються досягнутим рівнем розвитку суспільства й забезпечені обов'язками інших суб'єктів.*

Тож наведемо основні властивості цього явища.

По-перше, йдеться про певні можливості людини діяти певним чином або ж утримуватися від певних вчинків – з метою забезпечення собі належного існування і розвитку, а також задоволення тих потреб, які у неї сформувались у відповідному суспільстві. Причому під правами буттєвими слід розуміти саме такі можливості, без яких людина не може нормально існувати. Що означає “нормально”? Відповідь на це запитання якраз і зумовлюється біологічною і соціальною обґрунтованістю потреб людини. Варто наголосити, що саме ці потреби як результат історично-природного та соціального розвитку людства не є незмінними.

¹ Ольга Скакун, *Теорія права і держави: підручник* (4-те вид, Правова єдність 2014) 68.

² Микола Козюбра (ред.), *Загальна теорія права: підручник* (Ваіте 2015) 46–61.

³ Олександр Петришин та інші (ред.), *Загальна теорія права: підручник* (Право 2020) 456.

⁴ Н. Крестовська, Л. Матвєєва, *Теорія держави і права: підручник. Практикум. Тести* (Юрінком Інтер 2020) 199.

По-друге, зміст і обсяг можливостей людини залежать насамперед від можливостей усього суспільства, передусім від рівня його економічного розвитку. І в цьому сенсі буттєві права людини – явище соціальне: вони породжуються переважно самим суспільством, ґрунтуючись при цьому на біологічних властивостях людини, на її антропогенних задатках. Навіть якщо йдеться про можливість задоволення суто біологічних потреб, то у людини їхній реальний зміст, обсяг, форми і засоби задоволення є конкретно-історичними, вони теж здебільшого зумовлюються рівнем розвитку суспільства.

По-третє, ці можливості за їхніми основними, “стартовими” показниками, за їхніми початковими “дозами” мають бути рівними, однаковими в усіх людей. Лише тоді вони будуть правовими (від слів “правильний”, “справедливий”, “праведний”, “виправданий”, “правомірний” тощо).

Тому, по-четверте, вони ніким не можуть бути відібрані, відчужені, відокремлені від людини, а також не можуть вважатись “дарунком” із боку держави чи будь-якої іншої організації або особи.

І нарешті, по-п’яте, щоб охарактеризовані людські можливості були не просто декларативними, обіцяними, а справді реальними, здійсненими, слід неодмінно покласти на якихось інших суб’єктів обов’язок сприяти їхній реалізації або, принаймні, не перешкоджати їх використанню. У протилежному ж випадку такі можливості людини можуть виявитись фіктивними, нереалістичними, нічим і ніким не гарантованими. Інакше кажучи, взаємозалежність буттєвих прав і свобод людини та відповідних їм обов’язків інших учасників суспільного життя є об’єктивною соціально-природною закономірністю, необхідністю. Викладена інтерпретація буттєвих прав і свобод людини ґрунтується на “природному” праворозумінні як одному з різновидів неопозитивістського, ненормативістського праворозуміння, про який ішлося у Вступній частині курсу.

У різних документах, юридичних актах (зокрема, міжнародно-правових і в національному законодавстві), у науковій та публіцистичній літературі часто вживається вираз “права і свободи людини”. Проте відмінність між правами і свободами як соціальними явищами, а також між відповідними поняттями (якщо не вважати їх тотожними) ще й дотепер однозначно не з’ясована навіть на загальнотеоретичному рівні. Тому терміни “права” і “свободи” нерідко використовуються як синоніми. Якщо ж зміст поняття прав людини розкривати через філософську категорію “можливості”, то така його інтерпретація охоплюватиме, напевно, також і поняття свобод людини.

Розуміння прав людини як її певних можливостей можна зустріти, так чи інакше, у працях різних юристів, інших суспільствознавців. Що ж до інших інтерпретацій у сучасній науковій літературі розглядуваного

поняття, то вони найчастіше здійснюються, виходячи з таких методологічних підходів:

1) біологічний (права людини – це виникаючі вже внаслідок самого собою факту її народження певні фізичні потреби (та відповідні їм інтереси));

2) етичний (права людини – це частина, різновид моралі або спосіб, форма її вираження);

3) легістський (права людини – це можливості її поведінки, встановлені законами держави або іншими формально-обов'язковими приписами державних органів (зокрема, судових));

4) психологічний (права людини – це її установки, домагання, “претензії” щодо надання їй певних благ, звернені до держави або до інших суб'єктів соціуму);

5) аксіологічний (права людини – це блага, цінності (матеріальні, духовні, соціальні), необхідні для задоволення наявних – у певних конкретно-історичних умовах – потреб її існування і функціонування);

6) соціальний (права людини – це соціально зумовлені й соціально врегульовані, так чи інакше, можливості (“свободи”) її поведінки. Різновидом такого підходу є вибудований на історико-матеріалістичних засадах підхід – потребовий);

7) релігійний (права людини надані позаземним, нематеріальним творцем, наприклад Богом);

8) космологічний (права людини є наслідком дії Законів Всесвіту, Світового порядку, Світової гармонії).

Усі зазначені вище підходи відображають, так чи інакше, можливі сторони, грані буттєвих прав і свобод, проте тільки категорія можливості дає змогу найбільш адекватно відобразити сутнісну природу таких прав людини.

З огляду на те, що зараз було вжито вираз “сутнісна природа” (явища), видається доречним пояснити, як саме слід розуміти сутність будь-яких соціальних явищ, у чому вона полягає. Отож зауважимо, що соціальна сутність явищ – *це їхня здатність слугувати засобом задоволення потреб суб'єктів суспільства*.

Отже, для того щоб розкрити сутність соціального явища, необхідно встановити: а) потреби яких суб'єктів (тобто чиї потреби) задовольняє досліджуваний феномен: чи потреби окремих індивідів, чи їхніх спільнот, об'єднань чи суспільства загалом, та б) які ж саме види їхніх потреб він задовольняє.

Відображена у наведених вище дефініції загального поняття буттєвих прав людини інтерпретація цього явища якраз і ґрунтується, власне, на *соціально-потребовому* підході. Адже існування і розвиток кожної людини відбуваються зазвичай лише у процесі задоволення її різноманіт-

них потреб, а цей процес, зрозуміло, опосередковується здебільшого такими засобами, які є природно-історичними наслідками діяльності інших суб'єктів, тобто результатами минулого й сучасного суспільного виробництва (як матеріального, так і духовного). Причому відбувається цей процес лише завдяки відносинам, стосункам, зв'язкам цієї людини з іншими людьми та їхніми угрупованнями – соціально зобов'язаними суб'єктами соціуму.

Тому викладене розуміння буттєвих людських прав може бути стисло подане таким твердженням: *будь-яке право людини – це право на задоволення її певних потреб.*

У цьому дістає прояв *гуманістичність* потребової інтерпретації буттєвих прав (і свобод) людини, й у цьому вбачається чи не найістотніша її перевага.

Видається очевидним, що роль різноманітних потреб людини – а отже, й самого процесу їх задоволення – в існуванні та розвитку людини у соціумі є неоднозначною. Зважаючи на таку роль, серед усіх людських потреб виділяють насамперед такі, без задоволення яких життєдіяльність людини взагалі стає неможливою. До останніх зазвичай включають передусім потреби в їжі, в одязі, а також у житлі. (До речі, таке положення закріплене у ст. 48 Конституції України.) Там зазначено, що *‘кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло’*⁵. З огляду на це названі три види людських потреб буде цілком ґрунтовно вважати базовими, тобто фундаментальними, основоположними, засадничими – одне слово, справді *буттєвими*.

Отож, спираючись на викладені міркування, видається слушним зробити висновок про те, що – з позицій потребового підходу – буттєвими правами і свободами людини слід вважати такі, які фіксують її можливості задоволення саме життєво-необхідних потреб.

На завершення ж стисло обґрунтування потребової дефініції термінопоняття “права людини” дозволю собі прокоментувати позицію стосовно розглядуваного тут питання, висловлену вітчизняним фахівцем з теорії людських прав, С. Головатим. У “Передмові” до своєї багатопланової, цікавої праці він зазначив таке: *‘Як відомо, поняття “права людини” не є уніфікованим як у міжнародному законодавстві, так і в національному. А тому я вважаю необґрунтованим наведення власної дефініції’*⁶. Проте оскільки, як відомо, саме загальне поняття про досліджуване явище покликане відображати, фіксувати, власне, *сутнісні*

⁵ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 10.01.2021).

⁶ Сергій Головатий, *Про людські права: лекції* (Дух і Літера 2016) 4–5.

властивості останнього я образно називав відмову від дефініції загального поняття “втечею від сутності”.

Зміст і обсяг буттєвих прав людини

Права людини, як і будь-яке інше явище, характеризуються певними якісними та кількісними показниками. Якісні показники розкриваються насамперед змістом прав людини, а кількісні – обсягом таких прав. Зазначені поняття чи не вперше знайшли відображення у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ) (ст. 47)⁷.

Поняття змісту прав людини та поняття обсягу прав людини містяться, наприклад, у ст. 22 Конституції України. Зокрема, ч. 3 цієї статті встановлює, що при ухваленні нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту й обсягу існуючих прав і свобод. Це положення є дуже важливим, оскільки стосується проблеми обмежування прав людини: адже звуження змісту та зменшення обсягу прав людини якраз і стають основними наслідками такого обмежування. Отож для правильного застосування наведеного конституційного правила (а воно, до речі, нерідко використовується Конституційним Судом України) необхідно правильно розуміти зазначені у ньому поняття.

Характеризуючи *зміст* прав людини, слід виходити з філософської категорії *змісту*. Згідно з останньою зміст – це певним чином впорядкована сукупність елементів і процесів явища, які його утворюють. Зі зміною організації елементів суттєво змінюються зміст об'єкта, його властивості. Які ж елементи можна виділити у такому явищі, як буттєві права людини?

З наведеного вище розуміння таких прав стає очевидним, що центральним, стрижневим їхнім елементом є певні можливості людини – можливості діяти певним чином чи утримуватися від певних дій задля задоволення певних потреб та інтересів. Як відомо із загальної теорії діяльності, будь-яка людська діяльність характеризується певними складовими елементами, властивостями. До них насамперед належать: мета, предмет (об'єкт) діяльності, умови діяльності, способи (форми) діяльності, засоби діяльності, результати діяльності. Найбільш важливими серед них є умови і засоби діяльності, оскільки саме ними визначається реальність використання можливостей суб'єкта, їхня здійсненність.

Отож можна визначити, що зміст прав і свобод людини – *це їхня якісна характеристика, яка відображається тими умовами і засобами діяльності, що утворюють можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку.*

⁷ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 10.01.2021).

Так, зміст права на вищу освіту характеризується умовами вступу до навчальних закладів, умовами навчання у них, а також засобами (інструментами), які можливо використовувати у навчальному процесі.

Кількісні ж показники прав людини відображаються поняттям обсягу прав людини. Кількість – це така визначеність явища, яка характеризує його множинність, величину, інтенсивність, ступінь вияву тієї чи іншої його властивості. Обсяг явища визначається за посередництва певних одиниць виміру (наприклад, кількість можливих варіантів певної поведінки, кількість часу, кількість благ, розмір пільг). Отже, обсяг прав і свобод людини – це їхня кількісна характеристика, яка відображається показниками меж відповідних можливостей, виражених у певних одиницях виміру. Одиниці виміру “кількості” (обсягу) прав людини не можуть бути універсальними, однозначними, однорідними для всіх і будь-яких буттєвих прав людини. Характер таких одиниць виміру зумовлюється насамперед самим змістом можливостей, що відображені відповідними правами і свободами, а також особливостями носіїв (суб’єктів) прав та специфікою об’єктів цих прав і свобод (тобто тих або інших благ). Наприклад, обсяг згаданого щойно права людини отримувати вищу освіту характеризується, зокрема, кількістю вищих навчальних закладів, у яких можна її здобути, а також кількістю спеціальностей, за якими в них готують відповідних фахівців.

*Міжнародні стандарти як гарантії буттєвих прав людини:
поняття, класифікації*

Буттєві людські права, їхня реалізація, використання – як впливає з їхньої сутності та призначення – покликані забезпечувати, тобто гарантувати, мінімально необхідні (за певних історичних обставин) умови існування людини у кожному суспільстві. Такі умови мають бути надані кожному члену відповідного суспільства, а зрештою – і кожній людині, де б вона не перебувала. Отож однаковість, рівність таких буттєвих умов – принаймні в їхньому мінімальному життєвозабезпечувальному вимірі – є одним із найпереконливіших проявів засад людяності, гуманності, справедливості у функціонуванні будь-якого сучасного суспільства.

Одним із основних засобів забезпечення такого соціального стану слугує певна уніфікація, стандартизація цих прав і свобод людини, тобто встановлення загальнолюдських (всесвітніх) взірців, еталонів – так званих стандартів, яким мають відповідати права і свободи людини, де б і коли б вона не перебувала, існувала, а також забезпечення різноманітними соціальними інструментами (так званими гарантіями) їхньої реалістичності, здійсненності. Для відповідних організацій (держав, міждержавних об’єднань, міжнародних органів тощо) такі стандарти зазви-

чай стають або формально (юридично) обов'язковими, або ж, принаймні, бажаними, рекомендаційними.

Гарантії буттєвих прав людини – це соціальні засоби, за допомогою яких забезпечуються: *а) сприяння їхній реалізації (використанню), б) охорона та в) у разі їхнього порушення – захист таких прав і свобод.*

З-поміж таких гарантій вкрай важливого значення набули засоби міжнародного рівня. До них належать:

а) міжнародно-правові акти, які вміщують принципи і правила діяльності, формулюють права й обов'язки відповідних суб'єктів (конвенції, пакти, угоди, договори тощо), а також такі міжнародні документи, які хоч і не формулюють обов'язкових правил діяльності, але, принаймні, закріплюють, проголошують, називають права і свободи людини (наприклад, декларації, заяви, меморандуми та ін.);

б) діяльність міжнародних органів зі спостереження і контролю за дотриманням буттєвих прав і свобод людини (комісії, комітети, ради, комісари та ін.) та захисту цих прав (міжнародні суди, трибунали).

Перший різновид гарантій можна назвати *документальними*, а другий – *діяльнісними*.

Саме у документальних гарантіях зазвичай і закріплюються міжнародні стандарти буттєвих людських прав і свобод.

Розглядуваним стандартам притаманні такі основні властивості:

Перша полягає у тому, що ці стандарти фіксують мінімальні показники: *а) певного змісту чи б) певного обсягу, чи в) водночас і змісту, й обсягу буттєвих прав людини.*

Другою особливістю є те, що до досягнення таких показників зобов'язуються або заохочуються різні держави.

Третя полягає у тому, що стандартизування може стосуватись також юридичних засобів забезпечення буттєвих прав людини (судових, поза-судових та ін.).

Четверта вбачається у можливих засобах міжнародного впливу на держави, які порушують згадані стандарти: стосовно юридично-обов'язкових стандартів такими засобами можуть бути різні форми примусового впливу на державу-порушницю, а стосовно рекомендаційних стандартів – різні форми суто політичного впливу.

І нарешті, *п'ята* особливість зазначених стандартів полягає в їхній змістовній *універсальності*, яка водночас органічно має сполучатись із певною залежністю їхньої реалізації від конкретно-історичних умов і обставин у різних людських цивілізаціях, регіонах, а іноді навіть і в країнах. Вказана властивість прямо констатується у деяких важливих міжнародних документах (наприклад, Комітет з прав людини Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН), відзначав, що право на сімейне життя може відрізнитись залежно від соціоекономічних і культурних умов;

а Європейський суд з прав людини ухвалив доктрину “меж свободи розсуду” держави (“margin of appreciation”), яка передбачає, зокрема, тлумачення ЄКПЛ і основоположних свобод. Отже, беручи до уваги всі названі вище властивості розглядуваних стандартів, можна запропонувати таку дефініцію їх загального поняття: міжнародні стандарти буттєвих прав і свобод людини – це закріплені у міжнародних актах чи документах, текстуально уніфіковані й функціонально універсальні (для певних міжнародних об’єднань держав) принципи та норми, які фіксують мінімально необхідний або бажаний зміст і/чи обсяг таких прав, зумовлювані досягнутим рівнем розвитку суспільства, а також встановлюють обов’язки держав щодо їхнього забезпечення, охорони і захисту та передбачають за їхнє порушення негативні наслідки юридичного або політичного характеру.

Класифікацію таких стандартів можна здійснювати за різними критеріями. Зокрема:

- за їхнім буттєвим (онтичним) статусом – номінальні (інакше кажучи, термінологічні або текстуальні), до яких належать самі лише назви прав і свобод людини, що вжиті у міжнародних актах, та фактичні (змістовні), які фіксують у вказаних джерелах змістові й обсягові показники таких прав і свобод;

- за деонтичним статусом – обов’язкові, втілення яких є формально необхідним для відповідних держав і може забезпечуватися навіть застосуванням міжнародних політико-юридичних санкцій, та рекомендаційні, які хоч і не мають формальної обов’язковості, проте теж забезпечені санкціями міжнародно-політичними (морально-політичними);

- за простором (територією) дії – світові (загальноцивілізаційні, глобальні) та регіональні (зокрема, континентальні, яскравим прикладом яких є ЄКПЛ);

- за колом адресатів – загальні (стосуються усіх людей) та спеціалізовані (адресовані членам лише певних соціальних спільнот, угруповань, наприклад: дітям, жінкам, біженцям);

- за суб’єктом їхнього встановлення – стандарти ООН, ЮНЕСКО, Ради Європи, Європейського Союзу тощо.

Загалом же слід ще раз зауважити, що різноманітні класифікації стандартів прав і свобод людини покликані відображати ту чи іншу їхню специфіку; а їй належить неодмінно враховувати при конструюванні та використанні юридичних інструментів забезпечення (тобто сприяння реалізації, охороні та захисту) буттєвих прав і свобод людини.

Зasadничим, базовим, фундаментальним світовим документом, за яким надбудовується вся система міжнародно-правових стандартів буттєвих прав і свобод людини, є Загальна декларація прав людини, ухвалена Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р. (Як встановлено на-

шими дослідженнями, при її підготовці було безпосередньо використано наукову працю професора Кембриджського університету Г. Лаутерпахта, який навчався у 1915–1919 рр. на юридичному факультеті Львівського університету.) Повага до гідності людини та заборона нелюдського поводження – вихідні універсальні праволюдські стандарти. У статті 1 згаданої Декларації закріплено вихідний, найважливіший стандарт: ‘Всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах’⁸. (До речі, у формулюванні остаточної редакції наведеного положення брав участь представник Української Радянської Соціалістичної Республіки в ООН професор В. Корецький; згодом його ім’я було присвоєно Інституту держави і права Академії наук України, засновником якого він був.)

Гідність є найфундаментальнішою соціальною властивістю кожної людини, слугує точкою відліку, джерелом усіх буттєвих людських прав і свобод. Що ж становить це явище, у чому полягає його сутність?

У вітчизняній літературі одна з можливих відповідей на ці запитання вже пропонувалась нами у публікації 2002 р. Там зазначалося, що антропна гідність людини є *самоцінністю людини як біосоціальної істоти – унікального родового суб’єкта, котрий уособлює найвищий рівень розвитку буття на Землі*. Згодом інтерпретація названого термінопоняття аналізувалась і розвивалась в українській юридичній літературі (О. Гришук, В. Кампо, О. Водянніков та ін.).

Так чи інакше, повага до людської гідності, заборона зазіхання на неї, її приниження, зневажання набули значення світового стандарту, закріпленого спершу в Загальній декларації прав людини, а опісля – у низці інших міжнародно-правових актів (зокрема, у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права⁹, Хартії основних прав Європейського Союзу¹⁰ тощо).

Заборона нелюдського поводження як універсальний стандарт. Другим універсальним праволюдським міжнародним стандартом (у певному сенсі похідним від стандарту, так би мовити, рівноцінності, рівнозначності гідності кожної людини) є заборона нелюдського поводження, адресована будь-яким суб’єктам публічної влади, насамперед державі, її органам, посадовим особам. Цю заборону було закріплено також у Загальній декларації прав людини (ст. 5) та у низці ухвалених після неї інших актів ООН (Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966 р.); Декларація про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або

⁸ Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text> (дата звернення: 10.01.2021).

⁹ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text> (дата звернення: 10.01.2021).

¹⁰ Хартія основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524#Text> (дата звернення: 10.01.2021).

таких, що принижують гідність, видів поведження і покарання¹¹ (1975 р.); Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведження¹² (1984 р.)).

Яке ж поведження слід вважати “нелюдським” (“нелюдським”)?

Є очевидним, що для практичного застосування термінопоняття “нелюдське поведження” (зокрема, контрольними і судовими міжнародними інституціями) цей вираз явно оціночного характеру має бути конкретизований чи у нормативному, чи у правозастосовному, або правотлумачному акті, а щонайменше – у доктринальному.

Одним із можливих варіантів вирішення останнього завдання є конструювання загального визначення (дефініції) зазначеного термінологічного виразу. Тож далі представимо одну із наших спроб у цьому напрямі.

Беззаперечно, що перш ніж виявити, яке поведження може кваліфікуватися як нелюдське, потрібно передовсім з’ясувати, яке поведження є власне людським (людським, людиновимірним). Задля пошуку відповіді на це питання може бути використаний евристичний потенціал так званого потребового дослідницького підходу, виходячи з якого нами вже пропонувались відповідні критерії правості тих чи інших соціальних явищ. Спираючись на нього, висловимо такі міркування.

Оскільки існування і розвиток будь-якої людини є нічим іншим, як безперервним природним процесом задоволення її численних різноманітних потреб у суспільстві (біологічних, матеріальних, соціальних, духовних тощо), то з-поміж них слід вирізняти потреби насамперед життєзабезпечувальні, екзистенційні, тобто такі, без задоволення яких саме існування людини у суспільстві є взагалі неможливим або принаймні неналежним, неповноцінним. Вже давно встановлено, що до останніх належать щонайменше потреби в їжі, одязі і житлі. Та видається, що оскільки йдеться про існування людини саме у суспільстві, то до першочергових, вітальних її потреб також належить передусім потреба у повазі до її гідності. Тому задоволення усіх щойно названих потреб і слід вважати обов’язковою, об’єктивно закономірною передумовою належного, повноцінного існування і розвитку людини у соціумі. Це і дає підставу вважати діяльність, спрямовану на створення умов для задоволення означених потреб, людиною (людиновимірною), тобто *поведженням людським*.

Отже, можна висувати, що людяність (людськість) – *це таке ставлення до людини з боку інших суб’єктів суспільства, яке дістає вияв у їхній*

¹¹ Декларація про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведження і покарання від 9 грудня 1975 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_084#Text> (дата звернення: 10.01.2021).

¹² Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведження і покарання від 10 грудня 1984 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085#Text> (дата звернення: 10.01.2021).

поведінці, спрямованій на задоволення її життєво необхідних потреб у повазі до її гідності та у забезпеченні її достатніми їжею, одягом та житлом. А тому навпаки: діяльність протилежного антропоного спрямування, тобто таку, що спрямована на перешкоджання задоволенню будь-якої з усіх означених потреб, є підстави вважати нелюдською (нелюдською).

Отож, людяність (людськість) чи нелюдність (нелюдськість) – це, відповідно, певні властивості тієї чи іншої поведінки якихось суб'єктів стосовно певної людини (чи людського угруповання), які характеризуються об'єктивним впливом цієї діяльності на процес задоволення екзистенційних, життєво найважливіших людських потреб.

Виходячи з наведеного, можна запропонувати – задля можливого наступного обговорення – такі дві антропосоціальні дефініції:

Нелюдське поводження – це така діяльність будь-яких владних суб'єктів соціуму, яка перешкоджає задоволенню життєво необхідних потреб людини (насамперед у повазі до її гідності, в їжі, одязі та житлі);

Залежно від рівня жорстокості нелюдського поводження з людиною міжнародна правозахисна практика вирізняє такі його види: приниження гідності, катування, злочини проти людяності.

Є підстави вважати, що найнижчий рівень нелюдського поводження властивий будь-якому порушенню будь-якого буттєвого права і свободи; і таке порушення вже само собою дає потерпілому підставу вимагати компенсації завданої йому моральної шкоди. Адже воно завжди посягає тиме на людську гідність.

Злочинне нелюдське поводження – це така діяльність будь-яких соціальних суб'єктів, яка цілком виключає можливість задоволення життєво необхідних потреб людини (насамперед потреби у повазі до її гідності).

Здійснення буттєвих прав і свобод людини та його обмежування

Здійснення прав і свобод людини – це використання нею у своїй практичній діяльності тих можливостей, які необхідні для задоволення потреб існування та розвитку її або інших суб'єктів.

Тепер спробуємо детальніше розглянути положення Конституції України. Статтею 3 Основного Закону України встановлено, що 'утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави'¹³. Поряд із цим Конституція у низці статей передбачає можливість обмежування деяких прав і свобод людини за наявності певних обставин. Такі конституційні обмеження прав і свобод людини та громадянина виступають специфічним лакмусовим папірцем, індикатором, який дає змогу визначити ступінь свободи і захищеності людини. Оскільки, власне, комплекс обмежень, встановлених у Конституції, найточніше характеризує відносини між державою і людиною.

¹³ Конституція України (н 5).

Становище людини в суспільстві характеризується не так державним визнанням її “природних” прав і свобод, як, можливо, ще більшою мірою межами їхнього використання. А Конституція відіграє першочергову роль у встановленні меж прав і свобод людини, є визначальним практично значущим їхнім регламентатором.

У жодному суспільстві можливості поведінки людини, відображені її буттєвими правами та свободами, не є безмежними. Навіть стосовно такої можливості, як її право на життя, ЄКПЛ передбачає такі випадки, коли позбавлення людини її життя не вважатиметься порушенням цього права (ч. 2 ст. 2).

Після ухвалення ООН Загальної декларації прав людини (1948 р.) практично всі держави світу – раніше чи пізніше, так чи інакше – визнали існування буттєвих прав і свобод людини. Проте є дуже показовим, що розуміння цими державами меж здійснення таких прав і свобод у багатьох випадках залишається і до сьогодні неоднаковим, неуніфікованим. Тому можна стверджувати, що в усій праволюдській проблематиці питання визнаних кожною державою меж здійснення буттєвих людських прав і свобод залишається найбільш гострим, актуальним, практично значущим. І це цілком зрозуміло, оскільки вирішення зазначеного питання безпосередньо зумовлюється конкретно-історичними, соціально-культурними, етнічними, цивілізаційними специфічними особливостями тієї чи іншої держави.

Тож розглянемо деякі засадничі положення, які мають братися до уваги у правообмежуванні.

Межі здійснення прав і свобод людини – *це сукупність усіх явищ, які окреслюють зміст та обсяг реалізації таких прав і свобод.*

Обмежування здійснення прав і свобод людини – *це діяльність компетентних державних або міжнародних, чи міждержавних органів зі встановлення меж (обмежень) щодо здійснення прав і свобод людини.*

Висновки. Отже, межі (обмеження) здійснення прав і свобод людини та обмежування здійснення прав і свобод людини – це явища (і, відповідно, поняття) нетотожні.

Розглядувані межі можна розподіляти на певні різновиди, групи за різними критеріями. А саме:

1. За буттєвою (онтичною) сутністю явища, яке обмежує здійснення людського права і свободи, – природні (біологічні, фізіологічні, екологічні) та соціальні (економічні, політичні, духовно-ідеологічні).

2. Залежно від зв'язку з волею носія права – абсолютно об'єктивні (законодавчі обмеження), суб'єктивно об'єктивні (фізичні потреби людини), суб'єктивні (особиста свідомість носія права).

3. Залежно від політико-юридичного статусу правообмежуючого суб'єкта – державні, міжнародно-всесвітні, регіональні, міждержавні, внутрішньодержавні і недержавні (тобто громадські).

4. За обсягом прав людини, стосовно яких встановлено обмеження їхнього здійснення – загальні (такі, що стосуються усіх прав), спеціальні (поширюються тільки на певну групу прав), виключні (ті, що поширюються тільки на одне право).

5. Залежно від ступеня соціальної обґрунтованості – цілком підставні, в основному підставні, недостатньо підставні, безпідставні.

6. Залежно від юридичної значущості, закріпленості у законодавстві або інших юридичних джерелах – легальні (законні), позалегальні (юридично нейтральні), антилегальні (протизаконні).

Можливі й інші класифікації розгляданого явища¹⁴.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Holovaty S, *Pro liudski prava: Lektsii* (Dukh i Litera 2016) (in Ukrainian).
2. Krestovska N, Matvieieva L, *Teoriia derzhavy i prava: Pidruchnyk. Praktykum. Testy* (Iurinkom Inter, 2020) (in Ukrainian).
3. Rabinovych P, Pankevych I, *Zdiisnennia prav liudyny: problemy obmezhuвання (zahalno-teoretychni aspekty)* (Astron 2001) (in Ukrainian).
4. Skakun O, *Teoriia prava i derzhavy: pidruchnyk* (4-te vydannia, Pravova yednist 2014) (in Ukrainian).

Edited books

5. Koziubra M (red), *Zahalna teoriia prava: pidruchnyk* (Vaite 2015) (in Ukrainian).
6. Petryshyn O ta inshi (red), *Zahalna teoriia prava: pidruchnyk* (Pravo 2020) (in Ukrainian).

Petro Rabinovych

TOWARDS THE ORIGINATION OF A DOCTRINE OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

ABSTRACT. The article summarizes some results of research activities in the field of the theory of human rights, achieved over the past 30 years by scholars of the Faculty of Law of Ivan Franko National University of Lviv and the Lviv Laboratory of Human Rights of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine. These results can serve as the foundation of the modern national doctrine of fundamental human rights.

The article aimed to substantiate the heuristic nature of the demanding methodological approach to the general theoretical study of key aspects of human rights topic.

¹⁴ Петро Рабінович, Іван Панкевич, *Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загально-теоретичні аспекти)* (Астрон 2001) 44–8.

Петро Рабінович

The main results of the mentioned Lviv research include, first of all, the definition of the general concept of human rights, according to which they represent certain human capabilities that are required to meet the needs of its existence and development in specific historical conditions, are determined (by their content and scope) by the achieved level of development of the relevant society and are provided by the responsibilities of other actors.

As mentioned in the European Convention on Human Rights of 1950, such terms as their “content” and “scope” can be interpreted as respectively qualitative (substantive) and quantitative characteristics of such rights.

International human rights standards should be considered as enshrined in international acts or documents, textually unified and functionally universal (for certain international associations of states) principles and norms that fix the minimum necessary or desired content and / or scope of such rights, determined by the achieved level of development of society, that establish the responsibilities of states for their promotion, protection and defense and provide negative consequences of a legal or political nature for their violation.

The initial, absolute standards are, firstly, attention to human dignity and, secondly, the prohibition of inhuman treatment. In this regard, the author’s definition of the concept of human dignity, as well as the concept of human behavior is proposed.

KEYWORDS: the concept of human rights; demanding research approach; the content and scope of human rights; international human rights standards; the limits of human rights; the grounds for restrictions.

II. Доктрина конституційного права України

DOI: 10.33498/jush-2022-01-039



Михайло Савчин

доктор юридичних наук, професор,
директор Науково-дослідного інституту порівняльного,
публічного права та міжнародного права
Ужгородського національного університету,
професор, доктор Українського вільного університету
(Мюнхен, Німеччина),
викладач Національної школи суддів України
(Ужгород, Україна)
RCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9551-1203>
michaelsavchyn7@gmail.com

УДК 340.131.5

КОНСТИТУЦІЙНА ЮСТИЦІЯ В УМОВАХ СУЧАСНОЇ ТРАНСФОРМАЦІЇ ПРАВА

АНОТАЦІЯ. У зв'язку із тривалим домінуванням юридичного позитивізму, при якому право зводилося до волі та державного примусу, в Україні дотепер існують проблеми впровадження ефективної конституційної юстиції. Сучасний конституціоналізм є антитезою волюнтаризму у праві, оскільки спрямований на обмеження влади і наповнений ціннісними параметрами у праві, зокрема людською гідністю, свободою та рівністю.

У статті розглянуто сучасний розвиток конституційної юстиції на тлі трансформацій у праві. У першій частині через призму правового плюралізму та конституціоналізму розкрито особливості моделей і природи конституційної юстиції як суду *sui generis*. У другій частині статті буде висвітлено співвідношення конституційної юстиції та установчої влади народу. Третя частина присвячена проблематиці демократичної легітимізації конституційної юстиції у світлі дилеми юристократії та верховенства парламенту. Проблеми забезпечення ефективності конституційної скарги є предметом аналізу четвертої частини. По-п'яте, розкрито особливості зобов'язальної сили рішень конституційної юстиції у світлі поваги до прав людини й ефективності правосуддя.

Органи конституційної юстиції не стоять над іншими інститутами влади – вони є рівними у системі поділу влади. Їхнє основне завдання – захист конституції за допомогою юрисдикційних засобів у межах верховенства права і належної правової процедури. В осерді забезпечення конституційного порядку є діяльність незалежних органів конституційної юстиції (залежно від моделі – конституційні суди або ради, верховні суди), які за допомогою юридичних засобів забезпечують поділ влади та захист прав людини. Конституційна композиція у перехідних демократіях має розглядати конституційну юстицію як стабілізуючий інститут у забезпеченні балансу у розподілі повноважень та забезпеченні єдиних правових підходів в інтерпретації фундаментальних принципів і прав людини.

© Михайло Савчин, 2022

Спеціалізовані органи конституційної юстиції є судами *sui generis*, які незалежні від політичних інститутів влади і на основі верховенства права та належної правової процедури забезпечують верховенство конституції як сукупності фундаментальних цінностей і принципів національного правопорядку, забезпечуючи обмежене правління та захист прав людини. Дієві гарантії незалежності конституційної юстиції є належною запорукою вирішення спорів про повноваження між конституційними органами влади та зняття напруги у разі конфліктів між ними за допомогою юридичних засобів. Конституційний Суд України (КСУ) має діяти на засадах верховенства права і дбати про належну юридичну аргументацію власних рішень з огляду на його демократичну легітимізацію у конституційній композиції публічної влади як незалежного арбітра у системі поділу влади.

Визнання прийнятними конституційних скарг потребує належної юридичної аргументації як основи демократичної легітимізації конституційної юстиції. Доступність та ефективність юридичного захисту через конституційну скаргу зумовлено особливостями цілісного, динамічного тлумачення Конституції та конституційно-конформного тлумачення законів, що є основою юридичної аргументації рішень КСУ. Перегляд судових рішень на підставі рішення КСУ за конституційними скаргами базується на позитивному обов'язку держави захищати права людини і поновлювати їх у разі заподіяння шкоди.

Ключові слова: верховенство права; конституційна скарга; конституційна юстиція; конституційний порядок; конституціоналізм; належна правова процедура; рішення органів конституційної юстиції.

Вступ. Криза довіри до Конституційного Суду України (далі – КСУ), яка зумовлена нерозумінням його природи, відверто розбалансованим інституційним дизайном і зашореністю більшості суддів при розгляді конституційних скарг, підіймає на щит навіть питання про його трансформацію у певну палату Верховного Суду чи навіть доцільність його існування.

Однак, беручи до уваги означені нижче маркери демократичної легітимізації конституційної юстиції у конституційній демократії, слід на цю проблематику подивитися класично з урахуванням сучасних трендів розвитку конституціоналізму. Наявність обговорюваної проблематики зумовлено тривалим домінуванням юридичного позитивізму із трактуванням права переважно у світлі своєрідної парадигми “стаціонарного бандита”, коли право зводилося до волі та державного примусу. Хоча насправді сучасний конституціоналізм є антитезою волюнтаризму у праві, оскільки спрямований на обмеження свавільних владних рішень і наповнений ціннісними параметрами у праві, зокрема людською гідністю, свободою та рівністю, а вчинення владних дій має базуватися на демократичній легітимізації та правилі визнання.

У цій статті буде розглянуто сучасний розвиток конституційної юстиції на тлі трансформацій у праві. У першій частині через призму правового плюралізму та конституціоналізму будуть розглянуті особливості моделей та природи конституційної юстиції як суду *sui generis*. У другій

частині буде розкрито співвідношення конституційної юстиції та установчої влади народу. Третя частина присвячена проблематиці демократичної легітимізації конституційної юстиції у світлі дилеми юристократії та верховенства парламенту. Проблеми забезпечення ефективності конституційної скарги стануть предметом аналізу четвертої частини цієї статті. І насамкінець, буде розкрито особливості зобов'язальної сили рішень конституційної юстиції у світлі поваги до прав людини й ефективності правосуддя.

1. Правовий плюралізм та конституційна юстиція: моделі та сучасний конституціоналізм

Концепт правового плюралізму передбачає, що існують не лише формалізовані джерела права – правові принципи і норми виникають і в позадержавній сфері. Хоча за державою залишається монополія на примусове забезпечення правопорядку, однак воно має відповідати критеріям демократичної легітимності та має застосовуватися у нагальних і невідкладних випадках реальної і невідворотної загрози конституційного порядку.

1.1. Конституційна юстиція як гарант конституційного порядку. Забезпечення верховенства конституції є найбільш актуальним із точки зору якості правопорядку, а не тільки у формальному сенсі¹. На це дає відповідь доктрина конституціоналізму, у якій є різні напрями, що пояснюють механізми забезпечення чинності конституційних цінностей². Залежно від ступеня їхньої формалізації, цінності набувають характеристики нормативності, коли вони накладають конкретні обов'язки на публічну владу, обмежуючи її та наповнюючи змістом діяльність щодо забезпечення вільного розвитку індивіда. *В осерді забезпечення конституційного порядку є діяльність незалежних органів конституційної юстиції (залежно від моделі – конституційні суди або ради, верховні суди), які*

¹ Слід також виділити підходи, згідно з якими розглядають правову охорону конституції (П Стецюк, 'Правова охорона Конституції України' в *Administracja publiczna u progu XXI wieku* (Przemysl 2000)) та її правовий захист (М Савчин, *Конституціоналізм та природа конституції* (Поліграфцентр Ліра)).

² Через призму верховенства права розкриває конституційну справедливість і визначає роль у цьому процесі конституційної юстиції Т. Аллан (T R S Allan, *Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law* (Oxford University Press 2004)); конституційна юстиція розглядається як основний інструмент забезпечення непорушності конституції та прав людини (С Шевчук, *Основи конституційної юриспруденції* (Консум 2002) та через призму становлення конституційних демократій у перехідних суспільствах (W Sadurski (ed), *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective* (Kluwer Law International 2002)); ця проблематика також розглядається крізь призму транснаціональності у праві (Peer Zumbansen, 'Transnational Law', CLPE Research Paper 09/2008 04 (02) (2008); Sergio Bartole, 'Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Transnational Law' [2017] 13(4) European Constitutional Law Review 601–10) та забезпечення основоположних цінностей, які підлягають особливому правовому захистові через засоби конституційної юстиції. Мною також розглядалася ця проблематика у 2004 р. при захисті кандидатської дисертації, результати якої були оприлюднені пізніше у монографії (М Савчин, *Конституційна юстиція та забезпечення конституційного порядку: 2005–2020* (РІК-У 2020)).

за допомогою юридичних засобів забезпечують поділ влади та захист прав людини на засадах верховенства права і належної правової процедури.

Існує два підходи щодо обґрунтування ідеї конституційного перегляду правових актів органів влади. В основі американської моделі покладено концепт *habeas corpus*, який заснований на ідеї судового контролю за діями влади щодо обмеження свободи та права власності, зокрема й *constitutional review in abstracto*. Він також вплине пізніше на становлення латиноамериканської моделі конституційного захисту прав *amparo*, який, на відміну від американської моделі, передбачає перевірку лише актів індивідуальної дії. Ця концепція має тяглість не лише від традиції *habeas corpus*, а й від постановки питання про правомірність актів парламенту з огляду на загальні принципи права, як це було у *Bonham case*³, який так і не отримав своєї інституційної підтримки в Англії. В Англії це виразилося у співвідношенні *common law* та доктрини *Sovereignty of Parliament*, про що у свій час зазначав А. Вен Дайсі⁴.

Натомість у континентальній Європі після кодифікації права виникло питання щодо відповідності законів фундаментальним принципам права. Наприклад, у Франції вперше це питання порушив у 1849 р. Касаційний суд щодо конституційності закону про стан облоги (*l'etat de siege*), хоча у подальшому такої ідеї не підтримав, оскільки *‘суди не можуть визнавати конституційними закони, які прийняті та промудовані згідно із конституційними формами, передбаченими Хартією’*⁵.

Несприйняття загальними судами ідеї перевірки конституційності юридичних актів цілком є зрозумілою у зв'язку зі стилем обґрунтування судових рішень, які мають ґрунтуватися на приписах закону, та пов'язаних із цим стереотипами суддів. Пізніше це втілиться у композиціонування Федеративного конституційного суду Німеччини, до якого будуть номінуватися саме професори права, які докладно розуміються на публічному праві, та декілька суддів, які добре розуміються на процесуальному праві⁶. Цей досвід буде запозичений країнами Східної Європи при запровадженні конституційної юстиції після колапсу в них комуністичних тоталітарних режимів. Однак ідея створення спеціалізованого суду, який би був заточений на питаннях конституційного права була, як не дивно, обґрунтована одним із яскравих представників нормативістичного напрямку юридичного позитивізму Г. Кельзена⁷. Сама нормативістична доктрина права Г. Кельзена імпліцитно включила в себе ідею забезпечення найвищої юридичної сили конституції в ієрархії юридичних актів –

³ *Dr Bonham's Case* (1610) 8 Co Rep 114.

⁴ A V Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Libery Classics 1982) 268 ff.

⁵ A Kubiak, *Francuska koncepcja kontroli konstytucyjności ustaw* (Uniwersytet Gdanski 1993) 19–20.

⁶ Детальніше див.: Й Изензее, П Кирххоф, *Государственное право Германии, т 1* (Институт государства и права РАН 1994) 281–2.

⁷ Ганс Кельзен, *Чисте правознавство. З додатком: Проблема справедливості* (пер з нім Мокровольського О, Юніверс 2004) 248.

таким чином забезпечується стрункість побудови ієрархії юридичних актів та їх легітимізація у систематизації права. Такий підхід для континентальної Європи виправданий із точки зору засади компліментарності у компаративістиці – основним джерелом права є закон, а *a well established case-law* (стала судова практика) є похідним джерелом права. Натомість, змішані моделі лише поєднують ці підходи певним чином з урахуванням національної правової традиції.

1.2. *Моделі конституційної юстиції та перехідні демократії.* Якщо звернутися до французької моделі конституційної юстиції, то з метою усунення вад домінування парламентської асамблеї при композиції Конституції V Республіки було трансформовано у бік раціоналізованого парламентаризму у поєднанні з домінуванням екзекутиви (президента та уряду), яку покликана стримувати Конституційна рада через попередній конституційний перегляд актів Президента. Це було відповіддю на виклик, спричинений Алжирською кризою⁸, оскільки вона мала світоглядні корені і довела неефективність моделі парламентської асамблеї, яка домінувала у Франції з часів III Республіки. Тут багато що залежить від того, що вкладається у розуміння конституційного права⁹.

Незважаючи на домінуючу в Україні доктрину щодо природи конституційного права як провідної галузі права¹⁰, мною вже висловлювалася думка щодо нього як сукупності основоположних принципів права, які оформлюють конституційний порядок і пронизують всю національну правову систему¹¹, а також професором М. Козюброю¹². У цьому ж

⁸ Магріб як чутлива сфера особливих інтересів Франції склалася ще під час правління короля Людовіка Святого (Жак Ле Гоф, *Людовик IX Святой* (Ладомир 2001)), який загинув у хрестовому поході в Тунісі (саме місце проведення такого було, на перший погляд, доволі дивним, але це було доволі банально з огляду на інтереси французької корони у той час), тяглість якої спостерігається і донині, прикладом чого може бути гуманітарна інтервенція Франції у Малі в 2013 р., з метою усунення загрози з боку сепаратистського Національного руху за визволення Азаваду. Алжирська криза стала завершенням імперіалістичної фази розвитку Франції та визнанням неприйнятності прямого втручання метрополії у справи колишніх колоній. Тут можна проводити паралелі із фантомними імперіалістичними болями Російської Федерації на так званому пострадянському просторі, хоча він вже на сьогодні не є гомогенним, про що свідчать навіть заворушення у Казахстані, де зіткнулися інтереси Китаю та РФ та правлячих кланів Середнього і Нижнього жузів.

⁹ Зокрема, в одному компаративному дослідженні щодо становлення конституційної юстиції у незалежних республіках колишнього СРСР вказується про позитивну роль КСУ у запобіганні до авторитаризації моделі урядування через визнання двох із чотирьох пунктів указу Президента про призначення референдуму за народною ініціативою, оскільки рішення КСУ № 3-рп/2000 (далі у тексті рішення і висновки КСУ будуть зазначатися через вказівку номеру їх прийняття, де перша цифра означає його порядковий номер, а друга через слеш – рік ухвалення) 'зупинило процес розширення повноважень Президента, що відбувалося б за рахунок компетенції Верховної Ради та її політичної маргіналізації' (Jacek Zalesny (ed), *Constitutional Courts in Post-Soviet States. Between the Model of a State of Law and Its Local Application* (Peter Lang 2019) 9).

¹⁰ Традиційний погляд на конституційне право як на провідну (хоча цей термін доволі амбівалентний по суті питання) галузь публічного права нині превалює у багатьох вітчизняних працях, зокрема: М. А. Баймуратов (ред), *Курс конституционного права Украины. Общая часть. Основы теории конституционного права* (Одиссей 2008); В. Л. Федоренко, *Конституційне право України* (Ліра-К 2016); В. М. Шаповал, *Конституційне право зарубіжних країн* (Юрінком Інтер 2018) та інші.

¹¹ М. Савчин, *Конституціоналізм і природа конституцій* (Поліграфцентр Ліра 2009); М. Савчин, *Порівняльне конституційне право* (2020).

¹² М. І. Козюбра (ред), *Конституційне право* (БАІТЕ 2021).

ключі вже захищена в Україні дисертація, присвячена структурно-функціональному аналізу конституційного права¹³; також аналогічні думки висловлюються у зарубіжній доктрині¹⁴.

Як пише В. Комелла, при запровадженні спеціалізованого конституційного суду ключову роль відіграють міркування юридичної визначеності, спеціальних знань, демократії та відповідальності¹⁵. Юридична визначеність тут розуміється як централізований порядок забезпечення конституційної перевірки юридичних актів, однак, як я вже зазначав, це зумовлено також і систематикою джерел конституційного права та правовим стилем інтерпретації конституції. Також виникають питання щодо розуміння особливостей питань публічного права та процесу, у яких мають добре розбиратися судді, оскільки йдеться про захист фундаментальних цінностей національного правопорядку. Це є чи не ключовим чинником демократичної легітимізації конституційної юстиції та відповідальності й підзвітності суддів у конституційній демократії. Невирішення таких непростих проблем у перехідних демократіях може викликати недовіру до конституційної юстиції та її кризи¹⁶.

Щоб обминути ці проблеми, молоді конституційній демократії мають дбати про баланс повноважень в інститутах влади. Тут діє така закономірність:

- парламентська модель урядування передбачає сильну модель конституційної юстиції як противагу афектам парламентської більшості, яка схильна до сповзання до диктатури більшості чи надмірного домінування позицій прем'єр-міністра, що спирається на парламентську більшість;

- для семіпрезиденталізму важливими є функції попереднього конституційного перегляду актів екзекутиви з метою забезпечення легітимності актів президента і недопущення посягання президента на прерогативи парламенту, оскільки така модель імпліцитно передбачає раціоналізований парламентаризм, тобто значне делегування законодав-

¹³ А Матат, 'Принципи конституційного права: структурно-функціональний аналіз' (дис наук ступ PhD, 2021).

¹⁴ К Хесце, *Основы конституционного права ФРГ* (пер с нем, Юридическая литература 1981); Tom Ginsburg, Rosalind Doxon (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011) 266.

¹⁵ Tom Ginsburg, Rosalind Doxon (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011) 268.

¹⁶ Ухвалення КСУ рішень із вадами юридичної аргументації має наслідком зниження його демократичної легітимності і це викликає кризу довіри до цієї інституції, яка на сьогодні потребує свого відновлення. Я б виділив наступні, якщо можна виразитися так, *anti-landmark decisions* КСУ, зокрема, висновок щодо Римського статуту (№ 3-в/2001), рішення щодо зворотної сили закону (№ 1-рп/99), сумнозвісне рішення "1+1=1" (№ 22-рп/2003), методологічно неправильні обидва рішення щодо коаліції депутатських фракцій (№ 16-рп/2008 та № 11-рп/2010), щодо скасування чинності конституційного закону № 2222-IV (№ 20-рп/2010), щодо незаконного збагачення (№ 1-р/2019) та щодо Національного антикорупційного бюро України (№ 11-р/2020). Наприклад, прийняття 25 грудня 2003 року КСУ рішення № 22-рп/2003 щодо потенційного третього строку перебування на посаді Президента Леонідом Кучмою викликало пізніше обструкцію цієї інституції з боку Верховної Ради України, яка протягом 2005–2006 рр. не призначала та не приводила до присяги суддів замість тих, строк повноважень яких скінчився.

чих повноважень урядові та публічній адміністрації, зокрема незалежним державним агентствам (регуляторам).

Таким чином, конституційна композиція у перехідних демократіях має розглядати конституційну юстицію як стабілізуючий інститут у забезпеченні балансу у розподілу повноважень та забезпеченні єдиних правових підходів в інтерпретації фундаментальних принципів і прав людини.

1.3. Демократична легітимізація конституційної юстиції: роль юридичної аргументації та судовий процес. У рамках доктрини гідної демократичної легітимізації правил мають існувати різні інклюзивні платформи досягнення такого консенсусу. Проте якщо відштовхуватися від доктрини *Realpolitik*, то ми можемо дійти висновків цілком у дусі К. Шмітта, коли нам буде потрібен певний авторитетний, харизматичний лідер, який за допомогою арбітражу визначатиме їхню сутність. Однак такий шлях є шляхом манівцями до авторитаризму й суперечить конституційному телосу. Демократичний дискурс щодо змісту конституційних цінностей передбачає повагу до гідності людини, свободи, рівності та верховенства права. Попри різні платформи легітимізації правил нині остаточно такий вирішується у рамках належної правової процедури, де ключову роль відіграє конституційна юстиція із притаманними їй гарантіями незалежності та безсторонності.

Свобода розсуду суду залежить від декількох чинників, які зумовлюють трактування відповідних засад верховенства права. Зокрема, якщо цілісно тлумачити такі компоненти верховенства права, як законність і пропорційність, то виходять доволі цікаві варіанти інтерпретації прав людини. Повага до прав людини у правосудді означає застосування приписів законодавства, які мають відповідати вимогам передбачуваності та визначеності. Правове регулювання повинно мати легітимну мету: щоб забезпечувався баланс публічних і приватних інтересів. Зокрема, з точки зору якості закону та його передбачуваності має бути забезпечено право на участь у розробленні й ухваленні рішення заінтересованими особами на кожному рівні публічної влади. Це важливо для розуміння специфіки судового контролю над актами публічної адміністрації. Принцип пропорційності також поєднується із засадою субсидіарності, згідно з якою наділення повноваженнями органів влади здійснюється залежно від масштабу завдання та наявних ресурсів на відповідному рівні влади. Насамкінець, слід шукати розумний баланс між захистом прав людини та національних інтересів у разі підривної діяльності чи існування епідемічної загрози та забезпечення доступу до медичної допомоги й епідемічної безпеки.

Сучасне конституційне право, однією з методологічних засад якого є пропорційність, оперує його вузьким компонентом – балансуванням –

таке виражає через визначення легітимної мети запроваджуваних державою заходів, а також двоєдиного процесу: визначення 1) допустимих меж обмежень прав людини та 2) легітимних меж діяльності держави, її втручання у сферу приватної автономії. Одним із основних критеріїв цього балансування є визначення адекватності обраних засобів поставленої меті, яка має бути легітимною і забезпечена належними й достатніми для цього засобами.

1.4. Конституційна юстиція як суд *sui generis*: особливості окремих моделей. Критика конституційної юстиції, мабуть, має французькі корені: ще Ш.-Л. Монтеск'є характеризував правосуддя як “уста законодавця” і пізніші традиції трактування поділу влади надають перевагу законодавцеві, що навіть видно у первинній доктрині *pouvoir constituant*¹⁷, у ролі якої припускалася діяльність і законодавця.

Органи конституційної юстиції є судами, які покликані забезпечувати верховенство конституції, незалежні від політичних інститутів влади та за допомогою юридичних засобів забезпечують введення політичних процесів у правові рамки за допомогою вирішення конституційних спорів на засадах верховенства права та належної правової процедури. Конституційний суд, будучи судом *sui generis*, не належить до судової системи, які очолюються верховними/касаційними судами; він також не є політичним органом¹⁸, оскільки це суперечить його призначенню із захисту конституції у систематичі юридичних актів та сукупності фундаментальних цінностей і принципів національного правопорядку. Чим вирізняється конституційна юстиція поміж органів правосуддя на відміну від судів загальної юрисдикції? Я би хотів наголосити на декількох моментах.

¹⁷ M Troper, *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* (Paris 1973).

¹⁸ Дискусії щодо ніби то політичного характеру конституційного правосуддя породило доволі дивні рішення загальних судів щодо звільнення суддів КСУ з посад на підставі Постанови Верховної Ради України “Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді”. Зокрема, Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП ВС) посилаючись на доволі зачовгану й загальну фразу (зокрема про “негативного” і “позитивного” законодавця) про те, що

Конституційний Суд України не розглядає конкретні юридичні справи у спорах між певними суб'єктами права, а може визнавати неконституційними нормативні акти (тобто діяти як негативний законодавець) та здійснювати обов'язкові для застосування тлумачення Основного Закону і за чинною на той час редакцією Конституції України тлумачення законів (тобто діяти як позитивний законодавець)

зробила висновок, що нібито КСУ є “є більшою мірою політичним, ніж судовим” органом (Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді: Постанова Великої Палати Верховного Суду від 24 лютого 2014 року у справі № П/800/120/14 <<https://reyestr.court.gov.ua/review/73195164>> (дата звернення: 10.01.2022)). Хоча тут, як видно, ВП ВС взагалі не диференціює предмет розгляду загальних судів і конституційного суду, оскільки юрисдикція КСУ пов'язана суто з вирішенням спорів конституційного характеру, які істотно впливають на перебіг політичного процесу і, безсумнівно, мають істотний вплив на його хід та наслідки. Тому тут головне у діяльності КСУ забезпечення ухвалення рішень незалежно й безсторонньо і забезпечення таких спорів за допомогою конституційних засобів.

По-перше, це предмет юрисдикції – питання конституційного характеру, що полягає в інтерпретації фундаментальних принципів права у світлі яких дається оцінка положень законів та інших нормативно-правових актів (абстрактний конституційний перегляд) та/або актів індивідуальної дії при розгляді конституційних скарг (казуальний конституційний перегляд).

По-друге, процес демократичної легітимізації суддів органу конституційної юстиції передбачає механізм консультації та консенсусного ухвалення рішень щодо призначення конституційних суддів, які мають гідно представляти юридичне співтовариство, зокрема за критеріями досконалої компетентності у сфері публічного права та юридичної процедури та за високими особистими і діловими якостями (*moral integrity*).

По-третє, спеціальна процедура призначення конституційних суддів, яка поєднує у собі ознаки конкурсного відбору¹⁹ із консенсусними механізмами ухвалення рішень щодо їх призначення²⁰, а також спеціальною процедурою юридичної відповідальності, в якій не можуть брати участь політичні інститути влади²¹.

¹⁹ В Україні тривали дебати щодо запровадження конкурсного відбору конституційних суддів через єдину конкурсну комісію (Юлія Кириченко, Богдан Бондаренко, *Моніторинговий звіт щодо діяльності Конституційного Суду України в аспекті захисту прав людини* (Центр політико-правових реформ 2019) 3). Але оскільки у Конституції залишили стару паритетну, так звану квотну, систему їх призначення через три інститути влади, то при ухваленні Закону про КСУ, насправді реально діє лише конкурсна комісія при Президентові України. Натомість режим діяльності профільного комітету Верховної Ради та Ради суддів як конкурсних комісія засвідчив недодержання ними ознак безсторонності та незалежності. Окрім того, Рада суддів взагалі у сенсі приписів ч. 3 ст. 148 Конституції не володіє повноваженнями щодо відбору суддів, оскільки таким органом виступає виключно З'їзд суддів.

²⁰ Досвід функціонування КСУ засвідчує про істотні вади так званої квотної системи призначення суддів, оскільки це часто загрожує його цілісності і є сприятливим ґрунтом для блокування його діяльності. Частково це подолано приписами ч. 7 ст. 148 Конституції, яка, на відміну від старих правил (така процедура проводилася на засіданні Верховної Ради), містить положення, що конституційний суддя набуває повноважень складанням присяги на спеціальному пленарному засіданні Суду, на який поширюються загальні вимоги щодо кворуму. Паритетна система передбачає відбір конституційних суддів конкурсною комісією при президентові, яка пропонує декілька кандидатур на посаду судді, яких призначає парламент кваліфікованою більшістю голосів (у Чехії таким органом є Сенат) з метою урахування балансу інтересів більшості й меншості у парламенті, або навпаки – відбір кандидатів здійснює парламент, а остаточно приймає рішення президент (Словаччина). Німецька система передбачає участь Бундстагу та Бундсрату у призначенні суддів Федерального Конституційного Суду, що передбачає консультації між фракціями парламенту, з урахуванням позицій яких формується персональний склад Суду. Процес консультацій та правило кваліфікованої більшості сприяють підвищенню рівня демократичної легітимізації конституційної юстиції при призначенні суддів.

²¹ Відомий вітчизняний правознавець Віктор Мусіяка назвав конституційні гарантії незалежності суддів КСУ, рішення щодо зміщення з посади яких постановляється голосами 12 суддів, такими, що потенційно *можуть остаточно "капсулювати" цей орган, а суддів КСУ перетворити на абсолютно недоторканих з боку "пересічних"* (Віктор Мусіяка, *Чи є Конституційний суд судом?* *Дзеркало тижня*, № 20, 27 травня – 2 червня 2017 <https://zn.ua/ukr/internal/chi-ye-konstituciyniy-sud-sudom-243696_.html> (дата звернення: 10.01.2022)). Насправді, як засвідчив досвід зі зміщенням із посади судді С. Шевчука суддями КСУ та відсторонення від посади суддів Тупицького та Касмініна Президентом (який використав своєрідну "розтяжку", коли сумнівні приписи Кримінального процесуального кодексу України не узгодили із приписами ч. 3 ст. 149 і у поєднанні зі ст. 153 Конституції при ухваленні Закону про КСУ), така процедура містить конфліктогенний потенціал, оскільки КСУ на момент написання статті фактично не може застосувати до суддів дисциплінарні процедури, оскільки фактично здійснюють свої повноваження лише 13 суддів (на три посади суддів існують вакансії, а судді Касмінін і Тупицький більше року фактично не здійснюють своїх повноважень), що є критичною

По-четверте, органи конституційної юстиції керуються у своїй діяльності стандартами належної правової процедури і за допомогою юридичних засобів захищають конституційні цінності, в основі яких є забезпечення балансу розподілу повноважень між інститутами влади і додержання ними конституції, а також захист прав людини і основоположних свобод. Щоб не бути звинуваченим у втручання у питання політичного характеру, органи конституційної юстиції виробили доктрину політичного питання²².

Таким чином, спеціалізовані органи конституційної юстиції є судами sui generis, незалежні від політичних інститутів влади, які на основі верховенства права та належної правової процедури забезпечують верховенство конституції як сукупності фундаментальних цінностей і принципів національного правопорядку, забезпечуючи обмежене правління та захист прав людини.

2. Конституційна юстиція та установча влада: ієрархія конституційних цінностей та організація публічної влади

Тут буде розглянуто конституційну юстицію як осердя конституційного дизайну, її роль у легітимності установчої влади, поділу влади та належному функціонуванні публічної влади з огляду на систематику конституційних цінностей. Конституції є породженням розв'язання системної кризи, яку не можна вирішити згідно зі “старим правом”, і вони

чисельність для здатності ухвалення рішень КСУ загалом. Зокрема, § 13 Регламенту КСУ передбачає, що для відкриття дисциплінарної процедури потрібне рішення 12 голосами суддів на спеціальному пленарному засіданні ВП, що на практиці блокує процедуру (у ситуації зі суддями Касмініним та Туницьким) або спричинює зловживання (у ситуації зі суддею Шевчуком) при ухваленні рішення (функції щодо розслідування покладаються на постійну комісію КСУ з питань регламенту та етики). Натомість згідно з § 28 словацького Закону про Конституційний Суд (Zákon č. 314/2018 Z. z. Zákon o Ústavnom súde Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov, <<https://www.zakonypreludi.sk/zz/2018-314>> (accessed: 10.01.2022)) у такому випадку Пленум більшістю голосів КС створює Дисциплінарний сенат у складі трьох суддів, а рішення про дисциплінарну відповідальність судді вирішує Пленум більшістю голосів на підставі розгляду рекомендації Дисциплінарного сенату; Пленум не є зв'язаний рішенням Дисциплінарного Сенату. На час провадження суддя, щодо якого провадиться розслідування, відсторонюється від здійснення повноважень судді.

²² Доктрина так званої політичної доцільності сформульована КСУ щодо 4 % виборчого бар'єру на парламентських виборах (рішення № 1-рп/1998), хоча навіть 3 % бар'єр на виборах до Європарламенту став підставою для визнання неконституційним такого положення з боку ФКС Німеччини (Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 26 февраля 2014 года об отмене трехпроцентного барьера на выборах в Европарламент, ДПП ИМП 2 (2014) 285–324 <https://dpp.mphil.de/03_2014/03_2014_285_324.pdf> (accessed: 10.01.2022)). Зокрема, щодо дискримінаційного характеру виборчих бар'єрів, які істотно знижують ступінь легітимності влади та демократичної циркуляції еліт говорив також колишній заступник ЦВК А. Магера (А Магера, ‘Занадто високий виборчий бар'єр унеможливує оновлення представницьких органів влади’ (2015) 37–8 Юридична газета <<https://yur-gazeta.com/interview/zanadto-visokiy-viborchiy-barer-unemozhlivlyue-onovlennya-predstavnickih-organiv-vladi--amagera.html>> (дата звернення: 10.01.2022)).

Насправді тут слід говорити про доктрину політичного питання, сутність якого зводиться до відмови у вирішенні органом конституційної юстиції суперечки, яку неможливо вирішити за допомогою юридичних засобів, оскільки вона стосується особливостей перебігу політичного процесу (результати політичних консультацій щодо висунення конкретного кандидата у якості прем'єр-міністра), використання парламентом розсуду при визначенні певної моделі правового регулювання за результатами суспільно-політичних дебатів.

спрямовані на обмеження урядування з метою недопущення зловживання владою, що ґрунтується на фундаментальних і непорушних цінностях²³. Таким чином йтиметься про роль конституційної юстиції у забезпеченні збалансованого поділу влад у світлі фундаментальних принципів права.

2.1. Конституційна юстиція та ієрархія конституційних цінностей: *eternity clause*. Така клаузула присутня у ст. 157 Конституції України – ревізія її не допускається у бік скасування прав людини, ліквідації суверенітету й територіальної цілісності²⁴. Цей підхід не є оригінальним і він знайомий із зорі сучасного конституціоналізму. Зокрема, чеський науковець О. Проїс говорить так про доктрину вічних конституційних цінностей (*eternity clause*):

Положення про вічність не є матеріальним “інструментом”; це не таке юридичне правило, як надання автономії одному з регіонів країни або скасування смертного вироку з чіткими юридичними наслідками. Його мета – перевершити просту апеляцію та обмежити практичну “владу”, підтримувати бажані цінності та підтримувати політичну систему, можливо, навіть зняти маску законності з насильницької революції. Але це робиться не під час руйнування системи, на межі революції, а регулярно, у політичних та правових міркуваннях, під час процесу створення нових конституційних стандартів²⁵.

Тобто йдеться про захист фундаментальних засад національного правопорядку, які пронизують конституційну матерію і визначають власне каркас національної моделі конституціоналізму²⁶. Такі положення не підлягають переглядові, як це було зазначено ще у 1798 р. у Конституції Швейцарської Республіки Гельветики, згідно з яким перегляд форми правління не може мати наслідком скасування представницької демократії. Аналогічне положення сьогодні містить німецький Основний Закон, згідно з яким не допускається посягання на засади вільного демократичного порядку

Гострим є питання, чи існує ієрархія конституційних цінностей. Є концепції, які не визнають такої ієрархії, оскільки домінуючим підходом є балансування між цінностями. Інший підхід полягає у визнанні ієрархії

²³ Ця проблематика стала об’єктом панорамного дослідження, в якому наголошується на тому, що парадокс конституцій полягає в тому, що вони імпліцитно містять право народу на опір диктатурі як нагадування урядам щодо недопущення концентрації влади та легітимізації становлення самого конституційного порядку. Tom Ginsburg, Daniel Lansberg, and-Rodriguez Mila Versteeg, ‘When to Overthrow your Government: The Right to Resist in the World’s Constitutions’ (2013) 60 UCLA L. Rev. 1184.

²⁴ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

²⁵ Preuss Ondrej, ‘Eternity Clause as a Smart Instrument – Lessons from the Czech Case Law’ (2016) 3 (57) *Hungarian Journal of Legal Studies* 290.

²⁶ М Бокоч, ‘Місце і роль рішень Європейського суду з прав людини у системі джерел конституційного права’ (дис канд юрид наук, 2021) 84.

конституційних цінностей. Власне кажучи, це чи не ключове питання для розуміння систематики конституційних цінностей, зокрема в рамках європейської традиції права. Насправді тут ключовим моментом є юридична аргументація владних рішень, які є *per se* об'єктом судової перевірки. Залежно від життєвої ситуації виникає необхідність вибору між балансуванням серед цінностей, або побудови юридичної аргументації через ієрархію цінностей. Розуміння доречності застосування таких підходів і визначає виваженість та розсудливість у діяльності конституційної юстиції, гідну демократичну легітимізацію правил через конституційну юстицію.

2.2. Дилема первинної і вторинної установчої влади. Ця проблематика лежала в основі дискусії про загальну волю народу між Ж.-Ж. Руссо та абатом С'єсом і К. де Мальбером: яким чином вона має втілюватися безпосередньо чи через представницький орган. Як пише А. Куб'як, здійснення установчої влади представницьким органом ґрунтується на загальній волі²⁷. К. де Мальберг наголошував, що така воля була здійснена на основі ідеології революції, оскільки воля парламенту є волею народу²⁸. Обставини французької конституції були такими, що третій стан був змушений оголосити себе Установчими зборами, оскільки двоє інших станів скликаних королем Людовіком XVI Генеральних штатів опиралися звичаєвому праву щодо дачі народом згоди на збори нових податків та підвищення розміру старих, із яким уособлював себе саме третій стан. Зі свого боку абат С'єс писав, що 'голос легіслатури народу є нічим іншим як голосом самого народу'²⁹.

Хоча насправді вона була предметом обговорення і в "Федералісті" та втілена в ухваленій Конституції США, незважаючи на відсутність формально достатніх повноважень на це у Філадельфійського конвенту. США пішло своїм шляхом демократичної легітимізації Конституції через її ратифікацію легіслатурами штатів та пізнішу її інтерпретацію Верховним Судом США після знакового рішення у справі *Marbury v Madison*³⁰. Американська ситуація виникла раніше як логічний розвиток ідеї свободи та її гарантій через *habeas corpus*, яка пронизує тло американської конституції, та спротив необґрунтованому збору податків метрополією, що також порушувало старий звичай щодо надання згоди на збір податків з боку підданих. Додатковим тлом, що об'єднує як американську, так і французьку ситуацію, була інтелектуальна традиція Просвітництва, яка ґрунтується на ідеї суспільного прогресу та розвитку індивіда як самодостатнього громадянина.

²⁷ Andrzej Kubiak, *Francuska koncepcja kontroli konstytucyjności ustaw* (Uniwersytet Gdanski 1993) 10.

²⁸ R Carre de Malberg, *La loi, expression la volonté generale* (Paris 1931) 97.

²⁹ Op. cit.: J M Cotteret, *Le pouvoir législatif en France* (Paris 1962) 18.

³⁰ В основі справи було вирішення питання, чи може Президент США, повноваження якого закінчується, призначати суддів. Верховний Суд не вирішив це питання по суті, однак визнав свою юрисдикцію щодо перевірки конституційності Закону про судоустрій, чим самим було визнано фактично відсутність підстав для призначення мирового судді. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Оскільки конституції є породженням революцій, то сам собою перегляд конституцій не може посягати на конституційний устрій – ревізійна установча влада не може служити моги́льником конституціоналізму. Інакше кажучи, ревізійна (вторинна) установча влада обмежена фундаментальними конституційними цінностями, про що, зокрема, свідчить застереження ст. 157 Конституції України про непорушність прав людини, суверенітету і територіальну цілісність України. Ключовим питанням тут також виступає судова перевірка поправок до конституції³¹, що ґрунтується на ідеї установчої влади як системи запобіжників ліквідації конституційної демократії³².

2.3. *Конституційна юстиція як сутнісне ядро поділу влади.* Судовий контроль є провідним елементом серед конкуруючих аспектів поділу влади. Як пише А. Джон, з одного боку, принцип стримувань і противаг вимагає, щоб урядові дії підлягали перегляду незалежними та неупередженими судами. З другого боку, судовий перегляд діє в контексті парламентського контролю виконавчої влади³³. Іншим аспектом зазначеної проблематики, як застерігає О. Шайо, у країнах Східної Європи існує захоплення доктриною суверенітету парламенту³⁴, яка має витоки в ідеях загальної волі Ж.-Ж. Руссо, оскільки така, як правило, закінчується нав'язуванням волі більшості меншості. Однак більшість має бути обмежена правом, якщо ми говоримо про конституційну державу. Зокрема, згідно з абзацом 1 ст. 19 Основного закону ФРН встановлено правила, які в німецькій конституційній доктрині ще називають “короною правової держави”: *‘Якщо права якої-небудь особи порушені публічною владою, йому надається можливість звернутися в суд. Оскільки не встановлена інша підсудність, то використовується звернення в суд загальної юрисдикції’*³⁵.

У такий спосіб захист прав і свобод людини набуває універсального характеру, в силу чого суд гарантує їх захист у разі прогалин та колізій у поточному законодавстві. З іншого боку, застереження щодо підсуд-

³¹ Детальніше, див.: Aharon Barak, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’ [2011] 3 (44) Israel Law Review 321–41; Joel I. Colón-Ríos, ‘A new Typology of Judicial Review of legislation’ [2014] 3 (2) Global Constitutionalism 143–69; Yaniv Roznai, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers’ (A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy. London, February 2014) <http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf> (accessed: 10.01.2022)).

³² Якщо звернути увагу на перипетії ухвалення конституційного закону № 2222-IV, судова перевірка якого закінчилася не менш резонансним рішенням КСУ № 20-рп/2010, то тут слід наголосити на декількох моментах. Це не врахування Верховною Радою при ухваленні поправок до Конституції у законі № 2222-IV того, що були внесені зміни, які змінили зміст законопроекту № 4105, який був предметом попереднього судового перегляду у висновку КСУ № 1-в/2004 на предмет відповідності ст. 157 Конституції, що є неприпустимим з огляду на статті 156 і 159 Конституції. Також слід врахувати ту обставину, що низка положень Конституції у редакції закону № 2222-IV до 30 вересня 2010 р. були об’єктом інтерпретації КСУ і цей орган не навів жодного юридичного аргументу щодо необхідності різкої зміни власної юридичної позиції.

³³ Alder John, *Constitutional and Administrative Law* (10th ed, Palgrave Law Masters 2015) 381.

³⁴ Андраш Шайо, *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)* (БЕК 2001) 47–52.

³⁵ G J Ebers, *Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich. Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Wilhelm Laforet anlässlich seines 75 (Isar Verlag 1952) 269, 271.*

ності означає передачу вирішення спорів до органу конституційної юстиції, які стосуються питань конституційного права.

Ключовим моментом у діяльності конституційної юстиції є гарантії незалежності спеціалізованого органу. Якщо для судів у традиції *common law* основою слугує незалежність суду як такого³⁶ та *habeas corpus*, то у континентальному праві зі спеціалізованим органом конституційної юстиції є ключовими два моменти: дистанціювання його від політичних інститутів влади (парламенту та виконавчої влади) та від судів загальної юрисдикції. Незалежність органів конституційної юстиції від політичних інституцій передбачає неприпустимість їх втручання у процес притягнення конституційних суддів до дисциплінарної відповідальності; це є виключно прерогативою самих конституційних судів, хоча ці процедури може ініціювати як парламент, так і виконавча влада (президент та уряд). Функціонально конституційні і звичайні суди розмежовані через різний предмет юрисдикції. Насамкінець, *дієві гарантії незалежності конституційної юстиції є належною запорукою вирішення спорів про повноваження між конституційними органами влади та зняття напруги у разі конфліктів між ними за допомогою юридичних засобів.*

2.4. Конституційна юстиція та транснаціональний конституціоналізм. Існують дебати у цій площині між доктринами конституційного патріотизму та транснаціоналізму. У практичній площині це питання лежить у співвідношенні юрисдикцій КСУ та Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ)³⁷, Суду ЄС³⁸ чи навіть Міжнародного криміналь-

³⁶ На думку авторитетного вітчизняного правознавця, судді КСУ у відставці М. Козюбра, незалежність суду полягає принаймні у таких елементах: а) інституційно-організаційній самостійності судів (окремих суддів) щодо інших органів державної влади, яка виражається у формуванні самоврядної та відособленої від інших державних органів судової системи; б) забороні іншим державним органам та установам втручатися у здійснення правосуддя у будь-якій формі; в) обов'язку держави надавати відповідні кошти, які б дозволяли судовим органам належним чином виконувати свої функції; г) безсторонності, неупередженості суддів та їх підкорення при здійсненні правосуддя лише закону; г) незмінюваності суддів (М. Козюбра, 'Принципи верховенства права та правова держава: єдність основних вимог' (2007) 64 Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки 7).

³⁷ Відносини із ЄСПЛ КСУ будує на засадах доктрини дружнього ставлення до міжнародного права (рішення КСУ № 2-рп/2016), згідно з яким гарантії прав людини згідно з Конвенцією про права людини і основоположні свободи є невід'ємною частиною конституційних гарантій і мають враховуватися у юриспруденції КСУ. Стосовно співвідношення юрисдикцій національних конституційних судів та ЄСПЛ пишуть таке (п 15, 275):

Проте, незважаючи на ці відмінності, виникає питання, чи мають конституційні суди та міжнародні суди з прав людини подібне ставлення. З огляду на їхній конкретний мандат на захист прав особи, чи вони "упереджені" на користь прав, коли останні суперечать державним інтересам? Чи були б неспеціалізовані суди більш "об'єктивними?" Чи можна сперечатися, однак, що основні права настільки важливі та крихітні, що доцільно створити суди, які, ймовірно, будуть особливо уважні до осіб, які на них посилаються?

Наведені тут побоювання у руслі співвідношення питань захисту прав людини і державного суверенітету вирішуються у руслі якості урядування, оскільки інституційні та процедурні засади організації публічної влади мають бути просякнуті ідеєю захисту прав людини.

³⁸ Україна зв'язана з *well established case law* Суду ЄС відповідно до положень Угоди про асоціацію, яка передбачає низку заходів щодо зближення законодавства України із законодавством ЄС, в основі чого лежить зокрема і визнання Україною *acquis communautaires*, складником якого є і юриспруденція Суду

ного суду³⁹. Власне, відповідь на це запитання дає доктрина конституційного патріотизму⁴⁰, яка зважає на універсальні конституційні цінності та принципи з урахуванням особливостей національного правопорядку з інституційної та процедурної точки зору. Конституційний патріотизм є національними практиками втілення засадничих цінностей і принципів, які відображають водночас національну конституційну традицію та принципи-універсалії органічного конституціоналізму. Це робиться з метою забезпечення справедливого балансу між більшістю та меншістю і збереженням конституційної когерентності:

Концепція конституційного патріотизму часто пропонувалась як рішення складного питання політичної лояльності в суспільствах, що стають все більш мультикультурними. Сам Юрген Габермас неодноразово висунував ідею про те, що можна було б відокремити політичну культуру, яка характеризується спільними універсалістськими принципами – коротше кажучи, конституційним патріотизмом – від культури “більшості” даного державного устрою, тим самим сприяючи політичному залученню (інклюзивності)⁴¹.

Різноманітність виникають при передачі частини повноважень держави наднаціональним інститутам. Однак це питання лежить у площині установчої влади народу та здійснення передачі повноважень у конституційно визначений спосіб. Як у свій час висловився Конституційний Трибунал Польщі, це питання лежить у площині забезпечення конституційності процедури приєднання держави до наднаціональних інституцій ЄС, зокрема:

Вступ Польщі до Європейського Союзу не підірвав верховенство Конституції над усім правопорядком у сфері суверенітету Республіки Польща. Норми Конституції, будучи вищим актом, який є вираженням волі нації, не втрачають своєї обов’язкової сили або змінюють свій зміст лише через факт непримиренної невідповідності між цими нормами і будь-яким положенням Співтовариства. У такій ситуації автономне рішення щодо

ЄС (хоча ці питання стосуються юридичної аргументації та доведення юридичних позицій сторін у справі, що є на розгляді у суді).

³⁹ Стосовно юрисдикції Міжнародного кримінального суду, який на засадах субсидіарності доповнює національну систему кримінальної юстиції у разі відсутності або неефективності національного юридичного захисту, КСУ фактично визнав його наднаціональним інститутом, оцінивши припис Преамбули Римського статуту “Міжнародний кримінальний суд <...> доповнює національні органи кримінальної юстиції” неконституційним (висновок КСУ № 3-в/2001). На сьогодні чинний текст Конституції України передбачає припис, який містить техніку обходу цього проблемного рішення КСУ із відкладальною умовою щодо імплементації Римського статуту, яким керується у своїй діяльності Міжнародний кримінальний суд (далі – МКС), що його юрисдикція може бути визнаною Україною на умовах, визначених у самому Римському статуті МКС (ч. 6 ст. 124 Конституції України).

⁴⁰ Цю теорію нині розглядають як “привабливу, але слабо визначену”: ‘Kim Lane Scheppele. Constitutional patriotism: An introduction’ [2008] 6 (1) International Journal of Constitutional Law 67–71, <<https://doi.org/10.1093/icon/mom039>>.

⁴¹ Ibid 68.

відповідного способу вирішення цієї невідповідності, у тому числі щодо доцільності перегляду Конституції, належить польському конституційному законодавцю⁴².

Водночас Конституційний Трибунал зробив застереження, що приєднання Польщі до установчих договорів ЄС ‘жодним чином не означає аналогічного пріоритету цих угод [як це має місце щодо звичайних законів] над Конституцією’. Власне кажучи, як мені здається, це стало одним із чинників виникнення справжньої юрисдикційної війни між Трибуналом та Судом ЄС та ЄСПЛ наприкінці 2021 р., яка стосується ситуації недодержання Польщею елементарних гарантій незалежності судової влади, адже таким не відповідає ситуація⁴³, коли Міністерство юстиції як ексекютива домінує у процесі формування суддівського корпусу, а палата Верховного Суду може вирішувати питання дисциплінарної відповідальності суддів, коли існує реальна небезпека профайлінгу суддів, рішення яких переглядаються у порядку апеляції та касації, що безпосередньо атакує засади незалежності суддів. І це не є ситуацією “дружнього до права ЄС тлумачення внутрішньодержавного права, <...> несумісного із мінімальними гарантіями функцій реалізації Конституції”, а якраз навпаки.

Польський досвід засвідчує доволі делікатні грані становлення сучасного транснаціонального права. *Stricto sensu* воно сьогодні існує у вигляді права ЄС із його доволі дивовижною і громіздкою конституційною структурою, на який, як мені видається, відчуваються істотні впливи інституційного дизайну Священної римської імперії германської нації. Оскільки це питання зачіпає як конституційну ідентичність націй, так і поле співробітництва на наднаціональному рівні, ключовим тут залишається трактування принципу субсидіарності⁴⁴, що в Україні стало од-

⁴² Judgment of 11 May, 2005, K 18/04.

⁴³ У рішенні K 3/21 KT (Wyrok K 3/21, Trybunał Konstytucyjny: Ocena zgodności z Konstytucją RP wybranych przepisów Traktatu o Unii Europejskiej, <<https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>> (accessed: 10.01.2022)) з покликанням на статтю 1 (1), (2) та речення 3 статті 4 Договору про Європейський Союз кваліфікував, що ніби у практиці Суду ЄС сформувався підхід, згідно з яким їхнє тлумачення Судом досягло “нової стадії”, на якій:

а) органи Європейського Союзу діють поза межами повноважень, наданих Республікою Польща в договорах, б) Конституція не є вищим законом Республіки Польща, що має пріоритет чинності та застосування, в) Республіка Польща не може функціонувати як суверенна і демократична держава – це не відповідає ст. 2, ст. 8 та ст. 90 сек. 1 Конституції Республіки Польща.

⁴⁴ Якщо коротко, принцип субсидіарності визначає обсяг і порядок визначення повноважень рівнів публічної влади, що залежить від масштабів владних функцій, наявних ресурсів та інституційної спроможності. Принцип субсидіарності розглядається як конституційна засада у міжнародному праві (Andreas Follesdal, ‘The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law’ v *Global Governance as Public Authority: Structures, Contestations and Normative Change*. Jean Monnet Working Paper 12/11 <<https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/JMWP12Follesdal.pdf>> (accessed: 10.01.2022)). Він також має значення для розуміння критеріїв допустимості конституційних скарг, яке помилково у ст. 151¹ Конституції України сформульовано через кальку ст. 34 Конвенції з прав людини

ним із каменем спотикання при ухваленні конституційних законопроектів щодо децентралізації влади.

3. Демократична легітимізація конституційної юстиції: дилема юристократії та верховенства парламенту

Зазначена проблематика чи не ключова для функціонування вітчизняної конституційної юстиції, що також відповідає загальносвітовим трендам. Тут буде проаналізовано, чи настільки конституційна юстиція атакує народне представництво, скасовуючи акти парламенту і чи це насправді не служить виправданням свавілля при здійсненні перевірки конституційності юридичних актів вищих органів влади. Проблема верховенства судів (*juristocracy*) полягає в тому, що саме органами конституційної юстиції завершується в крайньому випадку, коли (а) немає конституційної проблеми, яку не можна було б вирішити судами, і (б) жодна конституційна проблема насправді не вирішується, доки не буде розв'язана судом⁴⁵. Як свідчать дослідження, проблема лежить у забезпеченні відбору суддів на засадах належного представництва та цілісності судді (добросовісності, *moral integrity*) та обґрунтування актів конституційної юстиції.

3.1. Чому конституційна юстиція легітимна: проблема представництва юридичного співтовариства та *moral integrity* суддів. Як вже зазначалося, вимоги *moral integrity* конституційних суддів виражають стандарти представництва юридичного співтовариства на рівні спеціалізованого органу конституційної юстиції. Таке представництво є відмінним від представництва народу у парламенті – таке представництво ґрунтується на низці вимогах професійного, ділового та морального характеру⁴⁶. Це є представництво із числа працівників вільної професії правників. Хоча є і винятки, адже до складу Конституційної ради Франції, окрім правників, входять видатні політичні діячі, а також президен-

і основоположних свобод як вичерпання засобів юридичного захисту, адже природа національного конституційного суду та міжнародного суду дещо відмінна. Детальніше див.: Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity, Report prepared for the Steering Committee on Local and Regional Authorities (CDLR), *Local and regional authorities in Europe*, No. 55 <<https://rm.coe.int/1680747fda>> (accessed: 10.01.2022).

⁴⁵ Donald E. Bello Hutt, 'Against judicial supremacy in constitutional interpretation' (2017) 31 *Revus* 1, Online since 01 June 2019 <DOI: 10.4000/revus.3659>.

⁴⁶ Зокрема, ч. 4 ст. 148 Конституції окрім вікового цензу, формальної вимоги щодо юридичної освіти та 15-річного стажу у сфері права також визначає якісні критерії – "високі моральні якості та <...> визнаний рівень компетентності". Моральні якості стосуються цілісності особистості судді, який має ухвалювати рішення незалежно і безсторонньо для зовнішнього спостерігача навіть в умовах гострих суспільно-політичних дебатів та громадського тиску; натомість критерій визнаного рівня компетенції означає ніщо інше, як досконале володіння інструментарієм інтерпретації та юридичної аргументації у сфері публічного права – знань тут недостатньо, тут ключовим критерієм має бути інтерпретація права у соціальному контексті відповідно до конституційних цілей. З цих причин дебати щодо забезпечення конкурсного відбору до складу КСУ є важливими для підвищення ступеня демократичної легітимізації вітчизняного органу конституційної юстиції.

ти, строк повноважень яких скінчився, що, напевно, втілює ідею забезпечення континуїтету державності.

Ці питання стають також визначальними при компонуванні конституційних судів як спеціалізованих органів. Наприклад, у Словаччині встановлено вимогу внесення на розгляд Президенту не менше двох кандидатур на відкриту вакансію судді Конституційного Суду. Такі кандидатури висуває Національна Рада за пропозицією Президента, фракцій парламенту, представників судової влади, адвокатів та академічної спільноти. Такі відносини є в інших країнах і вони по суті визначають негласні правила парламентської гри – на композицію органів конституційної юстиції впливають результати консультацій між парламентськими фракціями. За принципом консенсусу у складі органу конституційної юстиції забезпечується представництво парламентської більшості та опозиції⁴⁷. Однак оскільки судді конституційних судів призначаються на значно більший термін (6–12 років), ніж парламенти (4–5 років), то зазначені міркування не завжди є визначальними⁴⁸. При цьому вирішальне значення має принцип спеціалізації – суддя має досконально розуміти публічне право і визначатися у пріоритетах у світлі конституційних цілей щодо обмеження влади та гарантій прав людини.

Хоча парламент як інститут народного представництва поряд із президентом бере участь у формуванні конституційного суду/ради, який, на перший погляд, стає таким чином вторинним органом публічної влади, однак це суті не змінює – конституційні суди/ради репрезентують юридичне співтовариство. Така процедура їх формування визначає засади їх демократичної легітимізації, адже народним голосуванням навряд чи можна визначити високі ділові якості, рівень компетентності та *moral integrity* кандидата на посаду конституційного судді. Насправді систематика цих відносин характеризує реальний стан громадянського суспільства (юриспруденція як одна із вільних професій є його своєрідним тестером) і демократичної підзвітності та підконтрольності публічної влади.

3.2. Законодавець як перший інтерпретатор конституції та роль конституційної юстиції. Законодавець має можливість широкого правово-

⁴⁷ Як це здійснюється, можна продемонструвати на такому прикладі. Протягом 2018–2019 рр. йшов процес формування нового складу Конституційного Суду Словацької Республіки. Особливістю словацької номінаційної процедури є те, що Президент призначає суддю з числа двох кандидатів, запропонованих Національною радою, а також призначає голову Конституційного суду із числа призначених суддів. Колишній прем'єр-міністр Р. Фіцо буквально шантажував Президента І. Гашпаровича тим, що якщо не будуть надані гарантії щодо його призначення головою Суду, то ніби у Національній раді не буде достатньо голосів для формування повноцінного складу Суду. Все скінчилося тим, що профільний парламентський комітет, дослідивши особисте досьє Фіцо як кандидата у конституційні судді, не виявив у нього достатньо юридичного стажу, оскільки він після отримання диплому в Університеті Павла Йозефа Шафарика в Кошицях одразу почав займатися політикою. Головою Суду було призначено у квітні 2019 р. адвоката І. Фіачана, а потім у жовтні 2019 р. склад Конституційного Суду Словаччини було остаточно сформовано.

⁴⁸ М Савчин, *Порівняльне конституційне право* (BAITE 2020) 326.

го регулювання суспільних відносин, на відміну від суду, який вирішує конкретну справу та юридичний спір. Свобода розсуду, яку реалізує законодавець, означає обрання певної оптимальної моделі правового регулювання, яке має ґрунтуватися на засадах пропорційності, щоб не було загрози посягання на сутнісний зміст прав людини⁴⁹.

Доволі часто зазначена проблематика лежить у контексті слабкої та сильної моделі судового перегляду актів парламенту, зокрема при парламентській моделі перегляду конституції. При парламентській моделі урядування цю дилему можна вирішувати двома основними способами:

1) збалансувати потенційні афекти парламентської більшості у разі її тяжіння до диктатури сильною моделлю конституційної юстиції, як це має місце у Німеччині чи Словаччині;

2) забезпечення балансу через бікамералізм парламенту, де верхня палата як постійно діюча може забезпечити безперервність парламентаризму із сильною нижньою палатою; однак акти парламенту підлягають конституційній перевірці, якій слід надавати перевагу, оскільки президентське вето долається повторним ухваленням закону.

У цьому випадку стоїть питання, яким саме чином законодавець буде конкретизувати конституційні положення у разі “мовчання” конституції щодо певної моделі правового регулювання, яке інколи КСУ плутає із питаннями політичної доцільності. Згідно з останніми дослідженнями різних аспектів засад верховенства права законність як його складник передбачає ухвалення законів, які мають відповідати критеріям справедливості, балансування інтересів між більшістю і меншістю, за результатами суспільно-політичних дебатів, де всі заінтересовані учасники мають бути заслухані, відповідні пропозиції мають стати предметом обговорення, стосуватися істотних моментів правового регулювання відповідної сфери суспільних відносин. З таких міркувань існує припущення, що законодавець володіє більш широким спектром бачення напрямів та глибини правового регулювання певної проблематики. Тому *законодавець виступає фактично першим інтерпретатором конституції*.

Однак згідно з принципом спеціалізації, коли питання потребує спеціальних знань, воно може стати питанням регулювання з боку незалежних регуляторів⁵⁰, які мають відповідати критеріям незалежності, безсторонності та бути підзвітними і підконтрольними парламентові, який ці сфери регулює на рівні загальних принципів права та визначає повноваження і правила здійснення регуляторних процедур незалежними регуляторами. Так само, принцип спеціалізації стосується суддів, однак вони є не суб'єктами правового регулювання, а здійснюють судо-

⁴⁹ Ця доктрина сформульована у рішенні КСУ № 2-рп/2016, в якому зазначено, що запровадження певних обмежень не може посягати на сутнісний зміст прав людини.

⁵⁰ Зокрема, див.: Christopher Hood, Oliver James, George Jones, Colin Scott, and Tony Travers, *Regulation Inside Government: Waste-Watchers, Quality Police, and Sleazebusters* (Oxford University Press 1999).

вий перегляд актів незалежних регуляторів щодо їх відповідності стандартам верховенства права.

3.3. Принцип вірності конституції і зв'язаність законодавця рішеннями конституційної юстиції та окремі винятки. Законодавець є зв'язаний положеннями конституції і не може при ухваленні законів викривлювати їхній зміст, це пов'язано з розмежуванням установчої та законодавчої влади, оскільки зміни до конституції

означають ті форми конституційних змін, які виникають через певні виняткові або “вищі” форми законотворчості, а саме: ті, що передбачають високий рівень народної мобілізації та міжгалузевої співпраці, а не більш звичайні форми. законодавчої, судової та виконавчої діяльності⁵¹.

Таке розмежування означає, що законодавець не може посягати на конституційні цінності та принципи, а має належним чином конкретизувати їхні положення.

Не є завданням суду упроваджувати певні масштабні соціальні реформи – суд щодо цього є доволі консервативною інституцією. Всією повнотою повноважень володіє законодавець, і парламент може доволі оперативно втручатися у кризову ситуацію. Однак із практичної точки зору ці відносини є конкурентними, за інституційним дизайном – є відносинами балансування, а за змістом – є відношенням загального і особливого у праві.

Таким чином, інновації у праві впроваджуються судом за умови розв'язування певних проблем у разі невизначеності законодавства у світлі обставин, що змінилися, і за умови, що це сприяє динамічним змінам у правовій системі. Втілення таких інновацій лежать у площині суддівського розсуду. Загалом можна виділити три основні суддівські стратегії, у межах яких реалізується певною мірою суддівський розсуд – стримування, нейтральності та активізму. Їхні елементи можуть поєднуватися залежно від особливостей конкретної справи, їх суб'єктного складу, складності фактичних обставин, темпорального перебігу, загального впливу на динаміку правової системи тощо⁵².

Відповідно, у вище наведеному рішенні від 26 лютого 2014 р. ФКС Німеччини сформулював доктрину вірності конституції, згідно з якою Бундестаг при ухваленні законів чи внесенні до них змін має враховувати юридичну позицію, яка міститься у рішеннях ФКС, якщо такі стосуються конкретного предмету правового регулювання. Так само і КСУ у своїй діяльності мав справу із порушенням Верховною Радою засад вірності Конституції, оскільки незважаючи на наявне рішення Суду

⁵¹ Tom Ginsburg, Rosalind Doxon (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011) 96.

⁵² М Савчин, ‘Конституційні інновації та вірність конституції’ (2016) 7–8 Віче 46.

у справі щодо судового контролю за поміщенням особи до психіатричного закладу⁵³, повторними правками у закон передбачив у невідкладних випадках процедури поміщення особи до психіатричного закладу⁵⁴, мінаючи вимогу обов'язкового судового контролю, що є несумісним із імперативними вимогами ст. 29 Конституції.

3.4. *Quis custodiet ipsos custodies* або коли не можна переходити грань? Щодо конституційної юстиції завжди існує дилема *Quis custodiet ipsos custodes*? Її суть зводиться до уповноваження щодо захисту конституційних цінностей/принципів. Адже чи то конституційний суд, чи то верховний суд ніби має вади демократичної легітиматії і не піддається звичайному поясненню через егалітаризм чи плебісцитарну демократію. Натомість виникає запитання: а хто бере участь формуванні та яким чином виникає розуміння цінностей та їх систематики. Власне кажучи, проблематика пов'язана із природою установчої влади та розуміння конституції як спільнотворення (*commonwealth*). Досягнення суспільного консенсусу щодо розуміння спільних цінностей, на якому засновано спільнотворення, потребує координації зусиль та спільної діяльності у рамках певного цілепокладання.

О. Шайо при характеристиці відносин у системі поділу влади говорить про недостатність політичних засобів:

Контроль, який здійснюється розділеними гілками влади одна за одною, явно недостатній. Якщо влада розділена, то може статися, у крайньому випадку, таке: при необхідності прийняти спільне рішення, одна із сторін, посиляючись на антиконституційність пропозицій іншої, відмовиться від співпраці⁵⁵.

Таким чином, при виникненні таких ситуацій, пов'язаних із визначенням обсягу повноважень органів публічної влади, необхідно керуватися конституційними принципами, зокрема, принципом поділу влади. Водночас, як підкреслював Ф. Ермагора, ефективність конституційної юстиції зумовлена застосовністю, легітимністю та гарантованістю⁵⁶. За таких обставин, інституційно органу конституційної юстиції логічно діяти як незалежному органу влади, оскільки як процедура призначення суддів, так і порядок ухвалення рішень потребує належної демократичної легітиматії: у першому випадку – досягнення інститутів влади згоди щодо досягнення такої композиції конституційного суду/ради, яка б дозволяла забезпечувати баланс повноважень і континуїтет у діяльності органів публічної влади; у другому випадку – належна юридична аргу-

⁵³ Рішення КСУ № 2-рп/2016.

⁵⁴ Рішення КСУ № 13-р/2018.

⁵⁵ Андраш Шайо, *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)* (БЕК 2001) 224.

⁵⁶ F Ermacora, *Grundriß der Menschenrechte in Österreich* (Manzsche Verlag 1988) 30.

ментация⁵⁷ дає змогу розвивати зміст фундаментальних принципів і захищати конституційні цінності. Таким чином, Конституційний Суд має діяти на засадах верховенства права і дбати про належну юридичну аргументацію власних рішень з огляду на його демократичну легітимізацію у конституційній композиції публічної влади як незалежного арбітра.

4. Конституційна скарга: проблема ефективності захисту прав людини

Щоб забезпечити захист прав людини, суд, за відомим висловом *de minimis non curat praetor* (суддя не займається дрібницями), має вирішувати істотні питання, як із цього приводу висловився Верховний Суд США:

Принаймні, вимога про постійну дію [конституції] не виконується, якщо позивач не має такої особистої зацікавленості в результаті суперечки, щоб усунути ту конкретну несприятливість, яка загострює подання питань, вирішення яких значною мірою залежить від суду <...>⁵⁸.

⁵⁷ Питанням юридичної аргументації присвячена чимала література (Е Т Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions* (Dordrecht 1999); Eveline T Feteris, 'Fundamentals of legal argumentation. A survey of theories on the justification of judicial decisions?' [2018] 7 (3) *Journal of Argumentation in Context* 352–4; N McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford 1978); N Petersen, *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa* (Cambridge University Press 2017), однак в Україні вона ще лише знаходить свого дослідника (наприклад, М Савчин 'Конституційні принципи та їх інтерпретація' (2017) 7 *Право України* 30–8; О Шербанюк, 'Принципи права в аргументації рішень конституційних судів' (2021) 5 *Вісник Конституційного Суду України* 102–9). Наскільки важлива належна аргументація для КСУ видно на прикладах рішень щодо строків перебування Президента України на посаді та щодо так званої антикорупційної інфраструктури, які значно знизили демократичну легітимізацію цього органу. Це навіть дало привід заговорити деяким дослідникам про наявність конституційної кризи (Mikhail Minakov and William Pomeranz, 'Constitutional Crisis in Ukraine: Looking for Solutions' (2021) 65 *Kennan Cable*), хоча, як на мене, "фірмовим стилем" конституційних криз (і, власне, їх розв'язанням) в Україні є явище майдану (масових протестів проти зловживань владою), яка має чітку тяглість від традиції віче (народного зібрання, де обирали і скидали з влади князя) з періоду Русі-України, що вписується цілком у рамки права на опір народу тиранії. Так, рішенням КСУ № 13-р/2020 було визнано систему антикорупційних органів такою, яка загрожує незалежності суддів, оскільки

головним напрямом забезпечення незалежності судової влади є створення спеціальних інституцій, метою діяльності яких є виведення органів правосуддя з поля адміністративного контролю та фактичного управління органів виконавчої та законодавчої влади, <...> дисциплінарні органи повинні бути незалежними від уряду, а дисциплінарне провадження або провадження щодо відводу суддів повинне визначатися відповідно до усталених процедур, що гарантують права суддів на справедливий, прозорий та незалежний розгляд справи. <...> будь-які форми та методи контролю у виді перевірок, моніторингу тощо функціонування та діяльності судів і суддів повинні реалізовуватись лише органами судової влади та виключати створення таких органів у системі як виконавчої, так і законодавчої влади.

З огляду на такі міркування КСУ встановив, що ніби Національне агентство з питань запобігання корупції (далі – НАЗК) володіє "контрольними функціями, що мають прямий і безпосередній вплив <...> на суддів Конституційного Суду України". Таким чином, на думку КСУ, НАЗК як орган виконавчої влади здійснює контрольні функції щодо судів, що є неприпустимим з огляду на конституційні гарантії незалежності судів. Однак насправді ці функції стосуються моніторингу й аналізу стану доходів і витрат суддів і вони не стосуються самої суддівської діяльності, а у разі виявлення випадків стилю життя певним суддею, який несумісний із його статусом, мають вживатися заходи дисциплінарної відповідальності щодо такого судді (зокрема, стосовно конституційних суддів у порядку ч. 3 ст. 149 Конституції).

⁵⁸ *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737, 770 (1984).

Тому ключовим питанням при вирішенні конституційних скарг є захист сутнісного змісту права і з'ясування, в яких істотних елементах його сутнісне ядро зачеплене свавільними діями держави та/чи третіх осіб і яким чином має бути справедливе поновлення у правах. Цими параметрами власне і визначається ефективність конституційної скарги.

4.1. Чому у континентальній системі права найпізніше виникає конституційний механізм захисту прав людини? Ідея судового перегляду актів публічної адміністрації щодо відповідності фундаментальним принципам права, зокрема поваги до гідності і прав людини, в умовах домінування писаного і кодифікованого права, отримує спротив з міркувань публічного інтересу. Хоча в одному зі своїх рішень ФКС Німеччини вказав, що при розгляді конституційних скарг забезпечується публічний інтерес⁵⁹, однак кінцевою метою такого судового розгляду є захист прав людини як ключового елементу конституційного порядку⁶⁰.

⁵⁹ ФКС Німеччини сформулював підхід (цит. за: Й Изензее и П Кирххоф (н 6) 309), згідно з яким порушення права має бути безпосереднім і стосуватися саме основоположних прав:

‘Допустимість конституційної скарги передбачає твердження особи, яка подала скаргу, що актом публічної влади порушено її основоположні права. Цей акт може завдати шкоди правовій позиції самої особи, яка подала скаргу, безпосередньо на поточний час’.

⁶⁰ Із цього припису також видно, що не має значення, чи втратив чинність правовий акт, який оскаржується, тут головним питанням є чи порушено основоположне право і чи заподіяна йому конкретна шкода.

У рішенні *Ferreira v. Levin NO & Others* (1995) Конституційний Суд Південно-Африканської Республіки (далі – КС ПАР) вказав на специфіку публічного характеру розгляду скарг індивідів проти публічної влади, зокрема її посадовців:

<...> у судових спорах публічного характеру цей зв'язок [між позивачем і відповідачем, якщо обидва є приватними особами] рідко буває настільки інтимним. Загалом шукана допомога є перспективною та загальною в застосуванні, тому вона може безпосередньо вплинути на широке коло людей. Крім того, ймовірна шкода часто може бути досить змішаною або аморфною.

Далі Суд наводить різницю між публічним характером захисту прав людини на відміну від традиції *common law*, яка тяжіє до приватноправового захисту:

<...> не можна провести яскраву межу між приватним захистом і захистом публічного або конституційного характеру. Не всі позаконституційні засоби захисту мають приватний характер. Також не можна стверджувати, що всі конституційні засоби захисту пов'язані із скаргами суто публічного характеру: оскарження конкретного адміністративного акту чи рішення може мати приватний, а не публічний характер. Але зрозуміло, що у судовому процесі публічного характеру можуть бути доречні різні міркування, щоб визначити, хто повинен мати право порушувати судовий процес. З огляду на це, розділ 7(4) [Конституції ПАР] передбачає ширшу мережу для визнання, ніж це традиційно застосовує загальне право.

Далі КС ПАР аналізує природу *actio popularis*, і потім дає характеристику предмету скарги, який має значення для захисту прав невизначеного кола осіб, і насамкінець Суд наголосив, що, захищаючи свої права, скажчик забезпечує захист публічних інтересів, тобто захист прав людини імпліцитно включає в себе забезпечення публічного інтересу *per se*.

Верховний Суд Індії, при визначенні публічного інтересу у справі *M. C. Mehta v. Union of India* (1988 S.C.R. (2) 530) вказав на те, що Федеральний уряд не доклав достатньо зусиль задля очищення річки Ганг, порушуючи свої конституційні та законодавчі обов'язки, хоча при цьому скажниками не було наведено конкретні факти спричинення шкоди чиймось правам. Як стверджує Майкл Дорф (Michael C. Dorf, ‘Abstract and Concrete Review’ in Vikram David Amar, Mark V Tushnet (eds), *Global Perspectives of Constitutional Law* (Oxford University Press 2009) 13):

‘Верховний суд Індії тлумачить свою юрисдикцію надзвичайно широко, так що навіть лист до редактора газети чи листівка до судді можуть послужити підставою для відкриття провадження.’

Гарантії *habeas corpus*, притаманні англо-американській системі права, звужують межі довільного застосування права органами публічної адміністрації та ухвалення несправедливих законів. Натомість у континентальній Європі, зважаючи на дилему юристократії та верховенства парламенту⁶¹, триває вічний спір щодо легітимності такої перевірки.

Однак у континентальній Європі конституційна скарга була запроваджена лише після Другої світової війни, коли Нюрнберзький трибунал покарав нацистських злочинців за злочини проти людяності і миру, які були засновані на систематичній політичній політиці з цілеспрямованого переслідування цілих етнічних груп і різних меншин. Тому насамперед виникало запитання: якщо конституційні суди будуть розглядати індивідуальні скарги, чи не перетворяться вони у своєрідні суперревізійні інстанції, тим самим підриваючи авторитет судів загальної юрисдикції? Але насправді сталося те, про що попереджував Г. Кельзен, – судді загальних судів так і не знайшли адекватних юрисдикційних засобів протидії актам законодавства і публічної адміністрації, які були дискримінаційними й атакували людську гідність. Ідеться про складнощі інтерпретації права загальними суддями у світлі його основоположних принципів, які потребують юридичної аргументації з використанням досягнень етики, герменевтики і, власне, юриспруденції. Можна також говорити про економічний аналіз права⁶², співвідношення бізнесу і прав людини⁶³, однак це не зменшує питання кардинальності ключового питання – доступу до ресурсів та істотності обмеження можливостей самовизначення індивіда.

Функціональне наповнення конституційної скарги у національних правопорядках має доволі конкретну мету – створити задовільний механізм запобігання масових і грубих порушень прав людини. Тут стоїть питання, наскільки конституційна юстиція відстоюватиме те, що у доктрині іменується *the very essence of the right*⁶⁴, згідно з яким суд виявляє, наскільки істотно зачіпає порушення сутнісні елементи конкретного суб'єктивного публічного права, гарантованого конституційними засо-

⁶¹ Як ще писав А. Венн Дайсі, така в Англії виражається, зі свого боку, у співіснуванні *common law* та доктрини *sovereignty of Parliament*, яка пов'язана зі становленням конституційної монархії під час Славетної революції та реформуванням судової системи, яка звершилася створенням Верховного Суду (п 4, 268). Це накладає свій відбиток на юридичну техніку укладання законів, положення яких мають бути придатними для застосування судами, та неприпустимість втручання Парламенту у сферу *common law*, яка твориться судами.

⁶² З цієї тематики я би виділив насамперед таку працю: Petersen Niels and Towfigh Emanuel V. *Economic methods for Lawyers* (Edward Elgar Publishing 2016).

⁶³ Цій проблематиці присвячено перший номер часопису “Філософія права та загальна філософія права” за 2021 рік <<http://phtl.nlu.edu.ua/issue/view/14871>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁶⁴ У рішенні 3-рп/2015 КСУ визначив основні фрагменти розуміння доктрини сутнісного змісту основоположного права таким чином:

Законодавець, унеможлививши оскарження до суду апеляційної інстанції рішень місцевих загальних судів як адміністративних судів у справах з приводу постанов суб'єктів владних повноважень про накладення адміністративних стягнень, що за ступенем суворості співмірні з встановленими Кримінальним

бами. У такій площині рідко коли загальні суди розглядають юридичні спори за винятками застосуванням засад прямої дії конституції, що передбачає розглядати права людини як обов'язок держави щодо їх захисту. Відповідно, насторожене ставлення до прав людини як фундаментальних принципів права у так званих складних справах часто ставить загальні суди у глухий кут⁶⁵. У Доповіді Європейської комісії “За демократію через право” (Венеційська комісія), яку підготували Г. Арутюнян, А. Нуссбергер та П. Пачолаї, щодо конституційної скарги у системі Ради Європи пояснюється природа конституційної скарги через захист цінностей через призму писаної конституції. Це не викликає сумніву для країн, що репрезентують континентальну Європу. А щодо Сполученого Королівства, яка з огляду на *common law* не має класичного *constitutional review*, його імплементація у сфері прав людини пояснюється подвійно: 1) з огляду на верховенство права ЄС, на відповідність якому суди перевіряють юридичні акти Королівства, та 2) Акта про права людини 1998 р., згідно з яким юридичні акти Королівства мають відповідати Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та юриспруденції ЄСПЛ⁶⁶. Тому слід перейти до сутнісних елементів конституційного перегляду, які становлять основи юридичного захисту у межах індивідуальної конституційної скарги.

4.2. Інституційна пам'ять та імплементація конституційної скарги у національний правозахисний механізм. Проблематика впровадження конституційної скарги в Україні зумовлена певною традицією функціонування владних інституцій, до яких завжди була низька суспільна довіра, оскільки це була влада метрополії щодо колонії або пізніше у формі маріонеткової УРСР. Юридичний стиль діяльності московської імперії та її правонаступниці – СРСР – полягав у зневаженні людської

кодексом України покараннями, допустив непропорційність між поставленою метою та вжитими для її досягнення заходами.

<...>

З огляду на наведене Конституційний Суд України дійшов висновку, що положеннями частини другої статті 1712 Кодексу адміністративного судочинства України запроваджено у справах з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо притягнення до адміністративної відповідальності непропорційні обмеження права на оскарження судового рішення, що порушує сутнісний зміст права особи на судовий захист. [підкреслення моє – М. С.]

Справа стосувалася істотних обмежень, якими і до сьогодні рясніє процесуальне законодавство, пов'язаних з оскарженням судових рішень, всупереч конституційним гарантіям доступу до правосуддя в аспекті права на оскарження неправомірних чи свавільних рішень.

⁶⁵ Це також спостерігається і в практиці КСУ, у складі якого нині переважають судді – вихідці із загальних судів, та деяких зарубіжних конституційних судах, де також спостерігається значна частка суддів із числа суддів загальних судів (можна, наприклад, це спостерігати за композицією Конституційного Трибуналу Польщі, який зайняв консервативну позицію у справах по абортів, де слід було балансувати між поняттями права на життя плоду (*fetus*) та права особи, тобто жінки, що виносить плід, на самовизначення).

⁶⁶ Study on individual access to constitutional justice. Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session, Venice Commission, Strasbourg, 27 January 2011, CDL-AD(2010)039rev (Venice, 17–18 December 2010), 8 <[https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e)> (accessed: 10.01.2022).

гідності та концентрації влади в руках царя/імператора, а пізніше – партноменклатурної кліки, якій мало були відомі ідеї поваги до людської гідності та свобод і прав людини.

Після поновлення незалежності України у 1991 р. ідея конституційної юстиції була втілена лише з ухваленням Конституції України у 1996 р., а конституційна скарга запроваджена з лютого 2018 р.⁶⁷ Вже у згаданому компаративному дослідженні щодо конституційних судів у так званих пострадянських країнах стверджується: *‘У більшості пострадянських держав органи конституційного контролю законів сприймаються як не-ефективні, залежні від політичної влади і не мають впливу на визнання неконституційними нормативних актів’*⁶⁸.

На перший погляд, розгляд конституційних скарг дистанціює конституційні суди від розгляду гострих політичних питань. Однак самі собою права людини, за влучним виразом Дж. Донеллі, вказують на істотні інституційні проблеми держави і свідчать про певні як політичні, так і моральні зобов’язання держави⁶⁹. Таким чином, обов’язок держави захищати основоположні права призводить до необхідності зміни політики держави та ретельної ревізії правозастосовної практики. Ці проблеми лежать саме у площині сутнісного змісту права як основоположного.

Інституційно це вирішується через певну взаємодію між конституційними та загальними судами, яка є дуальною: 1) субсидіарність конституційного захисту прав, яка, окрім істотності порушення основоположного права, зокрема, включає критерій вичерпання інших засобів юридичного захисту, та 2) можливість загальних судів застосовувати приписи конституції як норми прямої дії у поєднанні з інцидентним конституційним контролем. У цій систематичі юридичного захисту міркування на кшталт обмеження можливостей із доступом з індивідуальною скаргою до конституційного судочинства, як це сформульовано навіть у ст. 151¹ Конституції є відображенням цього вельми специфічного прояву з боку держави до приватних осіб. Це виглядає зневажливо з точки зору обов’язку держави ефективно захищати права у світлі кардинального конституційного рішення (речення третє ч. 2 ст. 3 Консти-

⁶⁷ Закон про внесення змін до Конституції ухвалено 2 червня 2016 р., однак КСУ не використовував конституційну скаргу навіть після ухвалення у новій редакції Закону про КСУ від 17 липня 2017 р., а індивідуальні звернення почав розглядати лише з лютого 2018 р., коли було обрано Головою Суду С. Шевчука, створено сенати та ухвалено Регламент КСУ. Особливо гротескно виглядало те, що конституційні скарги не розглядалися, поки КСУ не ухвалив свій Регламент. Про належне юридичне забезпечення конституційної скарги в аспекті якості правового регулювання наголошувалося в одному з аналітичних звітів (Звіт з моніторингу діяльності Конституційного Суду України щодо розгляду конституційних скарг (Програма “Нове правосуддя” 2019) <<https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2019/07/Zvit-z-monitoringu-diyalnosti-Konstitutsijnogo-Sudu-Ukraini-shhodo-rozglyadu-konstitutsijnih-skarg.pdf>> (дата звернення: 10.01.2022)), хоча як свідчить подальша практика розгляду скарг КСУ таке регулювання кардинально на краще не змінило ситуації.

⁶⁸ Jacek Zalesny (ed), *Constitutional Courts in Post-Soviet States. Between the Model of a State of Law and Its Local Application* (Peter Lang, 2019) 12.

⁶⁹ Джек Донеллі, *Права людини у міжнародній політиці* (пер з англ Завалій Т, Кальварія 2004) 35.

туції). Подібний дискурс щодо потенційно надмірного навантаження на КСУ супроводжує дискусію щодо перспектив упровадження конституційної скарги щодо захисту прав місцевого самоврядування, яку б могли вносити група жителів громади чи органи місцевого самоврядування⁷⁰. За цими критеріями розглянемо у компаративній перспективі особливості вітчизняної моделі конституційної скарги.

4.3. *Вади вітчизняної усіченої статуторної скарги.* Нерозуміння природи процедур на кшталт конституційних скарг чи навіть *habeas corpus*, які розвинені у конституційній юриспруденції, зокрема вже у ФКС ФРН та КС ПАР, стало одним із чинників впровадження статуторної скарги⁷¹ в Україні. Якщо аналізувати конституційне закріплення конституційної скарги в Україні, то слід звернути увагу на формальні та змістовні аспекти критеріїв прийнятності, що впливає на ступінь ефективності зазначеного засобу юридичного захисту⁷². Порівняльний аналіз свідчить, що існують три основні моделі реагування на ситуації порушення органами публічної влади чи її агентами прав людини:

- а) індивідуальна скарга (Словаччина, Словенія, Хорватія) – перевірка конституційності правозастосовних актів;
- б) змішана скарга (Угорщина, Польща, Чехія) – поєднання абстрактного контролю та контролю правозастосовних актів;
- в) статуторна скарга (Україна) – перевірка конституційності законів, застосованих в остаточному судовому рішенні⁷³.

Залежно від обсягу розгляду і за юридичними наслідками, зокрема механізмів поновлення порушених основоположних прав, формується національна система розгляду конституційних скарг, однак вона залежить від того, як визначаються формальні та змістовні критерії їх прийнятності.

⁷⁰ Нині законопроект про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади не містить чіткого механізму оскарження до КСУ актів органів державної влади у разі порушення ними прав місцевого самоврядування (Зміни до Конституції України в частині децентралізації влади. Фінальний звіт за результатами інклюзивних позапарламентських публічних консультацій “Зміни до Конституції України у частині децентралізації через консенсус”. Проект тексту змін до Конституції України в частині децентралізації влади, 29.11.2021 <<http://komsamovr.rada.gov.ua/uploads/documents/42960.pdf>> (дата звернення: 10.01.2022)).

⁷¹ Від англійського слова “statut”, яке “*stricto sensu*” означає закон як акт парламенту – такий підхід викривлює сутність конституційної скарги, яка насправді є міксом процедур *habeas corpus* та *amparo*, які, відповідно, репрезентують традицію *common law* та правозахисні процедури у правових системах Латинської Америки, на які мав істотний вплив американський конституціоналізм. Таргетна мета конституційних скарг – захист основоположних прав через оскарження юридичних актів, які у практичній площині проявляються в індивідуальних актах публічної адміністрації, а не настільки в актах парламенту загальної юридичної сили – законах. Насамкінець слід підкреслити, що у практиці ФКС ФРН лише близько 2,5 % скарг отримують свій розгляд у формі остаточного рішення, оскільки основними критеріями їх прийнятності є істотні порушення основоположних прав і субсидіарність засобів юридичного захисту, які мають бути ефективними.

⁷² При запровадженні конституційної скарги в Україні це вже було предметом досліджень провідних вітчизняних конституціоналістів у тематичному номері журналу “Право України” № 12/2018 <https://pravoua.com.ua/ua/store/pravoukr/pravo_2018_12> (дата звернення: 10.01.2022).

⁷³ М. Савчин, “Careless Whisper” Конституційного Суду України та конституційні цілі (2020) 6 Український часопис конституційного права 72.

Згідно зі ст. 1511 Конституції України формальними критеріями прийнятності конституційної скарги є (1) сумніви у конституційності (2) положень закону, (3) застосованого в остаточному судовому рішенні, коли (4) вичерпано всі інші національні засоби юридичного захисту. Зазначені формальні критерії охоплюються поняттям “субсидіарність конституційного захисту прав людини”, що відмежовує конституційну юрисдикцію від інших видів судових юрисдикцій за предметом спору. Саме йдеться про юридичний спір, оскільки згідно з доктриною політичного питання конституційна юстиція вирішує належним чином лише ті спори, які вирішуються суто юридичними засобами⁷⁴. Усічена модель конституційної скарги, яка полягає лише у перевірці конституційності законів, які мають бути застосовані в остаточному судовому рішенні⁷⁵, істотно обмежують доступність цього юридичного засобу захисту⁷⁶, який за таких обставин складно кваліфікувати як ефективний засіб юридичного захисту у сенсі ст. 13 Євроконвенції.

За матеріальними критеріями конституційні скарги підлягають перевірці в аспекті, (1) чи не було істотно порушено (2) суб’єктивне публічне право як (3) основоположне⁷⁷. При вирішенні цих питань КСУ, на жаль, пішов хибним шляхом, бо одна із перших так званих відмовних ухвал була прийнята цілком у стилі сумнозвісних відписок радянського штабу⁷⁸.

⁷⁴ Суть цієї доктрини полягає у відмові у розгляді конституційними судами справ, які не можуть бути розв’язані юрисдикційними засобами. Див. зноски п 22.

⁷⁵ Формально це питання вирішується в аспекті приписів п. 8 ч. 2 ст. 129 Конституції, згідно з якими гарантується право на апеляційний перегляд судових рішень безумовно, а касаційне оскарження – у разі визначеному законом. Субстантивно, це слід також розглядати через призму ефективності результативності судових оскаржень у сенсі ст. 13 Євроконвенції.

⁷⁶ Цей порядок змінив процедуру інцидентного конституційного контролю подвійно. По-перше, суди загальної юрисдикції хоча і раніше згідно із приписом ч. 3 ст. 8 Конституції та Постановою Пленуму Верховного Суду України (Про застосування положень Конституції України при здійсненні правосуддя: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96#Text>> (дата звернення: 10.01.2022)) могли застосувати конституційні приписи як норми прямої дії, тепер більш широко користуються цією можливістю. Водночас змінився порядок звернення загальних судів до КСУ через Верховний Суд (раніше, окрім певних окремих питань стосовно незалежності суддів ВСУ так і не звертався до КСУ щодо неконституційності законів у сфері прав людини), оскільки сьогодні немає потреби зупиняти провадження у справі – суд, на розгляді якого є справа, має ухвалити рішення по суті й ухвалити окреме рішення про клопотання перед Верховним Судом щодо внесення конституційного подання про конституційність положення закону, застосованого судом загальної юрисдикції. Процедура сама собою доволі породжує колізії у юрисдикціях, але ту проблему можна усунути шляхом імплементації преюдиційного запиту, коли суд, який розглядає справу, міг би звертатися через Верховний Суд до КСУ про постановлення висновку з метою однакового застосування положень Конституції (аналогічна процедура діє у Суді ЄС, а також згідно з Протоколом № 16 до Євроконвенції в ЄСПЛ; строк постановлення висновку становить два місяці).

⁷⁷ Природа прав людини як основоположних розкривається у багатьох працях, я б виділив серед найважливіших тут такі: С Головатий, *Про людські права* (Дух і Літера 2016); Штефан Госепат та Георг Ломанн (ред.), *Філософія прав людини* (пер з нім, Ніка-Центр 2008).

⁷⁸ У справі за скаргою Чебаненко КСУ вказав таке (Ухвала від 13 червня 2018 р. № 19-У(І)/2018): “Аналіз змісту конституційної скарги [де? – М. С.] та долучених до неї матеріалів дає підстави [які? – М. С.] для висновку про те, що Чебаненко Т. В. не обґрунтував своїх тверджень щодо невідповідності <...> Конституції”.

Однак КСУ насправді не навів жодних аргументів у межах вказаного “аналізу”, а також які “долучені <...> матеріали” мав на увазі Суд так і невідомо (тексти скарг недоступні на офіційному сайті). Хоча аргументація зарубіжних конституційних судів чи міжнародних судів щодо необґрунтованості

Істотність порушення права є однією із причин відмови у розгляді конституційних скарг, коли близько 2–2,5 % із загального числа їх задовольняється. Якщо йдеться про сутнісні характеристики цього права як основоположного суб'єктивного публічного права, то тут має місце визначення його через принцип пропорційності у світлі негативних і позитивних обов'язків держави щодо їх захисту, що потребує доказуванням скаргником у самій скарзі.

4.4. *Можливі шляхи виходу із ситуації та внутрішні ресурси конституційної юстиції.* Якими ж внутрішніми резервами володіє КСУ для забезпечення належного захисту конституційних прав, оскільки очікувати на покращення ситуації у зв'язку із переглядом окремих конституційних положень за таких обставин не вельми виправдано?

Права людини визначають певні стандарти і вимоги до діяльності публічної влади. Тому функціонально розгляд конституційних скарг наповнений змістом крізь призму обов'язку держави поновити порушене право. Оскільки основним порушником прав людини виступає держава в особі органів виконавчої влади, на перший план виступає, яким чином такий обов'язок захисту трактується судами⁷⁹. Цьому нині перешкоджають панівні доктрини, від яких слід КСУ відмовитися, оскільки вони атакують верховенство права та повагу до прав людини, зокрема, відмова вирішувати питання, пов'язані із прогалинами та колізіями у законодавстві, відмова розглядати нечинні правові акти⁸⁰. Такі підходи порушують юридичну визначеність і передбачуваність у праві як компоненти верховенства права, яке гарантується ч. 1 ст. 8 Конституції. Тобто всі проблеми слід вирішувати у межах взаємозв'язку прав людини із іншими принципами права. Тут, власне кажучи, лише окреслено перший компонент принципу пропорційності – заснованість втручання держави на законах. Насправді органи конституційної юстиції при вирішенні прийнятності індивідуальних скарг за змістовним критерієм також визначаються щодо нагальності та значущості необхідності застосування таких заходів у демократичному суспільстві таким чином, щоб вони були адекватними та не посягали на сутнісний зміст основоположного права. Таким чином, простої констатації відсутності аргументації чи на-

тверджень заявника переважно полягає в їх аналізові через принцип пропорційності втручання держави у приватну автономію індивіда.

⁷⁹ Так, у компаративному дослідженні Венеційської комісії наголошується (п 59, 13), що навіть у Нідерландах, де немає спеціалізованого конституційного суду, суди несуть обов'язок захищати конституційні права у світлі міжнародних зобов'язань у сфері прав людини:

‘Немає ані спеціального суду, ані верховного суду зі спеціальною компетенцією контролю. Кожен суд у Нідерландах має повноваження (і обов'язок) переглядати національне законодавство у світлі конвенцій з прав людини та інших договорів, що виконуються самостійно’.

⁸⁰ Такі підходи визнані неправомірними Конгресом Конференції європейських конституційних судів (Т Бирмонтене, Э Ярашюнас, Э Спруогис, ‘Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов’ [2008] 2(40)–3(41) Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии 70–245).

явності певних матеріалів при відмові у розгляді скарги недостатньо – принаймні слід навести логічні умовиводи крізь призму трискладового тесту чи балансування. Тобто *визнання прийнятними конституційних скарг потребує належної юридичної аргументації як основи демократичної легітимізації конституційної юстиції.*

З точки зору належної правової процедури, тут слід говорити про доступність та ефективність конституційного правосуддя у межах національної системи юридичних засобів захисту. Сама собою усічена, статуторна модель скарги унеможливорює можливість перевіряти безпосередньо акти індивідуальної дії органів публічної влади щодо додержання конституційних прав і свобод. Тут, дійсно, у КСУ мало свободи розсуду. Але його дещо надає статусний закон, який деякою мірою конкретизує його обов'язок захисту через призму ч. 3 ст. 89, яка допускає у рамках конституційно-конформного тлумачення законів констатувати, що попри конституційність положень закону, застосованого в остаточному судовому рішенні, вказати у резолютивній частині свого рішення про те, що суд обрав такий варіант тлумачення закону, який має наслідком порушення суб'єктивного публічного права, гарантованого Конституцією. За легітимною метою конституційної скарги це є підставою для поновлення порушеного права, зокрема через перегляд остаточного судового рішення. Таким чином, *доступність та ефективність юридичного захисту через конституційну скаргу зумовлено особливостями цілісного, динамічного тлумачення Конституції та конституційно-конформного тлумачення законів, що є основою юридичної аргументації рішень КСУ.*

5. Зобов'язальна сила рішень КСУ

КСУ забезпечує верховенство Конституції України, що впливає із загальної функції конституційної юстиції як органу правового захисту конституції. Оскільки в актах органу конституційної юстиції має місце тлумачення конституції, то їхня юридична сила опосередкована через чинність конституційних приписів, що накладає обов'язки на законодавця бути вірним конституції. Це зумовлює специфіку актів конституційної юстиції, що визначає також відповідальність держави, яка обмежена конституцією, та особливості забезпечення втілення актів конституційної юстиції у рішеннях загальних судів або їх перегляду у разі ухвалення рішень по конституційних скаргах.

5.1. *Природа рішень.* Існує дискусія щодо природи рішень КСУ, оскільки вони визначаються як акти судового прецеденту, інтерпретаційні акти, акти реалізації конституції тощо. Тут важливим є значення актів КСУ задля забезпечення верховенства Конституції України і яким чином його юридичні позиції співвідносяться із положеннями Конституції, на основі яких вони ухвалені. По суті, йдеться про те, що юридична сила

рішень КСУ ґрунтується на приписах Конституції, які покладені в основі аргументації його юридичної позиції, яка визначає зміст їх резолютивної частини. Багато що тут важить, які підходи та методи тлумачення застосує орган конституційної юстиції при юридичній аргументації своїх рішень.

У національній правовій системі акти конституційної юстиції є загальнообов'язковими, оскільки вони пов'язані із забезпеченням найвищої юридичної сили конституції. Хоча не завжди можна говорити, що акти конституційної юстиції є бездоганними і вони стають предметом критики, як то донедавна сталося у Польщі у зв'язку із резонансними рішеннями Конституційного Трибуналу в розріз із зобов'язаннями держави у рамках Європейського Союзу. Також прийнято вважати, що згідно із принципом *res judicata* акти конституційної юстиції є остаточними і не можуть бути предметом перегляду⁸¹. Хоча насправді не так все однозначно, оскільки конституційні суди використовують динамічне тлумачення і воно передбачає зміну їх юридичних позицій еволюційним шляхом з наведенням належної юридичної аргументації.

Не вдаючись глибоко до дискусії щодо природи актів конституційної юстиції⁸², я є прихильником концепції конституційної юриспруденції. Це впливає із природи інтерпретації конституції та юридичної аргументації актів конституційної юстиції. В умовах романо-германської правової сім'ї органи конституційної юстиції з використанням засобів догматики і герменевтики права формулюють юридичні позиції у справах, послідовне додержання яких в наступних рішеннях виражає сутність конституційної юриспруденції. Однак конституційні суди можуть відхилитися від попередньої юридичної позиції з міркувань покращення захисту прав людини, різкої зміни стану правового регулювання (зокре-

⁸¹ Так, КСУ доволі сміливо зробив у цьому відношенні висновок (рішення № 11-р/2019), що ніби то: *Рішення органу конституційної юрисдикції безвідносно до їх юридичної форми є результатом реалізації Конституційним Судом України виключних конституційних повноважень, тому вони є обов'язковими і не можуть бути оскаржені*

Однак в основі цього рішення був спір щодо обставин звільнення з посади судді С. Шевчука, яке було здійснено із грубими порушеннями вимог належної правової процедури (була ініційована процедура звільнення як голови суду, а рішення ухвалювалося стосовно звичайного судді, суддю С. Шевчука так і не було заслухано на спеціальному пленарному засіданні КСУ) та воно стосувалося питань внутрішньої організації Суду (питання дисциплінарної відповідальності судді та гарантій його незалежності). Тут така ситуація, що імпліцитно включає право на оскарження рішення, яким було порушено суб'єктивне публічне право.

⁸² Можна виділити концепції актів конституційної юстиції як актів інтерпретації конституції (Ю М Тодика, *Тлумачення Конституції і законів України: теорія та практика* (Факт 2003)), акти прецедентного значення (М Тесленко, *Судебний конституційний контроль в Україні* (Київ 2001) 317; Т Цимбалістий, *Правова природа актів Конституційного Суду України* [2007] 1 (21) Університетські наукові записки 47–55), нормативної природи актів як *well established case law* (С В Шевчук, *Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади* (дис д-ра юрид наук, 2008). Названі автори не заперечують правотворчої ролі конституційної юстиції, хоча інколи вживають термін “негативний законодавець”, який є своєрідним оксюмороном, оскільки при належній юридичній аргументації у рішенні конституційної юстиції міститься достатньо орієнтирів для приведення у відповідність до конституції закону чи використання її при ухваленні рішень загальними судами або органами публічної адміністрації.

ма внесення змін до конституції), впливу суспільних змін на стан певних правовідносин, надавши належну юридичну аргументацію.

5.2. Виконання рішень та їхня юридична сила. Оскільки юридична сила рішень органу конституційної юстиції випливають із верховенства конституції, то питання їх виконання зачіпають проблеми чинності конституції, тобто її реалізації через конкретизацію і деталізацію у законодавстві, чому має відповідати адміністративна і судова практика. У разі визнання нечинності певного положення правового акту у порядку абстрактного конституційного контролю згідно з п. 1 ч. 1 ст. 151 Конституції, діє принцип вірності конституції, відповідно до якого компетентний орган, юридичний акт (його частина) якого визнано неконституційним, має бути приведеним у відповідність до Конституції України⁸³. Тут ключове значення набувають дві речі: 1) яким чином КСУ навів юридичну аргументацію свого рішення, яка служитиме орієнтиром для приведення закону у відповідність Конституції або/та 2) як загальні суди будуть брати до уваги юридичну аргументацію рішення КСУ у разі конституційно-конформного тлумачення закону згідно з ч. 3 ст. 89 Закону про КСУ⁸⁴.

З огляду на це у судів виникає конституційний обов'язок щодо поновлення порушеного конституційного права при розгляді конституційних скарг. Приписи ст. 3 Конституції надають такого змісту ч. 2 ст. 152, який накладає обов'язок на органи державної влади поновити порушені права. Суди мають переглядати свої рішення за заявами уповноважених осіб, якщо рішенням КСУ буде встановлено, що застосовані положення закону в остаточному судовому рішенні є антиконституційними (цілісне тлумачення ст. 3, ч. 1 ст. 55, ч. 4 ст. 55 та ст. 151¹ Конституції). Відмова у перегляді рішень судами є відмовою у правосудді та запереченням сутнісного змісту права на судовий захист. Якщо говорити про рішенням КСУ з конституційних скарг, то вони мають ретроспективний ефект *ex tunc* для скажника і відповідних обов'язків держави, а для інших осіб – тільки проспективний ефект *ex nunc*.

На законодавця накладається обов'язок привести у відповідність положення закону, яке визнано КСУ неконституційним, що впливає із доктрини відповідності конституції передконституційних положень за-

⁸³ Принцип вірності конституції конкретизовано у положеннях ч. 1 статей 91 та 97 Закону про КСУ, в якій ідеться про прерогативи Суду визначати, яким чином застосовуються положення Конституції України як норми прямої дії, до моменту, поки Верховна Рада не врахує положення цього рішення, ухваленого Судом, і не внесе корективи у визнанні неконституційним положення оспорюваного закону. До речі, такий механізм деякою мірою знижує градус дискурсу із так званім "негативним законодавцем", оскільки у рамках таких координат суди загальної юрисдикції при вирішенні спорів керуватимуться положеннями мотивувальної (та резолютивної) частини рішення КСУ, зокрема Суд може вказати, з якого моменту втрачають чинність неконституційні положення правового акту, що був об'єктом конституційної перевірки (ст. 91), та вказати на строк відповідному органу влади привести його у відповідність до приписів Конституції України у світлі положення рішення КСУ (ч. 1 ст. 97 Закону).

⁸⁴ Про Конституційний Суд України: Закон України від 17 липня 2016 р. № 2136-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19/conv#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

конів⁸⁵ та засаді вірності конституції. Якщо говорити про особливості рішень конституційних судів у конституційних скаргах, то наголошується у Генеральній доповіді XII Конференції Конгресу європейських конституційних судів: '*...> незважаючи на ефект ex tunc рішень Конституційного Суду, загальним правилом є те, що справи, які остаточно вирішені, не переглядаються, за винятком кримінальних справ*⁸⁶.

Така систематика ухвалення юридичної сили актів конституційної юстиції зумовлює дві речі: 1) парламент має додержуватися принципу вірності конституції при внесенні змін до чинних законів або прийнятті нових законів; 2) органи публічної адміністрації та суди мають брати за основу аргументацію власних рішень окремі положення рішень органу конституційної юстиції за подібних обставин та при застосуванні одних і тих же правових норм⁸⁷.

5.3. *Цивілістична доктрина деліктної відповідальності та позитивний обов'язок держави компенсувати заподіяну шкоду.* Прийнято вважати, що припис ч. 3 ст. 152 Конституції про відшкодування матеріальної і моральної шкоди у разі визнання неконституційними актів чи дій означає необхідність прийняття спеціального закону, який би визначав порядок такого відшкодування державою. Насправді у таких випадках достатньо приписів деліктного права, яке вже врегульовано статтями 1173–1176 Цивільного кодексу України⁸⁸. Тут варто взяти на озброєння підхід ЄСПЛ та основи доктрини конституційної відповідальності органів публічної влади (їх посадових осіб).

Адже ЄСПЛ для визначення розміру справедливої компенсації скажнику достатньо формулювання єдиного речення ст. 41 Конвенції про

⁸⁵ ФКС Німеччини прямо вказав, що Бундестаг при внесенні змін у закони, навіть якщо вони були прийняті до ухвалення Основного Закону, зобов'язаний перевірити своїми зміни на предмет відповідності конституції і належним чином конкретизувати її положення у законі (BVerfGE 11, 126, Nachkonstitutioneller Bestätigungswille):

Позиція, згідно з якою зміна законодавцем окремих положень доконституційного закону надає всьому закону статусу постконституційного, оскільки законодавець у такий спосіб підтверджує відповідність незмінній частині положень Основного закону, не відповідає дійсності. Особливо щодо об'ємних законів не можна допустити помилкове припущення, що законодавець, вносячи до закону окремі зміни, перевіряв і підтвердив конституційність всього закону.

⁸⁶ The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European courtsI: General report, Conference of European Constitutional Courts XIIth Congress Brussels, Egmont Palace, 14–16 May 2002 <<https://www.confconstco.org/reports/rep-xii/General-report-EN.pdf>> (accessed: 10.01.2022).

⁸⁷ Якщо звернутися до досвіду ФКС Німеччини, то можна звернути увагу на юридичну позицію, згідно з якою суди при постановленні рішень мають слідувати неухильно сформованій конституційній юриспруденції, оскільки '*...> певне тлумачення норми, можливе як таке, що несумісне з Основним законом, жоден інший суд не може вважати таке тлумачення відповідним положенням Основного закону*' (BVerfGE 40, 88, Führerschein).

⁸⁸ З точки зору юридичного формалізму можна передбачити відсилне положення на статті 1173–1176 ЦК України (Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV (у ред. від 1 січня 2022 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 10.01.2022)) у пп. д) п. 4 ч. 1 ст. 89 Закону про КСУ.

захист прав людини і основоположних свобод, віддаючи питання визначення розміру такої на розсуд Суду. З доктринальної точки зору визначення саме КСУ справедливого відшкодування у разі визнання неконституційним юридичного акту або дії органу публічної влади є одним із проявів невідворотності юридичної відповідальності та превентивним заходом у діяльності органів публічної влади на майбутнє у подібних ситуаціях. Як стверджується у цивілістичній доктрині, для деліктної відповідальності органів публічної влади «властиво те, що у них ідеться про шкоду, завдану відповідними суб'єктами під час здійснення владних повноважень, тобто в рамках вертикальних правовідносин»⁸⁹. Водночас слід наголосити, що вітчизняна як цивілістична доктрина, так і доктрина публічного права насторожено ставиться до акцій *popularis*, тобто скарги про відшкодування заподіяної шкоди актами та діями органів публічної влади не можуть пред'являтися в інтересах громадськості: позивач (скаржник) повинен довести, що внаслідок незаконного рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень він постраждав безпосередньо⁹⁰.

Обов'язок КСУ визначати справедливу компенсацію приватним особам також впливає із приписів ст. 56 Конституції. Тому є всі обґрунтовані підстави вважати, що КСУ при визнанні неконституційним акту органу публічної влади, яким заподіяно шкоду конституційним правам і свободам, зобов'язаний визначати справедливу компенсацію за результатами розгляду конституційної скарги. Також вартує ввести відповідальність у порядку регресу конкретних посадовців, з вини яких було заподіяно шкоду конституційним права і свободам особи, шляхом компенсації відповідних виплат згідно із засадами пропорційності.

5.4. *Релевантні положення Закону про виконавче провадження та процесуального законодавства.* На прикладі положень Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)⁹¹ і Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)⁹² розглянемо, які питання виникають, пов'язані із поновленням порушеного права, що впливає з положень рішення КСУ. Тут ще раз слід наголосити, що конституційна юстиція не є суперревізійною інстанцією щодо судів загальної юрисдикції, оскільки предмет розгляду в них різний – відповідно питання конституційного характеру та питання, які становлять предмет загальної чи спеціалізованих юрисдикцій (цивільної, комерційної (в Україні – господарської), адміністративної та кримінальної). Органи

⁸⁹ Богдан Карнаух, «Деліктна відповідальність органів публічної влади за Цивільним кодексом України» (2021) 3 Цивільне право і процес 20.

⁹⁰ Д. Д. Грим, *Лекції по догме римского права* (под ред В. А. Томсинова, Зерцало 2014) 194.

⁹¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Кодекс України 4651-VI (ред. від 5 січня 2022 р.) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/conv#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁹² Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України № 1618-IV (ред. від 1 січня 2022 р.) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

конституційної юстиції щодо загальних судів розглядають лише питання щодо захисту фундаментальних прав, які можуть зачіпати їх предмет юрисдикції в аспекті того, як загальні суди застосовують приписи конституції як норми прямої дії. Загалом перегляд судових рішень на підставі рішень КСУ по конституційних скарг є класичним варіантом їх чинності *ex tunc* (зворотної сили щодо сторін по справі), однак така фактично зворотна їхня юридична сила ґрунтується на тому, що відносини щодо обов'язку держави поновити порушене конституційне право особи не припинилося, і таке поновлення здійснюється остаточно згідно з концептом *restitutio in integrum* шляхом перегляду судового рішення за клопотанням скажника⁹³. КСУ може пом'якшити ефект *ex tunc* свого рішення, вказавши в ньому, що воно набуває чинності через певний період і зобов'язавши Верховну Раду внести адекватні зміни до законодавства. І насамкінець слід наголосити, що юридична сила рішення КСУ по конституційним справам в аспекті його ретроактивності має значення лише щодо сторін по справі – скажника і держави. На цій підставі саме скажник/скажниця може ставити питання про перегляд остаточного судового рішення на підставі рішення КСУ по конституційній скаргі.

Рішення КСУ є підставами для перегляду судових рішень за виключними обставинами, оскільки судові рішення базувалися на неконституційних положеннях закону, застосованих в остаточному судовому рішенні⁹⁴. Оскільки основне значення для перегляду рішення має порушення процесуальних гарантій прав людини, то гостро стоятиме проблема поновлення гарантій прав людини у кримінальному процесі. Тут можливі варіанти, які пов'язані із застосуванням забезпечувального наказу КСУ, а також у разі застосування КСУ конституційного конформного

⁹³ У Генеральній доповіді XII Конференції Конгресу європейських конституційних судів зазначається, що національні правопорядки, де є конституційна скарга, визнається їх юридична сила *ex tunc*, на підставі чого здійснюється перегляд судових рішень: 'Зворотна сила, як правило, означає, що все, що було зроблено на підставі анульованого закону, ставиться під сумнів' (The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European courts: General report, Conference of European Constitutional Courts XIIth Congress Brussels, Egmont Palace, 14–16 May 2002, 41 <<https://www.confueconstco.org/reports/rep-xii/General-report-EN.pdf>> (accessed: 10.01.2022)). Водночас зазначається, що перегляд рішень судових рішень загальних судів на підставі рішення органу конституційної юстиції за конституційними скаргами не завжди мають універсального характеру і стосуються переважно кримінальних справ:

'<...> незважаючи на *ex tunc* характер рішень Конституційного Суду, загальним правилом є те, що справи, які досягли остаточного вирішення, не оскаржуються, за винятком кримінальних справ'.

Частково цей підхід підтверджується і українським законодавцем, оскільки Закон про виконавче провадження (Про виконавче провадження: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1404-VIII (у ред. від 6 грудня 2021 р.) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text>> (дата звернення: 10.01.2022)) у ст. 34 не передбачає як підстави зупинення вчинення виконавчих дій перегляд судового рішення за виключними обставинами на підставі рішення КСУ – їхнє виконання здійснюється на загальних підставах.

⁹⁴ Юридичною основою такого перегляду є приписи п. 1 ч. 3 ст. 423 ЦПК України та п. 1 ч. 3 ст. 459 КПК України; аналогічні приписи містять ГПК України та Кодексу адміністративного судочинства України. Заяву про перегляд судового рішення мають право подати учасники провадження – по суті, його буде ініціювати приватна особа, щодо якої буде встановлено порушення суб'єктивного публічного права, що послужило підставою визнання положення закону неконституційним.

тлумачення закону у порядку ч. 3 ст. 89 Закону про КСУ, при якому положення закону не визнається неконституційним, але неконституційною визнається інтерпретація закону в остаточному судовому рішенні. Загалом це жодним чином не обмежує скаржника по конституційній скарзі клопотати перед КСУ у порядку ч. 3 ст. 89 Закону про КСУ визначити конкретні заходи, спрямовані на забезпечення виконання рішення Суду відповідно до концепції *restitutio in integrum*, яка зокрема передбачає перегляд остаточного судового рішення у рамках провадження за виключними обставинами.

Як насправді виглядає цей механізм перегляду? Розглянемо це на прикладі приписів положень КПК України і ЦПК України.

Частина 1 ст. 463 КПК України визначає, що заява про перегляд судового рішення за виключними обставинами подається до суду тієї інстанції, який першим *допустив помилку внаслідок незнання про існування* таких обставин. Це може бути не тільки суд, який ухвалив остаточне рішення. Тут може бути ситуація, коли суд, що остаточно вирішив справу, підтвердив юридичну позицію суду, який у сенсі ч. 1 ст. 463 КПК України “допустив помилку внаслідок незнання про існування [виключних – встановлення КСУ неконституційності положення закону, яке лягло в основу юридичної позиції суду] *обставин*”. Частина 1 ст. 425 ЦПК України встановлює дещо відмінне правило, згідно з яким перегляд рішень здійснюється судом, який ухвалив рішення, а ч. 2 ст. 425 ЦПК України встановлює застереження на випадки перегляду рішень судами вищих інстанцій – заява подається “до суду тієї інстанції, яким змінено або ухвалено нове судове рішення”.

Нині немає аналізу стану перегляду остаточних судових рішень за результатами розгляду конституційних скарг в Україні. Водночас, судячи із загальної канви розгляду справ, тут можуть виникати питання щодо забезпечення здійснення прав людини, зокрема щодо виконання судових рішень по соціальним справам. Це пов’язано зі значною долею скарг, які пов’язані із так званим соціальним захистом публічних службовців, зокрема прокурорів та суддів⁹⁵. Як правило, тут КСУ використовує прерогативи щодо визначення строків набрання чинності рішенням, а також якими правовими принципами мають керуватися суди загальної юрисдикції при перегляді рішення – тут, як правило, використовується підхід, згідно з яким суди мають застосовувати положення соціального законодавства, до яких були внесені зміни, визнані неконституційними.

Однак у переважній більшості рішень КСУ не виникає таких питань – для невизначеного кола осіб їхня юридична сила має проспективний

⁹⁵ Це доволі сумнівний підхід у вітчизняному законодавстві, оскільки доктрина *welfare state* спрямована на захист малозабезпечених і тут доречніше говорити про гарантії незалежності публічних службовців та забезпечення їх гідного рівня життя.

ефект *ex tunc*. Таким чином, юридична сила рішень КСУ спрямована на майбутнє і має характеристику принципів права щодо конкретних категорій справ, які мають слугувати керівництвом і критерієм для обґрунтування актів публічної адміністрації та рішень судів загальної юрисдикції.

Висновки. Органи конституційної юстиції не стоять над іншими інститутами влади – вони є рівними у системі поділу влади. Їхнє основне завдання – захист конституції за допомогою юрисдикційних засобів у рамках верховенства права і належної правової процедури. В осерді забезпечення конституційного порядку є діяльність незалежних органів конституційної юстиції (залежно від моделі – конституційні суди або ради, верховні суди), які за допомогою юридичних засобів забезпечують поділ влади та захист прав людини. Конституційна композиція у перехідних демократіях розглядає конституційну юстицію як стабілізуючий інститут у забезпеченні балансу у розподілі повноважень та забезпеченні єдиних правових підходів в інтерпретації фундаментальних принципів і прав людини.

Спеціалізовані органи конституційної юстиції є судами *sui generis*, незалежні від політичних інститутів влади, які на основі верховенства права та належної правової процедури забезпечують верховенство конституції як сукупності фундаментальних цінностей і принципів національного правопорядку, визначаючи правила обмеженого правління та гарантій прав людини. Дієві гарантії незалежності конституційної юстиції є належною запорукою вирішення спорів про повноваження між конституційними органами влади та зняття напруги у разі конфліктів між ними за допомогою юридичних засобів. Конституційний Суд має діяти на засадах верховенства права і дбати про належну юридичну аргументацію власних рішень з огляду на його демократичну легітимізацію у конституційній композиції публічної влади як незалежного арбітра.

Визнання прийнятними конституційних скарг потребує належної юридичної аргументації як основи демократичної легітимізації конституційної юстиції. Доступність та ефективність юридичного захисту через конституційну скаргу зумовлені особливостями цілісного, динамічного тлумачення Конституції та конституційно-конформного тлумачення законів, що є основою юридичної аргументації рішень КСУ. Перегляд судових рішень на підставі рішення КСУ за конституційними скаргами базується на позитивному обов'язку держави захищати права людини і поновлювати їх у разі заподіяння шкоди.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Alder John, *Constitutional and Administrative Law* (10th ed, Palgrave Law Masters 2015) (in English).
2. Allan T R S, *Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law* (Oxford University Press 2004) (in English).
3. Kubiak A, *Francuska koncepcja kontroli konstytucyjnosci ustaw* (Uniwersytet Gdanski 1993) 19–20 (in Polish).
4. Carre de Malberg R, *La loi, expression la volonte generale* (1931) (in French).
5. Hood C, James O, Jones G, Scott C, Travers T, *Regulation Inside Government: Waste-Watchers, Quality Police, and Sleazebusters* (Oxford University Press 1999) (in English).
6. Cotteret J M, *Le pouvore legislatif on France* (1962) (in French).
7. Dicey A V, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Libery Classics 1982) (in English).
8. Ermacora F, *Grundriß der Menschenrechte in Österreich* (Manzsche Verlag, 1988) (in German).
9. Feteris E T, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions* (Dordrecht 1999) (in English).
10. McCormick N, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford 1978) (in English).
11. Petersen N, *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa* (Cambridge University Press 2017) (in English).
12. Petersen N, Towfigh E V, *Economic methods for Lawyers* (Edward Elgar Publishing 2016) (in English).
13. Troper M, *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle francaise* (1973) (in French).
14. Fedorenko V L, *Konstytutsiine pravo Ukrainy: pidruchnyk* (Lira-K 2016) (in Ukrainian).
15. Holovaty S, *Pro liudski prava* (Dukh i Litera 2016) (in Ukrainian).
16. Kyrychenko Y, Bondarenko B, *Monitorynhovyi zvit shchodo diialnosti Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy v aspekti zakhystu prav liudyny* (Tsentr polityko-pravovykh reform 2019) (in Ukrainian).
17. Le Gof Zhak, *Ljudovik IX Svjatoj* (Ladimir 2001) (in Russian).
18. Savchyn M, *Konstytutsiina yustytisia ta zabezpechennia konstytutsiinoho poriadku: 2005–2020* (RIK-U 2020) (in Ukrainian).
19. Savchyn M, *Konstytutsionalizm i pryroda konstytutsii* (Polihraftsentr Lira 2009) (in Ukrainian).
20. Savchyn M, *Porivnialne konstytutsiine pravo* (BAITE 2020) (in Ukrainian).
21. Shajo A, *Samoogranichenie vlasti (kratkij kurs konstitucionalizma)* (BEK 2001) (in Russian).
22. Shapoval V M, *Konstytutsiine pravo zarubizhnykh krain: akademichniy kurs* (Iurinkom Inter 2018) (in Ukrainian).
23. Shevchuk S, *Osnovy konstytutsiinoi yurysprudentsii* (Konsum 2002) (in Ukrainian).
24. Teslenko M, *Sudebnyj konstitucionnyj kontrol' v Ukraine* (Naukova dumka 2001) (in Russian).
25. Todyka Yu M, *Tlumachennia Konstytutsii i zakoniv Ukrainy: teoriia ta praktyka* (Fakt 2003) (in Ukrainian).

Edited and translated books

26. Dorf M C, 'Abstract and Concrete Review' in Vikram D A, Tushnet M V (eds), *Global Perspectives of Constitutional Law* (Oxford University Press 2009) (in English).
27. Ebers G J, 'Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit' in Österreich, In *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Wilhelm Laforet anlässlich seines 75* (Isar Verlag 1952) (in German).
28. Ginsburg T and Dixon R (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011) (in English).
29. Sadurski W (ed), *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective* (Kluwer Law International 2002) (in English).
30. Zalesny J (ed), *Constitutional Courts in Post-Soviet States. Between the Model of a State of Law and Its Local Application* (Peter Lang 2019) (in English).
31. Bajmuratov M A (red), *Kurs konstitucionnogo prava Ukrainy. Obshhaja chast'. Osnovy teorii konstitucionnogo prava* (Odissey 2008) (in Russian).
32. Donelli D, *Prava liudyny u mizhnarodnii politytsi* (per z anhl T Zavalii, Kalvariia 2004) (in Ukrainian).
33. Gosepat S ta Lomann G (red), *Filosofii prav liudyny* (per z nim, Nika-Tsentr 2008) (in Ukrainian).
34. Grim D D, *Lekcii po dogme rimskogo prava* (pod red V A Tomsinova, Zercalo 2014) (in Russian).
35. Hesse K, *Osnovy konstitucionnogo prava FRG* (Per s nem, Juridicheskaja literatura 1981) (in Russian).
36. Izenzee J, Kirhhof P, *Gosudarstvennoe pravo Germanii, t 1* (Institut gosudarstva i prava RAN 1994) (in Russian).
37. Kelzen H, *Chyste pravoznavstvo. Z dodatkom: Problema spravedlyvosti* (per z nim O Mokrovolskoho) (Iunivers 2004) (in Ukrainian).
38. Koziubra M I (red), *Konstytutsiine pravo* (VAITE 2021) (in Ukrainian).
39. Stetsiuk P, 'Pravova okhrona Konstytutsii Ukrainy' v *Administracija publiczna u progno XXI wieku* (Przemysl 2000) (in Ukrainian).

Journal articles

40. Barak A, 'Unconstitutional Constitutional Amendments' [2011] 3 (44) *Israel Law Review* 321–341 (in English).
41. Colón-Ríos J I, 'A new Typology of Judicial Review of legislation' [2014] 2 (3) *Global Constitutionalism* 143–69 (in English).
42. Feteris E T, 'Fundamentals of legal argumentation. A survey of theories on the justification of judicial decisions?' [2018] 7 (3) *Journal of Argumentation in Context* 352–4 (in English).
43. Follesdal A, The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law, Global Governance as Public Authority: Structures, Contestations and Normative Change. Jean Monnet Working Paper 12/11 <<https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/JMWP12Follesdal.pdf>> (accessed: 10.01.2022) (in English).
44. Ginsburg T, Lansberg D, and Versteeg R M, 'When to Overthrow your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions' (2013) 60 *UCLA L. Rev.* 1184 (in English).
45. Hutt Donald E. Bello, 'Against judicial supremacy in constitutional interpretation' (2017) 31 *Revus* 1, Online since 01 June 2019, connection on 01 June 2019 <DOI: 10.4000/revus.3659> (in English).
46. Minakov M, Pomeranz W, 'Constitutional Crisis in Ukraine: Looking for Solutions' (2021) 65 *Kennan Cable* (in English).

47. Müller J-W, Scheppele K L, 'Constitutional patriotism: An introduction' [2008] 1 (6) *International Journal of Constitutional Law* 67–71 <<https://doi.org/10.1093/icon/mom039>> (in English).
48. Peer Z, 'Transnational Law' [2008] 4 (2) CLPE Research Paper (in English).
49. Preuss O, 'Eternity Clause as a Smart Instrument – Lessons from the Czech Case Law' [2016] 3 (57) *Hungarian Journal of Legal Studies* 289–304 (in English).
50. Sergio B, 'Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Transnational Law' [2017] 4 (13) *European Constitutional Law Review* 601–10 (in English).
51. Afanasieva M V, 'Doktryna "politychnoho pytannia" v ukrainskomu vyborchomu pravi' (2013) 13 *Naukovi pratsi Odeskoi yurydychnoi akademii* 208 (in Ukrainian).
52. Karnaukh B, 'Deliktna vidpovidalnist orhaniv publichnoi vlady za Tsyvilnym kodeksom Ukrainy' (2021) 3 *Tsyvilne pravo i protses* 19–24 (in Ukrainian).
53. Koziubra M I 'Pryntsypy verkhovenstva prava ta pravova derzhava: yednist osnovnykh vymoh' (2007) 64 *Naukovi zapysky NaUKMA. Yurydychni nauky* (in Ukrainian).
54. Savchyn M, '"Careless Whisper" Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy ta konstytutsiini tsili' (2020) 6 *Ukrainskyi chasopys konstytutsiinoho prava* 72–96 (in Ukrainian).
55. Savchyn M, 'Konstytutsiini innovatsii ta virnist konstytutsii' (2016) 7–8 *Viche* 44–9 (in Ukrainian).
56. Savchyn M, 'Konstytutsiini pryntsypy ta yikh interpretatsiia' (2017) 7 *Pravo Ukrainy* 30–8 (in Ukrainian).
57. Shcherbaniuk O, 'Pryntsypy prava v arhumentatsii rishen konstytutsiinykh sudiv' (2021) 5 *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy* 102–9 (in Ukrainian).
58. Tsymbalisty T, 'Pravova pryroda aktiv Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy' [2007] 1 (21) *Universytetski naukovi zapysky* 47–55 (in Ukrainian).

Theses

59. Roznai Y, 'Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers' (A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy. London, February 2014) <http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf> (accessed: 10.01.2022) (in English).
60. Bokoch M, 'Mistse i rol rishen Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u systemi dzherel konstytutsiinoho prava' (dys kand yuryd nauk, 2021) (in Ukrainian).
61. Matat A, 'Pryntsypy konstytutsiinoho prava: strukturno-funktsionalnyi analiz' (dys kand yuryd nauk, 2021) (in Ukrainian).
62. Shevchuk S, 'Zahalnoteoretychni problemy normatyvnosti aktiv sudovoi vlady' (dys d-ra yuryd nauk, 2008) (in Ukrainian).

Websites

63. Finalnyi zvit za rezultatamy inkliuzyvnykh pozaparlamentskykh publichnykh konsultatsii "Zminy do Konstytutsii Ukrainy u chastyni detsentralizatsii cherez konsensus". Proiekt tekstu zmin do Konstytutsii Ukrainy v chastyni detsentralizatsii vlady, 29.11.2021 <<http://komsamovr.rada.gov.ua/uploads/documents/42960.pdf>> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).
64. Mahera A, 'Zanadto vysokyi vyborchyi bar'ier unemozhlyvluie onovlennia predstavnytskykh orhaniv vlady' *Yurydychna hazeta*, 2015, № 37–38 <<https://yur-gazeta.com/interview/zanadto-visokiy-viborchiy-barer-unemozhlivlyue-onovlennya-predstavnytskykh-organiv-vlady-amagera.html>> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).

65. Musiaka V, 'Chy ye Konstytutsiyni sud sudom?' *Dzerkalo tyzhnia*, № 20, 27 travnia – 2 chervnia 2017 <https://zn.ua/ukr/internal/chi-ye-konstituciyniy-sud-sudom-243696_.html> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).
66. Rubryka "Akty KSU" na ofitsiinomu сайті KSU <<https://ccu.gov.ua/storinka/akty-ksu>> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).
67. Zvit z monitorynhu diialnosti Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy shchodo rozghliadu konstytutsiinykh skarh, Prohrama "Nove pravosuddia", 2019 <<https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2019/07/Zvit-z-monitoringu-diyalnosti-Konstitutsijnogo-Sudu-shchodo-rozglyadu-konstitutsijnih-skarg.pdf>> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).

Mykhailo Savchyn

CONSTITUTIONAL JUSTICE IN THE CONDITIONS OF MODERN TRANSFORMATION OF LAW

ABSTRACT. Due to the long-standing dominance of legal positivism, in which the law was reduced to state will and coercion, there are still problems in Ukraine with the introduction of effective constitutional justice. Modern constitutionalism is the antithesis of voluntarism in law, as it aims to limit power and is filled with value parameters in law, including human dignity, freedom and equality.

The article considers the modern development of constitutional justice on the background of transformations in law. In the first part, through the prism of legal pluralism and constitutionalism, the peculiarities of the models and nature of constitutional justice as a sui generis court are revealed. The second part of the paper will highlight the relationship between constitutional justice and the constituent power of the people. The third part is devoted to the issue of democratic legitimization of constitutional justice in the light of the dilemma of juristocracy and the supremacy of parliament. Problems of ensuring the effectiveness of the constitutional complaint are the subject of analysis of the fourth part. Fifth, the features of the binding force of decisions of the constitutional justice in the light of respect for human rights and the efficiency of justice are revealed.

Bodies of constitutional justice do not stand above other institutions of power – they are equal in the system of separation of powers. Their main task is to protect the constitution through judicial means within the framework of the rule of law and due process. At the heart of ensuring constitutional order are the activities of independent bodies of constitutional justice (depending on the model - constitutional courts or councils, supreme courts), which through legal means ensure the separation of powers and protection of human rights. The constitutional composition in transitional democracies should consider constitutional justice as a stabilizing institution in ensuring a balance in the distribution of powers and ensuring uniform legal approaches in the interpretation of fundamental principles and protection of human rights.

Specialized bodies of constitutional justice are sui generis courts, which are independent of political institutions and, based on the rule of law and due process, ensure the supremacy of the constitution as a set of fundamental values and principles of national law, ensuring limited governance and protection of human rights. Effective guarantees of the independence of the constitutional judiciary are an appropriate guarantee for resolving disputes over powers between constitutional authorities and relieving tensions in the event of conflicts between them through legal means. The Constitutional Court of Ukraine must act on the basis of the rule of law and ensure proper legal reasoning of its decisions in

Михайло Савчин

view of its democratic legitimacy in the constitutional composition of public power as an independent arbiter in the system of separation of powers.

Recognition of constitutional complaints as admissible requires proper legal argumentation as the basis for democratic legitimization of constitutional justice. The availability and effectiveness of legal protection through a constitutional complaint is due to the peculiarities of a holistic, dynamic interpretation of the Constitution and constitutional-conformist interpretation of laws, which is the basis of legal reasoning of the decisions of the CCU. The review of judgments on the basis of a decision of the Constitutional Court on constitutional complaints is based on the positive obligation of the state to protect human rights and restore them in case of harm.

KEYWORDS: constitutional complaint; constitutional justice; constitutional justice bodies decisions; constitutional order; constitutionalism; due process of law; rule of law.

III. Доктрина кримінального права і процесу

DOI: 10.33498/юш-2022-01-081



Микола Панов

доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України, голова координаційного бюро з проблем кримінального права відділення кримінально-правових наук НАПрН України, професор кафедри кримінального права № 2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6323-6489>
criminallaw2v@gmail.com

УДК 343.01

ДОКТРИНА КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена дослідженню основних проблем доктрини кримінального права (ДКП), яка ще не отримала необхідної наукової розробки. Утім, положення ДКП мають важливе значення для з'ясування суті і змісту кримінального права та законодавства: для їх розвитку, удосконалення законотворчої та правозастосовної діяльності, розвинення наукових досліджень у сфері кримінального права.

Мета статті – розробити поняття “доктрина кримінального права”, розглянути складові змісту ДКП, виокремити її види і форми, з'ясувати функції і вплив ДКП на кримінально-правове регулювання: на практику кримінального законотворення і правозастосування та на поглиблення наукових знань і розвитку досліджень у сфері кримінального права.

На підставі з'ясування й аналізу основних суттєвих рис (властивостей) доктрини кримінального права як галузі публічного права *сформоване його поняття, під яким пропонується розуміти збірне наукове юридичне поняття, зміст якого становить цілісна та складна система сталих визнаних ідей або теорій, концепцій чи вчень щодо фундаментальних (засадничих та установчих) наукових і прикладних положень кримінального права як його основи: сутності, змісту, форми, системи, завдань, функцій, закономірностей і підстав його формування та розвитку, щодо кримінальної відповідальності та її підстави, кримінальних правопорушень – негативних соціально-правових явищ, – і покарань за них, а також відносно оптимальних й обґрунтованих правил і прийомів кримінального законотворення та правозастосування.* При цьому виокремлюються і розглядаються надто важливі складові змісту ДКП, що відрізняються між собою формою зовнішнього виразу: принципи кримінального права, наукові категорії, кримінально-правові постулати й інші узагальнені фундаментальні правоположення. Вказані елементи ДКП тісно пов'язані між собою, становлять зміст (на рівні загального) кримінально-правових приписів та заборон і знаходять закріплення (як джерело) в кримінально-правових інститутах, нормах, юридичних конструкціях, інших кримінально-правових утвореннях і

© Микола Панов, 2022

визначають їх соціально-правову сутність. Виділяються і розглядаються види ДКП: загальна й окрема (часткова чи спеціальна), наукова, легальна й офіційна доктрини кримінального права. Досліджуються функції доктрини: а) аксіологічна; б) регулятивна (у сфері кримінального законотворення і правозастосування); в) превентивно-виховна; г) науково-інформаційна. На цій підставі з'ясовується науково-практичне значення доктрини кримінального права як основоположного (засадничого) елемента системи кримінального права і кримінального законодавства для забезпечення здійснення їх основних функцій: охоронної, регулятивної, превентивної.

Основні результати дослідження – запропоновано визначення поняття “доктрина кримінального права”, виокремлено складові змісту ДКП, розглянуто види і функції ДКП, її вплив на законотворчу й правозастосовну практику кримінального права, розвиток наукових досліджень у сфері кримінального права.

У висновку стисло викладаються отримані результати, значення ДКП для удосконалення практики (законотворення і правозастосування) і науки кримінального права.

Ключові слова: доктрина кримінального права; поняття доктрини кримінального права; елементи змісту доктрини кримінального права; принципи кримінального права; категорії кримінального права; постулати кримінального права; окремі фундаментальні узагальнені правоположення; доктрина кримінального права загальна; доктрина кримінального права окрема (спеціальна чи часткова); доктрина кримінального права наукова; доктрина кримінального права офіційна; функції доктрини кримінального права: аксіологічна, регулятивна, превентивно-виховна, науково-інформаційна.

Мета дослідження – розробити поняття “доктрина кримінального права”, розглянути складові елементи змісту доктрини кримінального права (далі – ДКП), виокремити її види і форми, з'ясувати функції і вплив ДКП на кримінально-правове регулювання: на практику кримінального законотворення і правозастосування та на поглиблення наукових знань і розвитку досліджень у сфері кримінального права.

І. Термін “*доктрина*” (від латин. *doctrina* – вчення) у його звичайному мовному вживанні трактують як вчення, теорію, систему поглядів політичного, філософського, військового тощо характеру¹. У загальній теорії права оперують поняттям “*правова доктрина*” і визначають його як цілісну логічно-узгоджену сукупність визнаних юридичною спільнотою ідей і наукових поглядів на право, що є основою професійної правосвідомості та концептуальним підґрунтям нормотворчої, правозастосовної і правотлумачної діяльності². Проте поняття “*доктрина кримінального права*” нині фактично ще не досліджувалось науковцями-криміналістами. Тому при розробленні цього поняття ми будемо виходити з наведених визначень термінів і понять “доктрина” і “правова доктрина” (як із

¹ Великий тлумачний словник української мови (Бусел В уклад і голов ред, Перун 2001) 236.

² ‘Правова доктрина’, Велика українська юридична енциклопедія, т 3: Загальна теорія права (Петришин О голова ред кол, Право 2017) 471–7; І Семеніхін, *Правова доктрина: загальнотеоретичний аналіз* (серія “Наукові доповіді” вип. 2, 2012); С Максимов, *Правова доктрина: філософсько-правовий підхід* (2013) 9 Право України.

загального) та враховувати особливості і суті, змісту і форми кримінального права як публічної галузі права та юридичної науки, до змісту яких (особливе) доктрина кримінального права належить безпосередньо.

II. Суттєвими рисами (властивостями) ДКП вважаємо за можливе й доцільне визнати і розглянути для досягнення мети дослідження такі.

По-перше. ДКП завжди слугує як певний підсумок (результат) пізнання фундаментальних (від латин. *fundamentus* – великий, основний, головний) положень кримінального права, його базових основ теоретичного і практичного характеру: сутності, змісту, завдань, форми, функцій, закономірностей і підстав формування та розвитку, а також оптимальних правил кримінального правотворення і практики застосування норм кримінального закону. Отримані знання, як і об'єкти (явища) реальної дійсності, які вони відображають, за своїм походженням, природою і суттю, мають, безперечно, науковий характер. При цьому змістовно вони значною мірою обумовлені (детерміновані) предметом кримінально-правового регулювання – суспільними відносинами, що виникають й існують у зв'язку з учиненням кримінального правопорушення і кримінальної відповідальності за нього та складаються між особою, що вчинила це правопорушення і державою в особі уповноважених на те державних органів і їхніх службових осіб³. Надто важливим є те, що вказані знання знаходять відображення і закріплення у змісті кримінально-правових норм, юридичних конструкцій, інститутів, у визначеннях системи кримінально-правових понять і юридичних термінів (понятійного апарату)⁴ як логіко-юридичного і лінгвістичного інструментарію, за допомогою якого доктринальні положення кримінального права включаються у зміст кримінального законодавства і в практику його застосування та доводяться до відома осіб, яким адресовані заборони і приписи, що передбачені нормами закону про кримінальну відповідальність. Отже, ДКП органічно пов'язане з наукою кримінального права: по суті, змістовно і загалом, є її результатом. Однак ці явища не тотожні, їх не можна розглядати як слова-синоніми, що інколи має місце серед науковців. ДКП – це специфічний нормативно-правовий феномен, який об'єктивно являє собою складний комплексний блок знань (ідей, теорій, концепцій, вчень), що оптимально поєднує сучасні досягнення у сфері фундаментальних положень науки кримінального права, а також знань прикладного (правозастосовного) характеру у сфері кримінального законотворення та в обґрунтованій і визнаній практиці застосування норм законодавства про кримінальну відповідальність. У зв'язку з викладеним є підстави стверджувати, що *не кожне положення науки криміналь-*

³ В Генрих, *Предмет и метод уголовно-правового регулирования: история, теория и практика* (Норма: ИНФА – М 2011) 70–90, 287–9.

⁴ Див.: М Панов, 'Понятійний апарат кримінального права та його наукове і практичне значення' (2018) 4 Право України 205–22.

ного права можна відносити до класу доктринальних, але кожне положення доктрини кримінального права є науковим за походженням і суттю, базується на положеннях науки, ба більше, є квінтесенцією досягнень науки і практики кримінального законотворення і правозастосування.

По-друге. Основу знань, що становлять зміст ДКП і її окремих положень, залежно від рівня їхньої розробленості і ступеня досконалості, логіко-гносеологічних особливостей та функцій, що вони виконують у методології пізнання фундаментальних положень кримінального права, можуть мати різний характер і форму вираження та виступати переважно як ідеї, концепції, теорії чи вчення. *Ідея* – це форма пізнання явищ (об’єктів) соціально-правової дійсності в сфері кримінального права, що включає в себе мету і методи та засоби їх подальшого пізнання й удосконалення кримінально-правового регулювання⁵. *Концепція* являє собою певний спосіб розуміння кримінально-правових явищ, керівна (основоположна) ідея, визначальний принцип пояснення і визначення напрямів розвитку отриманих знань у сфері кримінального права⁶. *Теорія* – це комплекс поглядів, уявлень, ідей, концепцій щодо з’ясування суті, форми і змісту певних сфер науки і практики кримінального права, спрямованих на подальше пізнання цієї галузі права, на розвиток та удосконалення кримінального законодавства і практики його застосування⁷. *Вчення* – це сукупність відносно завершених систематизованих знань у певній сфері науки і практики кримінального права (предмет наукового пізнання), що мають фундаментальний характер, містять глибокий аналіз чинного кримінального законодавства і практики його застосування та обґрунтованих пропозицій щодо їх удосконалення і розвитку⁸. Вказані форми знань у галузі кримінального права тісно пов’язані між собою, можуть доповнювати одна одну, бути у відносинах перетинання або підпорядкування і тому перебувають в органічній єдності. Але в усіх випадках ці знання мають бути достовірними, мати вагоме теоретичне й емпіричне обґрунтування, оскільки в своїй основі ДКП та її положення (як і загалом норми галузі “кримінальне право”, що регулюють кримінально-деліктні правовідносини) мають надзвичайно важливу практичну спрямованість, пов’язану (значною частиною) із досить жорсткими правовими наслідками.

По-третє. ДКП є складним об’єктом і являє собою *систему знань*, тобто упорядковану сукупність її складових, об’єднаних структурних одиниць, що перебувають у тісних відносинах і взаємозв’язках між собою й утворюють внаслідок цього певну цілісність як єдиний об’єкт. В основу

⁵ Философский энциклопедический словарь (Ильичев Л гл редакция, Энциклопедия 1983) 201.

⁶ Див.: Н Кандаков, Логический словарь-справочник (Наука 1976) 263.

⁷ Див.: Философия: Энциклопедический словарь (Ивин А ред, Гардарика 2004) 860–3.

⁸ Див.: Універсальний словник української лексики. Синоніми, антоніми, омоніми (Нечволод Л, Бездітко В, Паращич В уклад, Торчсін плюс 2011) 130–1.

визначення системи ДКП може бути покладено систему кримінального права як галузі права, що складається із Загальної та Особливої частин, а ті, зі свого боку, поділяються на інститути, а останні – на норми, юридичні конструкції та інші нормативно-правові утворення. Ця система має, безумовно, важливе значення для визначення змісту і властивостей ДКП. Але головною особливістю системного підходу, зокрема і в дослідженнях доктрини кримінального права, є те, що він орієнтує на встановлення перш за все властивостей цілісного об'єкта, з виявленням багатоманітних зв'язків і властивостей його структурних елементів, що надає можливість більш глибоко дослідити як складові, так і системний об'єкт загалом⁹. Із цих підстав у загальній теорії права, залежно від рівня узагальнення положень, що становлять зміст правової доктрини, її обґрунтовано поділяють на загальну й часткову¹⁰. Отже, і в кримінальному праві, з урахуванням цього методологічного підходу, є підстави виділяти загальну й окрему (спеціальну чи часткову) доктрини. *Загальна ДКП* має найбільш високий рівень узагальнення, у ній відображаються наукові ідеї, теорії, концепції, вчення з кримінального права загального фундаментального характеру й закріплюються насамперед у змісті норм і інститутів кримінального права: визначення кримінального права і законодавства, їх сутності й змісту, принципів, завдань, функцій, структури – це загальні, фундаментальні правові положення доктрини кримінального права. За обсягом загальна ДКП визначає сутність галузі права загалом, або більшість його основних інститутів та інших базових нормативно-правових утворень. *Окремі (спеціальні чи часткові) ДКП* відносяться до сфери окремих інститутів як Загальної, так і Особливої частин кримінального права, мають більш обмежений, менш узагальнений, а тому більш конкретизований (деталізований) характер. Але в усіх випадках окремі ДКП спираються на положення загальної ДКП як на відправні та установчі. У цьому сенсі всі означені ДКП слід розглядати як логічно-узгоджену систему знань. Наприклад, ДКП Загальної частини кримінального права, що становлять зміст інститутів кримінальної відповідальності, кримінального правопорушення, інститутів покарання, стадій вчинення кримінального правопорушення, співучасті у кримінальному правопорушенні тощо, перебувають у тісному зв'язку і взаємодії з ДКП інститутів Особливої частини кримінального права: кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення проти життя та здоров'я особи; волі, честі та гідності особи; проти власності та ін. Отже, загальна й окремі доктрини кримінального права співвідносяться між собою як співвідносяться категорії “ціле” і “частка”, є логічно-

⁹ Див.: М Панов, ‘Системний підхід у кримінальному праві та проблеми удосконалення кримінального законодавства’ (2012) 6 Право України 227–41.

¹⁰ Див.: І Семеніхін, ‘Правова доктрина: поняття, знаки, структура’ (2016) 142 Проблеми законності 26–36.

узгодженими, доктринальними утвореннями, доповнюють одна одну й у своїй єдності становлять цілісну систему фундаментальних наукових ідей, учень, теорій, концепцій, тобто доктрину кримінального права як таку. Тому термін “доктрина кримінального права” вживається як у широкому, так і у вузькому його розумінні. У *широкому розумінні* завжди йдеться про Загальну доктрину кримінального права чи її положення, у *вузькому* – про окремі (часткові або спеціальні) ДКП, тобто про “доктринальні положення” як складові цілого (загальної ДКП).

По-четверте. Знання, що становлять зміст ДКП, повинні мати сталий, тобто стабільний (усталений) характер, що визначається багатьма факторами, але насамперед підставами (джерелами) і процесом (процедурою) їх формування. Положення ДКП, зміст яких становлять відповідні ідеї, концепції, теорії, вчення можна визнавати сталими за умов, що вони ґрунтуються на об’єктивних потребах соціально-економічного існування і розвитку суспільства й держави, на положеннях Конституції України, загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права, відправних принципах й установчих положеннях правової системи держави (кримінального права зокрема), на сучасних досягненнях науки і позитивному досвіді правозастосовної діяльності, вбирає досвід, знання і погляди (інколи, багатовікові) в сфері теорії і практики кримінального права попередніх поколінь юристів-криміналістів, враховує і базується на правосвідомості і правовій культурі суспільства, відображає сучасні наукові досягнення і досвід кримінального правотворення і правозастосування інших держав. При цьому надзвичайно важливим є те, що положення ДКП мають бути опрацьовані (апробовані) достатнім і необхідним аналізом із точки зору наукового обґрунтування та практичного застосування кримінально-правових норм і інститутів, що містять доктринальні положення, перевірені оптимальною тривалістю у часі й отримати підтримку та сприйняття наукової спільноти й юристів-практиків – фахівців у сфері кримінальної юстиції. Викладене дає підстави стверджувати, що доктрина кримінального права – це складний системний кримінально-правовий феномен, що оптимально об’єднує наукові (теоретичні) аспекти кримінального права і його прикладні аспекти (у сфері кримінального законотворення і практики застосування норм кримінального законодавства) і забезпечує реалізацію принципу спадкоємства у кримінальному праві¹¹, що має суттєве значення для виявлення і визначення основних функцій ДКП.

По-п’яте. Суттєвою рисою ДКП є те, що фундаментальні знання у сфері теорії і практики (прикладних проблем) кримінального права, які становлять зміст правових положень доктрини, є результатом (під-

¹¹ Див.: М Бажанов, ‘К вопросу о преемственности в уголовном праве’ (1995) 30 Проблемы законности 114–21.

сумком) досліджень (пізнання) основоположних наукових проблем кримінального права і практики застосування кримінального законодавства. Отримані при цьому знання доктринального характеру завжди відображаються переважно в опублікованих наукових працях, актах застосування кримінально-правових норм (головним чином – у судових рішеннях), у науково-практичних коментарях до кримінального законодавства та ін. Але особливе й надзвичайно важливе значення має відображення і юридичне закріплення ДКП та її положень у кримінально-правових нормах, юридичних конструкціях та інститутах кримінального права. Всім вказаним видам відображення і фіксації ДКП має обов'язково передувати вивчення і достатньо широке обговорення (аналіз) науковою спільнотою і професійними працівниками кримінальної юстиції відповідних ідей, поглядів, теорій, вчень, на яких базуються доктринальні положення кримінального права, а також сутність, зміст і форма цих положень із точки зору їхньої реальної значення для науки і практики кримінального права. У разі переважного їх схвалення, як прийнятих і таких, що мають суттєве наукове і практичне значення, вони можуть сприйматися кримінальним законодавством, а у подальшому і судовою практикою, і у такому випадку отримувати не тільки сталий, а й *визнаний* характер, тобто набувають значення (статус) доктринальних положень (доктрини) кримінального права.

З'ясування основних і суттєвих рис (властивостей) доктрини кримінального права дає підстави для визначення цього кримінально-правового феномену як поняття на дефінітивному рівні. Вважаємо, що *під доктриною кримінального права слід розуміти збірне наукове юридичне поняття, зміст якого становить цілісна та складна система сталих і визнаних ідей, теорій, концепцій або вчень щодо фундаментальних (засадничих та установчих) положень кримінального права як його основи: його сутності, змісту і форми, завдань, функцій, закономірностей і підстав формування та розвитку, а також оптимальних правил кримінального правотворення і правозастосування та відносно кримінальної відповідальності, її підстави і кримінальних правопорушень, – негативних соціально-правових явищ і покарання за них.*

III. Але запропоноване визначення загального поняття “доктрина кримінального права”, хоча і відображає суттєві й основні ознаки, які йому притаманні, має, утім, надто узагальнений (абстрактний) характер. Його зміст недостатньо визначений, а обсяг є доволі широким. Тому для подальшого і поглибленого вивчення ДКП як складного системного (структурованого) об'єкта вважаємо за можливе й доцільне виокремити у її змісті основні структурні елементи (одиниці), що відрізняються між собою особливостями форми зовнішнього виразу і можуть розглядатись як специфічні форми доктрини, що конкретизують її загальне поняття.

Залежно від цього показника пропонуємо виділяти такі структурні елементи змісту доктрини кримінального права, як її різновиди:

1. Основоположні принципи кримінального права.
2. Категорії кримінального права.
3. Постулати кримінального права.
4. Окремі фундаментальні правоположення у сфері кримінального права.

Кожний із цих елементів ДКП характеризується особливостями форм зовнішнього виразу, але всім їм водночас притаманне те, що вони мають властивості положень доктринального характеру, є “носіями” доктрини за її суттю, хоча і відрізняються формами їх зовнішнього виразу. Розглянемо їх детальніше.

1. *Принципи* (від латин. *principium* – начало, основа) кримінального права – це базові, установчі ідеї та засади, які визначають сутність, зміст, мету, завдання і функції кримінального права, її інститутів, норм, юридичних конструкцій та ін. До них відносяться: принцип верховенства права; законності; юридичної визначеності кримінально-правових норм; кримінальної відповідальності лише за вчинення особою суспільно-небезпечного діяння, що визнане у законі як кримінальне правопорушення; принципи особистої і винної відповідальності; обмеження меж кримінальної відповідальності; диференціації та індивідуалізації кримінальної відповідальності та покарання; принцип пропорційності суворості покарання характеру і ступеня суспільної небезпечності діяння (тяжкості), що визнане кримінальним законом як кримінальне правопорушення тощо. Вказані принципи змістовно базуються на фундаментальних філософських ідеях демократизму, справедливості, гуманізму, рівності перед законом і в той же час відображають їх. Принципи кримінального права як доктринальні положення “пронизують” всю сферу кримінального права, зокрема й ідеї, теорії, концепції, вчення, визначають сутність, зміст і межі дії кримінального права, його інститутів, норм, юридичних конструкцій, а тому в обов’язковому порядку враховуються у кримінальному законотворенні і знаходять відображення в змісті закону про кримінальну відповідальність. Законотворча діяльність має базуватися на цих принципах, повною мірою відповідати їм, перебувати із ними у відносинах логічної узгодженості і скоординованості¹². Лише при такому підході можна стверджувати про достатню наукову обґрунтованість кримінального законотворення і кримінального законодавства, зокрема – доктринальними положеннями кримінального права, і відповідність їм.

¹² Див.: В Гацелюк, *Реалізація принципу законності кримінального права України (загальні засади, концепції* (РВВ ЛДУВС 2006) 27–47; О Уварова, *Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика* (Друкарня МАДРИД 2012) 57–67.

2. Категорії кримінального права являють собою найбільш широкі за обсягом наукові поняття, які відображають і фіксують в узагальнених ознаках свого змісту найзагальніші і найсуттєвіші риси (властивості) нормативно-правових утворень (норм, інститутів, юридичних конструкцій, понять, юридичної термінології), а також явищ (фактів) реальної дійсності у сфері кримінального права. До категорій кримінального права можна віднести такі: “закон про кримінальну відповідальність”, “кримінально-правова норма”, “злочин” (поняття “злочин” – ст. 11 Кримінального кодексу України, далі – КК України)¹³, “покарання”, “кримінальна відповідальність”, “кримінально-правові відносини”, “склад злочину”, “елементи складу злочину” (“об’єкт”, “об’єктивна сторона”, “суб’єкт злочину”, “суб’єктивна сторона”), “окремі види покарань” та ін. Категорії кримінального права виконують надзвичайно важливу консолідуючу функцію. Інтегруючи знання, що фіксуються у поняттях цієї галузі і позначаються юридичними термінами, категорії узагальнюють їх за предметною і змістовною належністю, виокремлюють та акумулюють найбільш загальні й суттєві ознаки, що властиві відповідним кримінально-правовим поняттям і явищам (об’єктам) реальної дійсності, які відображаються у категоріях на рівні загального. Категорії кримінального права мають важливе теоретичне й практичне значення для упорядкування всього масиву знань у галузі кримінального права, забезпечують систематизацію всієї сукупності кримінально-правових понять і відповідної їм термінології: надають можливість вибудови понятійних рядів кримінального права як надзвичайно важливих елементів категоріально-понятійної системи цієї галузі права¹⁴.

3. Постулати кримінального права – це узагальнені правоположення аксіоматичного характеру, що доповнюють і конкретизують принципи і категорії кримінального права, відображають суттєві його риси і є загально визнаними. Високий рівень формалізації та узагальнення основних ознак і властивостей норм кримінального права і законодавства та найбільш важливих і сталих практик їх застосування надає можливість розробляти і формувати узагальнені правоположення аксіоматичного характеру – постулати кримінального права (від латин. *postulatum* – вимога, твердження, яке приймається без доведення як вихідне, незаперечна істина), що дає підстави визнавати їх як важливі елементи доктрини кримінального права, оскільки відображають і визначають його сутність, основні риси й функції¹⁵. Постулати кримінального права орга-

¹³ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>> (дата звернення: 12.12.2021).

¹⁴ Див.: А Васильєв, *Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права* (1976) 76–97; В Бабаев, *Советское право как логическая система: учебное пособие* (1978) 113–7.

¹⁵ Див.: Ю Оборотов, ‘Постулати права’ в Велика Українська юридична енциклопедія, т 2: *Філософія права* (Максимов С голова редкол, Право 2017) 600; Ю Оборотов, ‘Правопорозуміння як аксіоматичне начало (постулат) права’ (2010) 4 Право України.

нічно поєднують у собі сталі, в низці випадків, багатовікові та загально-визнані знання у сфері кримінального права і практики його застосування. Деякі з них відомі ще з часів Стародавнього Риму, наприклад, “*non bis in idem*” – “не двічі за одне і те саме”; “*Nullum crimen et nulla poena sine lege*” – “немає злочину, немає покарання, якщо воно не передбачено в законі”; “*Nullum crimen sine injuria*” – “немає злочину без протиправності”; “*nulla poena sine culpa*” – “немає злочину без вини”¹⁶; та ін.

До кримінально-правових постулатів, що передбачені чинним кримінальним законодавством, є підстави відносити, наприклад, визнання кримінальним правопорушенням лише передбачене КК України суспільно небезпечне винне діяння (дії або бездіяльність), вчинене суб’єктом кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 11 КК України); заборону притягнення особи до кримінальної відповідальності за одний те саме кримінальне правопорушення більше одного разу (ч. 3 ст. 2 КК України); заборону застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією (ч. 5 ст. 3 КК України); встановлення надзвичайно важливих і принципів положень, відповідно до яких кримінальна протиправність діяння а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки КК України (ч. 3 ст. 3 КК України); положення, відповідно до якого особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду – “презумпція невинуватості” (ч. 2 ст. 2 КК України) та ін. Ці правоположення мають, безумовно, фундаментальний характер, багато в чому визначають сутність і зміст кримінального права, а отже, виконують таким чином функції доктрини кримінального права.

4. Окремі правоположення кримінального права, що мають фундаментальний характер – це інші нормативно-правові утворення, які містять приписи загального характеру і мають засадниче й установче значення, наприклад, “повторність”, “сукупність кримінальних правопорушень”, “загальні засади призначення покарання”, “призначення покарання більш м’якого, ніж передбачене законом”, “призначення покарання за сукупністю кримінальних правопорушень” та ін. Їхня функціональна роль полягає у тому, що вони забезпечують реалізацію базових (установчих) положень ДКП, доповнюють, конкретизують і розвивають кримінально-правові принципи, категорії та постулати як основні елементи (за формою зовнішнього виразу) змісту доктрини кримінального права.

Розглянуті основні види ДКП завжди опосередковуються і конкретизуються системою науково-правових понять і юридичних термінів (по-

¹⁶ Див.: М Шепітько, *Кримінальна юстиція в латинських висловах і термінах: словник-довідник* (Право 2020) 101–5.

нятійного апарату) як засобів відображення і закріплення (фіксування) у змісті кримінально-правових норм та інших нормативно-правових утворень кримінального права, ідей, теорій, концепцій, вчень, які в сукупності і єдності становлять основу знань, на яких базується доктрина кримінального права та її положення у різноманітті її видів і форм зовнішнього прояву.

IV. Знання, що становлять зміст ДКП, у всіх вище розглянутих формах і видах, як відзначалося раніше, є результатом (підсумком) наукового пізнання фундаментальних теоретичних і прикладних проблем кримінального права. У зв'язку з цим є підстави сконцентрувати увагу на двох вкрай важливих і суттєвих аспектах (складових) знань ДКП: на їх науково-теоретичному і науково-прикладному значенні (аспектах). *Науково-теоретичний аспект положень ДКП* полягає у її об'єктивному (і логіко-юридичному, тобто формалізованому) зв'язку та єдності з науковими ідеями, теоріями, концепціями і вченнями в сфері науки кримінального права. Вони становлять *основу*, наприклад, таких складових науки кримінального права, як: теорія кримінальної відповідальності та її підстава; теорія вини; свобода волі і кримінальна відповідальність; предмет і метод кримінально-правового регулювання; кримінально-правові відносини; вчень про кримінальне правопорушення, про покарання, про звільнення від кримінальної відповідальності та від покарання, про причинний зв'язок у кримінальному праві та ін. Ці та інші сфери науки слугують теоретичним підґрунтям базових основ кримінального права і становлять у своїй єдності наукову складову доктрини кримінального права. *Науково-прикладний аспект* доктрини кримінального права полягає, насамперед у тому, що її теоретично-обґрунтовані положення становлять основу (сутність і зміст) – джерело – нормативно-правових утворень кримінального права: кримінально-правових інститутів, норм, юридичних конструкцій, інших нормативних утворень, що визначають зміст чинного кримінального законодавства, а також актів практичного (судового) застосування (реалізації) норм кримінального права. При цьому завжди має місце *легалізація* (від латин. *legalis* – законний, узаконення, надання законної сили) *доктрини кримінального права* і її *положень в кримінальному законодавстві і в актах застосування норм кримінального права вищими судовими інстанціями України (що набрали законної сили)* – *легальна доктрина*. Тим самим легальні доктринальні положення набувають відповідної юридичної сили і забезпечують у системі кримінально-правових законодавчих засобів та актів застосування норм кримінального законодавства правове регулювання суспільних відносин. Викладене дає підстави для виокремлення в структурі легальної доктрини такого надзвичайно важливого і відносно самостійного її виду, як *офі-*

ційна доктрина, яка в концентрованому вигляді відображає науково-прикладний аспект доктрини у сфері кримінального законотворення.

V. Офіційна доктрина (від латин. *officiūm* – служба – те, що регулюється урядом, урядовою установою, відповідно до встановлених правил, формальностей) кримінального права є видом загальної ДКП, що була раніше розглянута. Це означає, що офіційна доктрина має всі суттєві ознаки, притаманні загальній доктрині кримінального права. Вона являє собою цілісну складну систему сталих визнаних ідей, теорій, концепцій або вчень щодо фундаментальних (засадничих та установчих) наукових і прикладних положень кримінального права як його основи: сутності, змісту, системи, форми, завдань, функцій, підстав і закономірностей його формування та розвитку, відносно кримінальної відповідальності та її підстави, кримінальних правопорушень і покарань за них, а також оптимальних правил і прийомів кримінального законотворення і правозастосування. Елементами змісту ДКП – ідей, концепцій, теорій, вчень – за формами зовнішнього їх виявлення, є принципи, категорії кримінального права, кримінально-правові постулати й інші узагальнені правоположення кримінального права фундаментального характеру, що наповнюють (на рівні загального) і становлять зміст, тобто є джерелом правових інститутів, норм, юридичних конструкцій, інших нормативно-правових утворень кримінального права. Водночас офіційна ДКП, крім ознак загальної доктрини, характеризується також *спеціальними (особливими) обов'язковими ознаками*, а саме – ця доктрина може визнаватися офіційною лише спеціальним уповноваженим законодавчим органом держави – Верховною Радою України. Вказане визнання має здійснюватися, на нашу думку, завдяки ухваленню спеціального нормативно-правового акта, а саме Закону “Про доктрину кримінального права України”¹⁷. Формою фактичного визначення офіційної доктрини (її положень) може бути також і фіксація, і закріплення положень доктрини в змісті закону про кримінальну відповідальність, яким є КК України (в його нормах, юридичних конструкціях, інститутах та ін.). Це твердження ґрунтується на Конституційному положенні (п. 22 ст. 92 Конституції України) відповідно до якого виключно законами України визначаються діяння, які є злочинами і відповідальність за них, та положеннями, передбаченими ч. 1 ст. 3 КК України, відповідно до яких законодавство України про кримінальну відповідальність становлять КК України, і ч. 3 ст. 3 КК України, де встановлено, що кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Фактично основу змісту положень офіційної доктрини кримінального права, безумовно, можна встановити натепер-

¹⁷ Практики ухвалення Верховною Радою України Закону “Про доктрину кримінального права України” не існує.

на підставі аналізу змісту норм, юридичних конструкцій та інститутів закріплених у відповідних статтях і розділах чинного КК України основу яких, безперечно, становлять відповідні положення ДКП, що мають фундаментальний характер.

Відомо, що КК України 2001 р. набрав чинності з 1 вересня 2001 р. і є чинним з усіма змінами і доповненнями натеper (листопад 2021 р.). Його детальне вивчення і поглиблений аналіз під кутом зору раніше висвітлених підходів і трактувань доктрини кримінального права (зокрема й офіційної доктрини) дає підстави для віднесення до положень *офіційної (визнаної законодавцем) доктрини кримінального права такі фундаментальні положення кримінального права (як його основи), що визначені у певних кримінально-правових нормах, закріплених у відповідних статтях КК України*. Основними з них є такі:

1. КК України – це єдиний кодифікований законодавчий нормативно-правовий акт, який містить всі закони України про кримінальну відповідальність, що набрали чинності (частини 1, 2 ст. 3 КК України).

2. КК України має своїм завданням правове забезпечення охорони прав і свобод людини та громадянина, власності, громадського порядку й громадської безпеки, довкілля, Конституцію України від кримінально-протиправних посягань, забезпечення миру і безпеки людства, а також запобігання кримінальним правопорушенням.

3. Закріплення основного принципу (постулату) цивілізованого кримінального права, відомого ще за давніх часів: *“Nullum crimen, nulla poena sine lege”* (“немає злочину, немає покарання без вказівки на те в законі”) – кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом (ч. 3 ст. 3 КК України).

4. Визнання кримінальним правопорушенням лише передбаченого КК України суспільно небезпечного, винного караного діяння (дії або бездіяльності) вчиненого суб'єктом кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 11 КК України).

5. Встановлення у законі єдиної підстави кримінальної відповідальності – наявності у вчиненому особою суспільно небезпечному діянні складу кримінального правопорушення, передбаченого КК України (ч. 1 ст. 2 КК України).

6. Кримінальна протиправність і караність, а також інші кримінально-правові наслідки визначаються законом про кримінальну відповідальність, що діяв на час вчинення цього діяння (ч. 2 ст. 4 КК України).

7. Заборона застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією (ч. 4 ст. 3 КК України).

8. Визначення в законі обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння (статті 36–43 КК України, а також ч. 2 ст. 11, ч. 2 ст. 14, ч. 1 ст. 17 КК України).

9. Закріплення презумпції невинуватості й принципу особистої і винної відповідальності (ч. 2 ст. 2 КК України). Законодавчо визнані поняття, форми та видів вини, суб'єкта кримінального правопорушення (статті 18–22, 23–25 КК України).

10. Наявність низки норм, спрямованих на посилення боротьби з організованою злочинністю, сформульоване поняття “співучасті у кримінальному правопорушенні”, “організованої групи”, “злочинної організації” (статті 28, 29 КК України), встановлені спеціальні склади злочинів про відповідальність організаторів та учасників організованих груп і злочинних організацій за вчинення злочинів, передбачена відповідальність за вчинення терористичного акта, інших злочинів терористичної спрямованості.

11. Покарання, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні кримінального правопорушення, має на меті не тільки кару, а й виправлення засудженого, а також запобігання нових кримінальних правопорушень як засудженим так і іншими особами. Покарання не має на меті завдати фізичних страждань або принизити людську гідність (ст. 50 КК України).

12. Особі, яка вчинила кримінальне правопорушення, має бути призначене покарання необхідне й достатнє для її виправлення і попередження нових кримінальних правопорушень (ч. 2 ст. 65 КК України).

13. Наявність низки норм, що дають можливість звільнення від кримінальної відповідальності (при дійовому каятті, примиренні з потерпілим, якщо особа вперше вчинила кримінальний проступок або необережний нетяжкий злочин), а також від покарання (при звільненні від відбування покарання з випробуванням, при умовно-достроковому звільненні від відбування покарання та ін.) (статті 44–49 КК України).

14. Відмова від такого покарання, як смертна кара. Заміна її довічним позбавленням волі у випадках передбачених КК України.

15. Наявність низки заохочувальних норм, що стимулюють позитивну посткримінальну поведінку, яка виступає необхідною умовою для звільнення особи від кримінальної відповідальності (статті 45, 46, ч. 2 ст. 258¹, ч. 6 ст. 258, ч. 4 ст. 258, ч. 6 ст. 260 КК України). Отже, є підстави стверджувати: вказані та інші доктринальні положення кримінального права – кримінально-правові принципи, категорії, постулати й окремі фундаментальні правоположення кримінального права, що відображені і закріплені в кримінально-правових інститутах, нормах та інших структурних елементах закону про кримінальну відповідальність (КК України), являють собою *офіційну доктрину кримінального права*.

VI. Функції ДКП. Відомо, що функціональний (від латин. *function* – виконання, звершення) підхід у дослідженнях правових проблем, зокрема: і проблем кримінального права, є достатньо ефективним і результа-

тивним. Причому під функціями розуміється здатність того чи іншого соціального (зокрема й правового) інституту (процесу, явища) чи субінституту або ж правової норми виконувати певну роль в системі суспільних відносин і впливати на ті чи інші соціальні явища (процеси), сприяти їхньому регулюванню: нормальному функціонуванню та розвитку, чи навпаки, обумовлюють їхню стагнацію, стримання або анулювання. Цей підхід завжди орієнтує на вивчення залежності, що спостерігається між компонентами одного й того ж єдиного інституту (процесу, явища), або між декількома інститутами (процесами, явищами). Причому функціональний підхід у науковому дослідженні своєю метою має надання відповідей на запитання: “для чого?”, “яке значення?”, “яка роль та призначення?” того чи іншого інституту (явища) в системі інших інститутів (явищ) та у відповідній сфері наукового пізнання¹⁸. Головним завданням у цьому випадку має бути з’ясування характеру й особливостей значення та впливу ДКП на всю систему кримінально-правового регулювання, зокрема на сутність і зміст всіх основних структурних елементів кримінального права і законодавства: кримінально-правових норм, юридичних конструкцій, інститутів тощо та на практику їхнього застосування.

Доктрину кримінального права та її положення об’єктивно сформовані державою і суспільством як систему сталих визнаних ідей, теорій, концепцій або вчень щодо фундаментальних (засадничих та установчих) наукових і прикладних положень кримінального права як його основи: сутності, змісту, системи, форми, завдань, функцій, підстав і закономірностей його формування та розвитку, відносно кримінальної відповідальності та її підстави, кримінальних правопорушень і покарань за них, а також оптимальних правил і прийомів кримінального законотворення і правозастосування, вважаємо за необхідне, з точки зору функціонального підходу, розглядати як необхідний і досить важливий *елемент суспільної правосвідомості* (особливо професійної правосвідомості юристів кримінальної юстиції – науковців і фахівців-практиків) який здатний здійснювати вельми вагомий (інколи – вирішальний) функціональний вплив на всю сферу кримінально-правового регулювання. У цьому сенсі функції ДКП є достатньо ефективними і широкими, але загалом можуть бути умовно поділені на такі види: а) аксіологічна; б) регулятивна (у сфері кримінального законотворення і правозастосування); в) превентивно-виховна; г) науково-інформаційна. Всі вони тісно пов’язані між собою, доповнюють одна одну і в своїй сукупності та єдності відображають безумовно позитивний вплив ДКП на кримінальне право, кримінальне законодавство і

¹⁸ Див.: М Панов, ‘Функціональний підхід – необхідна складова методології наукових досягнень кримінального права’ (2017) 2 Право України 14–22.

практику їх застосування та на визначення напрямів і змісту наукових досліджень із кримінального права. Розглянемо їх окремо.

Аксіологічна (від грецьк. *actos* – цінний) функція доктрини кримінального права означає, *по-перше*, те, що вона (як загалом право та його інститути)¹⁹ є результатом (підсумком) пізнання фундаментальних (засадничих та відправних) положень кримінального права, що мають загальнолюдську значущість (цінність), оскільки норми й інститути кримінального права, в яких ДКП знаходить закріплення і відображення, спрямовані на забезпечення охорони прав і свобод людини та громадянина, власності, громадського порядку та громадської безпеки, довкілля, конституційного устрою України від кримінально-протиправних посягань, забезпечення миру й безпеки людства, а також запобігання кримінальним правопорушенням. *По-друге*, аксіологічне значення ДКП проявляється у тому, що принципи кримінального права, як одна з найважливіших форм проявлення змісту (і суті) ДКП, яким мають відповідати (на рівні загального) зміст норм, юридичних конструкцій та інститутів кримінального права, базуються на ідеях і засадах гуманізму, демократизму, справедливості, свободи та рівності перед законом. У зв'язку з цим не може визнаватись позитивною, наприклад, надмірна (надлишкова, зайва) суворість покарань, встановлюваних за окремі кримінальні правопорушення в санкціях норм Особливої частини КК України, а також у випадках призначення такого (недостатньо обґрунтованого) покарання у правозастосуванні за вчинення конкретних кримінальних правопорушень, оскільки в таких випадках порушується принцип пропорційності (співмірності) ступеня суспільної небезпечності вчиненого діяння суворості покарання за це діяння. *По-третє*, ціннісний аспект функцій ДКП проявляється також і в тому, що кримінальний закон, встановлюючи сувору юридичну відповідальність за вчинення кримінальних правопорушень, водночас передбачає значну кількість правових положень доктринального характеру, спрямованих на реалізацію принципу обмеження меж кримінальної відповідальності. До них слід віднести, зокрема, фундаментальні положення, відповідно до яких кримінальним правопорушенням визнається лише передбачене законом про кримінальну відповідальність суспільно небезпечне винне каране діяння, вчинене суб'єктом кримінального правопорушення; визнання підставою кримінальної відповідальності лише вчиненого суспільно небезпечного діяння, що містить склад кримінального правопорушення, передбаченого КК України; кримінальна протиправність і караність діяння визначається лише законом про кримінальну відповідальність, що був чинний на час вчинення цього діяння; покарання суд призначає в межах установлених у санкції статті (частини статті) Особливої частини КК України, що передбачає відповідальність

¹⁹ Див.: С. Алексеев, *Право в нашей жизни* (Юрид лит 1978) 22–3, 125–37.

за вчинене кримінальне правопорушення і не має бути надмірним. Тим самим вказаними та іншими положеннями ДКП законодавець забезпечує дотримання прав осіб, що вчинили кримінальне правопорушення і притягаються до кримінальної відповідальності, виключає можливість свавілля у застосуванні закону про кримінальну відповідальність, обмежує дискреційні повноваження суб'єктів застосування норм кримінального законодавства. Ця функція ДКП, унаслідок її особливої важливості, має розглядатись і як критерій можливості визнання тих чи інших положень кримінального права фундаментальними і віднесення їх до класу доктринальних. *По-четверте*, аксіологічна функція ДКП виражається у тому, що вона визначає ідеологію кримінального законотворення, суттєво впливає на зміст і характер правозастосовної діяльності державних органів і їх службових осіб, уповноважених на застосування норм кримінального законодавства, які мають діяти в межах приписів, що становлять зміст кримінально-правових норм і юридичних конструкцій кримінального закону, основу яких визначають положення ДКП. Нарешті, *по-п'яте*, в системі кримінального права ДКП має суттєве значення як його основоположний елемент, що значною мірою впливає на зміст і сутність елементів кримінального права, які становлять його структуру: правових норм, юридичних конструкцій, інститутів тощо, упорядковує їх, зокрема, через використання кримінально-правових категорій, узагальнених правоположень фундаментального характеру (родових понять), надає змісту й структурі кримінального права і законодавства усталений і визначений характер загалом (головним чином, у змісті Загальної частини КК України).

Регулятивна функція доктрини кримінального права. Під кримінально-правовим регулюванням розуміється правове регулювання кримінальним законодавством України суспільних відносин, які виникають та існують між особою, що вчиняє кримінальне правопорушення, і державою в особі уповноважених державних органів і їхніх службових осіб. Це регулювання являє собою доволі складний процес і включає в себе декілька етапів (стадій або рівнів), основними з яких (в аспекті розглядуваної проблеми) є: 1) створення нормативно-правової основи (кримінального законодавства) як правового засобу упорядкування всієї сфери суспільних відносин, пов'язаних із вчиненням громадянами суспільно небезпечних діянь (законодавчий рівень), та 2) застосування (реалізацію) норм кримінального законодавства щодо осіб, які вчинили такі діяння (правозастосовний рівень). На всіх означених етапах (рівнях) кримінально-правового регулювання ДКП та її положення значною мірою впливають на зміст і сутність основних інститутів та норм кримінального права, що мають загальне й установче значення, витримали випробування науковим аналізом та ефективністю практики правозастосуван-

ня. Вони надають кримінальному законодавству і правозастосуванню властивості стабільності й предметної визначеності, суттєво впливають на організаційну упорядкованість і системність норм та юридичних конструкцій кримінального права – публічної галузі права і законодавства²⁰. Інакше кажучи, ДКП виконує надзвичайно важливу стабілізуючу функцію в правовому регулюванні. Відомо, що в чинний КК України, як динамічна нормативно-правова система, яка розвивається, з 2001 р. внесено понад тисячу змін і доповнень²¹. Однак цей нормативно-правовий акт, що в своїй основі базується на великій низці доктринальних положень кримінального права, що закріплені і визначені в змісті базових норм КК України (офіційна доктрина), є цілним, завершеним, систематизованим актом і не втрачає свого предметного, стабільного і логічно-упорядкованого характеру та значення і на цей час, здатний достатньо ефективно регулювати кримінально-правові суспільні відносини.

Але залежно від рівня (стадії) кримінально-правового регулювання ДКП має певні особливості впливу як на законотворення, так і на кримінальне правозастосування. Так, чинне кримінальне законодавство, у формі КК України, базується на доктринальних положеннях кримінального права, що становлять зміст значної кількості фундаментальних положень кримінального закону, які в своїй сукупності утворюють, як відзначалося, офіційну доктрину кримінального права України. Остання становить основу, так би мовити, “підвалини” (підґрунтя) КК України, надає йому соціально-правову визначеність. У нормативно-правовій і змістовній організації КК України доктринальні положення визначають не тільки зміст і форму цього нормативно-правового акта, а й найбільш суттєві його риси: обґрунтованість сучасними досягненнями науки (зокрема і науки кримінального права), завдання і функції, спроможність ефективно регулювати його нормами й інститутами кримінально-правові відносини, що формуються у сфері боротьби з кримінальними правопорушеннями. Таким чином, ДКП має надзвичайно важливе значення для *кримінального законотворчого процесу*, її положення відображають сучасний рівень знань у галузі кримінального права і законодавства, які загалом відповідають основним вимогам і потребам практики кримінально-правового регулювання.

Особливу роль ДКП виконує у діяльності з *розроблення проєктів законів про кримінальну відповідальність*, зокрема і тих, якими вносяться зміни й доповнення у чинний КК України в порядку *de lege ferenda*. У цій діяльності слід виходити з такого логічно-обґрунтованого правила: *законодавчі новели, що вносяться до кримінального законодавства, не мо-*

²⁰ І Суходубова, *Стабільність і динамізм законодавства: поняття, співвідношення, засоби забезпечення* (Право 2016) 228.

²¹ В Тацій, В Тютюгін, Ю Пономаренко, ‘Проблеми стабільності й динамізму кримінального законодавства України на сучасному етапі’ [2015] 4 (83) Вісник Нац. акад. прав. наук України 54–66.

жуть бути змістовно у протиріччі з основними (базовими) положеннями чинного КК України, що базуються на сучасній офіційній ДКП з урахуванням її особливої ролі та значення у системі кримінального права. Інше рішення, сприйняття законодавцем новел, що вносяться до закону про кримінальну відповідальність, зміст яких суперечать офіційній ДКП, можливе, на нашу думку, лише за наявності безсумнівного та належно аргументованого доведення, що з точки зору сучасних вимог теорії і практики кримінального права ці положення ДКП із тих чи інших причин теоретичного та/або практичного характеру, у цих конкретних обставинах вже є, безумовно, неприйнятними, а отже, одночасно підлягають відміні та заміні новими положеннями в ДКП, зокрема і положень офіційної доктрини.

Правозастосовний рівень регулятивної функції ДКП полягає в тому, що принципів положення офіційної доктрини щодо завдань і функцій кримінального закону, поняття кримінального правопорушення, підстави кримінальної відповідальності, заборони застосування кримінального закону за аналогією, поняття мети покарання, його видів і порядку призначення, а також підстави й умови звільнення від покарання і кримінальної відповідальності тощо чітко й достатньо повно визначені в нормах закону про кримінальну відповідальність. Тому ці та інші положення офіційної ДКП набувають юридичної сили державних велінь (приписів). Отже, законодавець, встановлюючи кримінальну відповідальність за вчинення суспільно небезпечних діянь, водночас обмежує її, виходячи із принципу обмеження меж кримінальної відповідальності, диференціації та індивідуалізації відповідальності, керуючись принципами верховенства права та законності. Вказані доктринальні положення, при закріпленні їх у законі, набувають нормативно-правового визначення та обов'язкового характеру, спрямовані на реалізацію у правозастосуванні ідей (принципів) справедливості й гуманізму, водночас зобов'язують службових осіб відповідних державних органів, що застосовують закон про кримінальну відповідальність, неухильно дотримуватись вимог кримінального закону. Отже, при вирішенні питань щодо підстави кримінальної відповідальності, встановленні цієї підстави, кваліфікації кримінальних правопорушень, призначенні покарання або при звільненні від кримінальної відповідальності чи покарання, уповноважені службові особи, що застосовують кримінальний закон, жорстко обмежені у своїх рішеннях законодавчими нормативами, джерелом яких є відповідні доктринальні положення, що однозначно закріплені в нормах закону. Вони виступають законодавчими "гарантіями" забезпечення прав осіб, що притягаються до кримінальної відповідальності, обмежують можливу

правозастосовну дискрецію, службове свавілля, необґрунтоване притягнення до кримінальної відповідальності.

Дещо інша ситуація у випадках, коли правові норми закону про кримінальну відповідальність викладені з надто високим рівнем узагальнення (абстрагування), а також коли їхній зміст позначений із застосуванням оціночних понять. У вказаних і подібних випадках для з'ясування доктринальних основ кримінально-правових приписів чи заборон у процедурі їх застосування доцільне доктринальне тлумачення цих норм на основі наукових досягнень і, узагальнень судової практики. Таке тлумачення закону, на нашу думку, є корисним, доцільним і виправданим. Цей підхід знайшов закріплення і в законодавстві. Зокрема, у ч. 1 ст. 36 Закону України "Про судоустрій і статус суддів"²² встановлено, що Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та в спосіб визначений процесуальним законом. Відповідно до ч. 1 ст. 47 цього Закону при Верховному Суді утворюється Науко-консультативна Рада для підготовки наукових висновків з питань діяльності Верховного Суду, що потребують наукового забезпечення. Відповідно до п. 3.2 Положення про Науково-консультативну Раду при Верховному Суді до її повноважень належить підготовка наукових висновків щодо тлумачення та застосування норм діючого права. Отже, доктринальні положення, що викладаються у змісті наукових висновків, використовуються Верховним Судом у правозастосуванні як важливий аргумент у прийнятті рішень. Тому наукове тлумачення закону та з'ясування доктринальної природи і суті заборон та приписів, що становлять його зміст, є неодмінною умовою кримінально-правового регулювання, забезпечення у правозастосуванні норм закону про кримінальну відповідальність конституційного принципу верховенства права і законності.

Превентивно-виховна функція доктрини кримінального права виражається у тому, що її положення закріплені і відображені в нормах та інститутах кримінального права і законодавства, доведені у встановленому Конституцією України та законами України порядку до відома населення, формують у свідомості людей уявлення (знання) про певні форми і види суспільно небезпечної поведінки (вчинки, діяння), що визнаються кримінально-протиправними і караними. Причому ці знання, основу яких становить зміст ДКП, унаслідок їх узагальненого і сутнісного характеру, надають можливість усвідомлювати головні та найбільш важливі за характером і змістом властивості кримінально-правових заборон і приписів, що передбачаються у законі, а також суспільну небезпечність, шкідливість й аморальність кримінальних пра-

²² Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>> (дата звернення: 10.01.2021).

вопорушень. Тому слід мати на увазі, що кримінальне законодавство, як відзначав Л. Владимиров у праці “Кримінальний законодавець як вихователь народу” (1903 р.), є могутнім державним засобом виховання народу, маючи на увазі основні цілі морального виховання народу загалом²³. Цей виховний вплив надає можливість особі проводити різницю між актами позитивної правомірної поведінки й актами (діяннями) суспільно небезпечної (і тому завжди аморальної) кримінально-каранної поведінки. У наслідок вказаного соціально-правового виховного впливу, у кожної людини розвивається (більшою чи меншою мірою) і формується почуття відповідальності за вчинення кримінальних правопорушень, їх негативна соціальна і моральна оцінка самим діячем. Результатом такої свідомих оцінки є формування в особі певної соціально правової установки (як елемента правової свідомості і культури), що має утримувати її від вчинення кримінальних правопорушень. Виховний вплив ДКП, закріплений у кримінально-правових нормах та інститутах КК України, має завжди характер кримінальної превенції, тобто запобігання вчиненню кримінальних правопорушень (ч. 1 ст. 1 КК України), метою покарання є запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень як засудженими (“приватна” або “часткова” превенція), так і іншими особами (генеральна превенція) – ч. 2 ст. 50 КК України. Позитивним результатом виховного превентивного впливу ДКП і кримінального закону є невчинення особою (утримання від вчинення) кримінального правопорушення.

Науково-інформаційна функція доктрини кримінального права. Доктрина є підсумком (результатом) наукових досягнень у сфері теоретичних і прикладних фундаментальних проблем кримінального права. У зв’язку з цим необхідно відзначити такі обставини. По-перше, як елемент системи кримінального права – публічної галузі права – ДКП, в основі системи детермінації, якої лежить предмет кримінально-правового регулювання, водночас значною мірою визначає основні й суттєві риси та властивості цієї галузі права. Вона виступає як *першооснова* її установчих й основних інститутів та правоположень, в яких відображається сутність і фундаментальність кримінального права як самостійної галузі права, об’єднує його інститути і норми права в єдиний нормативно-правовий комплекс із точки зору завдань і функцій кримінального права та законодавства, надає їм таким чином предметну системну й прикладну визначеність. По-друге, як підсумок отриманих знань у галузі теоретичних і прикладних фундаментальних проблем кримінального права доктрина відображає і фіксує у своєму змісті сучасний рівень (щабель) цих знань, що забезпечують вирішення прикладних проблем криміналь-

²³ Див.: Л. Владимиров, *Курс кримінального права: частина перша: основи сучасного кримінального права* (Вид Паливода А В 2010) 63–5.

ного правотворення і правозастосування у сучасних умовах. Водночас ДКП слугує засобом отримання нових знань, інструментарієм подальших наукових досліджень, а отже, завжди виконує при цьому важливу пізнавальну (евристичну) функцію в сфері кримінально-правового регулювання.

VII. Висновок. Дослідження проблеми ДКП свідчить про її теоретичну і практичну значущість для науки і практики кримінального права, зокрема, для кримінального законотворення і правозастосування, а також для розвитку наукових досліджень. Розробка суттєвих рис (властивостей) ДКП і на цій підставі його поняття, елементів змісту, а також видів доктрини надає можливість більш глибоко з'ясувати сутність і зміст цього правового феномену. ДКП, як система фундаментальних знань у сфері кримінального права в формі наукових ідей, теорій, концепцій, вчень, є *джерелом* змісту правових норм, юридичних конструкцій, інститутів кримінального права, об'єднує їх в єдину нормативно-правову систему (нормативно-правовий комплекс у формі кримінального кодексу) для здійснення завдань і реалізації функцій кримінального права і законодавства. Система елементів понятійного апарату кримінального права: категорій, понять, юридичної термінології виступають при цьому логіко-юридичним і лінгвістичним інструментарієм фіксування положень ДКП, закріплення їх у змісті закону про кримінальну відповідальність. Подальша розробка ДКП є корисною та доцільною і в теоретичному, і в прикладному аспектах.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Alekseev S, *Pravo v nashej zhizni* (Jurid lit 1978) (in Russian).
2. Babaev V, *Sovetskoe pravo kak logicheskaja sistema: uchebnoe posobie* (1978) (in Russian).
3. Genrih V, *Predmet i metod ugovovno-pravovogo regulirovaniya: istoriya, teorija i praktika* (Norma: INFA – M 2011) (in Russian).
4. Hatseliuk V, *Realizatsiia pryntsyphu zakonnosti kryminalnoho prava Ukrainy (zahalni zasady, kontseptsii)* (RVV LDUVS 2006) (in Ukrainian).
5. Semenikhin I, *Pravova doktryna: zahalnoteoretychnyi analiz* (seriia "Naukovi dopovidi" vyp. 2, 2012) (in Ukrainian).
6. Sukhodubova I, *Stabilnist i dynamizm zakonodavstva: poniattia, spivvidnoshennia, zasoby zabezpechennia* (Pravo 2016) (in Ukrainian).
7. Uvarova O, *Pryntsyphu prava u pravozastosuvanni: zahalnoteoretychna kharakterystyka* (Drukarnia MADRYD 2012) (in Ukrainian).
8. Vasil'ev A, *Pravovye kategorii. Metodologicheskie aspekty razrabotki sistemy kategorij teorii prava* (1976) (in Russian).
9. Vladymyrov L, *Kurs kryminalnoho prava: chastyna persha: Osnovy suchasnoho kryminalnoho prava* (Vyd Palyvoda A V 2010) (in Ukrainian).

Journal articles

10. Bazhanov M, 'K voprosu o preemstvennosti v ugovnom prave' (1995) 30 Problemy zakonnosti 114–121 (in Russian).
11. Maksimov S, 'Pravova doktryna: filosofsko-pravovi pidkhd' (2013) 9 Pravo Ukrainy (in Ukrainian).
12. Oborotov Yu, 'Pravoporozuminnia yak aksiomatychne nachalo (postulat) prava' (2010) 4 Pravo Ukrainy (in Ukrainian).
13. Panov M, 'Funktsionalnyi pidkhd – neobkhdna skladova metodolohii naukovykh dosiahnen kryminalnoho prava' (2017) 2 Pravo Ukrainy 14–22 (in Ukrainian).
14. Panov M, 'Poniatiinyi aparat kryminalnoho prava ta yoho naukovie i praktychne znachennia' (2018) 4 Pravo Ukrainy 205–22 (in Ukrainian).
15. Panov M, 'Systemnyi pidkhd u kryminalnomu pravi ta problemy udoskonalennia kryminalnoho zakonodavstva' (2012) 6 Pravo Ukrainy 227–41 (in Ukrainian).
16. Semenikhin I, 'Pravova doktryna: poniattia, znaky, struktura' (2016) 142 Problemy zakonnosti 26–36 (in Ukrainian).
17. Tatsii V, Tiutiuhin V, Ponomarenko Yu, 'Problemy stabilnosti y dynamizmu kryminalnoho zakonodavstva Ukrainy na suchasnomu etapi' [2015] 4 (83) Visnyk Nats. akad. prav. nauk Ukrainy 54–66 (in Ukrainian).

Dictionaries and Encyclopedias

18. 'Pravova doktryna' v *Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia*, t 3: *Zahalna teoriia prava* (Petryshyn O holova red kol, Pravo 2017) 471–7 (in Ukrainian).
19. *Filosofija: Jenciklopedicheskij slovar* (Ivin A red, Gardarika 2004) (in Russian).
20. *Filosofskij jenciklopedicheskij slovar* (Il'ichev L gl redakcija, Jenciklopedija 1983) (in Russian).
21. Kandakov N, *Logicheskij slovar'-spravochnik* (Nauka 1976) (in Russian).
22. Oborotov Yu, 'Postulaty prava' v *Velyka Ukrainska yurydychna entsyklopediia*, t 2: *Filosofii prava* (Maksymov S holova redkol, Pravo 2017) (in Ukrainian).
23. Shepitko M, *Kryminalna yustytisia v latynskykh vyslovakh i terminakh: slovnyk-dovidnyk* (Pravo 2020) (in Ukrainian).
24. *Universalnyi slovnyk ukrainskoi leksyky. Synonimy, antonimy, omonimy* (Nechvolod L, Bezditko V, Parashchych V uklad, Torchsin plus 2011) (in Ukrainian).
25. *Velykyi tlumachnyi slovnyk ukrainskoi movy* (Busel V uklad i holov red, Perun 2001) (in Ukrainian).

Mykola Panov

DOCTRINE OF CRIMINAL LAW OF UKRAINE

ABSTRACT. The article is devoted to the study of the main problems of the doctrine of criminal law, which has not yet received the necessary scientific research. Meanwhile, the provisions of the doctrine of criminal law (hereinafter – DCL) are important for clarifying the essence and content of criminal law and legislation: for their development, improving lawmaking and law enforcement, development of criminal law research.

Purpose of the article: to develop the concept of “doctrine of criminal law”, to examine the constituent elements of the DCL, to identify its types and forms, to clarify the functions and impact of the DCL on criminal law regulation: the practice of criminal law and law enforcement, and to extending scientific knowledge and development research in the field of criminal law.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2022 • № 1 • 81-104

Based on the research and analysis of the main essential features (characteristics) of the doctrine of criminal law as a branch of public law, formed its concept, which is proposed to understand the scientific legal concept, the content of which is a holistic and complex system fundamental (conceptional and basic) scientific and applied provisions of criminal law as its basis: essence, content, form, system, tasks, functions, principles and grounds of its formation and development, on criminal liability and its basis, criminal offenses – negative social legal phenomena – and penalties for them, as well as relatively optimal and reasonable rules and techniques of criminal law and law enforcement. At the same time, very important constituent elements of the content of the DCL are distinguished and considered, which differ in the form of external expression: principles of criminal law, scientific categories, criminal law postulates and other generalized fundamental legal provisions. These elements of the DCL are closely related, constitute the content (at the level of general) criminal law regulations and prohibitions and are enshrined (as a source) in criminal law institutions, norms, legal structures, other criminal law entities and determine their social-legal essence. The types of DCL are distinguished and considered: general and particular (partial or special), scientific, legal and official doctrines of criminal law. The functions of the doctrine are investigated: a) axiological; b) regulatory (in the field of criminal law and law enforcement); c) preventive and educational; d) scientific and information. On this basis, the scientific and practical significance of the doctrine of criminal law as a fundamental (basic) element of the criminal law system and criminal law, to ensure the implementation of their main functions: security, regulatory, preventive.

The main results of the study: the definition of the concept of “criminal law doctrine”, highlighted the constituent elements of the content of the criminal law, examined the types and functions of the criminal law, its impact on law enforcement practice of criminal law, development of criminal law research.

The conclusion summarizes the results obtained, the importance of the DCL to improve the practice (lawmaking and law enforcement) and the science of criminal law.

KEYWORDS: doctrine of criminal law; the concept of the doctrine of criminal law; elements of the content of the doctrine of criminal law: principles of criminal law, categories of criminal law, postulates of criminal law; some fundamental extended legal statements; general doctrine of criminal law; particular doctrine of criminal law (special or partial); scientific doctrine of criminal law; official doctrine of criminal law; functions of the doctrine of criminal law: axiological, regulatory, preventive and educational, scientific and informational.



Василь Нор

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України, заслужений юрист України,
завідувач кафедри кримінального процесу і криміналістики
Львівського національного університету імені Івана Франка
(Львів, Україна)
vasilnor19@gmail.com

Оксана Капліна

докторка юридичних наук, професорка,
членкиня-кореспондентка НАПрН України,
заслужена діячка науки і техніки України,
завідувачка кафедри кримінального процесу
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)

ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-3654-673X>
o.v.kaplina@nlu.edu.ua



УДК 343.1

РОЛЬ ДОКТРИНИ В ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ЕВОЛЮТИВНОЇ ДИНАМІКИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА

АНОТАЦІЯ. У статті порушуються актуальні для сучасної правової держави питання, пов'язані з визначенням конкретних напрямів розвитку доктрини кримінального процесуального права. Автори підкреслюють, що у сучасних реаліях здійснення судово-правової реформи, яка супроводжується активним процесом правотворення, значно зростає попит до глибоких доктринальних розвідок, які мають сприяти подальшій гармонізації чинного кримінального процесуального законодавства з законодавством Європейського Союзу, міжнародними та європейськими стандартами, його прогресивно-еволютивній динаміці, з метою обґрунтування необхідності законодавчих змін і доповнень у механізм кримінального процесуального регулювання відповідних відносин між учасниками кримінального провадження, верифікації їх доктринального обґрунтування та відповідності сучасним реаліям.

У межах статті автори звертають увагу на найбільш важливі з точки зору кримінального процесуального права питання, серед яких, зокрема, стан доктринальних розробок теорії кримінальних процесуальних функцій, інститут спеціального кримінального провадження у формі процедури *in absentia* – спеціального досудового розслідування і спеціального судового провадження, який став новелою реформованого кримінального процесуального законодавства України. Констатуючи життєву необхідність для правосуддя, громадян і суспільства, запрова-

© Василь Нор, Оксана Капліна, 2022

дження спрощеного провадження щодо кримінальних проступків, автори також висловлюють застереження стосовно неприпустимості зловживань із боку сторони обвинувачення під час здійснення дізнання, що може негативно позначитися на гарантіях дотримання прав, свобод і законних інтересів учасників такого спрощеного провадження. У статті також розвивається думка про те, що, незважаючи на важливе теоретичне значення і практичну затребуваність, інститут перегляду судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами залишається значною мірою “в тіні” процесуальної доктрини. Свідченням цього є той факт, що за час дії нового Кримінального процесуального кодексу України цей інститут не був ще окремим предметом монографічних досліджень, що не може не позначитися на ефективності його нормативного регулювання.

Підкреслюючи той факт, що правовій доктрині належить важлива місія як провідного засобу наукового прогнозування, автори окреслюють перспективні напрями подальших наукових досліджень, оскільки саме правова доктрина повинна інтелектуально жити реформаційні процеси. У цьому контексті автори вказують на необхідність відповідного законодавчого забезпечення процесів цифрової трансформації кримінального провадження; належного правового забезпечення функціонування Бюро економічної безпеки, органу, який має унікальні повноваження, що значно відрізняються від традиційних уявлень про компетенцію органу досудового розслідування. Також автори наголошують на тому, що процеси глобалізації, які відбуваються у всьому світі, детермінують затребуваність порівняльних наукових досліджень, які дають можливість зіставлення правових процедур, моделей, інститутів, норм, глибоко зануритися в сутність правових регуляторів, що існують в інших державах, здійснити рецепцію дійсно позитивного досвіду, не допускаючи протестної дивергенції. У статті автори звертаються й до інших актуальних питань, які мають важливе значення для забезпечення еволютивної динаміки кримінального процесуального права та законодавства.

Ключові слова: кримінальне процесуальне право; кримінальний процес; доктрина кримінального процесуального права; наука кримінального процесу; перспективні напрями розвитку науки кримінального процесу.

Сучасні держава та суспільство, в яких відбуваються істотні, всеохоплюючі реформаційні процеси, зокрема й у сфері права, характеризуються стійкою тенденцією до підвищення ролі правової доктрини, що не є випадковим, оскільки авторитетність доктрини значно зростає в правозастосовному дискурсі за наявності проблем правозастосування, яких не позбавлена правнича та законотворча діяльність транзитивного періоду.

Кримінальне процесуальне право є одним із визначальних елементів (складників) правової системи будь-якої держави, зокрема й України. Воно відображає державну правову політичну, ідеологію публічної влади й суспільства щодо протидії кримінальним правопорушенням, ідеологію діяльності органів правопорядку і судової влади, і у цьому контексті – стан захищеності особи від необґрунтованих підозр і обвинувачень у їх вчиненні. Власне, в результаті оцінки: основних засад, закріплених у кримінальному процесуальному законодавстві і покладе-

них в основу діяльності органів і службових осіб, які його реалізують; діапазону прав і свобод учасників кримінального провадження; правових гарантій їхнього захисту можна дійти висновку про зміст і характер державної правової політики у сфері протидії кримінальним правопорушенням, динаміку її змін насамперед під впливом утвердження загальнолюдських цінностей, вибору вектора її розвитку.

Гостра потреба активізації доктринальних досліджень інститутів і норм кримінального процесуального права обумовлена багатьма чинниками, одним із яких є необхідність у подальшій гармонізації чинного кримінального процесуального законодавства з законодавством Європейського Союзу (далі – ЄС), міжнародними і європейськими стандартами, забезпечення його прогресивно-еволютивної динаміки.

Крім того, активізація доктринальних досліджень зумовлюється ще й, до певної міри, ситуаційно-стихійною нормотворчістю у галузі кримінального процесуального права після ухвалення кримінального процесуального законодавства (Кримінального процесуального кодексу України, далі – КПК України¹), що не сприяє його стабільності, породжує неузгодженість окремих елементів, взаємну конфронтацію між деякими нормами, особливо при використанні бланкетних і відсильних норм, зумовлюють порушення законів логіки при формулюванні термінології та правових понять, характеризується наявністю багатьох прогалин нормативного регулювання. Щоправда, й динаміка соціально-правового життя не може не впливати на виникнення чи зміну відносин, які регулюються або потребують регулювання у межах кримінального провадження.

Слід відзначити, що після набуття 20 листопада 2012 р. чинності КПК України до нього було внесено понад сотню змін і доповнень. Все це стає підставою і предметом кримінальної процесуальної доктрини з метою обґрунтування необхідності законодавчих змін і доповнень у механізм кримінального процесуального регулювання відповідних відносин між учасниками кримінального провадження, верифікації їх доктринального обґрунтування та відповідності їх сучасним реаліям.

Тож кримінальна процесуальна доктрина здійснює безпосередній вплив на правотворчі, правозастосовні та правотлумачні процеси, пов'язані з формуванням і реалізацією кримінального процесуального права та його гармонізацією з правом ЄС, його стандартами охорони і захисту прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, забезпечуючи еволютивну динаміку кримінального процесуального законодавства.

У фундаментальному міжгалузевому науковому виданні Національної академії наук України “Правова доктрина України” його автори

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>> (дата звернення: 13.12.2021).

(Ю. Грошевий, О. Капліна, В. Маринів, В. Трофименко, О. Шило, М. Шумило – переважно представники Харківської кримінальної процесуальної школи) після ухвалення нового кримінального процесуального законодавства (КПК України) зробили вдалу спробу проаналізувати найбільш суттєві зміни, новелізаційні підходи, що відбулися у царині вітчизняного кримінального процесуального права, проблем, які були породжені новим законодавством, прогалин, що виникли під час його застосування, визначення векторів їх подолання². Автори з глибоким доктринальним підходом піддали аналізу найбільш характерні зміни та новельні інститути кримінального провадження, насамперед інститут слідчого судді та його функціональне призначення і повноваження. Позитивно характеризуючи названий інститут, автори визначили й необхідність удосконалення кримінального процесуального законодавства стосовно процесуального статусу слідчого судді, зокрема закріплення його повноважень в окремій нормі комплексного характеру у главі 3 КПК України, що істотно вплинуло б на якість правового регулювання у практичній його площині. Але й натеper доводиться констатувати, що ця рекомендація процесуальної доктрини поки що не знайшла свого нормативного закріплення.

Процесуальна ідеологія нового кримінально-процесуального закону України (КПК України) знайшла найбільш рельєфне відображення у ст. 22 КПК України, якою у формі загальної засади кримінального провадження – змагальності сторін – закріплена доктрина розподілу процесуальних функцій обвинувачення, захисту від нього, розгляду і вирішення кримінальної справи (правосуддя), та заборона виконання їх одним і тим самим органом чи службовою особою. Власне, доктрина (теорія) процесуальних функцій стала концептуальною основою всієї системи кримінального провадження для вирішення визначених і закріплених у ст. 2 КПК України його завдань.

Щоправда, не можна не відзначити і тієї обставини, що теорія процесуальних функцій у вітчизняному кримінальному процесі не була реалізована законодавцем у своїй доктринальній чистоті. Забороняючи виконання одним і тим же органом чи службовою особою не властивої їм процесуальної функції (ч. 3 ст. 22 КПК України), законодавець водночас покладає на сторону обвинувачення (прокурора, слідчого, дізнавача) виявляти та підкріплювати факти і не лише обставини, що викривають підозрюваного, обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, а й такі, що виправдовують його, а також пом'якшують покарання (ч. 2 ст. 9 КПК України). Такий підхід законодавця обумовлений насамперед завданням, яке він ставить перед кримінальним

² *Правова доктрина України, т 5: Кримінально-правові науки в Україні: стан, проблеми та шлях розвитку* (Тацій В, Борисов В ред, Право 2013) 587.

впровадженням (охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження), та засадою верховенства права, яка ґрунтується на тому, що людина, її права і свободи визначаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави, представником якої є сторона публічного обвинувачення. За такого підходу можна зрозуміти і виправдати законодавця у недотриманні повної “чистоти”, закріпленої у кримінальному процесуальному законі доктрини розподілу кримінальних процесуальних функцій.

Тож учення про кримінальні процесуальні функції, розроблене вітчизняною кримінальною процесуальною доктриною, було сприйняте законодавцем і знайшло своє закріплення в кримінальному процесуальному законодавстві.

З часу ухвалення нового КПК України, який трансформував нормативну модель кримінального провадження та визначив європейський вектор її розвитку, минуло майже десятиріччя. За цей час доктрина кримінальних процесуальних функцій знайшла подальше своє глибоке комплексне дослідження у науці вітчизняного кримінального процесуального права.

Якщо йдеться про функцію обвинувачення, а саме вона визначає вектор кримінального провадження, то основну роль у її реалізації кримінальний процесуальний закон покладає на прокурора. Саме він здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі процесуального керівництва, а це означає, що його процесуальним обов’язком є організація досудового розслідування кримінальних правопорушень, координація всіх необхідних слідчих та інших процесуальних дій, забезпечення дотримання вимог законодавства іншими суб’єктами виконання функції обвинувачення (слідчими, дізнавачами, керівниками підрозділів досудового розслідування), підтримання обґрунтованого обвинувачення в суді.

Необхідно відзначити, що на формування оновленої моделі функції обвинувачення у новому кримінальному процесуальному законодавстві, внесення до неї новельних елементів, пов’язаних із реалізацією європейського вектора розвитку вітчизняного законодавства, впровадження європейських і міжнародних стандартів її організації та реалізації у кримінальному провадженні, насамперед тих, що стосуються інституційних і процесуальних аспектів діяльності публічних обвинувачів, суб’єктів, які здійснюють названу функцію, початку її здійснення, процедури реалізації під час досудового розслідування кримінальних правопорушень та їх судового розгляду (доповнення Конституції України³ ст. 131¹, нова редакція Закону “Про прокуратуру”⁴, зміни і доповнення

³ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 13.12.2021).

⁴ Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text>> (дата звернення: 13.12.2021).

до ст. 36 та інших норм КПК України), істотно вплинула новітня вітчизняна доктрина функції обвинувачення. Її основу склали теоретико-прикладні комплексні дослідження вітчизняних учених-процесуалістів, зокрема: І. Гловюк⁵, В. Гринюка⁶, А. Лапкіна⁷, І. Рогатюка⁸, М. Стефанчук⁹, В. Юрчишина¹⁰ та ін. Насамперед названими правознавцями здійснено теоретичне обґрунтування, визначені правові, теоретичні й практичні основи формування та реалізації функції обвинувачення у кримінальному провадженні (процесі) України як окремого напрямку кримінальної процесуальної діяльності й уповноважених на її виконання суб'єктів, зміст якого полягає в: 1) збиранні доказів для встановлення факту вчинення кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила, і повідомлення їй про підозру; 2) формуванні системи доказів для складання обвинувального акта чи іншого процесуального документа, яким завершується досудове провадження; 3) підтриманні публічного обвинувачення під час судового розгляду кримінальної справи у суді першої інстанції та контрольних стадіях – апеляційному, касаційному провадженні та провадженні за нововиявленими і виключними обставинами.

Звичайно, функцію обвинувачення можна розглядати як у вузькому, так і в широкому значеннях, що властиво для доктринальних досліджень. Але аналіз міжнародних стандартів, пов'язаних із діяльністю публічних обвинувачів у кримінальних провадженнях, зокрема, п. 11 Керівних принципів Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) щодо ролі обвинувачів¹¹, п. 1 Рекомендації Rec (2000) 19 Комітету Міністрів Ради Європи щодо ролі прокуратури в системі кримінального судочинства¹², дає підставу визначити функцію обвинувачення, що здійснюється в кримінальному провадженні, саме таким чином.

Ухваленню нового кримінального процесуального законодавства передували вагомі доктринальні дослідження протилежної функції обви-

⁵ І Гловюк, *Кримінально-процесуальні функції: теорія, методологія та практика реалізації на основі положень Кримінального процесуального кодексу України 2012 р.* (Юридична література 2015) 720.

⁶ В Гринюк, *Функція обвинувачення в кримінальному провадженні України: теорія та практика* (Алерта 2016) 368.

⁷ А Лапкін, *Прокурор у кримінальному провадженні: теоретичні, правові та організаційно-методичні проблеми* (Право 2020) 1304.

⁸ І Рогатюк, *Процесуальна діяльність прокурора на стадії досудового розслідування* (Нац акад внутрішніх справ 2016) 544.

⁹ М Стефанчук, *Діяльність прокуратури щодо представництва інтересів громадянина або держави в суді: проблеми теорії та практики* (Ін Юре 2016) 500.

¹⁰ В Юрчишин, *Місце і роль прокурора у досудовому розслідуванні та їх відображення в теорії, законодавстві і практиці* (Родовід 2013) 308.

¹¹ Керівні принципи ООН, щодо ролі обвинувачів: прийнято вольовим конгресом ООН з профілактики злочинності і поводження з правопорушниками 27 серпня – 7 вересня 1990 р. <https://pravo.org.ua/files/oon_com_split_1.pdf> (дата звернення: 13.12.2021).

¹² Рекомендація Rec (2000) 19 Комітету Міністрів Ради Європи щодо ролі прокуратури в системі кримінального судочинства <[https://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/7442a47eb0b374b9c2257d8700495f8b/\\$FILE/%D0%A0%D0%B5%D0%BA%D0%BE%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F%20Rec%20\(2000\)%2019.pdf](https://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/7442a47eb0b374b9c2257d8700495f8b/$FILE/%D0%A0%D0%B5%D0%BA%D0%BE%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D0%B4%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F%20Rec%20(2000)%2019.pdf)> (дата звернення: 13.12.2021).

нування – функції захисту підозрюваного, обвинуваченого, які також істотно вплинули на її законодавче закріплення та реалізацію у чинному КПК України й інших законодавчих актів, насамперед у законах України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”¹³ та “Про безоплатну правову допомогу”¹⁴. Теоретико-прикладні дослідження функцій захисту в кримінальному провадженні після ухвалення нового КПК України продовжувалися, завдяки чому ще глибше були з’ясовані сутність, основні ознаки цього напрямку діяльності, визначених кримінальним процесуальним законом учасників кримінального провадження, його структура, процесуальні гарантії реалізації та їх удосконалення на основі європейських стандартів, сформульованих, зокрема, Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ)¹⁵. Ці стандарти стосуються насамперед здійснення захисту безпосередньо самим підозрюваним, обвинуваченим і стосується інформованості його про права й обов’язки у кримінальному провадженні; стандарти здійснення ефективного захисту захисником-адвокатом; стандарти-вимоги до держави (її органів) забезпечити реальну ефективну професійну правничу допомогу підозрюваному, обвинуваченому.

Власне, названі та інші доктринальні дослідження сприяли удосконаленню законодавчого регулювання функції захисту в кримінальному провадженні, надання її суб’єктам та іншим його учасникам необхідної правничої допомоги. Ідеться насамперед про внесення змін до Конституції України – доповнення її ст. 131², відповідно до якої виключно адвокат здійснює захист особи від кримінального обвинувачення та представництво її в суді, а також доповнень до КПК України. Ці доповнення істотно розширили кримінальну процесуальну функцію захисту та зміцнили процесуальні гарантії діяльності професійного захисника-адвоката як суб’єкта доказування насамперед на досудовому розслідуванні кримінальних правопорушень. Натепер вітчизняний кримінальний процес набув визначальних ознак процесу змагального. Проте такий висновок не дає підстав для звуження доктринальних досліджень функції захисту під кутом зору європейських стандартів та впроваджен-

¹³ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>> (дата звернення: 13.12.2021).

¹⁴ Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text>> (дата звернення: 13.12.2021); І Гловацький, *Діяльність адвоката-захисника у кримінальному процесі* (Атіка 2003) 352; О Капліна, О Шило, ‘Професійний захист як гарантія забезпечення прав і законних інтересів особи в кримінальному судочинстві’ (2003) 1 Вісник академії правових наук України 125–34; М Маркуш, *Принцип змагальності в кримінальному процесі України* (вид. СПДФО Вапнярчук Н. М. 2007) 208; В Попелюшко, *Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми* (Острозька академія 2009) 634.

¹⁵ Див., наприклад: О Старенький, *Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб’єкта доказування у досудовому розслідуванні: теорія та практика* (Алерта 2016) 336; М Моторигіна, *Сторона захисту в судовому провадженні у першій інстанції* (Оберіг 2018) 306; А Бірюкова, *Адвокатура України в умовах глобалізації* (Алерта 2018) 424.

ня їх результатів у вітчизняну правотворчу й правозастосовну діяльність у кримінальному провадженні.

Важливою новелою реформованого кримінального процесуального законодавства України став інститут спеціального кримінального провадження у формі процедури *in absentia* – спеціального досудового розслідування і спеціального судового провадження. Цей інститут у кримінальному провадженні України поєднав відповідні правові положення європейського та міжнародного права, зокрема Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, Рекомендації № 6R(87)18 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам “Стосовно спрощення кримінального правосуддя”¹⁶, його Резолюції 75 (11) “Про критерії регламентації розгляду, який проводиться за відсутності обвинуваченого”¹⁷, а також практику (правові позиції) ЄСПЛ щодо правової регламентації та застосування процедури *in absentia* на підставі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ)¹⁸.

Введенню названого інституту до кримінального процесуального законодавства України передували доктринальні дослідження вітчизняних науковців (Г. Матвієвської, І. Озерського та ін.), які посилили інтерес до нього як із боку правотворця, так і кримінальної матеріальної та процесуальної доктрини (О. Баулін, О. Єні, О. Татаров, А. Шевчишин, Д. Шумейко та ін.). Власне, завдяки переліченим та іншим правознавцям було сформульоване саме поняття спеціального кримінального провадження *in absentia*, що включає матеріальні (перелік кримінальних правопорушень, досягнення повноліття їх суб’єкта) та процесуальні ознаки (підстава – ухвала слідчого судді) та умови (набуття статусу підозрюваного, ухилення його від явки на виклики, оголошення його у міжнародний розшук), а також порядок дій уповноважених суб’єктів; визначено його інституційні ознаки, уточнено термінологічний інструментарій, проведено узагальнення практики застосування, виявлено недоліки і проблеми нормативного регулювання, практики його реалізації та запропоновані шляхи їх подолання¹⁹.

Важливо, що на формування названого інституту і практику його реалізації у кримінальному провадженні України істотно вплинула практика ЄСПЛ, який визнає провадження *in absentia* одним із засобів захис-

¹⁶ Рекомендація № 6 R (87) 18 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам “Стосовно спрощення кримінального правосуддя” <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_339#Text> (дата звернення: 13.12.2021).

¹⁷ Резолюція (75)11 Комітету Міністрів Ради Європи “О критериях, регламентирующих разбирательство, проводимое в отсутствие обвиняемого”, Принята Комитетом Министров 19 января 1973 г. на 217-ом заседании Представителей Министров <http://echr-base.ru/res75_11.jsp> (дата звернення: 13.12.2021).

¹⁸ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 13.12.2021).

¹⁹ Див.: Д. Шумейко, Здійснення спеціального кримінального провадження в Україні: теорія і практика (Алерта 2020) 438.

ту правопорядку за умови, що при цьому дотримуються права людини, гарантовані ЄСПЛ, і фактично сформулював своїми рішеннями (висновками) критерії правосудності при здійсненні процедури *in absentia*, а саме: дотримання встановленого вітчизняним процесуальним законом повідомлення особи про підозру у вчиненні кримінального правопорушення; вжиття заходів для забезпечення особистої участі підозрюваного, обвинуваченого у провадженні (у судовому засіданні); ініціатива та дії самої особи у провадженні; поважність причин, через які обвинувачений не зміг взяти участь у судовому розгляді; можливість оскарження ухваленного судом заочного рішення; забезпечення та ефективність захисту підозрюваного, обвинуваченого. Власне, під кутом зору перелічених критеріїв і був сформований вітчизняний кримінальний процесуальний механізм кримінальних проваджень *in absentia*. При цьому важливо відзначити, що цей механізм за своїм змістом і формою повинен відповідати загальним засадам кримінального провадження з урахуванням особливостей, встановлених законом. А на сторону обвинувачення покладається обов'язок використати всі передбачені законом можливості для дотримання прав підозрюваного чи обвинуваченого, насамперед права на захист на доступ до правосуддя, таємницю спілкування, невтручання у приватне життя (ч. 2 ст. 7 КПК України). Звичайно, об'єктивна оцінка соціально-політичної і правової ситуації в державі, наявність та можливості правових засобів нейтралізації ухилення підозрюваного, обвинуваченого від участі у провадженні визначатиме подальший напрям і способи удосконалення законодавства, яке регулює інститут провадження *in absentia*, і практики його реалізації.

Соціально-політична обстановка, що склалася в Україні (тимчасова окупація частини (Крим) території України Російською Федерацією, проведення антитерористичної операції чи здійснення заходів із забезпечення національної безпеки й оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях), зумовила необхідність ухвалення Закону України "Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо вдосконалення окремих положень у зв'язку із здійсненням спеціального досудового розслідування" (далі – Закон)²⁰. Він істотно розширив перелік кримінальних правопорушень (злочинів), на які може розповсюджуватися спеціальне досудове розслідування та спеціальне судове провадження за наявності для цього матеріальних і процесуальних підстав та умов. Підставою для здійснення спеціального досудового розслідування чи спеціального судового проваджен-

²⁰ Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо вдосконалення окремих положень у зв'язку із здійсненням спеціального досудового розслідування: Закон України від 27 квітня 2021 р. № 1422-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1422-20#Text>> (дата звернення: 13.12.2021).

ня (*in absentia*) є ухилення від явки на виклик слідчого, прокурора чи судовий виклик слідчого судді, суду (неприбуття на виклик без поважної причини більше як два рази) підозрюваним, обвинуваченим, який оголошений у міжнародний розшук, та/або виїхав, та/або перебуває на тимчасово окупованій території України, території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресоркою.

Законом встановлено також порядок виклику особи, підозрюваного чи обвинуваченого, коли є підстави вважати, що така особа або названий учасник провадження виїхав та/або перебуває на тимчасово окупованій території України чи території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресоркою, і у зв'язку з цим вручити їй повістку про виклик до органу чи службової особи, яка веде провадження, неможливо. Така повістка про виклик публікується у засобах масової інформації загальнодержавної форми власності розповсюдження та на офіційному вебсайті Офісу Генерального прокурора. У випадку наявності у вказаній особи (підозрюваного, обвинуваченого) захисника (захисників) копія повістки про її виклик надсилається і йому (їм).

Закон вніс також зміни до КПК України і щодо обрання запобіжного заходу до підозрюваного, обвинуваченого, який оголошений у міжнародний розшук, та/або виїхав чи перебуває на тимчасово окупованій території України або території держави-агресорки. Вони полягають у тому, що розмір застави (як запобіжний захід) такій особі не визначається (абзац 7 ч. 4 ст. 183 КПК України). Під час обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, крім підстав, передбачених ст. 177 КПК України, слідчий суддя, суд бере до уваги і названі обставини. При цьому у разі обрання такого запобіжного заходу строк дії ухвали про обрання зазначеного запобіжного заходу не зазначається.

Як відзначалося раніше, одним із критеріїв правосудності при здійсненні провадження *in absentia*, сформульованих ЄСПЛ, є забезпечення та ефективність захисту підозрюваного, обвинуваченого. Вважаємо, що такий критерій у чинному кримінальному процесуальному законодавстві дотриманий належним чином, що знаходить своє підтвердження у такому. У провадженні *in absentia* участь захисника є обов'язковою з моменту прийняття відповідного рішення слідчим суддею (п. 8 ч. 2 ст. 52 КПК України). Тож захисник може вступити в провадження як за ініціативою підозрюваного, обвинуваченого, так і інших осіб за їх проханням чи згодою. У випадку ж відсутності такої ініціативи захисник обов'язково залучається слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом за призначенням. При цьому відмова від захисника не може бути прийнята. У випадку з'явлення або доставки обвинуваченого, щодо якого ведеться судовий розгляд *in absentia*, до суду, суд за клопотанням сторони захисту повторно досліджує докази, які досліджувалися у судовому засіданні за відсутності обвинуваченого (ч. 4 ст. 323 КПК України).

Незважаючи на те, що численними змінами і доповненнями до КПК України інститут провадження *in absentia* був істотно удосконалений, все ж варто відзначити необхідність подальшого його удосконалення і насамперед під кутом зору законодавчої техніки. Норми, які регулюють провадження за відсутності у ньому підозрюваного, обвинуваченого, розпорошені у структурі КПК України. Особливості спеціального досудового розслідування врегульовані в окремій главі КПК України (241), особливості ж спеціального судового провадження переважно регулюються ст. 323 КПК України (“Наслідки неприбуття обвинуваченого”). Тому варто підтримати думку, висловлену в доктрині кримінального провадження, про необхідність “комплексного врегулювання” цього інституту в окремій главі КПК України у розділі “Особливі порядки кримінального провадження”²¹.

Ще концепцією реформування кримінальної юстиції 2008 р. була запрограмована диференціація досудового розслідування та судового розгляду кримінальних правопорушень (тоді злочинів) залежно від ступеня їх тяжкості. І новий кримінальний процесуальний закон (КПК України) у главі 25 “Особливості досудового розслідування кримінальних проступків” та главі 30 (статті 381, 382) КПК України ще до такої диференціації у матеріальному законі (законі про кримінальну відповідальність) визначив кримінальний процесуальний механізм проведення найлегшого за тяжкістю кримінального правопорушення – кримінального проступку. Але такий підхід законодавця ще до визначення кримінальних проступків і злочинів порушив законотворчу логіку врегулювання суспільних відносин – без визначення самого кримінального проступку передбачив механізм його кримінального процесуального регулювання. Адже з урахуванням матеріального права (у нашому випадку – кримінального) має визначатися процесуальний механізм, а не навпаки.

Аналіз Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень”²² дає підставу для висновку, що введення особливого механізму процесуального регулювання досудового розслідування та судового розгляду і вирішення кримінальних проступків є цілком виправданим. Він дає можливість: 1) забезпечити швидке досудове розслідування кримінальних правопорушень невеликої тяжкості; 2) давати можливість зосередити увагу на досудових розслідуваннях і судовому розгляді тяжких та особливо тяжких злочинів; 3) зменшити стигматизацію (“клеймо злочину і злочинця”) правопорушників, оскільки покарання за вчинення кримінального проступку

²¹ Лапкін (н 7) 948.

²² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення досудового розслідування окремих категорій кримінальних правопорушень: Закон України від 22 листопада 2018 р. № 2617-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2617-19#Text>> (дата звернення: 13.12.2021).

не тягне за собою судимості. Проте чи передбачає він (чи забезпечує) всі необхідні процесуальні гарантії дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваних, обвинувачених у вчиненні кримінальних проступків, інших учасників провадження (насамперед потерпілих)? – запитання, що потребує відповіді за результатом аналізу названого процесуального механізму та практики його реалізації. Слід визначити, що нова форма спрощеного провадження щодо кримінальних проступків є життєво необхідною для нашого правосуддя у кримінальних справах, для громадян суспільства і держави. Проте ця форма кримінального провадження викликає і низку застережень від можливості зловживань насамперед із боку сторони обвинувачення, що негативно може позначитися на гарантіях дотримання прав, свобод і законних інтересів учасників провадження, зокрема підозрюваного, обвинуваченого та потерпілого. Слід зауважити, що ЄСПЛ у своїй практиці тлумачення і застосування “Євроконвенції” виходить із того, що гарантії, передбачені у її ст. 6, поширюються також на осіб, котрі вчинили діяння, які за національним законодавством не є злочинами, але згідно з Конвенцією визначаються кримінальними. Тож конвенційні гарантії прав особи мають поширюватися не лише на осіб, які вчинили злочин, а й на тих, хто вчинив кримінальний проступок.

Що стосується провадження щодо кримінальних проступків, то насамперед звертає на себе увагу та обставина, що кримінальний процесуальний закон (після внесення до нього змін) дозволяє використовувати у доказування такі відомості (як докази), які за формальними ознаками (властивостями) не належать до доказів у провадженнях щодо злочинів. У цих провадженнях вони не відповідають вимогам допустимості. Крім того, вони одержуються до внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань (далі – ЄРДР). Тож стурбованість викликає принаймні дві обставини. Першою з них є одержання доказів до початку кримінального провадження (“до внесення відомостей до ЄРДР”), що не узгоджується із загальними засадами кримінального провадження, а другою – одержані докази не ґрунтуються на достатніх процесуальних гарантіях їх достовірності, особливо такі з них, як пояснення осіб і висновки спеціаліста. Обидві обставини не позбавлені ризиків зловживання та маніпуляцій сторонами провадження щодо одержання та використання таких доказів.

Необхідно відзначити і ту обставину, що при провадженні щодо кримінальних проступків встановлені скорочені (порівняно з досудовим розслідуванням злочинів) строки досудового розслідування. Вони диференціюються залежно від наявності таких умов: визнання підозрюваним своєї вини у вчиненні кримінального проступку; неповноліття підозрюваного; заявлення підозрюваним клопотання про проведення експертизи,

якщо він не згідний з результатом медичного освідування або висновком спеціаліста. При цьому перебіг строку досудового розслідування розпочинається з моменту внесення відомостей про вчинення кримінального проступку до ЄРДР і до дня звернення до суду з обвинувальним актом чи клопотанням про: застосування примусових заходів медичного або виховного характеру; звільнення особи від кримінальної відповідальності, або до дня ухвалення рішення про закриття кримінального провадження на встановлених законом підставах. Але при цьому важливе значення для визначення строку досудового розслідування кримінальних проступків має повідомлення особи про підозру у їх вчиненні.

Незважаючи на можливість продовження строків досудового розслідування кримінального проступку слідчим суддею за клопотанням дізнавача зі згоди прокурора у передбачених законом випадках, він не може перевищувати одного місяця. Але чи буде він дотримуватися на практиці – це запитання, відповідь на яке покаже практична діяльність органів дізнання. Адже орган дізнання може “затягувати” повідомлення про підозру по суті на свій власний розсуд. Крім того, залишається питання щодо вчинення кримінального проступку неповнолітнім. Адже кримінальне провадження щодо неповнолітніх передбачає додаткові процесуальні гарантії дотримання їхніх прав і свобод, чого бракує у провадженнях щодо неповнолітніх, які вчинили кримінальні проступки. Ця ситуація очевидно потребує додаткового врегулювання.

Потребує, як на нас, удосконалення і провадження щодо кримінальних проступків у суді (зокрема й “спрощене провадження”). Воно відбувається без проведення судового розгляду в судовому засіданні і за відсутності учасників судового розгляду, якщо обвинувачений не оспорує встановлені дізнанням обставини і згоден без своєї участі з розглядом обвинувального акта. Але при цьому виникає запитання: чи потрібна на це згода потерпілого? Стаття 381 КПК України унормовує цю ситуацію у спосіб “якщо потерпілий не заперечує проти такого розгляду”. А якщо заперечує? Прямої відповіді у цій нормі немає.

Не чітко сформульована і ч. 3 ст. 382 КПК України, яка дає можливість суду право призначити розгляд обвинуваченого акта щодо кримінального проступку фактично у загальному порядку (з викликом учасників судового розгляду, дослідження доказів тощо), але “якщо визнає це за необхідне”. Тому виникає запитання: чи не занадто широка дискреція надається судові щодо цього? Можливо, варто було би її обмежити певними умовами (підставами) для ухвалення такого рішення.

Таким чином, введення інституту кримінальних проступків, проведення щодо них дізнання (як форми досудового розслідування) має позитивне значення. Проте відсутність належних процесуальних гарантій, які характерні для досудового слідства, може зумовити зловживання

органів правопорядку (дізнання), наслідком чого може бути порушення прав і основоположних свобод людини.

Відомо, що суддівське правозастосування у кримінальному провадженні не завжди є бездоганним з урахуванням суб'єктивних і об'єктивних причин, що зумовлює необхідність введення судових контрольних стадій провадження – апеляційного, касаційного, за нововиявленими або виключними обставинами. Новий КПК України врахував своїм правовим регулюванням як вітчизняний досвід, так і вимоги та рекомендації міжнародно-правових актів у сфері охорони та захисту прав і свобод особи, насамперед ЄКПЛ (ст. 13) та Протокол № 7 до неї (ст. 2), згідно з якими кожен, кого суд визнав винним у вчиненні кримінального правопорушення, має право на перегляд судом вищої інстанції факту визнання його винним або ухваленого щодо нього вироку на встановлених законом підставах та у визначеному ним порядку. Відповідно й Конституція України (п. 8 ч. 3 ст. 129) та КПК України (ч. 2 ст. 24) серед основних засад судочинства передбачають забезпечення апеляційного та касаційного оскарження судових рішень.

Тож проблеми теорії і практики перегляду судових рішень контрольними стадіями, які здійснюють апеляційні та касаційні суди, а також їх перегляд у зв'язку з нововиявленими та виключними обставинами, перебувають у сфері кримінальної процесуальної доктрини, яка враховує європейські стандарти, практику ЄСПЛ і здійснює свій вплив на удосконалення механізму кримінального процесуального регулювання відносин, пов'язаних із реалізацією названих стадій.

Але з часу набрання чинності нового кримінального процесуального законодавства (КПК України) у результаті доктринального аналізу практики реалізації процесуальних норм, що регулюють судові провадження з перегляду судових рішень (розділ V КПК України), з'ясувалося, що цей інститут кримінального провадження потребує істотних змін під кутом зору дотримання європейських та міжнародних стандартів. У результаті проведення судової реформи, створення нового найвищого суду у системі судоустрою України – Верховного Суду, у структурі якого з'явилися нові касаційні суди, зокрема, Касаційний кримінальний суд у складі колегії суддів, палати, об'єднаної палати, Великої Палати Верховного Суду, глава 33 КПК України ("Провадження у Верховному Суді України") Законом України "Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів"²³ була виключена, а в судові провадження з перегляду судових рішень

²³ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19#Text>> (дата звернення: 13.12.2021).

у судах апеляційної та касаційної інстанцій внесені необхідні зміни й доповнення, що кореспондують з європейськими стандартами захисту прав і свобод законних інтересів учасників кримінального провадження. Принагідно слід відзначити, що вагома роль удосконалення нормативного регулювання судового провадження з перегляду судових рішень у кримінальному судочинстві належить доктринальним дослідженням вітчизняних правознавців²⁴. Власне доктрина кримінального судочинства стала ініціатором внесення необхідних змін і доповнень у механізм кримінального процесуального регулювання провадження з перегляду судових рішень насамперед в апеляційному та касаційному провадженні. Але істотні зміни цим Законом були внесені також до інституту провадження за нововиявленими або виключними обставинами (глава 34 КПК України). Ним до кримінального процесуального законодавства, крім нововиявлених, була внесена ще одна група обставин – виключні. Їх внесення до кримінального процесуального законодавства було зумовлено насамперед появою у вітчизняній правовій системі конституційної юрисдикції (Конституційного Суду України), а також приєднанням України до європейської системи захисту прав, свобод та законних інтересів людини, зокрема, імплементації у національне законодавство положень ЄКПЛ у поєднанні з визнанням юрисдикції ЄСПЛ, обов'язковістю виконання його рішень. Тож виключними обставинами для цього виду контрольного судового провадження є: 1) встановлена Конституційним Судом України неконституційність, конституційність закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи; 2) встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні цієї справи судом; 3) встановлення вини судді у вчиненні кримінального правопорушення (очевидно пов'язаного з ухваленням неправосудного рішення) або зловживання слідчого прокурора, слідчого судді під час кримінального провадження, внаслідок якого було ухвалено судові рішення (ч. 3 ст. 459 КПК України).

Незважаючи на важливе теоретичне значення і практичну затребуваність, цей спосіб перегляду судових рішень залишається значною мірою “в тіні” процесуальної доктрини. Свідченням цього є той факт, що за час дії нового КПК України цей інститут перегляду судових рішень не був ще окремих предметом монографічних досліджень, а лише окремих наукових статей²⁵. Вважаємо, що ця обставина до певної міри нега-

²⁴ Див., наприклад: Н. Бобечко, *Апеляційне та касаційне провадження у кримінальному судочинстві України: правове регулювання, доктрина, практика* (ЛНУ імені Івана Франка 2016) 686.

²⁵ Див.: Н. Бобечко, ‘Суть, завдання, значення та процесуальні особливості провадження за нововиявленими обставинами за КПК України’ (2015) 1 Юридичний науковий електронний журнал 196–200; В. Нор, Н. Бобечко, ‘Порядок провадження за нововиявленими або виключними обставинами у кримінальному судочинстві України: проблеми правового регулювання і правозастосування’ (2018) 8 Право України 150–72.

тивно позначилася на нормативному врегулюванні названого інституту кримінального процесуального права.

Вносячи до підстав виникнення провадження з перегляду судових рішень, що набрали законної сили, виключні обставини, законодавець тим самим ввів два види кримінальної процесуальної діяльності – перевірки судових рішень за нововиявленими обставинами та перевірки їх за виключними обставинами під кутом зору їх впливу на правосудність ухвалених рішень. Проте у визначенні обставин (фактично підстав) для обох видів провадження ним допущена і до певної міри алогічність. Так, однією з обставин, що вважаються нововиявленими, є штучне створення або підробка доказів, яке може бути вчинене суб'єктом, який веде провадження, що, безумовно, є його зловживанням (п. 1 ч. 2 ст. 459 КПК України). Водночас встановлення вини судді у вчиненні кримінального правопорушення або зловживання слідчого прокурора, слідчого судді чи суду під час кримінального провадження, внаслідок якого було ухвалено судові рішення (п. 3 ч. 3 ст. 459 КПК України), зрозуміло неправосудне, віднесено не до обставин нововиявлених, а виключних. Варто при цьому наголосити, що названі обставини повинні бути встановлені вироком суду, що набрав законної сили, а у разі неможливості його ухвалення вони можуть бути підтверджені постановою або ухвалою про закриття кримінального провадження, ухвалою про застосування примусових заходів медичного характеру (ч. 4 ст. 459 КПК України). Крім того, ці обставини, на відміну від перших двох, не з'явилися після ухвалення неправосудного рішення, а існували в період судового провадження і про них суд не знав або сам допустив правопорушення. Тож за логікою законодавчої термінології і техніки, обставина, передбачена п. 3 ч. 3 ст. 459 КПК України, має належати до нововиявлених, а не виключних.

Зі свого боку законодавець відніс до нововиявлених обставин 'скасування судового рішення, що стало підставою для ухвалення вироку чи постановлення ухвали, що належить переглянути' (п. 3 ч. 2 ст. 459 КПК України)²⁶. Але ця обставина (підстава) також виникає після ухвалення судового рішення і безпосереднього зв'язку з предметом доказування не має, а тому має належати до виключних²⁷.

Також слід зазначити, що правовій доктрині належить важлива місія як провідного засобу наукового прогнозування. Успіх реформаційних процесів, які відбуваються зараз у суспільстві, багато в чому залежать від випереджувального впливу правової доктрини на правосвідомість наукового середовища, суспільства, суб'єктів правозастосування та, згодом, на правотворення. Власне, правова доктрина повинна інтелек-

²⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України (н 1).

²⁷ В Нор, Н Бобченко, 'Провадження за нововиявленими або виключними обставинами у кримінальному судочинстві України' в *Challenges of legal science and education: an experience of EU countries and introduction in Ukraine: Collective monograph* (Baltija Publishing 2020) 308–24.

туально жити реформаційні процеси, вибудовуючи концепції, вчення, теорії, які повинні ставати трендсеттерами, належним підґрунтям та дороговказом для наступних правових реновацій. Отже, у фокусі кримінальної процесуальної науки, на нашу думку, на найближчі роки повинні бути проблеми вдосконалення чинного кримінального процесуального законодавства, яке являє собою доволі складну систему. Втім, як відомо, однією зі складових фундаментального принципу верховенства права є вимога правової визначеності, відповідно до якої норма права не може вважатися законом, якщо вона не сформульована з достатнім ступенем точності, що дозволяє погоджувати з нею свою поведінку²⁸. Сучасне кримінальне процесуальне законодавство ще далеке від ідеалу законодавчої моделі кримінального процесу сучасності. Як вже було зазначено вище часткові, стихійно-ситуативні, подекуди відомчообумовлені зміни, які вносяться до КПК України, призводять до загострення тих проблем правозастосування, які не були вирішеними з моменту його ухвалення 13 квітня 2012 р., та доповнюються новими, що посилює неузгодженість певних норм права, заважає встановленню системно-структурних зв'язків із використанням бланкетних та відсильних норм; перешкоджає усвідомленню змісту правових понять та сутності інститутів, та, зрештою, негативно позначається на правах та законних інтересах осіб, що беруть участь у кримінальному провадженні або тлумачать та застосовують норми права. Отже, одним із вкрай важливих напрямів доктрини кримінального процесу не лише *de lege lata*, а й *de lege ferenda* є здійснення моніторингу ефективності функціонування окремих норм кримінального процесуального законодавства, його інститутів та розробка системних пропозицій, спрямованих на їх вдосконалення.

Варто наголосити на тому, що такі зміни повинні мати системний та узгоджений характер, спиратися на розроблений концептуальний документ програмного скоординованого характеру.

Конституція України закріпила прагнення нашої держави розвиватися і зміцнюватися в демократичному, соціальному і правовому напрямках, підтверджуючи європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України. Для того щоб рухатися в напрямку прогресивного реформування всієї правової системи, системи органів кримінальної юстиції та, зокрема, кримінального процесуального законодавства важливого значення набуває необхідність сприйняття європейських цінностей. Провідну роль у цьому процесі посіла ЄКПЛ та практика ЄСПЛ. Не занурюючись до детального аналізу значення ЄКПЛ для правової системи, адже академічна наука

²⁸ Верховенство права. Доповідь № 512/2009, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev2-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev2-ukr)> (дата звернення: 13.12.2021).

України та світу вже має в своєму доробку багато праць фундаментального характеру стосовно цього правового феномену, відзначимо лише, що її аксіологічне значення для кримінального процесу в аспекті законодавчих ініціатив складно переоцінити, що обумовлюється сутністю кримінального процесу, в якому ризики порушення прав та свобод людини, небезпека зловживань під час застосування заходів примусу є надзвичайно високими, а забезпечення справедливого судового розгляду кримінальних проваджень (справ) і доступу до правосуддя є запорукою довіри суспільства до судової влади, підтримання авторитету держави та її інституцій загалом.

Однією з тенденцій розвитку сучасного світу є процеси цифровізації суспільства. Цифровізація пронизує всі сфери діяльності та здійснює істотний і різноплановий вплив на локальному, регіональному та глобальному рівнях. Не є винятком у цьому процесі й кримінальний процес. Можна виокремити подвійний вплив цифровізації на кримінальне провадження. По-перше, це явище поступово призводить до оптимізації кримінальної процесуальної форми й окремих інститутів, що обумовлене впровадженням у кримінальну процесуальну діяльність досягнень сучасних технологій. По-друге, цифрові технології стають засобом вчинення кримінальних правопорушень, а відтак, впливають на необхідність певної трансформації процесу доказування, відшукування нових шляхів, спрямованих на збирання, закріплення, перевірку й оцінку доказів. Обидва напрями впливу цифровізації на кримінальне провадження, пов'язані з необхідністю відповідного законодавчого забезпечення, яке очевидно відстає від стрімкого розвитку цифрових технологій, а також забезпечення прав і свобод людини у новій цифровій реальності. Аналогічні проблеми виникають майже в усіх країнах світу.

Новий “цифровий світ”, який стрімко змінюється під впливом сучасних цифрових технологій та перетворює науково-фантастичні сюжети у реальність, є мейнстримом серед представників кібернетики, інформатики, політології, соціології, філософії тощо. До осмислення необхідності юридифікації цифрової реальності звертаються також правники. Науковий доробок лише за останні роки поповнений дослідженнями стосовно “цифровізації” кримінального провадження²⁹. Втім, слід констатувати, що вітчизняні науковці переважно спрямовують свої інтелектуальні зусилля на окремі сегменти використання досягнень цифрового прогресу в певній галузі права, або стосовного окремого інституту права (речових

²⁹ А Столітній, *Електронне кримінальне провадження: передумови виникнення, сучасний стан та перспективи розвитку* (АртЕк 2016) 724; С Ковальчук, *Вчення про речові докази у кримінальному процесі: теоретико-правові та практичні основи* (Супрун В П 2017) 618; І Крицька, *Речові докази у кримінальному провадженні* (Право 2018) 280; В Мильцева, *‘Електронне правосуддя: виникнення та перспективи розвитку’* (дис д-ра філософії, 2020) 202; О Kaplina, S Sharenko, ‘Access to Justice in Ukrainian Criminal Proceedings during COVID-19 Outbreak’ [2020] 2/3 (7) Access to Justice in Eastern Europe September 115–33.

доказів; документів; вчинення злочинів за допомогою цифрових технологій, електронних валют, шкідливого програмного забезпечення тощо). Кримінальному процесуальному праву бракує комплексного наукового дослідження, в якому би системно були розглянуті “цифрові проблеми” доказового права³⁰. На своє вирішення та верифікацію чекають питання, пов’язані з визначенням місця носіїв цифрової інформації в системі процесуальних джерел доказів, адже думки вчених стосовно вирішення цього питання є діаметрально протилежними³¹; а законодавча термінологія, зокрема й та, що міститься у міжнародних документах, відрізняється нестабільністю та відсутністю уніфікованості³². Унормування потребують проблеми здійснення такого різновиду обшуку, як обшук носія цифрових даних, а також проведення огляду цифрового носія; особливостей застосування заходів забезпечення кримінального провадження, пов’язаних із цифровими джерелами; допустимості як доказів цифрових копій.

Окремими напрямками перспективних наукових досліджень є розроблення проблем допустимості меж втручання у право на повагу до приватного життя особи, захисту персональних даних, а також приведення у відповідність чинного КПК України до положень вже згадуваної Конвенції про кіберзлочинність, яка закріплює низку заходів, пов’язаних із збереженням комп’ютерних даних (ст. 17), розкриття даних про рух інформації (ст. 16); здійснення міждержавного співробітництва (розділ III); запровадження заходів забезпечення кримінального провадження, як “арешт комп’ютерних даних”, “заборона доступу або вилучення комп’ютерних даних” (ст. 19) тощо.

Проголошений євроінтеграційний курс нашої державної політики зобов’язує Україну забезпечувати ефективне функціонування інститутів, які гарантуватимуть верховенство права, додержання прав та інтересів фізичних і юридичних осіб, їх ефективний захист, зокрема й під час здійснення досудового розслідування кримінальних правопорушень. Враховуючи такі підходи, 28 січня 2021 р. набув чинності Закон України “Про Бюро економічної безпеки України” (далі – Закон про Бюро)³³, яким створений новий центральний орган виконавчої влади, на який по-

³⁰ У цьому контексті слід відзначити лише працю: В Скрипник, ‘Використання інформації з електронних носіїв у кримінальному процесуальному доказуванні’ (дис д-ра філософії, 2021) 379.

³¹ Див., наприклад: Л Головка, ‘Цифровизация в уголовном процессе: локальная оптимизация или глобальная революция?’ (2019) 1 Вестник экономической безопасности 23; Д Літкевич, ‘Теоретико-правові основи використання досягнень науково-технічного прогресу у кримінальній процесуальній формі’ (дис д-ра філософії, 2020) 71–4; О Метелев, ‘Гносеологічна і правова природа цифрових доказів у кримінальному процесі’ [2018] 1 (20) Правова позиція 75–86; О Метелев, ‘Збирання цифрової інформації як окремий спосіб отримання доказів під час кримінального провадження’ (2020) 20 Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія право 177–80.

³² Див., наприклад: п. “с” ч. 2 ст. 14 Конвенція про кіберзлочинність від 23 листопада 2001 р. (ратифікована Україною 7 вересня 2005 р.) <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_575#Text> (дата звернення: 13.12.2021).

³³ Про Бюро економічної безпеки України: Закону України від 28 січня 2021 р. № 1150-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1150-20#Text>> (дата звернення: 13.12.2021).

кладаються завдання щодо протидії правопорушенням, що посягають на функціонування економіки держави. Відповідно до покладених завдань Бюро економічної безпеки України (далі – БЕБ, Бюро) має виконувати правоохоронну, аналітичну, економічну, інформаційну та інші функції.

Аналіз повноважень, які відповідно до Закону про Бюро покладаються на новий орган, дає підстави стверджувати, що БЕБ – орган, який за своїми повноваженнями значно відрізняється від інших, які були спеціально створені останнім часом для здійснення досудового розслідування кримінальних правопорушень, віднесених до їх підслідності КПК України, – Національного антикорупційного бюро України, Державного Бюро розслідувань, а також органів, які традиційно мали повноваження на здійснення досудового розслідування – Національної поліції та Служби безпеки України. Основні завдання БЕБ (ст. 4 Закону України від 28 січня 2021 р.) вказують на те, що здійснення досудового розслідування кримінальних правопорушень, віднесених до підслідності БЕБ, є важливим, втім, не пріоритетним напрямом його діяльності. На Бюро покладаються завдання щодо протидії правопорушенням, що посягають на функціонування економіки держави. До речі, формулюючи завдання органу в ст. 1, законодавець не використовує словосполучення “кримінальні правопорушення”, надаючи можливість тлумачити це словосполучення доволі широко.

Серед повноважень БЕБ, які передбачені Законом про Бюро, є унікальні та такі, що мають безпрецедентний характер для правоохоронної системи України. Серед них такі: формування аналітичних матеріалів з метою оцінювання загроз і ризиків вчинення (зростання кількості) кримінальних правопорушень, віднесених законом до його підслідності; формування баз даних і створення на їхній основі сучасних інформаційно-телекомунікаційних технологій єдиної інформаційної системи БЕБ України; отримання, обробка та використання інформації з автоматизованих інформаційних і довідкових систем, реєстрів, банків (баз) даних органів державної влади, місцевого самоврядування; здійснення інформаційно-пошукової та інформаційно-аналітичної роботи; створення власних систем (мереж) обміну інформацією з обмеженим доступом, баз даних, необхідних для забезпечення щоденної діяльності підрозділів БЕБ у сфері трудових, фінансових, управлінських відносин, документообігу тощо. Така аналітична діяльність БЕБ має спиратися на ризик-орієнтований підхід.

Застосування ризик-орієнтованого підходу у діяльності правоохоронного органу є новелою вітчизняного законодавства. Відповідно до такого підходу на БЕБ покладається функція виявлення, оцінювання та визначення ризиків вчинення кримінальних правопорушень у сфері економіки, а також вжиття відповідних заходів щодо управління ризиками

у спосіб та в обсязі, що забезпечують мінімізацію таких ризиків залежно від їхнього рівня. Ще більш складним завданням є, на нашу думку, управління ризиками, спрямоване на розроблення управлінських рішень, спрямованих на мінімізацію таких ризиків, а також на підвищення спроможності державних інституцій щодо нейтралізації загроз економічній безпеці.

Отже, можна констатувати низку інноваційних підходів у формуванні компетенції нового органу досудового розслідування. Втім, така широка компетенція, зі свого боку, має певні ризики прихованого порушення прав суб'єктів господарювання, пов'язані зі складностями відмежування аналітичної діяльності Бюро від оперативно-розшукової діяльності або кримінальної процесуальної; має небезпеку збирання персональних даних без гарантій дотримання прав осіб; входить у протиріччя з концептуальною побудовою КПК України стосовно початку кримінального провадження. Також важливо проводити розмежування ризик-орієнтованого підходу під час діяльності БЕБ та органів первинного фінансового моніторингу (суб'єктів аудиторської діяльності, бухгалтерів, суб'єктів господарювання, що надають послуги з бухгалтерського обліку або здійснюють консультування з питань оподаткування тощо).

З очевидністю можна констатувати, що створення належного законодавчого підґрунтя функціонування нового органу досудового розслідування, визначення його підслідності, також можна вважати важливим завданням доктрини кримінального процесу.

Сьогодні можна з упевненістю констатувати ренесанс порівняльного правознавства, який детермінується низкою факторів. До їх числа можна віднести процеси глобалізації, які відбуваються в усьому світі, охоплюючи майже всі сфери суспільного життя, включаючи право, здійснюючи різновекторними шляхами вплив на правові системи, поступово інтернаціоналізуючи їх. Також порівняльне правознавство є доволі затребуваним під час модернізації правових систем, що є результатом їх еволюціонування у постмодерному суспільстві. Порівняльне правознавство дає унікальну можливість зіставлення правових процедур, інститутів, норм, моделей, глибоко зануритися у сутність правових регуляторів, що існують в інших державах, здійснити рецепцію позитивного досвіду. Реформування кримінального процесуального законодавства України в 2012 р. продемонструвало прагнення розробників нового КПК України взяти курс на гармонізацію вітчизняного законодавства з законодавством прогресивних країн. Втім, рецепція права не завжди призводить до позитивних результатів, приховує в собі загрозу втрати національної ідентичності, призводить до експансії нехарактерних для правових систем моделей, проваджень або процедур. Тому у періоди реформаційних перетворень особливо затребуваними стають компаративістські досліджен-

ня, які дають змогу більш глибоко зрозуміти суть правових регуляторів, що існують в інших державах, запозичити дійсно позитивний, перевірений практикою досвід, не допускаючи протестної правової дивергенції. Про затребуваність таких досліджень свідчить той факт, що тільки за останні декілька років у кримінальній процесуальній науці з'явилися дослідження кримінального процесу Великої Британії, Франції, Італії, Німеччини, Швейцарії, Туреччини, Японії, В'єтнаму, Ізраїлю, ісламських держав (Республіки Ірак, Єменської Республіки, Ісламської Республіки Афганістан, Королівства Саудівська Аравія)³⁴. Однак слід наголосити на недостатності компаративістських досліджень для системних висновків стосовно функціонування інститутів кримінального процесуального права в законодавствах зарубіжних країн та можливості їх запозичення чи вдосконалення на підставі проведених досліджень наявних вітчизняних інститутів. Як правило, вони переважно мають ознайомчий характер, без глибокого занурення до їх сутності, змісту та проблем правозастосовного характеру. Але проведення компаративістських досліджень, які значно впливають на правовий світогляд, на нашу думку, сприятиме поступовому формуванню єдиного правового простору у глобалізованому світі. Крім того, поєднання зусиль органів юстиції щодо запобігання правопорушенням, спільна протидія транскордонним злочинам можлива лише коли держави добре усвідомлюють особливості функціонування правових інститутів країн-партнерок.

Висновки. Зрозуміло, що обмежений обсяг цієї статті не може вмістити всіх фундаментальних напрямів, які мають бути у фокусі доктринальних розробок вчених, які формують науку кримінального процесу. До таких напрямів варто віднести й проблеми зловживання учасниками провадження своїми правами та розробку засобів їх нейтралізації; усунення корупційних ризиків під час кримінального процесуального доказування; створення дієвих та ефективних механізмів протидії корупційним проявам в органах, які наділені владними повноваженнями у кримінальному провадженні. Свого вирішення чекають у криміналь-

³⁴ П Барабанов, *Уголовный процесс в Великобритании* (Спутник+ 2015) 702; П Барабанов, *Уголовный процесс Франции* (Спутник+ 2015) 512; П Барабанов, *Уголовный процесс Италии* (Спутник+ 2016) 461; П Барабанов, *Уголовный процесс ФРГ* (Спутник+ 2014) 359; Ф-К Шредер, Ф Торстен, *Уголовно-процессуальное право Германии* (перс с нем, Инфотропик Медиа 2016) 304; Н Волосова, М Волосова, *Уголовно-процессуальное законодательство Японии: сравнительное исследование* (Волосова Н ред, пер с англ и японск, Юрлитинформ 2016) 240; В Григорьев, А Сумин, *Введение в уголовный процесс Турции* (Юрлитинформ 2018) 192; А Сизов, Р Шахбазаров, *Особенности уголовного права и процесса исламских государств* (Юрлитинформ 2016) 168; А Трефилов, *Организация досудебного производства по УПК Швейцарии* (Юрлитинформ 2015) 336; А Трефилов, *Уголовный процесс зарубежных стран, т 1 Уголовно-процессуальная компаративистика. Уголовный процесс Швейцарии* (НИПКЦ Восход-А 2016) 1020; А Трефилов, *Уголовный процесс зарубежных стран, т 2* (НИПКЦ Восход-А 2018) 1008; А Трефилов, *Уголовный процесс Лихтенштейна* (Юрлитинформ 2022) 224; В Савченко, Я Соловій, Ф Фелик, В Юрчишин, *Основи кримінального процесу Федеративної Республіки Німеччина: навчальний посібник* (Право 2017) 372; В Луцик, В Самарін (ред), *Сучасний кримінальний процес країн Європи* (Право 2018) 792; И Глидер, *Судебное производство по уголовному процессуальному законодательству Израйля* (Гельветика 2021) 256.

ному процесі й проблеми впровадження альтернативних способів вирішення кримінальних правопорушень (конфліктів), насамперед медіації. Надзвичайно значущими для правової держави є доктринальні розробки, пов'язані з унормуванням механізмів, спрямованих на забезпечення єдності судової практики. Актуальними є розроблення теоретико-методологічних основ формування сучасної кримінальної процесуальної політики України; теоретичних засад підвищення ефективності реалізації судової влади та створення належного законодавчого підґрунтя забезпечення доступу до правосуддя.

Тож, як відзначені, так й інші проблеми вимагають насамперед доктринального осмислення, що й забезпечить еволюційну динаміку розвитку кримінального процесуального права.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Barabanov P, *Ugolovnyj process Francii* (Sputnik+ 2015) (in Russian).
2. Barabanov P, *Ugolovnyj process Italii* (Sputnik+ 2019) (in Russian).
3. Barabanov P, *Ugolovnyj process v Velikobritanii* (Sputnik+ 2015) (in Russian).
4. Barabanov P, *Ugolovnyj process FRG* (Sputnik+ 2014) (in Russian).
5. Biriukova A, *Advokatura Ukrainy v umovakh hlobalizatsii* (Alerta 2018) (in Ukrainian).
6. Bobechko N, *Apeliatsiine ta kasatsiine provadzhennia u kryminalnomu sudochynstvi Ukrainy: pravove rehuliuvannia, doktryna, praktyka* (LNU imeni Ivana Franka 2016) (in Ukrainian).
7. Glider I, *Sudebnoe proizvodstvo po ugolovnomu processual'nomu zakonodatel'stvu Izrailya* (Helvetika 2021) (in Russian).
8. Grigor'ev V, Sumin A, *Vvedenie v ugolovnyj process Turcii* (YUrlitinform 2018) (in Russian).
9. Hlovatskyi I, *Diialnist advokata-zakhysnyka u kryminalnomu protsesi* (Atika 2003) (in Ukrainian).
10. Hloviuk I, *Kryminalno-protsesualni funktsii: teoriia, metodolohiia ta praktyka realizatsii na osnovi polozhen Kryminalnoho protsesualnoho kodeksu Ukrainy* (Yurydychna literatura 2012) (in Ukrainian).
11. Hryniuk V, *Funktsiia obvynuvachennia v kryminalnomu provadzhenni Ukrainy: teoriia ta praktyka* (Akerta 2016) (in Ukrainian).
12. Kovalchuk S, *Vchennia pro rechovi dokazy u kryminalnomu protsesi: teoretyko-pravovi ta praktychni osnovy* (Suprun V. P. 2017) (in Ukrainian).
13. Krytska I, *Rechovi dokazy u kryminalnomu provadzhenni* (Pravo 2018) (in Ukrainian).
14. Lapkin A, *Prokuror u kryminalnomu provadzhenni: teoretychni, pravovi ta orhanizatsiino-metodychni problemy* (Pravo 2018) (in Ukrainian).
15. Markush M, *Pryntsyp zmahalnosti v kryminalnomu protsesi Ukrainy* (Vyd SPDFO Vapniarchuk N M 2007) (in Ukrainian).
16. Motoryhina M, *Storona zakhystu v sudovomu provadzhenni u pershii instantsii* (Oberih 2018) (in Ukrainian).

17. Popeliushko V, *Funktsiia zakhystu v kryiminalnomu sudochynstvi Ukrainy: pravovi, teoretychni ta prykladni problemy* (Ostrozka akademiia 2009) (in Ukrainian).
18. Rohatiuk I, *Protsesualna diialnist prokurora na stadii dosudovoho rozsliduvannia* (Nats akad vnutrishnikh sprav 2016) (in Ukrainian).
19. Savchenko V, Solovii Ya, Felyk F, Yurchyshyn V, *Osnovy kryiminalnoho protsesu Federatyvnoi Respubliki Nimechchyna* (Pravo 2017) (in Ukrainian).
20. Shreder F-K, Torsten F, *Ugolovno-processual'noe pravo Germanii* (Infotropik Media 2016) (in Russian).
21. Shumeiko D, *Zdiisnennia spetsialnoho kryiminalnoho provadzhennia v Ukraini: teoriia i praktyka* (Alerta 2020) (in Ukrainian).
22. Sizov A, Shahbazarov R, *Osobennosti ugovnogo prava i processa islamskikh gosudarstv* (YUrlitinform 2016) (in Russian).
23. Starenkyi O, *Kryriminalni protsesualni harantii zakhysnyka yak subiekta dokazuvannia u dosudovomu rozsliduvanni: teoriia ta praktyka* (Alerta 2016) (in Ukrainian).
24. Stefanchuk M, *Diialnist prokuratury shchodo predstavnytstva interesiv hromadianyna abo derzhavy v sudi: problemy teorii ta praktyky* (In Yure 2016) (in Ukrainian).
25. Stolitnii A, *Elektronne kryriminalne provadzhennia: peredumovy vynyknennia, suchasnyi stan ta perspektyvy rozvytku* (ArtEk 2016) (in Ukrainian).
26. Trefilov A, *Organizaciya dosudebnogo proizvodstva po UPK SHvejarii* (YUrlitinform 2015) (in Russian).
27. Trefilov A, *Ugolovnyj process Lihtenshtejna* (Yurlitinform 2022) (in Russian).
28. Trefilov A, *Ugolovnyj process zarubezhnyh stran, t 1 Ugolovno-processual'naya komparativistika. Ugolovnyj process SHvejarii* (NIPKC Voskhod-A 2016) (in Russian).
29. Trefilov A, *Ugolovnyj process zarubezhnyh stran, t 2* (NIPKC Voskhod-A 2018) (in Russian).
30. Volosova N, Volosova M, *Ugolovnyj process v Yaponii: sravnitel'noe issledovanie* (YUrlitinform 2016) (in Russian).
31. Yurchyshyn V, *Mistse i rol prokurora u dosudovomu rozsliduvanni ta yikh vidobrazhennia v teorii, zakonodavstvi i praktytsi* (Rodovid 2013) (in Ukrainian).

Edited books

32. Lutsyk V, Samarin V (red), *Suchasnyi kryriminalnyi protses krain Yevropy* (Pravo 2018) (in Ukrainian).
33. *Pravova doktryna Ukrainy, t 5: Kryriminalno-pravovi nauky v Ukraini: stan, problemy ta shliakh rozvytku* (Tatsii V, Borysov V red, Pravo 2013) (in Ukrainian).

Journal articles

34. Kaplina O, Sharenko S, 'Access to Justice in Ukrainian Criminal Proceedings during COVID-19 Outbreak' [2020] 2/3 (7) Access to Justice in Eastern Europe 115–33 (in English).
35. Bobechko N, 'Sut, zavdannia, znachennia ta protsesualni osoblyvosti provadzhennia za novovyavlenymy obstavynamy za KPK Ukrainy' (2015) 1 Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal 196–200 (in Ukrainian).
36. Golovko L, 'Cifrovizaciya v ugovnom processe: lokal'naya optimizaciya ili global'naya revolyuciya?' (2019) 1 Vestnik ekonomicheskoy bezopasnosti 15–25 (in Russian).
37. Kaplina O, Shylo O, 'Profesiinyi zakhyst yak harantiia zabezpechennia prav i zakonnykh interesiv osoby v kryiminalnomu sudochynstvi' (2003) 1 Visnyk akademii pravovykh nauk Ukrainy 125–34 (in Ukrainian).
38. Metelev O, 'Hnoseolohichna i pravova pryroda tsyfrovvykh dokaziv u kryiminalnomu protsesi' [2018] 1 (20) Pravova pozytsiia 75–86 (in Ukrainian).

39. Metev O, 'Zbyrannia tsyfrovoy informatsii yak okremi sposib otrymannia dokaziv pid chas kryminalnoho provadzhennia' (2020) 20 Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu. Seriya pravo 177–80 (in Ukrainian).
40. Nor V, Bobechko N, 'Poriadok provadzhennia za novoviyavlenymy abo vykliuchnymy obstavynamy u kryminalnomu sudochynstvi Ukrainy: problemy pravovoho rehulivannia i pravozastosuvannia' (2018) 8 Pravo Ukrainy 150–72 (in Ukrainian).
41. Nor V, Bobechko N, 'Provadzhennia za novoviyavlenymy abo vykliuchnymy obstavynamy u kryminalnomu sudochynstvi Ukrainy' (2020) Challenges of legal science and education: an experience of EU countries and introduction in Ukraine 308–24 (in Ukrainian).

Theses

42. Litkevych D, 'Teoretyko-pravovi osnovy vykorystannia dosiahnen naukovo-tekhnichnoho prohresu u kryminalnii protsesualnii formi' (dys d-ra filosofii, 2020) (in Ukrainian).
43. Myltseva V, 'Elektronne pravosuddia: vynyknennia ta perspektyvy rozvytku' (dys d-ra filosofii, 2020) (in Ukrainian).
44. Skrypnyk V, 'Vykorystannia informatsii z elektronnykh nosiiv u kryminalnomu protsesualnomu dokazuvanni' (dys d-ra filosofii, 2021) (in Ukrainian).

Vasyl Nor
Oksana Kaplina

THE ROLE OF DOCTRINE IN ENSURING THE EVOLUTIONARY DYNAMICS OF THE CRIMINAL PROCEDURAL LAW

ABSTRACT. The article deals with the issues relevant to the modern law based state, related to the definition of specific areas of development of the doctrine of criminal procedural law. The authors emphasize that in the current reality of judicial reform, which is accompanied by an active law-making process, there is a growing demand for in-depth doctrinal researches, which should further harmonize existing criminal procedure law with the European Union law, international and European standards and its progressive evolutive dynamics, in order to justify the need for legislative changes and additions to the mechanism of criminal procedural regulation of relevant relations between the parties of the criminal proceedings, verification of their doctrinal justification and compliance with modern realities.

Within the article, the authors draw attention to the most important issues from the criminal procedural law point of view, including the state of doctrinal developments in the theory of criminal procedural functions, the institute of special criminal proceedings in the form of in absentia – special pre-trial investigation and special court proceedings which has become a novelty of the reformed criminal procedural legislation of Ukraine; admitting the vital need for justice, citizens and society to introduce simplified criminal proceedings, the authors also warn against the inadmissibility of abuses by the prosecution during the inquiry, which could negatively affect the guarantees of rights, freedoms and legitimate interests of participants in such simplified proceedings. The article also develops the opinion that, despite the important theoretical significance and practical demand, the institution of review of court decisions on newly discovered or exceptional circumstances remains largely “in the shadow” of procedural doctrine. Evidence of this is the fact that

ПРАВО УКРАЇНИ • 2022 • № 1 • 105-130

since the adoption of the new CPC of Ukraine this institute has not been a separate subject of monographic researches, which cannot but affect the effectiveness of its legal regulation.

Emphasizing the fact that legal doctrine has an important mission as a leading tool for scientific forecasting, the authors outline promising areas for further research, since it is a legal doctrine that should intellectually nurture the reform process. In this context, the authors highlight the need for appropriate legislative support for the digital transformation of criminal proceedings; proper legal support for the functioning of the Bureau of Economic Security, a body with unique powers that differ significantly from traditional notions of the competence of the pre-trial investigation body. Also, the authors emphasize that the processes of globalization taking place around the world determine the demand for comparative research, which allows to compare legal procedures, models, institutions, norms, to dive deep into the essence of legal regulators that exist in other countries in order to adopt a truly positive experience, without allowing the divergence. In the article, the authors address other topical issues that are important for ensuring the evolutionary dynamics of criminal procedural law and legislation.

KEYWORDS: criminal procedural law; criminal procedure; doctrine of the criminal procedural law; science of criminal procedure; promising areas of development of the science of criminal procedure.

IV. Доктрина міжнародного публічного права

DOI: 10.33498/journ-2022-01-131



Олексій Кресін

доктор юридичних наук, доцент,
член-кореспондент Міжнародної академії
порівняльного права,
керівник Центру порівняльного правознавства Інституту
держави і права імені В. М. Корецького НАН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4016-6596>
okresin@gmail.com

УДК 341.3

ВІДПОВІДІ НА ГІБРИДНІ ЗАГРОЗИ: МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД І ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ¹

Анотація. Протистояння держав і різноманітних недержавних акторів протягом історії людства ніколи не зводилося до суто військових засобів і не обмежувалося періодами офіційно проголошених воєн. Історія гібридних методів ведення воєн є не лише напрямом, а й цілою перспективною сферою наукових досліджень. Але в контексті безпосередніх практичних потреб доцільно аналізувати сучасні форми їх використання й осмислення. Важливою передумовою появи гібридних воєн стала заборона війни у міжнародному праві, що, безумовно, відобразило суттєві зміни у світогляді значної частини людства. Сучасна й всезагальна форма заборони війни у міжнародному праві представлена у Статуті Організації Об'єднаних Націй (ООН). Ці принципи послідовно розкривалися й удосконалювалися в наступних актах ООН.

Гібридну війну можна визначити як новий тип протистояння держав між собою та з недержавними акторами, діалектично пов'язаний із заборонаю в міжнародному праві звичайної війни як засобу національної політики. У вузькому розумінні, характерному для військових аналітиків, гібридна війна становить поєднання регулярних та іррегулярних методів ведення війни. У широкому і більш відповідному реаліям баченні гібридна війна є видом протистояння, заснованим на неофіційних, неавторизованих чи замаскованих невоєнних і воєнних ворожих діях, спрямованих на ураження всіх сфер життєдіяльності суспільства, включно з функціонуванням держави й економіки, соціальними комунікаціями, модусами поведінки людей. Можна визначити такі характеристики гібридної війни: транскордонність, тотальність і безперервність;

¹ Окремі аспекти цього дослідження висвітлювалися в інших публікаціях автора: О. Кресін, 'Визнання, регулювання та забезпечення протидії гібридним загрозам у НАТО та ЄС' (2022) 33 Правова держава (у друці); О. Кресін, 'Основні види гібридних загроз та правові основи забезпечення конструктивної взаємодії інститутів держави і суспільства' в *Державно-правові основи реалізації стратегії національної стійкості в умовах існування гібридних загроз для Української держави і суспільства: аналітична записка* (Пирожков С., Шемшученко Ю., Скрипнюк О. та інші, Інститут держави і права імені В. М. Корецького НАН України 2021) (у друці); О. Кресін, 'Проблеми протидії гібридним загрозам в українському законодавстві' (2022) 2 Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право (у друці).

© Олексій Кресін, 2022

неофіційний характер, за якого держави уникають формального проголошення війни; спрямованість на створення контрольованого реального чи суб'єктивно відчутного хаосу; домінування невоєнних засобів; різноманітність і ситуативність методів, що не піддаються точній класифікації, а відповідають вразливостям кожної сфери життєдіяльності та цінностей людини й суспільства; відсутність чіткої межі між зовнішньою і внутрішньою політикою в здійсненні й протидії гібридній війні; широке використання методів психологічного впливу на населення.

Ключові слова: заборона війни; гібридна війна; гібридні методи ведення воєн; протидія гібридній війні.

Сучасне осмислення гібридних загроз і методів ведення воєн

Протистояння держав і різноманітних недержавних акторів протягом історії людства ніколи не зводилося до суто військових засобів і не обмежувалося періодами офіційно проголошених воєн. Історія гібридних методів ведення воєн є не лише напрямом, а й цілою перспективною сферою наукових досліджень. Але в контексті безпосередніх практичних потреб доцільно аналізувати сучасні форми їх використання й осмислення.

Зазвичай дослідники ігнорують політичні й правові обставини, що сприяли появі сучасних гібридних воєн як феномену, а не лише як окремих “неконвенційних” (у розумінні міжнародного гуманітарного права й особливо IV Гаазької конвенції про закони і звичаї війни на суходолі²) методів протистояння держав, а натомість зосереджуються лише на нових технологіях останнього. На нашу думку, важливою передумовою появи гібридних воєн стала заборона війни у міжнародному праві, що, безумовно, відобразило суттєві зміни у світогляді значної частини людства.

Зокрема, у 1928 р. було укладено Загальний договір про заборону війни як інструменту національної політики (Пакт Бріана-Келлога, або Паризький пакт), учасницями якого стали понад 60 держав, включно з СРСР, і який вважається чинним і досі, зокрема для України. У документі було викладено переконання в тому, що

прийшов момент розпочати відверту відмову від війни як знаряддя національної політики, аби мирні та дружні відносини, що існують нині між народами, могли стати постійними³, а також що ‘будь-які зміни у взаємних відносинах мають відшукуватися лише у мирних засобах і здійснюватися законно і мирно³.

² IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_222#Text> (дата звернення: 10.01.2022).

³ Договір про заборону війни як засобу національної політики (Пакт Бріана-Келлога) від 27 серпня 1928 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_647#Text> (дата звернення: 10.01.2022).

Сучасна і всезагальна форма заборони війни у міжнародному праві представлена у Статуті Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН), який починається з декларації рішучості об'єднаних націй ‘позбавити прийдешні покоління жахів війни’, ‘жити разом, у мирі один з одним, як добрі сусіди, і об'єднати наші сили для підтримки міжнародного миру та безпеки, і забезпечити прийняттям принципів і встановленням методів, щоби збройні сили використовувалися не інакше, як у спільних інтересах’. У цьому документі передбачається заборона агресивної війни та колективні заходи для ‘запобігання та усунення загрози миру й придушення актів агресії, або інших порушень миру’ (ст. 1)⁴. Ці принципи послідовно розкривалися й удосконалювалися в наступних актах ООН.

Безумовно, суперечки між державами, територіальні й інші претензії, економічна та інша конкуренція, а також екзистенційні суперечності на рівні ідентичності нікуди не зникли разом із заборонаю традиційного способу їх вирішення. Але цілковита делегітимація війни поставила перед потенційними агресорами загрози не лише репутаційних втрат, а й економічної та політичної ізоляції, можливого міжнародного санкціонування збройного вторгнення третіх держав та їх коаліцій. У цих умовах мали виникнути нові чи удосконалитися старі форми протистояння без формального проголошення чи визнання війни.

Як зазначають учені, сучасний поворот до більш відкритої конфронтації та посилення односторонності дій держав відбувся в умовах значних технологічних нововведень.

Технологічний прогрес <...> відкрив нові шляхи для іноземного втручання та підривної роботи у формі фальшивих новин, впливу на вибори та кібершпionaжу. У результаті сучасні суспільства стали більш вразливими до актів тероризму і до ворожого впливу й втручання⁵.

Вважається, що концептуалізація гібридних методів протистояння розпочалася з узагальнення у США досвіду ведення складених (багатокомпонентних) воєн як поєднання дій регулярних та іррегулярних військ. На основі цього щонайпізніше у 1998 р. у США було запропоновано термін “гібридні методи ведення війни”⁶.

Починаючи з 2006 р., поняття “гібридної загрози” з'являється у військових документах США. Американський військовий учений Ф. Гоффман у 2007 р. писав:

⁴ Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду від 26 червня 1945 р. <http://www.un.org.ua/images/UN_Charter_Ukrainian.pdf> (дата звернення: 10.01.2022).

⁵ A Sari (ed), *Hybrid threats and the law: Concepts, trends and implications* (The European Centre of Excellence for Countering Hybrid Threats 2020) 8.

⁶ В Горбулін (ред), *Світова гібридна війна: український фронт* (НІСД 2017) 21–2.

Гібридні війни можуть вести й держави, і недержавні актори. Гібридні війни включають низку різноманітних способів ведення війни, зокрема звичайні засоби, нерегулярні тактики і формації, терористичні акти, в тому числі невідоме насильство й примус, а також кримінальний безлад. Ці мультимодальні дії можуть здійснювати окремі формування – або одне й те ж формування, але загалом їх операційно й тактично скеровують і координують у рамках основного бойового простору для досягнення синергетичних ефектів⁷.

Одне з перших монографічних узагальнень гібридних загроз, здійснене у 2011 р. майором Б. Флемінгом, викладачем Школи поглибленого військового навчання Армії США, визначило гібридну війну як не обмежене загальноприйнятими правовими нормами і правилами ведення воєн операційне (між стратегією і тактикою) мистецтво, а її використання – як ‘потенційну зміну парадигми, доктринальну та організаційну революцію у військовій справі’. Як наголошував автор, гібридні загрози – це невичерпна методологія і суміш дій, що ‘обходить когнітивні межі традиційної характеристики загроз і застосування організованого колективного насилля’ та не піддається класифікації. Асиметричний і непередбачуваний характер гібридних засобів дає змогу слабшому актору, не обмеженому цивілізованими звичаями, а також “когнітивними і географічними межами”, одержувати перевагу над сильнішим опонентом. При цьому саме цивілізованість однієї із сторін протистояння виявляється її операційною вразливістю. Б. Флемінг прогнозував різке збільшення використання гібридних методів протистояння протягом найближчого десятиліття, що принципово змінить операційне середовище. Тому він закликав змінювати “лінійне мислення” американських військових, ‘засноване на фундаменталізмі брудних чобіт та антиінтелектуальному редукціонізмі’⁸.

Як зазначав Б. Флемінг, ‘гібридні загрози осмислюють реалії середовища та притаманні йому складність і взаємозв’язки’. У той час як традиційні актори транслює стратегічний намір у тактичні дії, гібридні актори ‘прагнуть сформувати умови для стратегічної можливості’ та не допустити домінування традиційних акторів. Тому ‘як вода існує у рідкій, газоподібній та твердій формах, так і гібридна загроза не має постійної форми, але трансформується та адаптується до умов, у яких перебуває, щоби діяти, виживати та досягати сприятливої переваги’; вона ‘нехтує часом і простором для досягнення результату через виснаження’, використовуючи відчуті слабкості й вразливості опонента. Б. Флемінг чітко

⁷ В Тарасюк, *Застосування інформаційних технологій в умовах гібридної війни* (GlobeEdit 2020) 56.

⁸ B Fleming, *The Hybrid Threat Concept: Contemporary War, Military Planning and the Advent of Unrestricted Operational Art*. Fort Leavenworth (United States Army Command and General Staff College 2011) II, 32–3, 39.

відокремлював гібридні засоби ведення війни від партизанських або іррегулярних, адже децентралізованість дій тут поєднується зі стратегічністю замислу, який визначає комплексне й синергійне поєднання різних засобів його реалізації⁹.

Осмилення нового характеру воєн відбулося і в Росії. У Воєнній доктрині Російської Федерації (далі – РФ) 2010 р. особливістю сучасних воєнних конфліктів названо ‘комплексне застосування військової сили, політичних, економічних, інформаційних та інших заходів невоєнного характеру, які реалізуються з широким використанням протестного потенціалу населення і сил спеціальних операцій’¹⁰.

На початку 2013 р. ці положення було розвинуто начальником Генерального штабу РФ В. Герасимовим, що дало підстави аналітикам назвати нову формулу “нелінійної війни” доктриною Герасимова:

Акцент методів протиборства, що використовуються, зміщується у бік широкого застосування політичних, економічних, інформаційних, гуманітарних та інших невоєнних заходів, які реалізуються із залученням протестного потенціалу населення. Все це доповнюється воєнними заходами прихованого характеру, в тому числі через реалізацію інструментів інформаційного протиборства і через дію сил спеціальних операцій. До відкритого застосування сили, зазвичай під виглядом миротворчої діяльності і кризового врегулювання, перехід робиться тільки на певному етапі, в основному для досягнення остаточного успіху в конфлікті¹¹.

Відомий російський політтехнолог, експомічник Президента РФ В. Сурков запропонував такі елементи гібридної війни:

1) хибно-цільове програмування партнера-противника через “коопераційну модель”, під прикриттям якої реалізується програма його крипто-деструкції; 2) трансформація визначеностей і станів у сукупність невизначеностей, хаотизація причинно-наслідкових ланцюжків; 3) управління хаосом через швидкі рішення, ініціативні дії та превентивні заходи щодо інших акторів; 4) впорядкування хаосу, реінжиніринг простору, отримання нової реальності через синергетику¹².

В Україні природа й особливості гібридної війни стали предметом наукових досліджень переважно після анексії Криму й окупації частин До-

⁹ Fleming 35–7.

¹⁰ Военная доктрина Российской Федерации <<http://static.kremlin.ru/media/events/files/41d527556bec8deb3530.pdf>>. Цит. за: Горбулін (н 6) 37.

¹¹ В Герасимов, ‘Ценность науки в предвидении. Новые вызовы требуют переосмыслить формы и способы ведения боевых действий’ (Военно-промышленный курьер, 27.02.2013) <<http://www.vpk-news.ru/articles/14632>> (дата звернення: 10.01.2022).

¹² Гібридні загрози Україні і суспільна безпека. Досвід ЄС і Східного партнерства. Аналітичний документ (Мартинюк В ред, 2018) 8–9.

нецької й Луганської областей Росією. Зокрема, автори найбільш відомої й докладної монографії за редакцією академіка В. Горбуліна “Світова гібридна війна: український фронт” розглядають гібридну війну як світове протистояння, що прийшло на зміну холодній війні, й відбувається між сферами стабільності й сферами невизначеності, полягає у постійній напрузі, що може набувати форм збройного конфлікту чи протистояння в інших формах¹³.

Цей вид війни автори визначають як

воєнні дії, що здійснюються шляхом поєднання мілітарних, квазімілітарних, дипломатичних, інформаційних, економічних та інших засобів з метою досягнення стратегічних політичних цілей. Специфіка такого поєднання полягає в тому, що кожний із воєнних і невоєнних способів ведення гібридного конфлікту застосовується у воєнних цілях та використовується як зброя. Перетворення на зброю (weaponization) відбувається не тільки в медійній сфері. Так само в прямому сенсі у ролі зброї, яка завдає ураження різного рівня системам противника, застосовуються всі інші невоєнні засоби ведення гібридної війни¹⁴.

Як зазначає В. Горбулін, підсумком гібридної війни останніх років стало руйнування світового порядку, й зокрема міжнародного права, але й надалі ставкою у війні залишається демократична модель державності. Зовнішня загроза полягає у прагненні Росії ‘розколоти українське суспільство, деморалізувати його, зруйнувати трансформацію і повернути Україну до зрозумілого агресору стану: корумпованого, авторитарного, глибоко вторинного щодо агресора’. Внутрішня загроза полягає, зокрема, у політичному популізмі, ‘порожнечі обіцянок, агресії і жадобі влади’ внутрішніх гравців. Один зі шляхів протидії цим загрозам вдосконалення організації суспільства – це ‘процеси політичної консолідації, забезпечення успішності реформ і побудова держави, здатної захистити демократію від масштабної гібридної загрози з боку агресора’¹⁵.

Як зазначається у недавньому колективному монографічному дослідженні “Гібридні загрози Україні і суспільна безпека. Досвід ЄС і Східного партнерства”, особливістю гібридної війни є те, що вона

ведеться замасковано з використанням переважно нелінійних тактик і націлена не на захоплення усієї території країни, хоча не виключається взяття під контроль окремих територій, а на отримання патронату над

¹³ Горбулін (н 6) 16.

¹⁴ Там само 19.

¹⁵ В Горбулін, ‘Який Фенікс народиться зі згарища світової гібридної війни?’ (Дзеркало тижня) <https://zn.ua/ukr/article/print/internal/yakiy-feniks-naroditsya-zi-zgarischa-svitovoyi-gibridnoyi-viyni-259112_.html> (дата звернення: 10.01.2022).

державою, який досягається через вплив на населення, політикум, бізнес, силові структури¹⁶.

Саме тому ключовим елементом протидії гібридним загрозам, на думку науковців, є підвищення стійкості суспільства.

На нашу думку, гібридна війна як інтелектуальна технологія є надзвичайно привабливою через свою результативність за умов порівняно незначних витрат і репутаційних втрат, а тому можна припустити, що її використання вже нікуди не зникне, стане постійним чинником у міжнародних відносинах. Тому її слід сприймати не як тимчасовий стан, а як перманентний процес. Стратегія відповіді на неї, отже, повинна мати характер не завершеного плану, а постійного підходу, своєрідної незавершеної відкритої філософії політики, у якій константами можуть бути лише цінності та принципи.

У зв'язку з цим слід звернути увагу на плідність запропонованої низкою авторів концепції національної стійкості як стратегії збереження і розвитку суспільства та держави, забезпечення їх безпеки, національних інтересів, політичної й культурної суб'єктності¹⁷. У межах цього підходу, зокрема, можна розрізнити виклики та загрози. Виклики постають перед кожною сферою життєдіяльності суспільства. Зокрема, це невирішеність соціальних проблем, конфлікти інтересів груп населення, недоліки гуманітарного розвитку, недостатність ресурсів тощо. Виклики роблять розвиток суспільства вразливим у відповідній сфері. Безумовно, впоратися з усіма викликами і водночас неможливо. Але залежно від конструктивності, інклюзивності, оперативності, інтелектуального забезпечення, стратегічності державної політики та суспільних комунікацій кожен виклик може перетворитися або на шанс удосконалення суспільства, поліпшення життя людини, посилення стійкості держави або на ризик для людини, суспільства, держави, який в умовах гібридного протистояння перетворюється також на загрозу і поле для зовнішнього втручання. Безумовно, це стосується також економічного, технологічного, екологічного розвитку в їх взаємозв'язку із суспільним розвитком. У такому баченні і вразливості, і стійкості є відносними і мінливими, процесуальними показниками, постійними тут має бути лише забезпечення стратегії прогнозування, пошуку і вибору найбільш адекватних відповідей.

Протидія гібридним загрозам у НАТО та Європейському Союзі

Протягом багатьох десятиліть холодної війни ключовою для спільної політики держав – учасниць НАТО щодо протидії зовнішнім загрозам

¹⁶ Гібридні загрози Україні і суспільна безпека (н 12) 8.

¹⁷ С Пирожков, Є Божок, Н Хамітов, 'Національна стійкість (резильєнтність) країни: стратегія і тактика випередження гібридних загроз' (2021) 8 Вісник НАН України.

була ст. 3 Північноатлантичного (Вашингтонського) договору 1949 р., згідно з якою ‘сторони, окремо і разом, шляхом постійної й ефективної самопомогі і взаємної допомоги, будуть підтримувати і розвивати свою індивідуальну та колективну спроможність протистояти збройному нападу’. Але передбачене у статтях 5 і 6 щодо взаємної і колективної допомоги бачення безпеки і нападу формально обмежувалося збройним нападом на територію, збройні сили, флот та літаки¹⁸.

Звичайно, стратегічні документи НАТО і національне законодавство держав-учасниць у контексті протидії зовнішнім загрозам передбачали також заходи щодо “цивільної готовності”, що нині визначається як “планування щодо цивільних надзвичайних ситуацій” і загалом відповідало радянському розумінню цивільної оборони. Цю сферу було добре організовано і забезпечено ресурсами, але у 1990-х роках відповідне фінансування було суттєво зменшено¹⁹. З часів закінчення холодної війни військові бюджети було значно скорочено, а більшість ресурсів, об’єктів оборони й критичної інфраструктури приватизовано, механізми і спроможності територіальної оборони зникли. Водночас суспільства стали більш вразливими через взаємозалежність у всіх сферах і технологічність, інформатизацію²⁰.

Поняття гібридної загрози як поєднання державами та недержавними акторами конвенційних і неконвенційних засобів ворожих дій було включене до Стратегічного концепту НАТО і “Доктрини Кепстоун”²¹ НАТО у 2010 р.

Але можна стверджувати, що саме нові виклики, насамперед із боку РФ та дії ІДІЛ, звернули увагу НАТО на гібридні загрози. Зокрема, у 2014 р. Генеральний секретар НАТО А. Расмуссен звинуватив Росію у веденні гібридної війни й визначив останню як ‘комбінацію військових дій, прихованих операцій і агресивної програми дезінформації’²².

У 2015 р. на саміті міністрів закордонних справ держав – учасниць НАТО було ухвалено стратегію щодо ролі цієї організації у протидії гібридній війні, в якій підкреслюється основна відповідальність держав-учасниць за протидію гібридним загрозам. НАТО збиратиме і поширюватиме інформацію щодо гібридної активності, для чого у межах Об’єднаного департаменту розвідки і безпеки у структурі Штаб-квартири НАТО засновується відділ гібридного аналізу. НАТО допомагатиме державам-

¹⁸ The North Atlantic Treaty. Washington D.C. 4 April 1949 <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17120.htm> (accessed: 10.01.2022).

¹⁹ W-D Roepke, H Thanky, ‘Resilience: the first line of defence’ (*NATO Review*, 27.02.2019) <<https://www.nato.int/docu/review/articles/2019/02/27/resilience-the-first-line-of-defence/index.html>> (accessed: 10.01.2022).

²⁰ Resilience and Article 3 (11 Jun. 2021) <https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_132722.htm> (accessed: 10.01.2022).

²¹ BI-SC Input for a New NATO Capstone Concept for The Military Contribution to Countering Hybrid Threats (25 August 2010) <https://www.act.nato.int/images/stories/events/2010/20100826_bi-sc_cht.pdf> (accessed: 10.01.2022).

²² Тарасюк (н 7) 58.

учасникам виявляти їхню вразливість та посилювати їхню власну стійкість, надаватиме експертну і методичну допомогу в сферах цивільної оборони, запобігання і ліквідації наслідків хімічних, біологічних, радіологічних та ядерних катастроф, захисту критичної інфраструктури, стратегічних комунікацій, захисту цивільного населення, кібербезпеки, енергетичної безпеки, антитерористичної діяльності.

Також стратегія спрямована на стримування гібридних загроз: підвищення підготовленості й готовності своїх військ, удосконалення процесів ухвалення рішень, посилення структури командування. У випадку неуспіху стримування НАТО підтвердила готовність оперативно й ефективно захистити держав-учасниць від будь-якої загрози²³. Зокрема, очевидно вперше у цьому документі гібридні напади було кваліфіковано як вид агресії, що є підставою для колективної оборони (застосування ст. 5 Вашингтонського договору)²⁴.

Ще важливішими є документи, ухвалені за підсумками Варшавського саміту Північноатлантичної ради 2016 р., тобто зустрічі всіх глав держав і голів урядів держав-учасниць. Зокрема, у комюніке саміту гібридну війну було визначено як широку, складну та гнучку комбінацію конвенційних і неконвенційних засобів, відкритих і прихованих військових, парамілітарних і цивільних заходів протистояння, що використовуються державами та недержавними акторами у високоінтегрований спосіб для досягнення їхніх цілей. Було підтверджено поширення на можливі випадки гібридної війни зобов'язання щодо колективної оборони²⁵.

Як зазначалося у резолюції “Базові вимоги НАТО щодо національної стійкості”, схваленій під час Варшавського саміту, ‘стійкість є необхідною основою для надійного стримування і оборони та ефективного виконання ключових завдань Альянсу’. Бути стійкими щодо змін викликів безпеки ‘вимагає від союзників підтримувати і захищати критичні цивільні спроможності, поряд і на підтримку військовим спроможностям, та наскрізно працювати всім органам влади й з приватним сектором’²⁶.

Ця резолюція містить сім основних взаємно пов’язаних *вимог щодо національної стійкості*, зокрема у контексті гібридних загроз, які надають нове тлумачення і розкривають зміст ст. 3 Вашингтонського договору: 1) забезпечення безперервності в управлінні та критичних управлінських послугах (зокрема, здатність приймати рішення, доводити їх до адре-

²³ NATO’s response to hybrid threats (16 Mar. 2021) <https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_156338.htm?selectedLocale=en> (accessed: 10.01.2022).

²⁴ Горбулін (н 6) 36.

²⁵ Warsaw Summit Communiqué. Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Warsaw 8–9 July 2016 <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133169.htm#hybrid> (accessed: 10.01.2022).

²⁶ Commitment to enhance resilience, Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Warsaw, 8–9 July 2016 <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133180.htm> (accessed: 10.01.2022).

сатів, реалізувати їх в умовах кризи); 2) стійкість постачання енергії (резервні плани, внутрішні та міжнародні енергетичні мережі); 3) здатність ефективно вирішувати проблеми з неконтрольованим рухом людей і не допускати конфліктів цих рухів із силами НАТО у випадку розгортання останніх; 4) стійкість харчових і водних ресурсів (гарантування безпеки їх постачання від зривів та саботажу); 5) здатність упоратися з масовими жертвами (забезпечення спроможності систем охорони здоров'я, достатньої наявності й захищеності медичного постачання); 6) стійкість систем цивільних комунікацій (забезпечення функціонування телекомунікацій та цифрових мереж навіть в умовах кризи, з достатньою резервною здатністю); 7) стійкість транспортних систем (забезпечення швидкого пересування сил НАТО територіями держав-членів, надійності забезпечення транспортними мережами здійснення цивільних послуг навіть в умовах криз)²⁷. Важливо, що Варшавська резолюція 2016 р. не стала декларативним чи рекомендаційним документом, на її виконання регулярно здійснюються узагальнюючі дослідження, що виявляють проблемні сфери, де потрібна увага національної влади чи допомога Альянсу²⁸.

У Декларації Брюссельського саміту Північноатлантичної ради 2018 р. було зазначено, що метою гібридної діяльності держав і недержавних акторів є створення непевності та затирання межі між миром, кризою та конфліктом. У документі було підкреслено готовність НАТО за рішенням Північноатлантичної ради допомагати державам-учасникам у протидії “гібридним операціям”, наголошено на розгляді можливої гібридної війни як збройного нападу, що є підставою для реалізації зобов'язання щодо колективного захисту. Резолюція дала старт створенню команд підтримки протидії гібридній війні для посилення стійкості держав-членів²⁹.

Вимоги Варшавської резолюції 2016 р. уточнювалися у рішеннях НАТО. Зокрема, у 2019 р. на саміті міністрів оборони НАТО щодо стійкості систем цивільних комунікацій додано такі вимоги: надійні комунікаційні системи, включно з інтернетом 5G, надійні варіанти відновлення цих систем, пріоритетний доступ національних органів влади до них у періоди кризи, докладний аналіз ризиків щодо комунікаційних систем. Також у 2020 р. ці вимоги було уточнено з огляду на нові технології інтернет-зв'язку, вплив та наслідки пандемії *COVID-19*³⁰.

У комюніке Брюссельського саміту Північноатлантичної ради у червні 2021 р. було проголошено створення Всеохопної політики кібернетично-

²⁷ Resilience and Article 3 (n 20).

²⁸ Roepke, Thankey (n 19).

²⁹ Brussels Summit Declaration. Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Brussels 11–12 July 2018 <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_156624.htm#21> (accessed: 10.01.2022).

³⁰ Resilience and Article 3 (n 20).

го захисту з трьома пріоритетами: стримування, оборона та посилення стійкості. Було наголошено, що кібернетичні атаки як засіб гібридних операцій за рішенням Північноатлантичної ради можуть визнаватися випадком нападу на держав-учасниць, рівнозначним збройному нападу, що передбачає колективну оборону. Значну увагу приділено енергетичній безпеці, зокрема диверсифікації та інтеграції шляхів постачання енергоносіїв, захисту критичної інфраструктури³¹.

У резолюції “Посилені зобов’язання щодо стійкості”, ухваленій під час цього саміту як доповнення до Варшавської резолюції 2016 р., передбачається розробка державами – учасницями НАТО національних цілей і планів щодо підвищення стійкості. Серед загроз стійкості держав, що виходять від інших держав і недержавних акторів, названі:

конвенційні, неконвенційні та гібридні загрози й дії; терористичні атаки; шкідлива кібердіяльність, що зростає й стає дедалі більш складною; дедалі більш поширена ворожа інформаційна діяльність, включно з дезінформацією, спрямована на дестабілізацію наших суспільств та підірив цінностей, які ми поділяємо; спроби втручання у наші демократичні процеси та належне врядування³².

Серед *посилених зобов’язань щодо підвищення стійкості* названі: безпека і диверсифікація ланцюжків поставок, а також стійкість критичної інфраструктури (на землі, в морі, космосі та кіберпросторі) та ключової промисловості, включно з їх захистом від шкідливої економічної діяльності; використання розвитку технологій для захисту комунікацій нового покоління, захисту технологій та інтелектуальної власності; додання викликів енергетичній безпеці, що породжуються природними катастрофами, посиленими змінами клімату; збільшення вкладень у потужні, гнучкі та сумісні військові спроможності; посилення взаємодії держав-учасниць (консультації, рішення, дії); готовність до оперативної зміни політики НАТО; посилення взаємодії органів влади з приватним, громадським секторами, суспільством, посилення публічної комунікації; посилення взаємодії з міжнародними організаціями (насамперед з ЄС) та державами – партнерами поза НАТО. Основою стійкості називається відданість спільним цінностям³³.

У статті співробітників Департаменту оборонної політики і планування НАТО В.-Д. Рьопке і Г. Сенке стійкість цивільних структур, ресурсів та послуг називається першою лінією оборони сучасних суспільств. Стійкі

³¹ Brussels Summit Communiqué. Issued by the Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Brussels 14 June 2021 <https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_185000.htm?selectedLocale=en> (accessed: 10.01.2022).

³² Strengthened Resilience Commitment <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_185340.htm> (accessed: 10.01.2022).

³³ Ibid.

суспільства, де всі органи влади, публічний і приватний сектори залучені до планування цивільної готовності, мають менше вразливостей і становлять чинник стримування потенційного ворога, який не може досягти бажаних цілей. Також такі суспільства мають кращі шанси на швидке відновлення до передкризового функціонального рівня. Підходом НАТО автори називають посилення стійкості на випадок будь-якої загрози – природного надзвичайного лиха, викликів гібридної війни, тероризму, збройного конфлікту чи їх поєднання³⁴.

Основним органом НАТО щодо цивільної підготовленості й стійкості нині є Комітет планування щодо цивільних надзвичайних ситуацій (*Civil Emergency Planning Committee*). Він на постійній основі займається моніторингом і аналізом впливу криз, поширює інформацію і кращі практики серед держав-учасниць³⁵.

ЄС почав розглядати проблеми гібридних загроз комплексно лише у 2015 р. У доповіді Високого представника ЄС із зовнішніх справ та політики безпеки 2016 р. “Спільна позиція щодо протидії гібридним загрозам” було наголошено на тому, що визначення цих загроз має залишатися гнучким і не може бути точним і вичерпним. Але доповідь усе ж визначає їх як

суміш силової та підривної діяльності, конвенційних та неконвенційних методів (тобто дипломатичних, військових, економічних, технологічних), які можуть бути скоординовано використані державою чи недержавними акторами для досягнення певних цілей, залишаючись при цьому нижче порога офіційно оголошеної війни <...> Гібридні загрози спрямовані на використання вразливостей країни і часто на підрив основоположних демократичних цінностей і свобод³⁶.

Стверджуючи національну специфіку гібридних загроз і відповідальність за протидію ним держав – членів ЄС, доповідь наголошує на потребі координації їхніх зусиль. Основними засобами протидії гібридним загрозам документ називає їх усвідомлення, посилення стійкості держав, попередження, відповідь на кризи та відновлення. Зокрема, стійкість у документі визначається як “спроможність витримувати стрес і відновлюватися, посилюючись викликами”. Йдеться про ключову інфраструктуру, ланцюжки постачання та суспільство. Щодо суспільства йдеться насамперед про протидію радикалізації та насильницькому екстремізму. Це передбачає елементи контролю щодо поширення інформації і протидії пропаганді, роботу з радикалізованими та вразливими особами,

³⁴ Roepke, Thankey (n 19).

³⁵ Resilience and Article 3 (n 20).

³⁶ Joint Communication to the European Parliament and the Council. Joint Framework on countering hybrid threats – a European Union response. European Commission <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016JC0018&from=EN>> (accessed: 10.01.2022).

підготовку фахівців, обмін практиками та інформацією між державами, цілеспрямовану роботу правоохоронних органів, як і розуміння та усунення економічних, політичних та соціальних чинників, що сприяють розвитку екстремізму і радикалізму³⁷.

У доповіді Європейського Парламенту “Протидія гібридним загрозам: Співпраця ЄС-НАТО” (березень 2017 р.) залежно від інтенсивності гібридної небезпеки та намірів залучених акторів виокремлюються: гібридна загроза (‘явище, що є наслідком зближення і взаємної пов’язаності різних елементів, які разом формують більш складну і багатовимірну загрозу’), гібридний конфлікт (‘ситуація, в якій сторони конфлікту уникають явного використання збройних сил одна проти одної, покладаючись натомість на поєднання військового залякування (незавершені атаки), використання економічних і політичних вразливостей, дипломатичні чи технологічні засоби досягнення своїх цілей’), гібридна війна (‘ситуація, в якій країна вдається до явного використання збройних сил проти іншої країни чи недержавного актора разом із сумішшю інших засобів, зокрема, економічних, політичних та дипломатичних’). Документ називає викликом необхідність переходу від статичного розуміння переліку гібридних загроз до розуміння “динамічної природи гібридності”, тобто процесів, а також передумов і мотивів цих процесів, що можуть перетворювати певні ситуації на гібридні загрози³⁸.

У документі вказується на *сучасні тенденції у протидії гібридним загрозам*. 1. Концептуальні тенденції: поява, окрім управлінських, загальносуспільних стратегій менеджменту ризиків та побудови стійких суспільств. Як зазначається, ‘фокусування на стійкості допомагає пом’якшити ризики, які можуть вести до гібридних конфліктів у майбутньому (зокрема, щодо енергії чи доступу до води), та вдосконалює практики асоційованого менеджменту ресурсів’. 2. Матеріальні тенденції: публічно-приватне співробітництво щодо безпеки і розвитку, яке враховує, що ресурси протидії гібридним загрозам перебувають у руках не лише уряду, а й громадянського суспільства, приватного сектора, окремих громадян. 3. Правові тенденції: посилення взаємодії між державами для вироблення спільних підходів до кваліфікації гібридних загроз, а також альтернативних конвенціям підходів (зокрема, заходів щодо розвитку довіри, співробітництва у сфері правозастосування тощо). 4. Інституційні тенденції: розширення сфери діяльності наявних чи створення нових інституцій³⁹.

³⁷ Joint Communication to the European Parliament and the Council Joint Framework on countering hybrid threats – a European Union response (n 36).

³⁸ Countering hybrid threats: EU-NATO cooperation. European Parliamentary Research Service Briefing, March 2017. EPRS_BRI(2017)599315_EN.

³⁹ Ibid.

Доповідь Європейської Комісії “Підвищення стійкості та підтримка спроможностей для відповіді на гібридні загрози” 2018 р. важливим елементом відповіді на гібридні загрози називає посилення стійкості, яке залишається здебільшого у сфері відповідальності держав-членів. Але ЄС у співпраці з НАТО сприяє їм у цьому. З цією метою у 2016 р. було підписано спільну декларацію двох організацій⁴⁰. Чотирма сферами пріоритетного співробітництва ЄС і НАТО щодо протидії гібридним загрозам є: ситуаційне оповіщення, стратегічні комунікації, кібербезпека, попередження і залагодження криз⁴¹.

Стратегія безпеки ЄС “Безпечний союз” 2020 р. пропонує ‘загально-суспільний підхід до безпеки, який може у координованій манері ефективно відповідати швидкозмінному ландшафту загроз’. Основні підходи ЄС, згідно із стратегією, полягають у “внутрішньо-зовнішньому зв’язку” (координації дій держав-членів та взаємодії зі стратегічними партнерами, зокрема з НАТО і G7), усвідомленні та впровадженні безпекового виміру в будь-якій політиці з метою формування ‘екосистеми безпеки, що охопить весь обшир європейського суспільства’. Поняття останньої засноване на розумінні безпеки як спільної відповідальності європейських та національних інституцій, бізнесу, громадського сектора та громадян, пов’язаності безпеки з основоположними цінностями, зростанні взаємного зв’язку між внутрішньою і зовнішньою безпекою⁴².

Як зазначається у документі, криза, пов’язана з вірусом *COVID-19*, продемонструвала, ‘як соціальні поділи та невизначеності створюють безпечову вразливість’, що посилює потенціал складних та гібридних атак держав і недержавних акторів. Ці напади використовують вразливості за допомогою суміші кібератак, руйнування критичної інфраструктури, кампаній дезінформації, радикалізації політичного наративу. Зокрема, пандемія інструменталізується через ‘маніпуляцію інформаційним середовищем та виклики ключовій інфраструктурі’, ослаблення соціальної згуртованості, підрив довіри до інституцій ЄС та урядів держав-членів.

Серед основних засобів протидії гібридним загрозам називаються: раннє виявлення, аналіз, готовність, ‘розвиток стійкості й попередження через відповіді на кризи та управління їх наслідками’. Важливо, що наголошено, хоча й не розкрито, на необхідності ініціатив у сферах освіти, технологій та наукових досліджень. Як зазначається у документі, цен-

⁴⁰ Joint Communication to the European Parliament, the European Council and the Council. Increasing resilience and bolstering capabilities to address hybrid threats. Brussels, 13.6.2018. JOIN(2018) 16 final <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:52018JC0016>> (accessed: 10.01.2022).

⁴¹ Joint Staff Working Document EU operational protocol for countering hybrid threats “EU Playbook”. Brussels, 5.7.2016. SWD(2016) 227 final.

⁴² Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Security Union Strategy. COM/2020/605 final <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1596452256370&uri=CELEX:52020DC0605>> (accessed: 10.01.2022).

тральним для попередження і захисту від гібридних загроз є розвиток стійкості. Тому структури ЄС збиратимуть, поширюватимуть, аналізуватимуть інформацію в цій сфері й мають створити єдині стандарти для держав-членів, зокрема “базові показники секторальної гібридної стійкості”, протоколи відповідей на гібридні кризи⁴³.

Спеціалізованою аналітичною й контррозвідальною структурою ЄС є *EU Hybrid Fusion Cell*, що перебуває у структурі Розвідувального і ситуаційного центру (*EU Intelligence and Situation Centre, EU INTCEN*) – частини Служби зовнішньої діяльності ЄС. Зокрема, вона фокусується на ідентифікації зовнішніх гібридних загроз щодо ЄС та держав Східного партнерства. Створено також Міжгалузеву групу “Протидія гібридним загрозам” (*ISG “Countering Hybrid Threats”*), яка аналізує виконання програмних цілей актів ЄС щодо протидії гібридним загрозам. Існує “Гібридна мережа ЄС” (*Points of Contact for EU Hybrid Network*) – мережа відповідальних за співробітництво представників європейських і національних відомств, сфера діяльності яких пов’язана з гібридними загрозами. Ця мережа забезпечує оперативну взаємодію з *Hybrid Fusion Cell*⁴⁴. У 2015 р. засновано експертну структуру *East Stratcom Task Force* для боротьби з дезінформацією з боку РФ та розвитку комунікацій з державами Східного партнерства. Пізніше за її зразком було створено відповідні структури для Західних Балкан й арабомовного світу. Здійснюються заходи щодо перевірки стійкості різних сфер життєдіяльності європейських держав⁴⁵.

Забезпечення протидії гібридним загрозам в українському законодавстві

Протягом тридцятилітнього незалежного розвитку в Україні було створено розвинену систему законодавства у сфері захисту національної безпеки. Починаючи з 1990-х років (Концепція (основи державної політики) національної безпеки України⁴⁶, схвалена Постановою Верховної Ради України у 1997 р., стратегії національної безпеки, закони “Про основи національної безпеки України”⁴⁷, “Про Цивільну оборону України”⁴⁸ та ін.) вона відрізняється концептуальною комплексністю, не лише регулюючи основні сфери реальних і потенційних загроз, а й розглядаю-

⁴³ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Security Union Strategy. COM/2020/605 final (n 42).

⁴⁴ Joint Staff Working Document EU operational protocol for countering hybrid threats “EU Playbook” (n 41).

⁴⁵ Joint Communication to the European Parliament, the European Council and the Council. Increasing resilience and bolstering capabilities to address hybrid threats. Brussels, 13.6.2018. JOIN(2018) 16 final (n 40).

⁴⁶ Про Концепцію (основи державної політики) національної безпеки України: Постанова Верховної Ради України від 16 січня 1997 р. № 3/97-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3/97-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁴⁷ Про основи національної безпеки України: Закон України від 19 червня 2003 р. № 964-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/964-15#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁴⁸ Про Цивільну оборону України: Закон України від 3 лютого 1993 р. № 2974-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2974-12#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

чи їх у нерозривному зв'язку зовнішніх і внутрішніх чинників, суб'єктності держави, суспільства і громадянина. Іншою важливою характеристикою законодавства України в цій сфері є спрямованість не лише на збереження функціонування держави і життєдіяльності суспільства, а й на захист демократичного розвитку, прав і свобод людини, притаманних українському суспільству цінностей.

Водночас визначені засади й орієнтири тривалий час залишалися значною мірою декларативними. Наприклад, законодавство щодо цивільного захисту від початку було спрямоване на вирішення питань надзвичайних ситуацій. Тому воно охоплює питання вразливостей у життєдіяльності суспільства й економіки лише частково. Водночас воно весь час було значною мірою декларативним, ніколи повністю не виконувалося, не забезпечувалося достатньо ані кадрово, ані фінансово, ані матеріально. В умовах приватизації та браку уваги держави до цивільної оборони її інфраструктура не розвивалася, була частково перепрофільована або зруйнована.

У чинному Законі України “Про національну безпеку України”⁴⁹ поряд із державною безпекою було запроваджено категорії громадської безпеки і порядку – як захищеності життєво важливих для суспільства та особи інтересів, прав і свобод людини і громадянина, забезпечення яких є пріоритетним завданням діяльності сил безпеки, інших державних органів, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб та громадськості. У Законі передбачено інституційну структуру забезпечення національної безпеки, що визначає сфери відповідальності та взаємодію центральних органів виконавчої влади.

Закон, що значною мірою має рамковий характер, передбачив необхідність своєї деталізації й реалізації у низці стратегічних документів (документів довгострокового планування), що повинні схвалюватися Радою національної безпеки і оборони України і затверджуватися указами Президента України. Вони, в свою чергу, мають бути основою для розроблення галузевих стратегій і концепцій, державних цільових програм, оперативних планів та планів застосування сил і засобів у кризових ситуаціях міністерствами та іншими центральними органами виконавчої влади. Також передбачено проведення комплексних оглядів сектора безпеки і оборони, включно з оглядом громадської безпеки та цивільного захисту, які має організовувати Кабінет Міністрів України й затверджувати Рада національної безпеки і оборони України (далі – РНБО) та які мають сприяти послідовному нарощуванню спроможностей складових національної безпеки.

⁴⁹ Про національну безпеку України: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2469-19#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

Не маючи змоги тут проаналізувати положення всього законодавства України у сфері захисту національної безпеки, звернемо увагу ще на два, на нашу думку, найбільш новачійні за предметом регулювання акти законодавства. Закон України “Про основні засади забезпечення кібербезпеки України”⁵⁰ 2017 р. вводить в українське право систему нових понять – кібернетичний інцидент, кібератака, кібербезпека та ін. Ключові категорії закону пов’язуються з виявленням, запобіганням і нейтралізацією реальних і потенційних загроз національній безпеці, забезпеченням сталого розвитку інформаційного суспільства та цифрового комунікативного середовища. Закон передбачає формування державного реєстру об’єктів критичної інформаційної інфраструктури, щодо яких Кабінет Міністрів України має розробити загальні вимоги кіберзахисту, індикатори кіберзагроз, вимоги до проведення незалежного аудиту інформаційної безпеки. Закон України “Про основи національного спротиву”⁵¹ розкриває сучасну концепцію всезагального спротиву із залученням громадян до дій, спрямованих на забезпечення воєнної безпеки, суверенітету й територіальної цілісності держави, стримування, стійкість і відсіч агресії, завдання противнику неприйнятних втрат, зокрема, шляхом організації руху опору.

Положення цих та інших законів, ратифікованих Україною міжнародних договорів розкриваються у документах довгострокового планування. Основним серед них є Стратегія національної безпеки України, що затверджується указом Президента України. Однією з основних засад чинної Стратегії національної безпеки України 2020 р. є концепт стійкості, який розуміється як здатність суспільства та держави швидко адаптуватися до змін безпекового середовища й підтримувати стає функціонування, зокрема шляхом мінімізації зовнішніх і внутрішніх вразливостей. Питання стійкості у Стратегії розглядається щодо кожної визначеної в ній сфери, вразливої до загроз національній безпеці. Стратегія оперує поняттям гібридної війни, пов’язуючи з нею політичні, економічні, інформаційно-психологічні, кібер- і воєнні засоби здійснення агресії. Наголошується на підривному діяльності РФ проти України, спрямованій на дестабілізацію українського суспільства, його роз’єднання, зокрема за допомогою його вразливостей і перетворення деструктивних внутрішніх акторів на інфраструктуру зовнішнього впливу.

Стратегія національної безпеки 2020 р. передбачає розробку стратегічних документів для її реалізації в різних сферах. Але сьогодні ухвалено менше половини із запланованих документів, зокрема: Стратегію людського розвитку; Стратегію воєнної безпеки України; Стратегію розвитку

⁵⁰ Про основні засади забезпечення кібербезпеки України: Закон України від 5 жовтня 2017 р. № 2163-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2163-19#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁵¹ Про основи національного спротиву: Закон України від 16 липня 2021 р. № 1702-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1702-20#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

оборонно-промислового комплексу України; Стратегію економічної безпеки; Стратегію енергетичної безпеки; Стратегію кібербезпеки України.

Серед стратегічних документів галузевого характеру слід відзначити насамперед Стратегію воєнної безпеки 2021 р. Вона заснована на ідеї стійкого й всеохоплюючого стримування та опору, які передбачають використання для відсічі агресії всього потенціалу держави та суспільства, застосування у боротьбі всіх законних форм збройної боротьби, включно з асиметричними діями, налагодження надійних каналів комунікації з населенням та підтримання його життєдіяльності. Серед іншого передбачається підтримання не лише оперативного і мобілізаційного, а й громадського військового резерву. Стимування в контексті всеохоплюючої оборони України передбачає готовність не лише сил оборони, а й національної економіки, населення та всієї держави до відсічі збройній агресії. Значною мірою Стратегія складається з доволі загальних положень без розкриття форм, засобів та інституційного забезпечення їх реалізації.

Натомість Стратегія економічної безпеки України на період до 2025 р., затверджена у 2021 р., має не лише теоретичний, а й цілком визначений практичний, хоча й вузький, потенціал. У Стратегії помітна орієнтація на усвідомлення і концептуалізацію безпекової складової у різних сферах життєдіяльності з метою забезпечення їх стійкості від зовнішніх і внутрішніх викликів та загроз. Стратегія обґрунтовує постійний моніторинг і щорічну оцінку економічної стійкості на основі визначених індикаторів рівня економічної безпеки та їх критичних меж, наводяться відповідні індикатори та методики, розроблені на основі уточнення розробок, запроваджених Міністерством економічного розвитку й торгівлі України в 2013 р.

Стратегія енергетичної безпеки 2021 р., схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України, розвиває поняття стійкості функціонування енергетичного сектора на основі диференціації викликів, ризиків та загроз у цій сфері та принципів і завдань їх менеджменту. У документі заявлено про необхідність запровадження механізму співпраці та взаємодії між державою та операторами критичної інфраструктури енергетичного сектора на випадок кризових ситуацій, зокрема щодо залучення представників держави до участі та контролю за виконанням планів реагування на кризи, механізмів державно-приватного партнерства для забезпечення енергетичної безпеки. Але загалом Стратегія має значною мірою декларативний характер.

Стратегія кібербезпеки України 2021 р. у дусі підходів останнього десятиліття до проблем безпеки визнає кіберпростір разом з іншими фізичними просторами одним з можливих театрів воєнних дій, а також пропонує загальне бачення кібервикликів і кіберзагроз, і зокрема в умовах пандемії COVID-19, передумов та чинників, які формують такі загро-

зи. Принципами протидії таким загрозам, слідом за документами НАТО, називаються стримування, стійкість і взаємодія. Констатуючи суттєві успіхи України в інституційному і технічному забезпеченні протидії кіберзагрозам, Стратегія визначає подальші потреби цієї сфери, адаптуючи загальні безпекові орієнтири НАТО й українського законодавства. Зокрема, це стосується й залучення до вирішення завдань у цій сфері більш широкого кола учасників, зокрема й суб'єктів господарювання, громадські об'єднання та окремих громадян України. Значну увагу в документі приділено вже створеному Національному координаційному центру кібербезпеки, який є робочим органом РНБО України. Власне, Стратегія докладно викладає та уточнює повноваження цього органу. Також пропонується низка ініціатив у сфері розвитку кібербезпеки, які може бути реалізовано державними органами, приватним і громадським сектором. Їх має бути деталізовано у плані реалізації Стратегії, що буде розроблено Національним координаційним центром кібербезпеки, без уточнення суб'єкта схвалення (вірогідно, РНБО). Передбачається регулярне здійснення огляду стану національної системи кібербезпеки, а також кіберзахисту державних інформаційних ресурсів та критичної інформаційної інфраструктури. Декларується перспективна розробка постійної оцінки ефективності реалізації Стратегії на основі системи індикаторів стану кібербезпеки. Достатньо знаковим також вважаємо вказівку в Стратегії на наступальні дії в кіберпросторі як один з орієнтирів політики безпеки України.

До документів стратегічного планування у сфері протидії загрозам національної безпеки можна віднести й інші нормативно-правові акти, наприклад, затверджену указом Президента України Концепцію боротьби з тероризмом в Україні 2019 р. Вона, зокрема, передбачає визначення переліку і характеристик, заходів щодо захисту, ведення реєстру найбільш уразливих об'єктів можливих терористичних посягань, оцінку терористичних ризиків тощо.

Розроблено систему інших підзаконних актів на виконання положень законодавства у сфері протидії гібридним та іншим загрозам національній безпеці. Наприклад, це акти Кабінету Міністрів України: Загальні вимоги до кіберзахисту об'єктів критичної інфраструктури 2019 р., Порядок формування переліку об'єктів критичної інформаційної інфраструктури 2020 р., Розпорядження про затвердження плану заходів з реалізації Концепції боротьби з тероризмом в Україні 2021 р. тощо.

Одним з останніх у цій сфері є Указ Президента України від 17 вересня 2021 р. "Про Стратегічний оборонний бюлетень України"⁵², який

⁵² Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 20 серпня 2021 року "Про Стратегічний оборонний бюлетень України": Указ Президента України 17 вересня 2021 р. № 473/2021 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/473/2021#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

визначає основні напрями реалізації воєнної політики України в контексті всеохоплюючої оборони України, перспективну модель Збройних Сил України та інших складових сил оборони і вимоги до її побудови, основні спроможності сил оборони, яких необхідно досягти, стратегічні цілі розвитку сил оборони, основні завдання та очікувані результати їх досягнення.

Документ розкриває закладену в Законі України “Про основи національного спротиву” концепцію всеохоплюючої оборони й стійкого опору як використання всього потенціалу держави та суспільства в умовах неможливості досягнення воєнного паритету з противником, а також запропоновану в Стратегії національної безпеки України ідею асиметричних дій. Асиметричні та непрямі дії згідно із Стратегічним оборонним бюлетенем – це вміння вчиняти дії, які відрізняються від дій противника, з організацією своєї діяльності та мислення таким чином, щоб відрізнитися від нього з метою використання його вразливих місць та максимізації своїх переваг, шляхом перехоплення ініціативи та/або забезпечення простору для маневрування, ефективного використання факторів моральної переваги країни, яка захищає свої національні цінності та національні інтереси. Варто підкреслити також відображені в документі ідеї превентивних дій, здійснення впливу на кіберпростір противника, знищення або захоплення кіберінфраструктури противника, мережецентричного підходу до ведення бойових дій. Стратегічний оборонний бюлетень наголошує на координації дій і розподілі відповідальності всіх державних органів і суспільства, розвитку ефективної системи стратегічних комунікацій із суспільством тощо.

Висновки. На нашу думку, гібридну війну можна визначити як новий тип протистояння держав між собою та з недержавними акторами, діалектично пов’язаний із заборонаю в міжнародному праві звичайної війни як засобу національної політики. У вузькому розумінні, характерному для військових аналітиків, гібридна війна становить поєднання регулярних та іррегулярних методів ведення війни. У широкому і більш відповідному реаліям баченні гібридна війна є видом протистояння, заснованим на неофіційних, неавторизованих чи замаскованих невоєнних і воєнних ворожих діях, спрямованих на ураження всіх сфер життєдіяльності суспільства, включно із функціонуванням держави та економіки, соціальними комунікаціями, модусами поведінки людей. Можна визначити такі характеристики гібридної війни: транскордонність, тотальність і безперервність; неофіційний характер, за якого держави уникають формального проголошення війни; спрямованість на створення контрольованого реального чи суб’єктивно відчутого хаосу; домінування невоєнних засобів; різноманітність і ситуативність методів, що не піддаються точній класифікації, а відповідають вразливостям кожної сфери життєдіяль-

ності та цінностей людини й суспільства; відсутність чіткої межі між зовнішньою і внутрішньою політикою в здійсненні й протидії гібридній війні; широке використання методів психологічного впливу на населення. На нашу думку, транскордонний, атериторіальний характер частини методів гібридної війни припускає дзеркальний або діалектичний вплив на суспільство не лише об'єкта, а й суб'єкта гібридної агресії – тому ефективний насамперед у ситуації значних відмінностей між суспільствами, коли припущені недоліки першого відповідають припущеним перевагам іншого. Крім того, в умовах світової гібридної війни немає сфер, регіонів чи держав абсолютної невразливості, але перевагу мають громадянські суспільства з найбільш стійкими демократичними традиціями, безсумнівною демократичною легітимністю основних процедур і процесів, або найбільш контрольовані й закриті тоталітарні держави з архаїчним рівнем суспільного розвитку, а найбільш вразливими є суспільства і держави у процесі суттєвого реформування.

Для концептів та орієнтирів НАТО у сфері протидії гібридним загрозам було характерне формальне обмеження розуміння безпеки та нападу переважно військовими питаннями. Але починаючи з 2014 р., це бачення поступово розширюється, спочатку через поняття прихованих операцій та інформаційних засобів протистояння. Найновішою тенденцією є наголос стратегічних документів НАТО на таких гібридних загрозах, як кібернапади, шкідлива економічна діяльність, свідоме порушення режиму постачання енергоносіїв.

У документах НАТО останніх років акценти суттєво зміщуються, дедалі більше увага приділяється безпеці цивільних спроможностей як “першої лінії оборони”, а в межах концептів стійкості та цивільної готовності затираються межі між гібридними, природними і техногенними загрозами. При цьому цивільна готовність передбачає, зокрема, інтеграцію безпекової діяльності національних органів влади, приватного і громадського секторів, а основою стійкості проголошується відданість спільним цінностям держав-учасниць.

НАТО проголошує протидію гібридним загрозам насамперед сферою відповідальності держав-учасниць, які мають підвищувати свою стійкість. Альянс встановлює базові вимоги щодо стійкості, серед яких насамперед захист державного управління, порядку, комунікацій, включно з інформаційними мережами, та забезпечення базових потреб населення. Водночас принциповими змінами у розумінні відповідальності НАТО стало визнання починаючи з 2015 р. гібридного нападу (фізичних дій, а згодом і віртуальних) видами збройної агресії, що передбачають можливість колективної оборони. Крім того, НАТО визначила сферою своєї діяльності збирання і поширення інформації, консультування, методичну та експертну допомогу в сфері протидії гібридним загрозам.

ЄС розвиває свою стратегію протидії гібридним загрозам починаючи з 2015 р. Як і НАТО, ЄС проголошує протидію гібридним загрозам насамперед сферою відповідальності держав-членів, але на себе покладає координацію їх політики, встановлення і забезпечення дотримання єдиних стандартів, збирання інформації та здійснення перспективних аналітичних досліджень. Водночас значна частина повноважень щодо колективної протидії гібридним загрозам фактично передається НАТО.

Стратегічні документи ЄС вказують на динамічну природу феномена гібридності, яка має мінливий процесуальний характер, який складно точно ідентифікувати та класифікувати, а також на синергетичний характер гібридних викликів, що саме у своєму поєднанні створюють комплексні загрози суспільству. Для підходів ЄС характерна концепція загальносуспільного менеджменту ризиків як елемента протидії гібридним загрозам. Вона, зокрема, передбачає розгляд частини загроз як викликів, що за умови їх передбачення та адекватної відповіді можуть стати шансом для посилення стійкості суспільств і держав. Зокрема, йдеться про необхідність гармонізації суспільних відносин, усунення передумов для розвитку екстремізму й радикалізму, пом'якшення ризиків, інклюзивний менеджмент ресурсів тощо.

Завдяки такому підходу, як припускається, ризики (принаймні, внутрішні) не повинні перетворитися на загрози, що здатні стати передумовою гібридного конфлікту і навіть гібридної війни. При цьому ключовим є розвиток публічно-приватного співробітництва з метою збереження довіри до європейських і національних інституцій, відданості спільним цінностям, усвідомлення і реалізація безпекового виміру будь-якої сфери політики держав та ЄС, нерозривності внутрішнього і зовнішнього вимірів безпеки суспільства.

В Україні було створено розвинене, але значною мірою декларативне законодавство у сфері захисту національної безпеки. І лише починаючи з 2018 р. було вперше централізовано управління, запропоновано систему координації органів влади у сфері національної безпеки, створено нормативно-правові основи для комплексної інституційної структури забезпечення національної безпеки як сфери відносин і взаємодії органів виконавчої влади та інших інститутів. І так само вперше протягом сучасного етапу було створено засади ієрархічної структури нормативно-правових актів, згідно з якою загальні положення законів розкриваються у визначеному переліку стратегічних документів (документів довгострокового планування), деталізуються у галузевих стратегіях і концепціях, державних цільових програмах, комплексних оглядах сектора безпеки і оборони, операційних документах (операційних планах, планах застосування сил і засобів, протоколах реагування на кризові ситуації та відновлення після них, реєстрах об'єктів). Нарешті, все це забезпечується

нормативно-правовими актами і положеннями технічного характеру, що містять механізми й засоби оцінки і моніторингу стійкості й вразливості, ризиків і загроз (індикатори, вимоги, методики, порядки, плани реалізації, матеріали оглядів тощо).

Також сучасний етап розвитку законодавства України у сфері національної безпеки характеризується: новими філософськими засадами, визначеними як “нова культура безпеки”, що виявляються в усвідомленні безпекової складової всіх сфер життєдіяльності, ідеї стійкості як менеджменту вразливостей і побудови спроможностей; запозиченням безпекових стандартів і концепцій НАТО; відмовою від виключних переліків категорій загроз, адже гібридизація агресії зробила це неактуальним; поступовим формуванням інтегральної або загальносуспільної концепції безпеки, елементом якої є, зокрема, ідея всеохоплюючої оборони; розширенням і модернізацією розуміння предмета регулювання законодавства, що дала змогу врахувати поряд із фізичним також віртуальний простір протистояння з притаманними для нього загрозами.

Водночас законодавство у сфері захисту національної безпеки, і зокрема від гібридних загроз, має й суттєві недоліки. Зокрема, цілком статистично-описовою і декларативною є Стратегія людського розвитку, схвалена у 2021 р., що за змістом не зовсім відповідає передбаченому для неї статусу документа довгострокового планування у сфері національної безпеки. В інших сучасних нормативно-правових актах втрачено попередні пропозиції щодо конкретних механізмів громадського контролю і залучення громадськості до вироблення і реалізації політики національної безпеки, розробки індикаторів оцінки захищеності національних інтересів, регулярного проведення порівняльно-правового моніторингу законодавства держав-сусідів і провідних держав світу (запропоновані, наприклад, у Стратегії національної безпеки 2007 р.) та ін. Практично не розкритими у законодавстві залишаються форми й механізми взаємодії держави з приватним сектором.

Можливо, однією з найважливіших сутнісних характеристик сучасного визначеного у законодавстві бачення захисту національної безпеки є його, як це дивно не звучало б, гібридність. Усвідомлення сутності й механізмів гібридних загроз привело до діалектичної відповіді – синтезу традиційної й нової гібридної стратегії протистояння. Саме тому сучасна українська безпекова стратегія заснована на цілком гібридному поєднанні регулярних та іррегулярних методів ведення бойових дій, кібероперацій та інших засобів протистояння. Це виявляється у концепціях стійкого опору, асиметричних і непрямих дій, мережоцентричного підходу до ведення бойових дій, наступальних дій у кіберпросторі тощо.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Fleming B, *The Hybrid Threat Concept: Contemporary War, Military Planning and the Advent of Unrestricted Operational Art*. Fort Leavenworth (United States Army Command and General Staff College 2011) (in English).
2. Tarasiuk V, *Zastosuvannia informatsiinykh tekhnolohii v umovakh hibrydnoi viiny* (GlobeEdit 2020) (in Ukrainian).

Edited books

3. Sari A (ed), *Hybrid threats and the law: Concepts, trends and implications* (The European Centre of Excellence for Countering Hybrid Threats 2020) (in English).
4. *Hibrydni zahrozy Ukraini i suspilna bezpeka. Dosvid YeS i Skhidnoho partnerstva. Analitichnyi dokument* (Martyniuk V red, 2018) (in Ukrainian).
5. Horbulin V (red), *Svitova hibrydna viina: ukrainskyi front* (NISD 2017) (in Ukrainian).

Journal articles

6. Pyrozhkov S, Bozhok Ye, Khamitov N, 'Natsionalna stiikist (rezylientnist) krainy: stratehiia i taktyka vyperedzhennia hibrydnykh zahroz' (2021) 8 Visnyk NAN Ukrainy (in Ukrainian).

Websites

7. Roepke W-D, Thankey H, 'Resilience: the first line of defence' (*NATO Review*, 27.02.2019) <<https://www.nato.int/docu/review/articles/2019/02/27/resilience-the-first-line-of-defence/index.html>> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).
8. Gerasimov V, 'Cennost' nauki v predvidenii. Novye vyzovy trebujut pereosmyslit' formy i sposoby vedenija boevykh dejstvij' (*Voenno-promyshlennyj kur'er*, 27.02.2013) <<http://www.vpk-news.ru/articles/14632>> (accessed: 10.01.2022) (in Russian).
9. Horbulin V, 'Iakiy Feniks narodytsia zi zgharyshcha svitovoi hibrydnoi viiny?' (*Dzerkalo tyzhnia*) <https://zn.ua/ukr/article/print/internal/yakiy-feniks-naroditsya-zi-zgarischa-svitovoyi-gibridnoyi-viyni-259112_.html> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).

Oleksiy Kresin

COUNTERING HYBRID THREATS: INTERNATIONAL EXPERIENCE AND UKRAINIAN LEGISLATION

ABSTRACT. Confrontation between states and various non-state actors throughout human history has never been reduced to purely military means and has not been limited to periods of officially declared wars. The history of hybrid methods of warfare is not only a field, but also a promising area of research. But in the context of immediate practical needs, it is advisable to analyze modern forms of their use and understanding. An important prerequisite for the emergence of hybrid warfare was the prohibition of war under international law, which, of course, reflected significant changes in the worldview of much of humanity. The modern and general form of prohibition of war under

international law is enshrined in the UN Charter. These principles have been consistently disclosed and improved in subsequent UN acts.

Hybrid warfare can be defined as a new type of confrontation between states and non-state actors, dialectically linked to the prohibition of conventional warfare in international law as a means of national policy. In the narrow sense of the word for military analysts, hybrid warfare is a combination of regular and irregular methods of warfare. In a broader and more realistic view, hybrid warfare is a form of confrontation based on informal, unauthorized, or disguised non-military and military hostilities aimed at destroying all spheres of society, including the functioning of the state and economy, social communications, and human behavior. The following characteristics of hybrid warfare can be identified: cross-border, totality and continuity; informal nature, in which states avoid the formal declaration of war; focus on creating controlled real or subjectively felt chaos; dominance of non-military means; variety and situationality of methods that are not subject to accurate classification, but correspond to the vulnerabilities of each sphere of life and values of man and society; lack of a clear line between foreign and domestic policy in implementing and countering hybrid warfare; widespread use of methods of psychological influence on the population.

KEYWORDS: prohibition of war; hybrid warfare; hybrid methods of warfare; countering hybrid threats.

V. Доктрина в практиці Європейського суду з прав людини



Ірина Гловюк

докторка юридичних наук, професорка,
заслужена юристка України, професорка кафедри
кримінально-правових дисциплін
Інституту права Львівського державного університету
внутрішніх справ
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5685-3702>
irynasgloviuk@gmail.com

Олександр Дроздов

доктор юридичних наук, доцент,
заслужений юрист України, доцент кафедри кримінального
процесу Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, віце-президент Співки адвокатів
України, член Комісії з питань правової реформи,
член Науково-консультативних рад Конституційного Суду
України, Верховного Суду,
Національної асоціації адвокатів України
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1364-1272>
droz dov.am1978@gmail.com



Віктор Завтур

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального процесу,
детективної та оперативно-розшукової діяльності
Національного університету "Одеська юридична академія"
(Одеса, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7171-2369>
vzavtur93@gmail.com

Олена Дроздова

кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри
кримінально-правових та адміністративно-правових
дисциплін ПВНЗ "Міжнародний економіко-гуманітарний
університет імені Степана Дем'янчука"
(Рівне, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8018-8116>
e.valerevna1991@gmail.com



ДО РОЗРОБКИ КОНЦЕПТУ ПОЗИТИВНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ
ДЕРЖАВИ У СФЕРІ ПРАВ ЛЮДИНИ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ
(НА ПРИКЛАДІ СТАТТІ 2 КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ
ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД)

Анотація. Кримінальне провадження є діяльністю, де застосовуються відносини “людина – держава”, а отже, важливим є визначення меж діяльності держави в аспекті основоположних прав людини, які можуть бути реалізовані у кримінальному провадженні, а також процесуальних прав людини у кримінальному провадженні. У сучасному науково-практичному дискурсі ці питання можуть бути розглянуті в аспекті позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини у кримінальному провадженні на основі положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ЄКПЛ) та практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ).

Метою статті є уточнення доктринального поняття “позитивні зобов'язання держави” в контексті кримінального провадження як специфічного виду правової діяльності, здійснення класифікації позитивних зобов'язань держави в сфері кримінального провадження, а також визначення їх змісту щодо окремих прав і свобод (з експлікацією на прикладі ст. 2 ЄКПЛ).

У статті на основі доктринальних джерел, у розрізі засади верховенства права, виокремлено особливості та здійснено класифікацію позитивних зобов'язань держави у кримінальному провадженні. Позитивні зобов'язання держави розкрито на основі практики ЄСПЛ. Детально розглянуто процесуальне зобов'язання держави, що випливає зі ст. 2 ЄКПЛ.

У своєму найбільш загальному вираженні позитивні зобов'язання держави є поряд із негативними її зобов'язаннями відповідними обов'язками держави щодо захисту прав людини. Позитивні зобов'язання держави існують лише у вимірі принципу верховенства права. Ці зобов'язання мають подвійну, міжнародно-правову та конституційно-правову природу і включають у себе матеріальні й процесуальні аспекти.

У кримінальному процесі позитивні зобов'язання держави мають забезпечувати реальність й ефективність прав людини і основоположних свобод у кримінальному провадженні та мають здійснюватися як у формі нормотворчої діяльності, результатом якої є, зокрема, формування належного кримінального процесуального законодавства України (зокрема й належної правової процедури), так і у формі правозастосування (зокрема у виді відповідної судової практики), як певного забезпечувального кримінального процесуального механізму. Реалізація позитивних зобов'язань держави у кримінальному провадженні знаходить своє сумарне відображення у положеннях ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України, яка встановлює загальні завдання кримінального провадження. Під позитивними зобов'язаннями держави у сфері кримінального провадження слід розуміти обов'язки держави в особі її компетентних органів забезпечити належну нормативну регламентацію порядку здійснення кримінального провадження, засновану на ідеї балансу приватних і публічних інтересів, включаючи визначення завдань такого провадження та кола правових засобів, якими вони будуть досягнуті, а також обов'язки

осіб, що здійснюють від імені держави кримінальне провадження забезпечити відповідний стандарт правозастосовної діяльності на всіх стадіях та в усіх видах проваджень кримінального процесу, зокрема й у межах міжнародного співробітництва під час кримінального провадження.

Ключові слова: кримінальне провадження; позитивні зобов'язання; право на життя; ефективне розслідування; стандарти розслідування; потерпілий; публічність; міжнародне співробітництво; Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод; практика Європейського суду з прав людини; рішення Верховного Суду.

Проблеми взаємодії держави й особи завжди посідали центральне місце у кримінальній процесуальній доктрині, адже тип і характер такої взаємодії формує певну модель кримінального процесу та визначає, в якій цивілізаційній системі координат перебуває національна правова система загалом. Незважаючи на докорінне оновлення кримінального процесуального законодавства України після ухвалення Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)¹, сучасний науковий дискурс характеризується перманентним пошуком нових методологічних засад досягнення цих основоположних питань. Нормативне закріплення у ч. 5 ст. 9 КПК України положення про те, що кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд) підвищило науковий інтерес до тих концепцій та доктрин, які були вироблені прецедентною практикою Суду. Серед них особливе місце посідає доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини, в основі якої, по суті, закладено механізм реалізації тих прав, які гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ, Конвенція)².

Завдяки фундаментальним працям таких фахівців у галузі загальної теорії права та міжнародного права, як А. Бадида, М. Буроменський, В. Буткевич, Л. Гусейнов, Т. Дудаш, І. Кретьова, В. Лемак, О. Петришин, Г. Христова, С. Шевчук, поняття позитивних зобов'язань у сфері прав людини останнім часом перестало бути для вітчизняної науки новим і незвіданим правовим феноменом. Особливої уваги в цьому ключі заслуговує фундаментальна праця Г. Христової «Доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини»³, у якій ґрунтовно розкриваються основні питання, пов'язані з філософсько-правовими засадами ідеї позитивних зобов'язань держави, еволюцією доктрини позитивних

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 10.01.2022).

³ Г. Христова, 'Доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини' (дис канд юрид наук, 2019) 512.

зобов'язань держави у сфері прав людини, типологізацією позитивних зобов'язань, а також змістом позитивних зобов'язань щодо окремих прав і свобод. Поряд із цим, дослідження, присвячені позитивним зобов'язанням держави у сфері кримінального провадження, у яких розкривалась би проблематика реалізації цієї доктрини як на нормативному, так і на правозастосовному рівнях досі залишаються поодинокими. До них можна віднести, зокрема, окремі розділи у дисертаціях О. Лазукової⁴ та С. Чернобаєва⁵, наукові статті О. Горпинюк⁶, О. Федоріва⁷, Т. Фулей⁸, а також авторів цієї праці.

Метою дослідження є уточнення доктринального поняття “позитивні зобов'язання держави” в контексті кримінального провадження як специфічного виду правової діяльності, здійснення класифікації позитивних зобов'язань держави в сфері кримінального провадження, а також визначення їхнього змісту щодо окремих прав і свобод (з експлікацією на прикладі ст. 2 ЄКПЛ).

Окреслена проблематика вимагає передусім звернення до самої сутності поняття “позитивні зобов'язання держави”.

Почнемо з того, що в сучасному праві прав людини центральне місце посідають зобов'язання держави у сфері прав людини (англ. *State human rights obligations*), що охоплюють заборону на втручання держави у сферу індивідуальної свободи, а також вимоги щодо поваги до прав людини, їх забезпечення, захисту та сприяння реалізації. Оскільки порушення прав людини розуміються як невиконання відповідних зобов'язань, аналіз дотримання прав людини (зокрема й під час судового провадження), передовсім вимагає встановлення обсягу та змісту таких зобов'язань держави. Такі зобов'язання мають подвійну, міжнародно-правову та конституційно-правову природу, адже їх юридичною підставою є міжнародне право прав людини та конституційний правопорядок (норми та принципи конституційного права). Наведене обумовлює подальший дихотомічний підхід цього наукового дослідження. Доречно зауважити, що на зобов'язаннях держави у сфері прав людини наголошується у Статуті Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) (статті 55, 56), згідно з якими всі її держави зобов'язуються здійснювати спільні та самостійні дії

⁴ О. Лазукова, ‘Особливий режим досудового розслідування в умовах воєнного, надзвичайного стану або у районі проведення антитерористичної операції’ (дис канд юрид наук, 2018) 75–107.

⁵ С. Чернобаєв, ‘Повноваження слідчого під час досудового розслідування’ (дис канд юрид наук, 2020) 112–21.

⁶ О. Горпинюк, ‘Зобов'язання держави щодо охорони права на життя та заборони катувань у кримінальному праві України’ (2020) 1 Юридичний науковий електронний журнал 206–10.

⁷ О. Федорів, ‘Кримінально-процесуальне забезпечення процесуальних зобов'язань держави за ст. 2 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод’ (2021) 6 Юридичний науковий електронний журнал 183–7.

⁸ Т. Фулей, ‘Позитивні зобов'язання держави за статтею 8 ЄКПЛ щодо захисту дітей від сексуального насильства’ в *Актуальні проблеми досудового розслідування та судового розгляду злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості дітей, шляхи їх вирішення: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції* (НАВС 2020) 327–28.

для сприяння загальній повазі та дотриманню прав людини й основоположних свобод для всіх, незалежно від раси, статі, мови чи релігії. Ці положення Статуту ООН є найбільш загальним правовим зобов'язанням, на основі якого будується все наступне співробітництво держав у сфері прав людини, а також реалізується внутрішньодержавна правозахисна політика⁹.

Принагідно нагадаємо, що у теорії права, як правило, виділяють три основні форми реалізації права: використання (при реалізації норми, що закріплює дозвіл (правомочність)); дотримання (у випадку реалізації норми, що містить заборону); виконання (у разі реалізації норми, що встановлює певний обов'язок). Проте часто виникають такі ситуації, коли суб'єктивні права та юридичні обов'язки не можуть бути реалізовані без додаткового "втручання", яке отримало назву правозастосування¹⁰.

Під правозастосуванням у правовій доктрині прийнято розуміти особливу форму правореалізації, пов'язану зі здійсненням владних повноважень компетентними учасниками процесу правового регулювання з метою конкретизації й індивідуалізації змісту правових норм і принципів у суб'єктивних правах і обов'язках та забезпечення їх фактичної реалізації¹¹.

Наведене дає змогу говорити про правозастосування як про певний забезпечувальний "механізм", який зв'язує застосовану норму права з її повним здійсненням у поведінці суб'єктів права та передбачає обов'язкове втручання компетентних суб'єктів, що мають владні повноваження¹².

Крім того, у доктрині кримінального процесу обов'язок державних органів і посадових осіб, які здійснюють кримінальне провадження, забезпечувати його учасникам (потерпілому, підозрюваному, обвинуваченому тощо) можливість реалізації своїх прав обумовлена тим, що фактичне використання прав учасниками процесу – одна з найважливіших умов об'єктивного неупередженого кримінального провадження, охорони законних інтересів особи у кримінальному процесі¹³. Важливу роль у цьому забезпечувальному механізмі відіграє Верховний Суд (далі – ВС), який згідно зі ст. 36 Закону України "Про судоустрій і статус суддів"¹⁴ забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом. Цей законодавчий підхід цілком відповідає міжнародним стандартам. Так, у Вис-

⁹ О Петришин (ред), *Загальна теорія права: підручник* (Право 2020) 474.

¹⁰ Там само 364.

¹¹ Велика українська юридична енциклопедія, т 3: *Загальна теорія права* (Петришин О голова редкол, Нац акад прав наук України, Ін-т держави і права імені В М Корецького НАН України, Нац юрид ун-т імені Ярослава Мудрого 2017) 562.

¹² Петришин (н 9) 368.

¹³ О Капліна, О Шило (ред), *Кримінальний процес: підручник* (Право 2018) 20.

¹⁴ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

новку Консультативної ради європейських суддів № 20 (2017) “Про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону”¹⁵ зазначається про те, що однакове й уніфіковане застосування закону забезпечує загальнообов’язковість закону, рівність перед законом і правову визначеність у державі, яка керується верховенством права. Єдине застосування законів поліпшує громадське сприйняття справедливості та правосуддя, а також довіру до здійснення правосуддя. Неодноразове ухвалення суперечливих судових рішень, особливо судами останньої інстанції, може спричинити порушення права на справедливий суд, закріпленого в п. 1 ст. 6 ЄКПЛ. Тому далі, коли ми будемо вести мову про виконання державою своїх позитивних зобов’язань у кримінальному провадженні на рівні правозастосування, ми будемо спиратися перш за все на практику Касаційного кримінального суду у складі ВС (далі – ККС ВС).

Також ст. 9 Конституції України визначено, що чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України¹⁶. Відповідно до вимог ст. 17 Закону України “Про виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини” суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права¹⁷.

У методологічному плані важливим є й те, що у рішенні Конституційного Суду України (далі – КСУ) від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016 зазначається, що відповідно до принципу дружнього ставлення до міжнародного права практика тлумачення та застосування ЄКПЛ ЄСПЛ має враховуватися при розгляді справ у порядку конституційного судочинства (п. 2 мотивувальної частини)¹⁸.

Позитивні зобов’язання держави тісно пов’язані з реалізацією принципу верховенства права, перш за все з такими його складовими, як юридична визначеність (доступність законодавства; доступність судових рішень; передбачуваність правових актів; сталість і послідовність приписів правових актів; легітимні очікування; унеможливлення зворотної (ретроактивної) дії правових актів; принципи *nullum crimen sine lege* та *nullum poena sine lege* (“немає закону – немає злочину”, “немає закону – немає покарання”); принцип (правило) *res judicata* (скорочення від давньоримського юридичного правила “*res judicata pro veritate habetur!*”

¹⁵ Висновок Консультативної ради європейських суддів № 20 (2017) “Про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону” від 10 листопада 2017 р. <https://court.gov.ua/userfiles/media/opinion_20-UA.pdf> (дата звернення: 10.01.2022).

¹⁶ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

¹⁷ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

¹⁸ Рішення Конституційного Суду України від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

з латин. – “судове рішення визнається за істину”))¹⁹, заборона свавілля (наявність чітких юридичних обмежень дискреційних повноважень; наявність механізмів запобігання зловживанню дискреційними повноваженнями (*détournement de pouvoir*), реагування на зловживання ними та покарання за це; якщо посадовцям надано дискреційні повноваження, то чи передбачено судовий нагляд за їх здійсненням; зобов’язання органів публічної влади надавати достатнє обґрунтування своїх рішень, особливо коли рішення зачіпають права особи; чи є брак обґрунтованості справжньою підставою для оскарження таких рішень у суді?); дотримання прав людини²⁰.

Як слушно зазначає Г. Христова, категорія “позитивні зобов’язання держави” згадувалася у працях західноєвропейських учених кінця ХІХ – початку ХХ ст., однак сама доктрина була сформована переважно завдяки юриспруденції ЄСПЛ, який послідовно розвиває сучасні стандарти прав людини в результаті тлумачення та застосування ним ЄКПЛ та Протоколів до неї²¹. У своїй практиці Суд дотримується підходу, відповідно до якого всі зобов’язання держави у сфері прав людини поділяються на дві категорії: негативні та позитивні. Якщо перші вимагають від держави не втручатися у сферу реалізації особами прав, гарантованих ЄКПЛ, то другі передбачають наявність у держави обов’язків здійснювати активні дії щодо гарантування конвенційних прав. Тривалий час прецедентна практика Суду була сфокусована саме на негативних зобов’язаннях, натомість концепт позитивних зобов’язань почав розвиватися наприкінці 60-х років, зокрема у так званій “бельгійській мовній справі”²².

До прикладу, у тих випадках, коли ЄСПЛ встановлює, що обставини справи відносяться до “юрисдикції” держави-відповідачки, остання має два основні зобов’язання: негативне зобов’язання утримуватися від дій, які є несумісними з ЄКПЛ (“Ілашку та інші проти Молдови та Росії”²³ [ВП], пункти 320–321); позитивне зобов’язання гарантувати повагу до прав та свобод, гарантованих ЄКПЛ, – принаймні як зазначається у загальній практиці ЄСПЛ (там само, п. 322)²⁴.

¹⁹ В Смородинський, ‘Правова визначеність’ (2020) 2 Філософія права і загальна теорія права 192.

²⁰ Доповідь “Верховенство права”, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року) <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/CDL_AD_2011_003_rev_2011_04_04.pdf> (дата звернення: 10.01.2022); “Мірило правовладдя” затверджено на 106-му пленарному засіданні Венеційської Комісії (Венеція, 11–12 березня 2016 р.) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-ukr)> (дата звернення: 10.01.2022).

²¹ Г Христова, ‘Типи позитивних зобов’язань держави щодо прав людини в юриспруденції Страсбурзького Суду’ [2013] 2 (23) Юрист України 12.

²² J-F Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe: Human rights handbooks 2007) 19.

²³ Ілашку та інші проти Молдови та Росії: рішення Європейського суду з прав людини від 8 липня 2004 р. заява № 48787/99 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_344#Text> (дата звернення: 10.01.2022).

²⁴ Посібник зі статті 1 Європейської конвенції з прав людини. Зобов’язання поважати права людини – поняття “юрисдикції” та “відповідальності” (2018) 14 <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_UKR.pdf> (дата звернення: 10.01.2022).

Водночас зобов'язання держави-відповідачки за ст. 1 ЄКПЛ 'гарантувати кожному, хто перебуває під її юрисдикцією, права і свободи, визначені в [ЄКПЛ]' за цих обставин зводилося до позитивного зобов'язання вживати дипломатичних, економічних, судових та інших заходів, які вона мала можливість вжити і які відповідали міжнародному праву ("Катан та інші проти Республіки Молдова та Росії" [ВП], п. 109; "Ілашку та інші проти Молдови та Росії" [ВП], п. 331)²⁵.

Відзначимо, що ЄСПЛ не було сформульовано дефініцію "позитивних зобов'язань", Суд аналізує їх зміст стосовно певної статті ЄКПЛ. Так, ЄСПЛ у своєму рішенні у справі "Лопез Остра проти Іспанії" зазначив, що, "позитивними зобов'язаннями" є вжиття державою розумних та адекватних заходів для забезпечення прав особи, передбачених відповідною ст. 8 ЄКПЛ (п. 51)²⁶. Ба більше, як зазначається у рішенні у справі "Ілхан проти Туреччини", всі положення ЄКПЛ слід застосовувати і тлумачити у спосіб, який би забезпечував реальність й ефективність закріплених нею прав і свобод²⁷.

Втім, можна стверджувати, що нормативні положення ЄКПЛ мають дихотомічний характер, покладаючи на державу як позитивні, так і негативні зобов'язання.

Водночас ЄСПЛ не розвиває загальну теорію позитивних зобов'язань та не надає їм жодної дефініції, на цьому наголошується й у наукових джерелах²⁸. Однак ці питання натеper є доволі розвинутими у вітчизняній доктрині, яка ґрунтується на аналізі прецедентної практики Суду. Так, наприклад, Г. Христова пропонує комплексне розуміння позитивних зобов'язань як таких, що становлять юридичну повинність держави в особі всіх її гілок влади запроваджувати прийнятні, належні й достатні заходи матеріального або процесуального, юридичного або фактичного характеру для захисту від порушень всього спектра прав людини з боку публічних або приватних осіб та сприяння їх реалізації, межі яких визначаються принципом пропорційності, пріоритетами й ресурсами держави за широкої свободи розсуду у виборі засобів виконання таких зобов'язань²⁹.

І. Кретьова не формулює загальної дефініції позитивних зобов'язань, але, посилаючись на численні доктринальні праці, констатує наявність цілого комплексу таких зобов'язань держави, лише частина з яких прямо

²⁵ Посібник зі статті 1 Європейської конвенції з прав людини. Зобов'язання поважати права людини – поняття "юрисдикції" та "відповідальності" (н 24) 21.

²⁶ López Ostra v. Spain. App. 16798/90. 09 December 1994 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905>> (accessed: 10.01.2022).

²⁷ İlhan v. Turkey. App. 22277/93. 27 June 2000 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-125291>> (accessed: 10.01.2022).

²⁸ С Шевчук, 'Концепція позитивних обов'язків держави у практиці Європейського суду з прав людини' (2010) 2 Право України 59; Христова (н 3) 118.

²⁹ Христова (н 3) 394–5.

впливає із тексту ЄКПЛ, а більшість із них – саме з її цілей і є результатом її динамічного тлумачення. На формування доктрини позитивних зобов'язань як результату еволюційного і динамічного тлумачення ЄКПЛ указує і С. Шевчук³⁰.

Аналізовані доктринальні позиції вітчизняних науковців із проблематики позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини ґрунтуються переважно на послідовній позиції Суду, яка була виокремлена ним ще у справі “ДеБеккер проти Бельгії”, згідно з якою Суд не здійснює абстрактний контроль за законодавством держав – учасниць ЄКПЛ. Це означає, що ЄКПЛ надає державі свободу розсуду у виборі конкретних засобів, за допомогою яких вона буде втілювати у життя покладені на неї ЄКПЛ обов'язки. Роль Суду полягає в тому, аби, розглядаючи конкретну справу, застосовуючи сформовані його прецедентною практикою способи тлумачення ЄКПЛ, встановити, чи були такі засоби належними, пропорційними та достатніми і чи виконала держава покладений на неї обов'язок.

У доктрині висувуються різні ідеї щодо кола таких засобів, які становлять зміст позитивних зобов'язань у сфері прав людини. На думку Г. Христової, якщо запобігання порушенням прав людини слугує кінцевою метою, зміст позитивних зобов'язань може бути визначений як комплексна система захисту прав людини, яка включає: 1) законодавчу/нормативну базу; 2) адміністративні рамки; 3) практичні заходи для *ad hoc* застосування (у конкретних випадках)³¹. Більш розгалужена загальна система загальних позитивних зобов'язань держави була сформульована В. Лемаком й А. Бадиною, і включає в себе: 1) створення законодавства; 2) усунення правових перешкод у законодавчому регулюванні в сфері прав людини; 3) підтримання інфраструктури правопорядку (заснування законом і забезпечення функціонування органів публічної влади та інших спеціалізованих органів, які наділені повноваженнями у сфері прав людини); 4) здійснення державою конкретних адміністративних заходів (адміністративної практики); 5) вирішення комплексних суспільних проблем, які окреслені ЄСПЛ як “структурні проблеми” певної держави³².

Незважаючи на різний ступінь конкретизації змісту позитивних зобов'язань держави, запропонований різними авторами, їх аналіз дає змогу дійти висновку, що позитивні зобов'язання держави незалежно від сфери їхньої реалізації, зводяться фактично до двох ключових обов'язків держави: 1) забезпечити відповідну нормативно-правову базу, тобто створити відповідне національне законодавство, яке відповідає вимогам

³⁰ Шевчук (н 28) 57.

³¹ Христова (н 3) 147.

³² А Бадида, В Лемак, ‘Позитивні зобов'язання держави в контексті розуміння прав людини’ [2017] 2 (26) Публічне право 245–53.

якості та передбачуваності (нормативний рівень); 2) забезпечити належний стандарт застосування відповідних норм права (правозастосовний рівень).

Заявлена проблематика передбачає пошук відповіді на принципове запитання: яку специфіку мають позитивні зобов'язання у сфері прав людини у кримінальному провадженні?

У своєму згенерованому вигляді позитивні зобов'язання держави у кримінальному провадженні знайшли своє відображення у положеннях ст. 2 КПК України, які встановлюють загальні завдання кримінального провадження, а саме захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Із нормативного формулювання завдань кримінального провадження вбачається, що у кримінальному провадженні позитивні зобов'язання виникають не лише щодо особи, а й щодо суспільства та держави загалом. Це, зі свого боку, обумовлює необхідність балансування між приватними та публічними інтересами як на рівні законодавчого забезпечення кримінальної процесуальної діяльності, так і на рівні реалізації відповідних правових норм.

Позитивні зобов'язання у кримінальному провадженні на рівні кримінального процесуального законодавства виражаються в окремих обов'язках, які можуть покладатися на конкретних осіб, які діють *ex officio* від імені держави і наділяються для цього відповідними повноваженнями. Так, наприклад, 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 покладається на слідчого, керівника органу досудового розслідування та прокурора (ч. 2 ст. 9 КПК України); на слідчого, прокурора покладається обов'язок розпочати досудове розслідування в кожному випадку безпосереднього виявлення ознак кримінального правопорушення (за виключенням випадків, коли кримінальне провадження може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого) або в разі надходження заяви (повідомлення) про вчинення кримінального правопорушення, а також вжити всіх передбачених зако-

ном заходів для встановлення події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила (ч. 1 ст. 25 КПК України); обов'язок здійснити досудове розслідування у визначені законом строки покладається на слідчого, прокурора, слідчого суддю (в частині строків розгляду питань, віднесених до його компетенції), а судового провадження – на суд (ч. 2 ст. 28 КПК України); на слідчого суддю, суд, прокурора, слідчого покладається обов'язок забезпечити учасникам кримінального провадження, які не володіють чи недостатньо володіють державною мовою, право давати показання, заявляти клопотання і подавати скарги, виступати в суді рідною або іншою мовою, якою вони володіють, користуючись у разі необхідності послугами перекладача в порядку, передбаченому КПК України (ч. 3 ст. 29). З урахуванням впровадження дізнання, обов'язки, аналогічні обов'язкам слідчого, поширюються на дізнавача. В окремих випадках законодавець може покласти певний обов'язок і на невизначене коло осіб. Так, зокрема, зобов'язання запобігати розголошенню відомостей про приватне життя, яке очевидно може мати як позитивний, так і негативний аспект, покладається на кожного, кому наданий доступ до такої інформації (ч. 4 ст. 15 КПК України).

Відзначимо, що судова практика дещо уточнила аспекти реалізації позитивних зобов'язань розпочати досудове розслідування в кожному випадку безпосереднього виявлення ознак кримінального правопорушення (за виключенням випадків, коли кримінальне провадження може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого) або в разі надходження заяви (повідомлення) про вчинення кримінального правопорушення. Питання підстав внесення відомостей до ЄРДР є одним із найбільш чутливих у доктрині та на практиці, і з цього питання висловився ККС ВС, зазначивши:

слідчий, прокурор після прийняття та реєстрації заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення, виходячи з їх змісту, має перевірити достатність даних, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, за наслідками чого ним приймається рішення про початок досудового розслідування шляхом внесення відповідних відомостей до ЄРДР. Таким чином, підставою початку досудового розслідування є не будь-які прийняті та зареєстровані заяви, повідомлення, а лише ті з них, з яких вбачаються вагомі обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, короткий виклад яких разом із прізвищем, ім'ям, по-батькові (найменуванням) потерпілого або заявника, серед іншого, вноситься до ЄРДР³³.

³³ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 30 вересня 2021 р. у справі № 556/450/18 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/100109396>> (дата звернення: 10.01.2022).

Такий підхід є запереченням автоматичної моделі початку досудового розслідування, закладеної у ст. 214 КПК України.

Як бачимо, ці загальні обов'язки сформульовані здебільшого у нормах глави 2 КПК України, які встановлюють нормативний зміст засад кримінального провадження і деталізуються в інших положеннях КПК України, які регламентують порядок здійснення окремих процесуальних дій.

Водночас такі позитивні зобов'язання можуть впливати з практики ЄСПЛ, яка, як відомо, є джерелом права, а кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики ЄСПЛ (ст. 9 КПК України). До прикладу, у постанові ККС ВС зазначається, що при визначенні того, чи мало місце порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ у зв'язку із провокацією злочину, ЄСПЛ оцінює ситуацію на предмет: 1) наявності ознак підбурювання особи до вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів (матеріальний аспект); 2) дотримання позитивних зобов'язань держави розглянути належним чином заяву особи про схилення її до вчинення злочину співробітниками правоохоронних органів (процесуальний аспект)³⁴.

Однак у сучасній літературі питання щодо можливої класифікації позитивних зобов'язань держави є доволі дискусійним. Ж.-Ф. Аканджи-Комбе виокремлює сутнісні (англ. – *substantial*) та процедурні зобов'язання держави. Сутнісні зобов'язання пов'язані зі здійсненням державою заходів, необхідних для реалізації конвенційних прав, наприклад, встановлення належних правил, що регулюють втручання поліції, заборона жорстокого поводження чи примусової праці, обладнання пенітенціарних установ тощо. Процедурні зобов'язання, навпаки, вимагають від держави належної організації юридичних процедур на рівні національної правової системи, спрямованих на забезпечення якнайкращого захисту осіб, що перебувають під її юрисдикцією, а також достатніх юридичних засобів реагування на випадки порушення прав людини³⁵.

Г. Христова, спираючись на аналіз численних зарубіжних наукових джерел, аналізує у своїх працях такі актуальні натеper типи позитивних зобов'язань, як: 1) обов'язки держави вжити всіх розумних заходів для захисту індивідів від порушень їхніх прав іншими приватними особами; 2) обов'язки щодо належного поводження держави з затриманими чи заарештованими особами; 3) обов'язки держави здійснювати ефективне розслідування “гідних довіри” (тобто обґрунтованих) скарг щодо серйозних порушень прав, гарантованих ЄКПЛ³⁶.

³⁴ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 25 березня 2019 р. у справі № 331/2021/15-к <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/80889381>> (дата звернення: 10.01.2022).

³⁵ Akandji-Kombe (n 22) 16–7.

³⁶ Христова (n 21) 11–9.

Наведені підходи до типологізації позитивних зобов'язань держави в сфері прав людини загалом є прийнятними в контексті кримінального провадження. Поряд із цим, на доктринальному рівні можна виокремити і деякі специфічні для цієї сфери класифікації. Так, зокрема, низка позитивних зобов'язань у кримінальному провадженні впливає із його загальних завдань, визначених ст. 2 КПК України: 1) позитивні зобов'язання щодо захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень; 2) позитивні зобов'язання щодо охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження; 3) забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений; 4) позитивні зобов'язання щодо недопущення застосування до особи необґрунтованого процесуального примусу; 5) позитивні зобов'язання щодо забезпечення застосування до кожного учасника кримінального провадження належної правової процедури. Ці зобов'язання мають найбільш загальний характер і вимагають від держави в особі її компетентних органів здійснити відповідне законодавче забезпечення кримінальної процесуальної діяльності, а від суб'єктів, які діють у кримінальному провадженні *ex officio*, дотримуватись відповідного стандарту правозастосовної діяльності.

В основу класифікації позитивних зобов'язань держави у кримінальному провадженні можна покласти й основні групи прав учасників кримінального провадження, які мають бути забезпечені під час його здійснення. З цієї класифікаційної підстави можна виділити позитивні зобов'язання щодо забезпечення повного, швидкого та неупередженого досудового розслідування, позитивні зобов'язання щодо забезпечення права на повагу до її честі й гідності, позитивні зобов'язання щодо забезпечення права на свободу й особисту недоторканність, позитивні зобов'язання щодо забезпечення права на захист, позитивні зобов'язання щодо забезпечення невторчання у приватне життя та таємниці спілкування у кримінальному провадженні, позитивні зобов'язання щодо забезпечення недоторканності права власності тощо.

Крім того, позитивні зобов'язання у кримінальному провадженні можна розглядати як ті, що покладені безпосередньо на органи та осіб, які мають владні повноваження, так і ті, які мають субсидіарний характер і застосовуються у випадку, коли певна процедура вимагає втручання агентів держави. До таких, зокрема, слід віднести позитивні зобов'язання у частині забезпечення ефективної правничої допомоги, для чого держава, серед іншого, створила систему безоплатної правничої допомоги. У разі, якщо особа не має можливості залучити захисника за договором, зобов'язанням держави в аспекті ст. 6 ЄКПЛ (коли цього ви-

магають інтереси правосуддя) є забезпечення залучення захисника. Відзначимо, що КПК України, на відміну від ст. 6 ЄКПЛ, не вказує на “інтереси правосуддя”, хоча імпліцитно вони, без сумніву, мають місце. Тут слід звернути увагу на те, що ЄСПЛ вказував, що держава не може нести відповідальність за кожен недолік у роботі захисника, призначеного з метою надання юридичної допомоги, або обраного обвинувачуваним. Незалежність представників юридичної професії від держави передбачає, що здійснення захисту є по суті відносинами між підсудним і його захисником незалежно від того, чи призначається захисник для надання юридичної допомоги, чи його послуги оплачуються з приватного джерела. Згідно з пп. “с” п. 3 ст. 6 ЄКПЛ втручання від компетентних національних органів вимагається лише у тому випадку, коли нездатність захисника ефективно представляти інтереси підзахисного є очевидною або достатньою мірою доведена до їх відома якимось іншим способом (рішення “Іглін проти України”³⁷). Тобто держава має втрутитись у ситуації, коли неефективність захисту є очевидною або на неї прямо вказує підозрюваний, обвинувачений.

Враховуючи саму генезу доктрини позитивних зобов'язань, безумовно, ключове значення має виокремлення окремих груп позитивних зобов'язань держави у кримінальному провадженні залежно від основних прав, гарантованих ЄКПЛ (у їх кримінальному аспекті). У цьому контексті доцільно виділяти, серед інших позитивні зобов'язання щодо забезпечення права на життя (ст. 2 ЄКПЛ); позитивні зобов'язання щодо боротьби із катуванням, нелюдським чи таким, що принижує гідність, поводженням (ст. 3 ЄКПЛ); позитивні зобов'язання щодо забезпечення права на свободу та особисту недоторканність (ст. 5 ЄКПЛ); позитивні зобов'язання щодо забезпечення права на справедливий суд (ст. 6 ЄКПЛ); позитивні зобов'язання щодо забезпечення права на приватність (ст. 8 ЄКПЛ); позитивні зобов'язання щодо забезпечення права на ефективний засіб юридичного захисту у кримінальному провадженні (ст. 13 ЄКПЛ); позитивні зобов'язання щодо захисту права власності (ст. 1 Протоколу 1 до ЄКПЛ).

Обсяг цієї статті не дає змоги розкрити зміст позитивних зобов'язань держави у кримінальному провадженні відносно всіх прав і свобод, гарантованих Конвенцією, що в принципі не є її метою. Саме тому ми обмежимося викладом змісту позитивних зобов'язань, що впливають із положень ст. 2 “Право на життя” ЄКПЛ.

³⁷ Іглін проти України: рішення Європейського суду з прав людей від 12 січня 2012 р., заява № 39908/05 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_780#Text> (дата звернення: 10.01.2022).

*Позитивні зобов'язання,
що випливають із положень ст. 2 “Право на життя” ЄКПЛ*

Відповідно до ст. 2 ЄКПЛ право кожного на життя охороняється законом. Нікого не може бути умисно позбавлено життя інакше ніж на виконання смертного вироку суду, ухваленого після визнання його винним у вчиненні злочину, за який закон передбачає таке покарання. Правомірними винятками із цього правила є випадки, коли позбавлення життя є наслідком виключно необхідного застосування сили: 1) для захисту будь-якої особи від незаконного насильства; 2) для здійснення законного арешту або для запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою; 3) при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання.

Передовсім зауважимо, що право на життя є невід’ємним і визнаним на міжнародному рівні (*Jus cogens*), про що, так би мовити, більшість країн світу дійшла відповідного консенсусу. Будучи за своєю природою фундаментальним (але не абсолютним), воно базується на міжнародних і конституційних нормах та принципах, що встановлюють, як правило, однакове застосування, а також механізми щодо забезпечення та захисту права на життя. До прикладу, ст. 3 Загальної декларації прав людини містить положення, що кожна людина має право на життя³⁸. І в Американській конвенції про права людини в ст. 4 закріплено право на життя³⁹. Ухвалена Організацією Африканської Єдності 27 червня 1981 р., Африканська хартія прав людини та народів, яка набрала чинності 21 жовтня 1986 р., у цьому питанні також лапідарна. Відповідно до її ст. 4 ‘людська істота (*human beings*) є недоторканною. Кожна людська істота має право на повагу до її життя і особистої недоторканності. Ніхто не може бути довільно позбавлений цього права’⁴⁰.

Конституції низки країн Європи закріплюють право на життя. Так, Основний закон Федеративної Республіки Німеччина у ч. 2 ст. 2 встановлює, що кожен має право на життя та особисту недоторканність. Необхідно звернути увагу на те, що право на життя закріплено у першому розділі цього закону під назвою “основні права”, що підкреслює основоположний характер цього інституту⁴¹. Конституція Республіки Албанія обмежилася з цього питання короткою нормою ст. 21: ‘Життя людини охороняється законом’⁴².

³⁸ Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text> (дата звернення: 10.01.2022).

³⁹ American Convention on Human Rights, 22 November 1969 <<http://www.cidh.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm>> (accessed: 10.01.2022).

⁴⁰ African Charter on Human and Peoples’ Rights, 27 June 1981 <<https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>> (accessed: 10.01.2022).

⁴¹ Basic Law for the Federal Republic of Germany <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/index.html> (accessed: 10.01.2022).

⁴² Albanian Constitution, 21 October 1998 <<https://wipo.lex.wipo.int/ru/text/224105>> (accessed: 10.01.2022).

Втім, деякі країни конституційно або ж на рівні своїх основоположних актів у сфері прав людини (ст. 5 Конституції Князівства Андорра, ст. 2 Конституції Боснії і Герцеговини, ст. 1 Акта про права людини 1998 р. Великої Британії⁴³) визнають Загальну декларацію прав людини, ЄКПЛ джерелами національного права, а тому право на життя, як воно передбачено, наприклад, ЄКПЛ з урахуванням релевантної практики ЄСПЛ, підлягає безпосередньому застосуванню в цих країнах.

Право на життя проголошено й у конституціях країн, які перебувають за межами європейського простору. Так, у ст. 5 глави I (“Індивідуальні та колективні права та обов’язки”) розділу II (“Основні права та гарантії”) Конституції Бразилії йдеться про те, що всі люди рівні перед законом, без будь-яких відмінностей, бразильцям та іноземцям, які проживають у країні, гарантується недоторканність права на життя⁴⁴.

ЄСПЛ нагадав, що у ст. 2 ЄКПЛ йдеться про одне з фундаментальних положень ЄКПЛ, одне з тих, від яких у мирний час не допускається жодних відступів відповідно до ст. 15 ЄКПЛ. Разом із ст. 3 ЄКПЛ ця норма закріплює одну з основних цінностей демократичних суспільств, що входять до Ради Європи (п. 174 постанови Великої Палати ЄСПЛ від 24 березня 2011 р. у справі “Джуліані та Гаджіо проти Італії”)⁴⁵.

При цьому й у ст. 6 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права визнається та захищається право на життя всіх людей. Це – найвище право, відступ від якого не допускається навіть у ситуаціях збройного конфлікту та під час інших ситуацій надзвичайного стану в державі, за яких життя нації перебуває під загрозою. Право на життя має вирішальне значення як для окремих осіб, так і для суспільства загалом. Воно саме собою є найціннішим правом, властивим кожній людині, а також одним з основних прав, ефективний захист якого є необхідною умовою для здійснення всіх інших прав людини та зміст якого може наповнюватися за допомогою інших прав людини (п. 2 Зауважень загального порядку № 36 “Стаття 6: право на життя”, ухвалено Комітетом з прав людини, розміщено 3 вересня 2019 р. CCPR/C/GC/36)⁴⁶.

Також згідно зі ст. 27 Основного Закону України кожна людина має невід’ємне право на життя; ніхто не може бути свавільно позбавлений життя; обов’язок держави – захищати життя людини (частини 1, 2). За юридичною позицією КСУ, наведеною у рішенні від 29 грудня 1999 р.

⁴³ Human Rights Act 1998 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>> (accessed: 10.01.2022).

⁴⁴ Constitution of the Federative Republic of Brazil, October 5, 1988 <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/normas-e-legislacao/legislacao/legislacao-em-ingles/constitution-of-the-federative-republic-of-brazil>> (accessed: 10.01.2022).

⁴⁵ Giuliani and Gaggio v. Italy. App. 23458/02. 24 March 2011 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104098>> (accessed: 10.01.2022).

⁴⁶ Замечание общего порядка № 36. Статья 6: право на жизнь. Комитет по правам человека 03.09.2019 <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f36&Lang=en> (дата звернення: 10.01.2022).

№ 11-рп/99, конституційне право людини на життя є невід'ємним, невідчужуваним, непорушним та захищається державою (абзац 1 п. 3 мотивувальної частини)⁴⁷.

До того ж КСУ вважає, що позитивний обов'язок держави стосовно впровадження належної системи захисту життя, здоров'я та гідності людини передбачає забезпечення ефективного розслідування фактів позбавлення життя та неналежного поводження, зокрема й щодо осіб, які перебувають у місцях позбавлення волі під повним контролем держави. Ефективність такого розслідування вимірюється його повнотою, всебічністю, оперативністю, незалежністю тощо. Незалежність розслідування порушень прав людини на життя та повагу до її гідності у місцях позбавлення волі означає, зокрема, те, що з погляду безстороннього спостерігача не має існувати жодних сумнівів щодо інституційної (ієрархічної) незалежності державного органу (його службових осіб), уповноваженого здійснювати офіційне розслідування таких порушень. У цьому аспекті не може бути досягнуто незалежності розслідування, якщо компетентний державний орган (його службові особи) інституційно залежить від органу (його службових осіб), якому підпорядковано систему місць позбавлення волі та який несе відповідальність за її функціонування.

Таким чином, на підставі частин 1, 2 ст. 27, частин 1, 2 ст. 28 Конституції України у системному зв'язку з її ст. 3 держава повинна впроваджувати законодавство, яке забезпечувало б здійснення ефективного розслідування за заявами, повідомленнями про порушення конституційних прав людини на життя та повагу до її гідності у місцях позбавлення волі компетентним державним органом (його службовими особами), що не перебуває в інституційній або ієрархічній залежності від державного органу (його службових осіб), якому підпорядковано систему місць позбавлення волі та який несе відповідальність за її функціонування (пп. 2.1 п. 2 мотивувальної частини рішення Великої Палати КСУ від 24 квітня 2018 р. № 3-р/2018)⁴⁸.

У доктрині конституційного права негативний обов'язок держави щодо конституційного права людини на життя полягає у зобов'язанні створити належні організаційні, кадрові, фінансові й інші умови, щоб забезпечити практичне виконання відповідного законодавства. Нездатність чи небажання держави це зробити буде свідчити про порушення норм Конституції. Наприклад, зухвале зволікання в проведенні необхідних слідчих дій у справі про вбивство або відмова суддів застосовувати рішення ЄСПЛ щодо захисту права на життя, коли для цього є підстави. Позитивний обов'язок, відповідно, полягає у зобов'язанні Верховної

⁴⁷ Рішення Конституційного Суду України від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-99#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁴⁸ Рішення Конституційного Суду України від 24 квітня 2018 р. № 3-р/2018 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-18#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

Ради України (як органу законодавчої влади) та інших органів української держави (уповноважених на ухвалення підзаконних актів) виконати конституційний припис про створення законодавства, яке б забезпечувало дотримання в Україні конституційного права на життя. Така діяльність є абсолютно необхідною з огляду на складність цього права та розвиток у світі уявлень про його зміст. Ця діяльність стосується також повноцінної національної імплементації актів динамічного тлумачення міжнародними органами міжнародних договорів України про права людини, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України⁴⁹.

У практиці ЄСПЛ застосовується підхід, відповідно до якого зобов'язання держав за ст. 2 ЄКПЛ поділяються на такі: позитивні, які вимагають від держави забезпечення захисту й реалізації права на життя завдяки ухваленню відповідного законодавства та здійснення певних організаційних (зокрема, превентивних) заходів; негативні, які полягають у тому, що держава має утримуватися від порушення зазначеного права, її органи та посадові особи при застосуванні сили не можуть позбавляти людину життя, крім випадків абсолютної необхідності; процесуальні, які передбачають здійснення конкретних дій у разі загибелі людини та проведення ефективного розслідування. У рішеннях ЄСПЛ застосовується також виокремлення матеріального та процесуального аспектів ст. 2 ЄКПЛ, у межах якого наводиться змістовне тлумачення зобов'язань держави⁵⁰.

У тематичній доповіді ЄСПЛ 2015 р.⁵¹, присвяченій питанням охорони здоров'я людини, зазначено, що зобов'язання держав за Конвенцією можуть бути як негативними, так і позитивними. Відповідно до негативного зобов'язання Договірна держава зобов'язана не втручатися у здоров'я фізичної особи, якщо для цього немає підстав, передбачених ЄКПЛ. Крім того, від держави – члена Ради Європи згідно з її позитивними зобов'язаннями може вимагатися вжиття заходів щодо охорони здоров'я людини. Слід враховувати, що обсяг будь-якого такого позитивного зобов'язання, зокрема і з питань, які стосуються охорони здоров'я, визначається обставинами конкретної справи. Серед величезного масиву прецедентної практики ЄСПЛ можна натрапити на справи, пов'язані з правом на здоров'я людини, в яких найчастіше порушуються такі положення статей ЄКПЛ: право на життя (ст. 2), заборона катування (ст. 3), право на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8) та заборона дискримінації (ст. 14).

⁴⁹ Конституційне право України: підручник (Слінько Т ред, Право 2020) 357.

⁵⁰ Теорія та практика застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: компендіум (Сердюк О, Яковюк І ред, 2-ге вид, Право 2019) 96.

⁵¹ Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights: Thematic report (European Court of Human Rights 2015) 5 <https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf> (accessed: 10.01.2022).

Враховуючи тему цієї статті, доцільно коротко окреслити сферу дії ст. 2 ЄКПЛ. Текст ст. 2 ЄКПЛ показує, що вона охоплює як умисні вбивства, так і випадки, що допускають “застосування сили”, яке як не-навмисний результат може спричинити позбавлення життя (п. 79 рішення у справі “Голубева проти РФ”)⁵². Стаття 2 ЄКПЛ може застосовуватися і у випадку, якщо заявник не загинув, але обставини справи та характер отриманих тілесних ушкоджень свідчать про існування серйозної загрози для його життя (п. 18 рішення у справі “Криволуцька проти РФ”⁵³).

Також у справі “Ілхан проти Туреччини” ЄСПЛ нагадав, що примус, застосований до Абдулатіфа Ілхана, не мав летальних наслідків. І хоча цей факт не виключає необхідності проаналізувати справу на предмет порушення ст. 2 ЄКПЛ, однак слід пам’ятати, що застосування сили представниками держави, яке не спричинило смерть, лише у виняткових випадках є порушенням цієї конвенційної норми. Хоча Суд і не вирішує питання про кримінальну відповідальність осіб, винних у заподіянні тілесних ушкоджень, у результаті яких могла статися смерть потерпілого, проте з’ясування умислу та мети дій таких осіб є важливим для встановлення відповідності їхньої поведінки ст. 2 ЄКПЛ. Майже в усіх справах про напади або протиправне поводження з особою з боку солдат чи поліції предметом розгляду Суду була відповідність дій представників держави вимогам ст. 3 ЄКПЛ. ЄСПЛ нагадав, що мозку Абдулатіфа Ілхана було завдано шкоди в результаті щонайменше одного удару прикладом автомата в голову. Тяжкість цього ушкодження, яке спричинило тимчасовий розлад діяльності мозку, є очевидною. Однак Суд, оцінюючи всі обставини справи в їхній сукупності, не вважав, що інтенсивність і характер сили, застосованої поліцейськими при затриманні Абдулатіфа Ілхана, свідчать про порушення ст. 2 ЄКПЛ. Відсутність адекватної медичної допомоги теж не може бути розцінена як порушення права на життя⁵⁴.

На думку ЄСПЛ, з урахуванням його прецедентної практики, обов’язок держави гарантувати право на життя також необхідно враховувати при вживанні розумних заходів щодо забезпечення безпеки громадян у громадських місцях (п. 95 рішення у справі “Герасименко та інші проти РФ”⁵⁵).

Далі більш детально зупинимося на аналізі релевантної практики ЄСПЛ. Так, у справі “Армані да Сілва проти Сполученого Королівства”⁵⁶

⁵² Golubeva v. Russia. App. 1062/03. 17 December 2009 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96353>> (accessed: 10.01.2022).

⁵³ Krivolutskaia v. Russia. App. 28008/14. 17 October 2017 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177664>> (accessed: 10.01.2022).

⁵⁴ Ilhan v. Turkey (n 27).

⁵⁵ Gerasimenko and others v. Russia. App. 5821/10, 65523/12. 1 December 2016 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168933>> (accessed: 10.01.2022).

⁵⁶ Armani da Silva v. the United Kingdom. App. 5878/08. 30 March 2016 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161975>> (accessed: 10.01.2022).

ЄСПЛ зазначив, що ст. 2 містить два матеріальні зобов'язання: загальне зобов'язання захистити право на життя за допомогою закону і заборону умисного заподіяння смерті, обмежене вичерпним переліком винятків (*Boso* проти Італії (dés.)). З огляду на основоположний характер, ця стаття містить також процесуальне зобов'язання здійснити ефективне розслідування заяв про порушення її матеріального аспекту⁵⁷.

Стосовно матеріальних аспектів зобов'язань держави щодо поваги, забезпечення та захисту права на життя, то аналіз практики ЄСПЛ дає підстави запропонувати таку класифікацію: належна обачність, що підлягає реалізації державою під час захисту права на життя з урахуванням факторів ризиків та їхнього рівня; ухвалення належного державою законодавства; зобов'язання у сфері охорони здоров'я; зобов'язання щодо забезпечення гідного життя для осіб в аспекті захисту їхнього права на життя; зобов'язання у сфері охорони навколишнього середовища; зобов'язання у разі екологічних лих, техногенних катастроф; зобов'язання при нещасних випадках; зобов'язання у сфері забезпечення безпеки дорожнього руху; зобов'язання стосовно особи, яка перебуває в місцях несвободи; зобов'язання у разі нанесення особою собі тілесних ушкоджень (самовбивства), зокрема й під час перебування її у місцях несвободи; зобов'язання у сфері підтримання правопорядку (проведення правоохоронними органами спеціальних операцій, застосування зазначеними органами летальної сили): під час проведення публічних заходів, у питаннях застосування летальної сили у сфері міграційних відносин або з боку приватних осіб (зокрема приватних охоронних підприємств); зобов'язання держави, пов'язані з неприпустимістю висилки (видворення, депортації, видачі) особи в державу, де є реальна загроза порушення щодо такої особи права на життя⁵⁸.

Порушення матеріального аспекту державою своїх зобов'язань може бути констатовано й у разі вчинення вбивства її агентами на території іншої країни. Так, у справі "Картер проти Росії"⁵⁹, яка стосувалася отруєння та смерті чоловіка заявниці – Олександра Литвиненка – у Сполученому Королівстві та розслідування обставин його смерті. Пан Литвиненко працював у російських спецслужбах до втечі до Сполученого Королівства, де йому було надано притулок. У 2006 р. його отруїли полонієм-210 (радіоактивною речовиною) у Лондоні, після чого він помер. Унаслідок проведеного публічного розслідування у Сполученому Королівстві було встановлено, що вбивство вчинили пан Луговий та пан Ковтун, які діяли

⁵⁷ Довідник із застосування статті 2 Європейської конвенції з прав людини. Право на життя (2018) <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_UKR.pdf> (дата звернення: 10.01.2022).

⁵⁸ Обобщение практики и правовых позиций международных договорных и внедоговорных органов, действующих в сфере защиты прав и свобод человека, по вопросам защиты права лица на жизнь <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_390315> (дата звернення: 10.01.2022).

⁵⁹ *Carter v. Russia*. App. 20914/07. 21.09.2021 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-211972>> (accessed: 10.01.2022).

від імені іншої особи. У цій справі ЄСПЛ зазначив, що на час отруєння пан Литвиненко перебував у Великій Британії, тобто не на території, де Росія здійснювала ефективний контроль. Для встановлення того, чи має Росія юрисдикцію через її агентів, які діють за її межами (“особиста концепція юрисдикції”), ЄСПЛ розглянув два взаємопов’язані питання: (i) чи було вбивство пана Литвиненка рівнозначне реалізації фізичної сили та контролю над його життям у ситуації безпосереднього нападу; та (ii) чи це було здійснено особами, які діяли як державні агенти. ЄСПЛ встановив, поза межами розумного сумніву, що вбивство вчинили пан Луговий та пан Ковтун. Спланована і складна операція, пов’язана з придбанням рідкісної смертельної отрути, організація поїздок для цих осіб, а також неодноразові та тривалі спроби отруїти свідчили про те, що об’єктом операції був пан Литвиненко і що він перебував під фізичним контролем пана Лугового та пана Ковтуна, які мали владу над його життям. Щодо того, чи пан Луговий та пан Ковтун діяли як агенти держави-відповідачки, ЄСПЛ встановив, що немає жодних доказів того, що будь-хто з цих осіб мав особисті причини для вбивства пана Литвиненка, і що, якби вони діяли від свого імені, то не мали б доступу до рідкісного радіоактивного ізотопу, використаного для його отруєння. За результатами розслідування, Сполучене Королівство спростувало декілька теорій причини вчинення вбивства, і єдиним вірогідним поясненням була участь держави. ЄСПЛ вказав, що ідентифікація підозрюваних у вчиненні вбивства осіб та вказівка на їхній зв’язок із російською владою дають вагомі підстави *prima facie* вважати, що, вбиваючи пана Литвиненка, пан Луговий та пан Ковтун діяли за вказівкою чи під контролем органів влади Російської Федерації. Якби два чоловіки були залучені до “несанкціонованої операції”, то інформація, що підтверджувала б таку теорію, була б повністю в руках російської влади. Однак Уряд не зробив жодних серйозних спроб надати таку інформацію або спростувати висновки органів влади Сполученого Королівства. Таким чином, ЄСПЛ зробив висновки на основі відмови Уряду Росії надати документи з матеріалів національного розслідування та його нездатності спростувати серйозні докази *prima facie* причетності держави. Було встановлено, що вбивство пана Литвиненка можна вважати таким, за яке відповідальна Росія. Оскільки Уряд не прагнув довести, що вбивство пана Литвиненка може бути виправдане винятками, закріпленими в другому абзаці ст. 2 ЄКПЛ, ЄСПЛ встановив, що ця стаття була порушена в її матеріальному аспекті⁶⁰.

Позитивне зобов’язання вживати необхідних заходів для захисту життя осіб, які перебувають під її юрисдикцією, має дві складові: а) запрова-

⁶⁰ Огляд рішень Європейського суду з прав людини (серпень-вересень 2021 року) 7, 10. <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Oglyad_YESPL_August_September_2021.pdf> (дата звернення: 10.01.2022).

дити нормативно-правову базу і b) вживати практичних превентивних заходів (рішення ЄСПЛ у справі “*Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpreanu* проти Румунії”)⁶¹.

Реалізація вказаного обов'язку актуалізується у випадку застосування представниками держави сили, що спричиняє смертельні наслідки. У справі “*McCann* та інші проти Сполученого Королівства” Суд зазначив, що застосування у ст. 2 ЄКПЛ терміна “виключно необхідне”, що потрібно використовувати критерій необхідності, суворіший і вимогливіший, ніж той, що зазвичай застосовується, аби визначити, чи втручання держави є “необхідним у демократичному суспільстві”, у розумінні ч. 2 статей 8–11 ЄКПЛ. Вжита сила, зокрема, має бути суворо пропорційною до цілей, зазначених у частині 2 а), b) і c) ст. 2 ЄКПЛ.

Здійснюючи оцінку того, чи було застосування сили виключно необхідним, Суд бере до уваги передусім те, чи була ця операція правоохоронних органів підготована і проконтрольована у спосіб, який мінімізував, наскільки це можливо, застосування сили, яка могла спричинити смертельні наслідки, або випадкове заподіяння смерті (рішення ЄСПЛ у справах “*Bubbins* проти Сполученого Королівства”, “*Huohvanainen* проти Фінляндії”)⁶². Наприклад, у справі “*Фіногенов та інші проти Росії*” Суд констатував порушення ст. 2 ЄКПЛ у її матеріальному аспекті – первісний план рятувальної операції не було виконано за багатьма параметрами: була відсутня централізована координація різних служб, залучених до участі у ній; були відсутні вказівки щодо обміну інформацією щодо потерпілих та їхнього стану (одним із наслідків цього було одержання деякими потерпілими кількох доз антидоту); неясно, яка черговість була встановлена для медиків; під час масового перевезення потерпілих на міських автобусах медичної допомоги не надавали; був відсутній чіткий план розподілу потерпілих по різних лікарнях, тому значні групи надходили до однієї й тієї ж лікарні в однаковий час⁶³.

Крім того, при з'ясуванні причини смерті ЄСПЛ повторює, що під час оцінки доказів він зазвичай керується критерієм доведеності “поза розумним сумнівом”. Однак доведеність може впливати зі співіснування достатньо вагомих, чітких та узгоджених між собою висновків або подібних неспростовних презумпцій факту. Дійсно, тягар доведення щодо надання задовільних і переконливих пояснень можна вважати покладеним на органи державної влади (див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справі “*Близнюк проти України*”⁶⁴).

⁶¹ Довідник із застосування статті 2 Європейської конвенції з прав людини. Право на життя (п. 57).

⁶² Там само.

⁶³ *Finogenov and others v. Russia*. App. 18299/03, 27311/03. 20 December 2011 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108231>> (accessed: 10.01.2022).

⁶⁴ *Bliznyuk v. Ukraine*. App. 20789/14. 10 June 2021 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210322>> (accessed: 10.01.2022).

В аспекті вжиття оперативних заходів для захисту життя ЄСПЛ також повторював, що за деяких чітко визначених обставин ст. 2 ЄКПЛ може покладати на органи державної влади позитивний обов'язок вживати оперативні запобіжні заходи для захисту особи від іншої особи або, за конкретних обставин, від самої себе. Для виникнення такого позитивного обов'язку має бути встановлено, що на момент подій органи державної влади знали або повинні були знати про існування реального та прямого ризику для життя встановленої особи та, якщо це було так, вони не вжили заходів у межах своїх повноважень, які б, розумно їх оцінюючи, могли допомогти уникнути цього ризику (див. рішення у справі "Кінан проти Сполученого Королівства"⁶⁵, пункти 89 та 92; див. також рішення у справах "*Osman v. United Kingdom*"⁶⁶, п. 116 та "*Kurt v. Austria*"⁶⁷, п. 158).

У справі "*Olewnik-Cieplińska and Olewnik v. Poland*" ЄСПЛ застосував принципи, розроблені в справі "*Osman v. the United Kingdom*", у контексті викрадення. Заявника у справі жорстоко викрали у 2001 р. Його незаконно утримували та жорстоко поводитися з ним протягом понад двох років, а згодом убили, ймовірно, у вересні 2003 р. після передачі викупу. Його тіло було виявлене в 2006 р. Деякі члени банди в 2010 р. були в кінцевому підсумку засуджені остаточним рішенням. Розслідування злочину, зокрема й твердження щодо деяких співробітників поліції, які проводили розслідування, все ще тривало. Заявники, батько і брат загиблого, скаржилися переважно відповідно до матеріально-правового аспекту ст. 2 ЄКПЛ на те, що смерть заявника стала наслідком нездатності органів влади ефективно розслідувати його викрадення і, таким чином, захистити його життя. ЄСПЛ встановив порушення матеріально-правового аспекту (нездатність ефективно розслідувати викрадення та захистити його життя) ст. 2 ЄКПЛ, а також її процесуального аспекту (відсутність розслідування після його смерті). Це рішення є цікавим тому, що ЄСПЛ вперше застосував принципи, викладені в своєму рішенні у справі *Osman*, до обставин, пов'язаних зі смертю особи після її викрадення. Необхідно нагадати, що принципи, встановлені у справі *Osman*, визначають фактичні та конструктивні знання ("про які органам влади було відомо або мало бути відомо в той час про існування реального і безпосереднього ризику для життя визначеної особи або окремих осіб через злочинні дії третьої сторони"), які можуть викликати позитивне зобов'язання держави "вживати заходи у межах своїх повноважень, від яких, обґрунтовано, можна було б уникнути цього ризику". Отже, два

⁶⁵ Keenan v. the United Kingdom. App. 27229/95. 3 April 2001 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59365>> (accessed: 10.01.2022).

⁶⁶ Osman v. the United Kingdom. App. 23452/94. 28 October 1998 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58257>> (accessed: 10.01.2022).

⁶⁷ Kurt v. Austria. App. 62903/15. 15 June 2021 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210463>> (accessed: 10.01.2022).

питання, які було вирішено в цій справі, полягали в тому, чи викрадення та тривале насильницьке утримання створювали “реальний та безпосередній ризик” і, якщо “так”, чи органи державної влади продемонстрували готовність якнайшвидше знайти заявника та встановити винних осіб для захисту його життя. Варто зазначити, що на ці запитання ЄСПЛ надав відповіді, що на користь заявників сприяли особливо серйозні факти цієї справи. Дійсно, Суд повторив, що у його висновках були враховані “особливо високі фактори ризику” у цій справі (заявника примусово викрали, гроші на викуп були передані, із плином часу його не звільняли) та “особливо значний” обсяг недоліків функціонування національної системи⁶⁸.

Важливість вживання оперативних заходів ЄСПЛ неодноразово підкреслював у справах, пов'язаних із домашнім насильством, однією з найбільш знакових є справа “Опюз проти Туреччини” (заява № 33401/02). ЄСПЛ нагадав, що перше речення ст. 2 § 1 зобов'язує державу не лише утримуватись від умисного та протиправного спричинення смерті, а й вживати заходів, необхідних для захисту життя осіб, які перебувають під її юрисдикцією. За певних обставин це може також означати покладення на владу позитивного зобов'язання превентивно вживати практичних заходів, аби захистити особу, життю якої загрожують кримінальні дії інших осіб (п. 128). Для того щоб виник позитивний обов'язок, необхідно встановити, що влада знала або повинна була знати на той час, що цій особі дійсно й негайно загрожують злочинні дії третьої сторони, і що державні органи не вжили в межах своїх повноважень заходів, які з розумної точки зору, безсумнівно, усунули б цей ризик (п. 129). У цій справі ЄСПЛ констатував порушення ст. 2 ЄСПЛ, оскільки держава не виконала позитивне зобов'язання захистити життя матері заявниці. Адже, як встановив Суд, від державних органів, які мали справу з підозрюваним, про якого було відомо, що він вже скоював насильницькі діяння, слід було очікувати вжиття особливих заходів, спрямованих на забезпечення матері заявниці належного захисту, співмірного із серйозністю ситуації. Задля цього прокурор або суддя уповноваженого поліцейського суду мали з власної ініціативи постановити один чи кілька захисних заходів, передбачених статтями 1 і 2 Закону № 4320. Вони могли також постановити припис, яким заборонили б Н. О. контактувати з матір'ю заявниці, говорити з нею, наближатись до неї або відвідувати те чи інше місце. Проте у відповідь на численні прохання про захист, висловлені жертвами, правоохоронні органи і поліцейський суд обмежились тим, що зареєстрували свідчення Н. О. перед тим, як звільнити його (§ 47–52 вище). Протягом майже двох тижнів державні органи зволікали, не зро-

⁶⁸ ‘Огляд практики Європейського суду з прав людини за 2019 рік’ 12–14 <https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/ogljad_espl_2019_1.pdf> (дата звернення: 10.01.2022).

бивши нічого, окрім проведення допиту, доки Н. О. не вбив матір заявниці з вогнепальної зброї⁶⁹.

Також слід зазначити, що процесуальне зобов'язання держави, що впливає зі ст. 2 ЄКПЛ, охоплює всі стадії кримінального провадження, від необхідності здійснення державою офіційного розслідування фактів позбавлення життя до виконання вироку. До прикладу, ЄСПЛ у справі “Макучян та Мінасян проти Азербайджану та Угорщини”⁷⁰ дійшов висновку про порушення процесуального аспекту ст. 2 ЄКПЛ Азербайджаном щодо забезпечення виконання покарання⁷¹.

Отже, процесуальний аспект зобов'язань держави в кримінальному провадженні включає в себе наявність у правовій системі держави засобів правового захисту (у тому числі судових). Так, ЄСПЛ у своєму рішенні по справі “Зінатулін проти Російської Федерації” нагадав, що обов'язок держави захищати право на життя має також включати процесуальне позитивне зобов'язання створити ефективну незалежну судову систему, здатну оперативнo встановлювати факти, притягувати винних до відповідальності та забезпечувати жертві належне відшкодування шкоди. У разі наявності різних засобів правового захисту (як цивільних, так і кримінальних) ЄСПЛ повинен розглянути питання про те, чи можуть такі засоби правового захисту, які передбачені в законодавстві та застосовуються на практиці, у своїй сукупності являти собою правові засоби, здатні встановити факти, притягнути винних до відповідальності та забезпечити жертві належне відшкодування. Вибір засобів для виконання позитивних зобов'язань ст. 2 ЄКПЛ у принципі перебуває у межах свободи розсуду Договірних країн. Існують різні способи забезпечення передбачених ЄКПЛ прав, і навіть якщо держава не застосувала один конкретний захід, передбачений внутрішньодержавним правом, вона все ж таки могла виконати своє позитивне зобов'язання іншими способами (пункти 29, 36 рішення від 28 січня 2020 р.)⁷².

Після виникнення зобов'язання провести розслідування питання, чи було дотримано процесуальні вимоги за ст. 2 ЄКПЛ, оцінюється на підставі декількох основних критеріїв: належність слідчих дій, оперативність розслідування, залучення членів родини померлого та незалежність розслідування. Ці елементи є взаємопов'язаними і кожен з них окремо не

⁶⁹ Opuz v. Turkey. App. 33401/02. 33401/02 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92945>> (accessed: 10.01.2022).

⁷⁰ Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary. App. 17247/13. 26 May 2020 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202524>> (accessed: 10.01.2022).

⁷¹ Огляд практики Європейського суду з прав людини з 1 січня до 15 червня 2020 року <<https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2020/08/ogliad-rishen-espl-2020-1.pdf>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁷² Zinatullin v. Russia. App. 10551/10. 28 January 2020 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200546>> (accessed: 10.01.2022).

може бути самоціллю (див. рішення у справі “Ніколае Вірджіліу Тенасе проти Румунії”⁷³, там само, пункти 165–171).

Далі більш детально зупинимось на розгляді на зобов'язанні держави провести ефективне розслідування.

У рішенні у справі “Бренько та інші проти України”⁷⁴ (заява № 29361/18 та дві інші заяви) ЄСПЛ констатував, що у цій справі слідчі органи не зібрали та не забезпечили зберігання доказів у справі; виявили небажання розслідувати будь-які інші версії подій, крім необережного поводження з вогнепальною зброєю та подальшого самогубства Б., що призвело до поспішного, неодноразового закриття кримінальної справи; проігнорували права заявників як потерпілих і вказівки національних судів, що суттєво підірвало здатність органів державної влади встановити обставини, пов'язані зі смертю синів заявників, і винних осіб, якщо такі були (п. 50).

У наведеному рішенні ЄСПЛ у справі, як і в низці інших, наголошується на залученні потерпілого до сфери кримінального провадження. Тут слід зазначити, що наведена позиція ЄСПЛ, як і низка інших, враховуючи, що ЄКПЛ слід застосовувати і тлумачити у спосіб, який би забезпечував реальність й ефективність закріплених нею прав і свобод, має слугувати певним орієнтиром національним судам стосовно захисту прав потерпілого у кримінальному провадженні, зокрема в аспекті його загальних правомочностей щодо оскарження у досудовому провадженні. До прикладу, досить вразливим із точки зору захисту прав потерпілого виглядає висновок ВС, що відповідно до положень п. 7 ч. 1 ст. 393, ч. 2 ст. 309, п. 10 ч. 1 ст. 303 КПК України потерпілий або його законний представник чи представник не є особами, які мають право оскаржити в апеляційному порядку постановлену на стадії досудового розслідування ухвалу слідчого судді про скасування повідомлення про підозру⁷⁵. Слід погодитися з думкою І. Гловюк, яка навела низку аргументів, які беззаперечно доводять, що потерпілий або його законний представник чи представник мають законний інтерес на апеляційне оскарження ухвали слідчого судді про скасування повідомлення про підозру. Проте наявність саме права протилежно тлумачилася ККС ВС. Отже, це питання має бути вирішено завдяки внесенню доповнень до КПК України, якими слід формалізувати право потерпілого на апеляційне оскарження ухвали слідчого судді про скасування повідомлення про підозру⁷⁶. Додамо,

⁷³ Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania. App. 41720/13. 25 June 2019 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194307>> (accessed: 10.01.2022).

⁷⁴ Brenko and others v. Ukraine. App. 29361/18, 30200/18, 31072/18. 18 February 2021 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-208316>> (accessed: 10.01.2022).

⁷⁵ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 4 жовтня 2021 р. у справі № 756/10189/20 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/100214761>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁷⁶ І Гловюк, ‘Потерпілий як суб’єкт оскарження: проблеми та рішення (за матеріалами судової практики)’ (2021) 3 Вісник Одеської адвокатури 30.

що навіть у самій колегії суддів, які розглядали цю справу, немає єдності думок, про що свідчить окрема думка судді В. Короля, який обґрунтовано стверджує, що висновки щодо застосування норм права, викладені у постанові Об'єднаної Палати ККС ВС від 4 жовтня 2021 р., зроблені без урахування вимог чинного КПК України та безпідставно обмежують права потерпілого, його законного представника чи представника на оскарження ухвал слідчого судді під час досудового розслідування у частині, що стосується інтересів потерпілого⁷⁷. Тому слід висувати, що подальше існування такої правової ситуації в кінцевому підсумку може призвести до відповідної негативної для України реакції з боку ЄСПЛ.

Крім того, доцільно конкретизувати такий критерій ефективності досудового розслідування, як здійснення громадського контролю за розслідуванням через залучення членів родини померлого (потерпілих).

Так, у справі “Федорченко та Лозенко проти України” ЄСПЛ вказав, що обов'язок проводити таке розслідування виникає в усіх випадках вбивства або смерті за підозрілих обставин, незважаючи на те, чи є злочинці приватними особами, представниками держави чи невстановленими особами⁷⁸. Головною метою такого розслідування є забезпечення ефективного виконання національного законодавства, яке захищає право на життя, і в тих випадках, коли це стосується державних агентів або органів, забезпечити їхню відповідальність за смертельні випадки, що сталися під їх відповідальністю (рішення ЄСПЛ у справах “*Ilhan v. Turkey*”⁷⁹, “*Al-Skeini and others v. the United Kingdom*”⁸⁰).

Критеріями ефективності розслідування відповідно до усталеної практики ЄСПЛ є:

Незалежність (необхідно, щоб особи, на яких воно покладене, були незалежними від причетних осіб. Це передбачає не лише відсутність ієрархічного або інституційного зв'язку, а й практичну незалежність).

На думку О. Федоріва, незалежність та неупередженість розслідування за чинним КПК України забезпечує інститут відводу слідчого, прокурора слідчим суддею, а також позасудовий відомчий інститут відводу слідчого керівником органу досудового розслідування⁸¹.

Належність та достатній ступінь ретельності (воно має допомогти виявити, чи було виправданим застосування сили за цих обставин, а також встановити відповідальних і, за потреби, покарати їх. При цьому

⁷⁷ Окрема думка судді В. В. Короля до постанови Об'єднаної Палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 4 жовтня 2021 р. у справі № 756/10189/20 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/100352399>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁷⁸ Федорченко і Лозенко проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 20 вересня 2012 р., заява № 387/03 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_933#Text> (дата звернення: 10.01.2022).

⁷⁹ *Ilhan v. Turkey* (n 27).

⁸⁰ *Al-Skeini and others v. the United Kingdom*. App. 55721/07. 7 July 2011 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105606>> (accessed: 10.01.2022).

⁸¹ Федорів (n 7) 185.

ЄСПЛ завжди підкреслює, що йдеться не про зобов'язання результату, а зобов'язання щодо засобів).

Контроль громадськості та залучення рідних (необхідний рівень контролю громадськості може змінюватись залежно від ситуації. Водночас у будь-якому випадку рідні жертви повинні бути залучені до провадження тією мірою, яка необхідна для захисту їхніх законних інтересів)⁸².

Натомість О. Шило, посилаючись на аналіз численних позицій ЄСПЛ з питань критеріїв ефективності досудового розслідування, робить висновки про те, що до таких критеріїв (які, до речі, відповідно до практики ЄСПЛ є мінімальними) суд відносить: незалежність розслідування; безсторонність розслідування; можливість здійснення громадського контролю за розслідуванням; здійснення компетентними органами влади своїх повноважень зі зразковою ретельністю; оперативність розслідування; публічність діяльності органу досудового розслідування (його ініціативність); забезпечення розслідуванням ефективного виконання положень національного законодавства⁸³.

Відповідні загальні принципи щодо ефективності розслідування у розумінні ст. 2 ЄКПЛ були узагальнені у справі “Мустафа Тунч і Фечіре Тунч проти Туреччини”⁸⁴ [ВП], пункти 169–182).

Після виникнення зобов'язання провести розслідування дотримання процесуальних вимог за ст. 2 ЄКПЛ оцінюється на підставі декількох основних критеріїв: належність слідчих дій, оперативність розслідування, залучення членів родини померлого та незалежність розслідування. Ці елементи взаємопов'язані і кожен із них окремо не може бути самоціллю (див. рішення у справі “Мустафа Тунч і Фечіре Тунч проти Туреччини”, [ВП], п. 225).

Отже, аналіз рішень ЄСПЛ дає підстави виснувати, що належність слідчих дій слід визнати складовою такого критерію, як здійснення компетентними органами влади своїх повноважень зі зразковою ретельністю.

Зауважимо, що зобов'язання провести розслідування не є обов'язком досягнення результатів, а обов'язком вжиття заходів. ЄСПЛ стверджує, що не кожне розслідування обов'язково має бути успішним або дійти висновку, який збігається із викладом подій скаржника. Проте воно, у принципі, має бути здатним призвести до встановлення фактів справи, а якщо твердження виявляться правдивими – до встановлення та пока-

⁸² Довідник із застосування статті 2 Європейської конвенції з прав людини. Право на життя (п. 57).

⁸³ О. Шило, “Проблемні питання якості кримінального процесуального закону щодо належної правової процедури доручення прокурором здійснення досудового розслідування іншому органу досудового розслідування” С. Гриненко (ред), *Правове забезпечення оперативно-службової діяльності: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення. Матеріали постійно діючого науково-практичного семінару*. Вип. 11 (ФОП Бровін О.В. 2021) 200.

⁸⁴ Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Turkey. App. 24014/05. 14 April 2015 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154007>> (accessed: 10.01.2022).

рання винних осіб (див. рішення у справі “Пол та Одрі Едвардс проти Сполученого Королівства”⁸⁵, п. 71).

У низці справ ЄСПЛ розвиває свою практику, згідно з якою офіційне розслідування вбивства особи повинно відповідати вимогам адекватності. У рішенні “Мазепа та інші проти Росії” Суд зазначає, що твердження заявників щодо причетності до вбивства їх родички – журналістки А. Політковської офіційних осіб ФСБ та адміністрації Чеченської Республіки мали би бути перевірені, навіть якщо у підсумку вони будуть визнані необґрунтованими⁸⁶. Схожий контекст мають висновки Суду у справі “Гонгадзе проти України”⁸⁷.

У вже згадуваній справі “Близнюк проти України” щодо кримінального провадження за фактом стверджуваного ненадання сину заявниці належної медичної допомоги, то це розслідування, на думку ЄСПЛ, не було ретельним, оскільки характеризувалося неодноразовим закриттям і відновленням провадження. Так сталося у зв’язку з невжиттям органами досудового розслідування достатніх заходів, зокрема, невстановленням ними місця проживання свідків і непроведенням їхнього додаткового допиту. Неодноразове винесення постанов про повернення справи свідчить про наявність серйозних недоліків у кримінальному провадженні.

Крім того, ЄСПЛ у своїх позиціях підкреслює важливість ініціативності компетентних органів у питанні щодо початку розслідування. Вони не можуть чекати на те, щоб родичі подали належну скаргу або взяли на себе відповідальність за проведення будь-якої процедури розслідування. Нормативні вимоги ст. 25 КПК України, які покладають на прокурора, слідчого обов’язок розпочати досудове розслідування в кожному випадку безпосереднього виявлення ознак кримінального правопорушення (за виключенням випадків, коли кримінальне провадження може бути розпочате лише на підставі заяви потерпілого) або в разі надходження заяви (повідомлення) про вчинення кримінального правопорушення загалом цей стандарт задовольняють.

У справі “Бандура проти України”⁸⁸ ЄСПЛ також не був переконаний, що розслідування було проведено оперативно та з розумною швидкістю. За обставин цієї справи, в якій розслідування розпочалося 23 березня 2005 р. і тривало на час розгляду справи ЄСПЛ, останній не вбачав жодних переконливих та правдоподібних підстав для виправдання тривалості провадження. Посилання Уряду на складність справи є недореч-

⁸⁵ Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom. App. 46477/99. 14 March 2002 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60323>> (accessed: 10.01.2022).

⁸⁶ Mazepa and others v. Russia. App. 15086/07. 17 July 2018 <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184660>> (accessed: 10.01.2022).

⁸⁷ Гонгадзе проти України: від 8 листопада 2005 р., заява № 34056/02 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_420#Text> (дата звернення: 10.01.2022).

⁸⁸ Бандура проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 8 липня 2021 р., заява № 659/10 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_g15#Text> (дата звернення: 10.01.2022).

ним за відсутності відчутних результатів розслідування щодо осіб, які замовили вбивство, що затяглося на багато років, особливо з огляду на те, що останні слідчі дії проводилися понад 12 років тому. Така затримка сама собою викликає серйозне занепокоєння щодо дотримання національними органами влади вимоги оперативності та розумної швидкості. З огляду на зазначені висновки, зокрема непроведення систематизованого розслідування щодо осіб, які замовили вбивство; його затримки на початкових стадіях і *de facto* призупинення у 2007 р.; описані недоліки; і загальну тривалість провадження понад 15 років, ЄСПЛ дійшов висновку, що розслідування за фактом вбивства на замовлення чоловіка заявниці не було ефективним.

Неабиякий практичний інтерес становить і справа *“Güzelyurtlu and others v. Cyprus and Turkey”*⁸⁹, яка стосувалася зобов'язання Договірних держав співпрацювати в рамках міждержавних розслідувань. У справі йдеться про розслідування вбивства в січні 2005 р. трьох громадян Кіпру турецького походження в частині Кіпру, підконтрольній Уряду Кіпру. Підозрювані втекли в “Турецьку Республіку Північного Кіпру” (“TRNC”). Органи державної влади Кіпру та “TRNC” проводили паралельні розслідування. Вони встановили вісім осіб підозрюваних: були видані національні та європейські ордери на арешт, а запити *Red Notice* (*Red Notice* – “Повідомлення з червоним кутом” Інтерполу є міжнародним повідомленням про осіб, які перебувають у розшуку, і використовуються для встановлення місцезнаходження та арешту осіб, розшукуваних у межах розслідувань або для відбування покарання (прим. перекл.)) були передані Інтерполу. Органи влади “TRNC” заарештували всіх підозрюваних до кінця січня 2005 р., але звільнили їх через декілька тижнів. Органи влади Кіпру відмовилися передавати матеріали справи органам влади “TRNC”, домагаючись швидкої передачі підозрюваних “TRNC” за посередництва UNFICYP (Миротворчі сили ООН на Кіпрі), а потім за допомогою запитів про видачу (посольство Туреччини в Афінах), які були повернені без відповіді. Відтоді обидва розслідування не були завершені. Заявники (родичі жертв) скаржилися відповідно до статей 2 та 13 ЄКПЛ на нездатність Туреччини та Кіпру співпрацювати в розслідуванні. Велика Палата ЄСПЛ розробила в цьому рішенні певні нові та важливі принципи, що стосуються обов'язку Договірних держав співпрацювати в контексті міждержавних кримінальних розслідувань. ЄСПЛ вперше встановив порушення ст. 2 ЄКПЛ відповідно до процесуального аспекту виключно на підставі відмови співпрацювати з іншою державою – справа, яка дозволяє Великій Палаті ЄСПЛ визначити і, таким чином, розробляти обов'язок співпрацювати як складову процесуального зобов'яз-

⁸⁹ *Güzelyurtlu and others v. Cyprus and Turkey*. App. 36925/07. 4 April 2017 <<https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-172460>> (accessed: 10.01.2022).

зання, передбаченого ст. 2 ЄКПЛ. Після перегляду справ, у яких ЄСПЛ розглядав зобов'язання співпрацювати в транскордонному або транснаціональному контексті відповідно до ст. 2 ЄКПЛ⁹⁰.

У зв'язку з наведеним, на нашу думку, система критеріїв ефективності досудового розслідування, які охоплюють й міжнародне співробітництво під час кримінального провадження, може виглядати таким чином: незалежність і безсторонність розслідування (з погляду безстороннього спостерігача не має існувати жодних сумнівів щодо інституційної (ієрархічної) незалежності державного органу (його службових осіб), уповноваженого здійснювати офіційне розслідування таких порушень); оперативність і розумна швидкість розслідування, а саме таке розслідування має бути невідкладним (без невинуватених затримок), належним, своєчасним; здійснення громадського контролю за розслідуванням, зокрема й із залученням потерпілого; здійснення компетентними органами влади своїх повноважень зі зразковою ретельністю (висновки повинні бути засновані на ретельному, об'єктивному та незалежному аналізі всіх відповідних елементів, натомість не проведення очевидних процесуальних дій знижує шанси слідства на встановлення обставин справи та відповідальних осіб, не повинно характеризуватися неодноразовим закриттям і відновленням провадження); публічність діяльності органу досудового розслідування (його ініціативність); забезпечення розслідуванням ефективного виконання положень національного законодавства, зокрема й здатність забезпечити збирання і зберігання доказів у справі. Ці елементи ефективності досудового розслідування є взаємопов'язаними і кожен із них окремо не може бути самоціллю.

Висновки. У своєму найбільш загальному вираженні позитивні зобов'язання держави, поряд із негативними її зобов'язаннями, є відповідними обов'язками держави щодо захисту прав людини. Позитивні зобов'язання держави існують лише у вимірі принципу верховенства права, мабуть, як сказали б Д. Аджемоглу та Д. Робінсон, у “вузькому коридорі” верховенства права. Ці зобов'язання мають подвійну, міжнародно-правову та конституційно-правову природу і включають у себе матеріальні й процесуальні аспекти.

У кримінальному процесі позитивні зобов'язання держави мають забезпечувати реальність й ефективність прав людини і основоположних свобод у кримінальному провадженні та мають здійснюватись як у формі нормотворчої діяльності, результатом якої є, зокрема, формування належного кримінального процесуального законодавства України (зокрема й належної правової процедури), так й у формі правозастосування (зокрема у виді відповідної судової практики), як певного забезпечувального кримінального процесуального механізму.

⁹⁰ Огляд практики Європейського суду з прав людини за 2019 рік (н 68) 14–6.

Крім того, реалізація позитивних зобов'язань держави у кримінальному провадженні знаходить своє сумарне відображення у положеннях ст. 2 КПК України, яка встановлює загальні завдання кримінального провадження. Вони детермінують ключову специфіку позитивних зобов'язань у кримінальному провадженні, яка полягає в тому, що в цій сфері вони існують не лише щодо особи, а й щодо суспільства й держави загалом.

Саме тому під позитивними зобов'язаннями держави у сфері кримінального провадження слід розуміти обов'язки держави в особі її компетентних органів забезпечити належну нормативну регламентацію порядку здійснення кримінального провадження, засновану на ідеї балансу приватних і публічних інтересів, включаючи визначення завдань такого провадження та кола правових засобів, якими вони будуть досягнуті, а також обов'язки осіб, що здійснюють від імені держави кримінальне провадження, забезпечити відповідний стандарт правозастосовної діяльності на всіх стадіях та в усіх видах проваджень кримінального процесу, зокрема й у межах міжнародного співробітництва під час кримінального провадження.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Akandji-Kombe J-F, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe: Human rights handbooks 2007) (in English).

Edited books

2. Kaplina O, Shylo O (red), *Kryminalnyi protses: pidruchnyk* (Pravo 2018) (in Ukrainian).
3. *Konstytutsiine pravo Ukrainy: pidruchnyk* (Slinko T red, Pravo 2020) (in Ukrainian).
4. Petryshyn O (red), *Zahalna teoriia prava: pidruchnyk* (Pravo 2020) (in Ukrainian).
5. *Teoriia ta praktyka zastosuvannya Konventsii pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod: kompendium* (Serdiuk O, Yakoviuk I red, 2-he vyd, Pravo 2019) (in Ukrainian).

Journal articles

6. Badyda A, Lemak V, 'Pozytyvni zobov'iazannia derzhavy v konteksti rozuminnia prav liudyny' [2017] 2 (26) *Publichne pravo* 245–53 (in Ukrainian).
7. Fedoriv O, 'Kryminalno-protseualne zabezpechennia protsesualnykh zobov'iazan derzhavy za st. 2 Konventsii pro zakhyst prav liudyny ta osnovopolozhnykh svobod' (2021) 6 *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal* 183–7 (in Ukrainian).
8. Hloviuk I, 'Poterpilyi yak sub'iekt oskarzhennia: problemy ta rishennia (za materialamy sudovoi praktyky)' (2021) 3 *Visnyk Odeskoi advokatury* 30 (in Ukrainian).
9. Horpyniuk O, 'Zobov'iazannia derzhavy shchodo okhorony prava na zhyttia ta zaborony katuvan u kryminalnomu pravi Ukrainy' (2020) 1 *Yurydychnyi naukovyi elektronnyi zhurnal* 206–10 (in Ukrainian).

Ірина Гловіук, Олександр Дроздов, Віктор Завтур, Олена Дроздова

10. Khrystova H, 'Typy pozytyvnykh zobov'iazan derzhavy shchodo prav liudyny v yurysprudentsii Strasburzkooho Sudu' [2013] 2 (23) Yuryst Ukrainy 12 (in Ukrainian).
11. Shevchuk S, 'Kontseptsiiia pozytyvnykh obov'iazkiv derzhavy u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny' (2010) 2 Pravo Ukrainy 59 (in Ukrainian).
12. Smorodynskiy V, 'Pravova vyznachenist' (2020) 2 Filosofiia prava i zahalna teoriia prava 192 (in Ukrainian).

Encyclopedias

13. Velyka ukrainska yurydychna entsyklopediia, t 3: Zahalna teoriia prava (Petryshyn O holova redkol, Nats akad prav nauk Ukrainy, In-t derzhavy i prava imeni V M Koretskoho NAN Ukrainy, Nats yuryd un-t imeni Yaroslava Mudroho 2017) (in Ukrainian).

Theses

14. Chernobaiev S, 'Povnovazhennia slidchoho pid chas dosudovoho rozsliduvannia' (dys kand yuryd nauk, 2020) (in Ukrainian).
15. Khrystova H, 'Doktryna pozytyvnykh zobov'iazan derzhavy u sferi prav liudyny' (dys kand yuryd nauk, 2019) (in Ukrainian).
16. Lazukova O, 'Osoblyvyi rezhym dosudovoho rozsliduvannia v umovakh voiennoho, nadzvychainoho stanu abo u raioni provedennia antyterorystychnoi operatsii' (dys kand yuryd nauk, 2018) (in Ukrainian).

Conference papers

17. Fulei T, 'Pozytyvni zobov'iazannia derzhavy za statteiu 8 YeKPL shchodo zakhystu ditei vid seksualnogo nasylstva' *Aktualni problemy dosudovoho rozsliduvannia ta sudovoho rozghliadu zlochyniv proty statevoi svobody ta statevoi nedotorkanosti ditei, shliakhy yikh vyrishennia: materialy Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii* (NAVS 2020) 327–32 (in Ukrainian).
18. Shylo O, 'Problemni pytannia yakosti kryminalnogo protsesualnogo zakonu shchodo nalezhnoi pravovoi protsedury doruchennia prokurorom zdiisnennia dosudovoho rozsliduvannia inshomu orhanu dosudovoho rozsliduvannia' v Hrynenko S (red), *Pravove zabezpechennia operativno-sluzhbovoi diialnosti: aktualni problemy ta shliakhy yikh vyrishennia. Materialy postiino diiuchoho naukovo-praktychnoho seminaru. Vyp. 11* (FOP Brovin O V 2021) 200.

Iryna Hloviuk
Oleksandr Drozdov
Viktor Zavtur
Olena Drozdova

TO THE DEVELOPMENT OF A CONCEPT OF POSITIVE OBLIGATIONS OF THE STATE IN THE SPHERE OF HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS (ON THE EXAMPLE OF ARTICLE 2 OF THE CONVENTION)

ABSTRACT. Criminal proceedings are activities where the "human-state" relationship is applied, and therefore it is important to define the boundaries of state activity in terms of fundamental human rights that can be exercised in criminal proceedings, as well as procedural human rights in criminal proceedings. In the current scientific and practical

discourse, these issues can be considered in terms of positive obligations of the state in the field of human rights in criminal proceedings under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the case law of the European Court of Human Rights.

The purpose of the study is to clarify the doctrinal concept of “positive obligations of the state” in the context of criminal proceedings as a specific type of legal activity, the classification of positive obligations of the state in criminal proceedings and determine their content for certain rights and freedoms. Article 2 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

The article, based on doctrinal sources, in the context of the rule of law, highlights the features and classifies the positive obligations of the state to criminal proceedings. The positive obligations of the state are revealed on the basis of the case law of the European Court of Human Rights. The procedural obligation of the state, arising from Art. 2 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

In its most general terms, the positive obligations of the state, along with its negative obligations, are the corresponding obligations of the state to protect human rights. The positive obligations of the state exist only in the dimension of the rule of law. These obligations have a dual, international and constitutional nature and include substantive and procedural aspects.

In the criminal process, the positive obligations of the state must ensure the reality and effectiveness of human rights and fundamental freedoms in criminal proceedings and should be carried out in the form of rule-making activities, which result in, inter alia, the formation of appropriate criminal procedure legislation of Ukraine., and in the form of law enforcement, (in particular in the form of relevant case law), as a certain security criminal procedural mechanism. The implementation of the positive obligations of the state in criminal proceedings is reflected in the provisions of Art. 2 of the CPC, which establishes the general objectives of criminal proceedings. Positive obligations of the state in the field of criminal proceedings should be understood as the obligations of the state represented by its competent authorities to ensure proper regulation of criminal proceedings based on the idea of balancing private and public interests, including defining the tasks of such proceedings and the range of remedies. they will be achieved, as well as the responsibilities of persons conducting criminal proceedings on behalf of the state to ensure an appropriate standard of law enforcement at all stages and in all types of criminal proceedings, including within the framework of international cooperation in criminal proceedings.

KEYWORDS: criminal proceedings; positive obligations; right to life; effective investigation; standards of investigation; victim; publicity; international cooperation; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; practice of the European Court of Human Rights; judgments of the Supreme Court.

ДИСКУСІЇ ТА ОБГОВОРЕННЯ



Петро Шляхтун

доктор філософських наук, професор,
завідувач кафедри політичних наук
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7420-7325>
polit-nauk@ukr.net

Валерій Колюх

доктор політичних наук, доцент,
професор кафедри політичних наук
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8545-7450>
vmedvin@gmail.com



УДК 342.718

МНОЖИННЕ ГРОМАДЯНСТВО В УКРАЇНІ:
ЧИ ВІДКРИЄМО “СКРИНЬКУ ПАНДОРИ”?

АНОТАЦІЯ. Узагальнюється конституційний досвід зарубіжних держав (республік колишнього Радянського Союзу, що стали незалежними державами) щодо вирішення питання про подвійне громадянство. Аналізуються законодавство України про громадянство, його зміни в роки незалежності. Проаналізовано внесений Президентом України В. Зеленським до Верховної Ради України законопроект “Про внесення змін до Закону України ‘Про громадянство України’ щодо підстав і порядку набуття та припинення громадянства України”, зареєстрований у Верховній Раді України 2 грудня 2021 р. під № 6368, на предмет запровадження в Україні подвійного громадянства. З’ясовуються причини та прогнозуються можливі негативні наслідки запровадження в Україні подвійного громадянства. Зроблено висновок про нецільність запровадження в Україні подвійного громадянства.

Метою статті є з’ясування причин, правових механізмів та прогнозування наслідків запровадження в Україні подвійного громадянства, передбаченого законопроектом “Про внесення змін до Закону України ‘Про громадянство України’ щодо підстав і порядку набуття та припинення громадянства України”.

Ключові слова: громадянство; множинне громадянство; подвійне громадянство; громадянство України; конституція.

Президент України В. Зеленський, виступаючи 1 грудня 2021 р. у Верховній Раді України зі щорічним Посланням про внутрішнє і зовнішнє становище України, зокрема, сказав:

Важлива складова нашої міжнародної політики – підтримка світового українства. Я знаю, наскільки важливим для українців, що мешкають у США, Канаді, ЄС, є питання множинного громадянства. Сьогодні я вношу відповідний законопроект на розгляд парламенту. Нас 65 мільйонів¹.

Законопроект “Про внесення змін до Закону України ‘Про громадянство України’ щодо підстав і порядку набуття та припинення громадянства України” (далі – Законопроект)², як невідкладний, зареєстрований у Верховній Раді України 2 грудня під № 6368.

Крім усього іншого, Законопроект передбачає запровадження в Україні множинного (фактично – подвійного) громадянства, хоча терміни “множинне громадянство” і “подвійне громадянство” у тексті законопроекту не вживаються. Запровадження в Україні подвійного громадянства суперечить не тільки чинному упродовж усіх років незалежності законодавству про громадянство України, а й загальноприйнятій світовій практиці набуття і припинення громадянства.

Метою дослідження є з’ясування причин, правових механізмів та прогнозування наслідків запровадження в Україні подвійного громадянства, передбаченого Законопроектом. Мета досягається використанням порівняльно-правового методу дослідження, який полягає в порівняльному аналізі правових норм щодо подвійного громадянства, що містяться в конституціях зарубіжних держав і в законодавчих актах України.

Громадянство набувається за народженням (філіація) – за громадянством батьків (принцип “права крові”) чи за територіальною ознакою (принцип “права ґрунту”) або за волевиявленням особи (натуралізація). Припиняється громадянство в порядку виходу з нього (за волевиявленням особи), втрати громадянства (внаслідок вчинення особою певних дій) або позбавлення громадянства (з ініціативи держави). За наявності загальних підстав набуття і припинення громадянства законодавство кожної держави має свої особливості, попри які, за загальним правилом, держава прагне уникнути на своїй території множинного громадянства і безгромадянства.

Наявність в особи множинного (зазвичай – подвійного) громадянства створює для держави і самої особи низку проблем, які стосуються перш за все виконання громадянином конституційних обов’язків перед дер-

¹ Виступ Президента Володимира Зеленського у Верховній Раді зі щорічним Посланням про внутрішнє і зовнішнє становище України *Голос України* (2 грудня 2021 р.).

² Проект Закону про внесення змін до Закону України “Про громадянство України” щодо підстав і порядку набуття та припинення громадянства України від 2 грудня 2021 р. № 6368 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/38468>> (дата звернення: 10.01.2022).

жавою, зокрема, щодо сплати податків, відбування військової служби, захисту Вітчизни, її незалежності та територіальної цілісності, а також породжує проблему захисту такого громадянина за кордоном. Безгромадянство означає невизначеність правового статусу особи, її правову незахищеність, оскільки жодна держава не зобов'язана дбати про неї. Національне законодавство і міжнародно-правові акти з питань громадянства передбачають низку правових засобів щодо запобігання подвійного громадянства (біпатризму, від латин. *bis* – двічі і гр. *patris* – батьківщина) і безгромадянства (апатризму, від гр. *a* – заперечна частка і *patris* – батьківщина) та вирішення таких проблем. Одним із таких засобів є закріплення в законодавстві принципу єдиного громадянства, який полягає у тому, що держава сприймає особу з множинним (подвійним) громадянством тільки як громадянина цієї держави без урахування громадянства інших держав, причому незалежно від того, перебуває така особа на території держави чи за її межами. Принцип єдиного громадянства закріплено в конституціях багатьох держав.

Зарубіжний конституційний досвід

Для ознайомлення із зарубіжним досвідом щодо конституційного забезпечення запобігання подвійного громадянства звернемося до конституцій республік колишнього СРСР, що стали незалежними державами. Конституційний досвід саме цих держав є особливо цінним для України, оскільки розробляючи проекти своїх конституцій та ухвалюючи їх, вони враховували світовий конституційний досвід. До того ж Україна ухвалила Конституцію останньою з колишніх радянських республік і, безперечно, використовувала і їхній конституційний досвід.

Конституції більшості колишніх радянських республік закріплюють у тій чи тій формі принцип єдиного громадянства і не визнають за їх громадянами громадянства інших держав. Наприклад:

Конституція Казахстану: '1. Громадянство Республіки Казахстан набувається і припиняється відповідно до закону, є єдиним і рівним незалежно від підстав його набуття <...> 3. За громадянином Республіки не визнається громадянство іншої держави'³ (ст. 10); Конституція Туркменістану: 'За громадянином Туркменістану не визнається громадянство іншої держави'⁴ (ч. 2 ст. 10); Конституція Узбекистану: 'У Республіці Узбекистан встановлюється єдине для всієї території республіки громадянство'⁵ (ч. 2 ст. 21).

³ Конституція Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. <https://online.zakon.kz/document/?doc_id=1005029&pos=14;-108#pos=14;-108> (дата звернення: 10.01.2022).

⁴ Конституция Туркменистана по состоянию на 25 сентября 2020 г. <https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31337929&pos=6;-106#pos=6;-106> (дата звернення: 10.01.2022).

⁵ Конституция Республики Узбекистан от 8 декабря 1992 г. <https://constitution.uz/uploads/constitution_ru.pdf> (дата звернення: 10.01.2022).

Конституції Грузії, Литви і Таджикистану припускають подвійне громадянство як виняток: ‘2. Громадянин Грузії не може одночасно бути громадянином іншої держави, за винятком випадків, установлених даним пунктом. Президент Грузії може надати громадянство Грузії іноземному громадянину, який має особливі заслуги перед Грузією або надання громадянства Грузії якому виходить із державних інтересів’ (ч. 2 ст. 12 Конституції Грузії⁶ у редакції від 13 жовтня 2017 р.); ‘За винятком установлених законом окремих випадків, ніхто не може бути одночасно громадянином Литовської Республіки та іншої держави’ (ч. 2 ст. 12 Конституції Литви)⁷; ‘Належність громадян Таджикистану до громадянства іншої держави не припускається, за винятком випадків, передбачених законом і міжнародними договорами Таджикистану’ (ч. 2 ст. 15 Конституції Таджикистану)⁸.

Конституції Азербайджану, Білорусі, Естонії, Латвії, Молдови не містять положень щодо подвійного громадянства.

Можливість подвійного громадянства передбачають тільки конституції Вірменії, Киргизстану і Росії: ‘4. Права та обов’язки осіб, які мають подвійне громадянство, встановлюються законом’ (ч. 4 ст. 30 Конституції Вірменії)⁹; ‘<...> За особами, які є громадянами Киргизької Республіки, визнається належність до громадянства іншої держави відповідно до закону і міжнародних договорів, учасницею яких є Киргизька Республіка’ (ч. 2 ст. 50 Конституції Киргизстану)¹⁰.

Конституція Росії закріплює принцип єдиного громадянства: ‘1. Громадянство Російської Федерації набувається і припиняється відповідно до федерального закону, є єдиним і рівним незалежно від підстав набуття’ (ч. 1 ст. 6) і водночас припускає можливість подвійного громадянства: ‘1. Громадянин Російської Федерації може мати громадянство іноземної держави (подвійне громадянство) відповідно до федерального закону або до міжнародного договору Російської Федерації’¹¹ (ч. 1 ст. 62).

На конституційному рівні, отже, з 14 колишніх радянських республік можливість подвійного громадянства передбачають тільки три держави (Вірменія, Киргизстан, Росія), три держави (Грузія, Литва, Таджикистан) припускають його як виняток, тобто йдеться про окремі, одиничні ви-

⁶ Конституція Грузії (версія 13.10.2017) <<https://matsne.gov.ge/ru/document/view/30346?publication=33>> (дата звернення: 10.01.2022). Прим. ред.: аналогічна норма нині міститься в Законі Грузії “Про громадянство Грузії”, див.: О гражданстве Грузии: Закон Грузии от 30 апреля 2014 г. <<https://matsne.gov.ge/ru/document/view/234255?publication=6>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁷ Конституція Литовської Республіки від 25 жовтня 1992 р. <http://lib.rada.gov.ua/static/LIBRARY/catalog/law/lit_konst1.htm> (дата звернення: 10.01.2022).

⁸ Конституція Республіки Таджикистан от 6 ноября 1994 г. <<http://ncz.tj/content/конституция-республики-таджикистан>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁹ Конституция Республики Армения от 5 июля 1995 г. <https://www.gov.am/u_files/file/Constitution/Constitution-nor.pdf> (дата звернення: 10.01.2022).

¹⁰ Конституция Кыргызской Республики от 5 мая 2021 г. <<http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/112215?cl=ru-ru>> (дата звернення: 10.01.2022).

¹¹ Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399> (дата звернення: 10.01.2022).

падки подвійного громадянства. Аналогічно – через недопущення подвійного громадянства або допущення його як виняток – питання про подвійне громадянство вирішується у більшості держав світу. До останнього часу це було характерним і для України.

У руслі світових тенденцій

Громадянство України було проголошено ще Декларацією про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р.: ‘Українська РСР має своє громадянство і гарантує кожному громадянину право на збереження громадянства СРСР’¹² (ч. I розділу IV).

Перший Закон України “Про громадянство України” було ухвалено ще Верховною Радою Української РСР 8 жовтня 1991 р., чинності він набув із моменту його опублікування 13 листопада 1991 р., у подальшому до нього неодноразово вносилися зміни¹³. Закон, зокрема, встановив, що ‘В Україні існує єдине громадянство’ (ст. 1). Згідно із законом (ст. 2):

Громадянами України є: 1) усі громадяни колишнього СРСР, які на момент проголошення незалежності України (24 серпня 1991 року) постійно проживали на території України; 2) особи, які на момент набрання чинності Законом України “Про громадянство України” (13 листопада 1991 року) постійно проживали в Україні <...> і які не є громадянами інших держав; 3) особи, які народилися або постійно проживали на території України, а також їх нащадки (діти, онуки), якщо вони на 13 листопада 1991 року проживали за межами України, не перебувають у громадянстві інших держав і до 31 грудня 2004 року подали у встановленому цим Законом порядку заяву про визначення своєї належності до громадянства України¹⁴.

Наявні у цій статті формулювання “які не є громадянами інших держав” (п. 2) і “не перебувають у громадянстві інших держав” (п. 3) однозначно означають запобігання в Україні подвійного громадянства.

Положення щодо запобігання в Україні подвійного громадянства містяться у низці інших статей закону. Так, ст. 16 передбачає, що ‘іноземці та особи без громадянства можуть бути за їх клопотанням прийняті до громадянства України. Умовами прийняття до громадянства України є: <...> 2) непереховування в іноземному громадянстві <...>’ (частини 1, 2), ст. 20 встановлює, що ‘громадянство України втрачається: 1) якщо громадянин України набув громадянства іншої держави <...>’¹⁵.

¹² Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. № 55-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55-12#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

¹³ Про громадянство України: Закон України від 8 жовтня 1991 р. № 1636 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1636-12#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

¹⁴ Там само.

¹⁵ Про громадянство України (н 13).

Аналогічні положення щодо єдиного громадянства, набуття і втрати громадянства України містяться в новому Законі України “Про громадянство України”¹⁶. Закон ухвалено вже на основі відповідних положень нової Конституції України, яка, зокрема, встановила, що ‘в Україні існує єдине громадянство. Підстави набуття і припинення громадянства України визначаються законом’¹⁷ (ст. 4).

Конституційне положення про існування в Україні єдиного громадянства іноді сприймається як заборона в Україні подвійного громадянства, хоча само собою воно такою заборобою не є. Зміст конституційного поняття єдиного громадянства розкрито в новому Законі України “Про громадянство України”. Визначаючи принципи законодавства України про громадянство, закон у ст. 2 встановив:

Законодавство України про громадянство ґрунтується на таких принципах: 1) єдиного громадянства – громадянства держави України, що виключає можливість існування громадянства адміністративно-територіальних одиниць України. Якщо громадянин України набув громадянство (підданство) іншої держави або держав, то у правових відносинах з Україною він визнається лише громадянином України. Якщо іноземець набув громадянство України, то у правових відносинах з Україною він визнається лише громадянином України <...>¹⁸.

Закон містить низку застережень щодо запобігання виникненню випадків подвійного громадянства. Так, ст. 7 передбачає різні випадки набуття громадянства України особою, народженою за межами України або на території України, тільки в разі, якщо вона не набула за народженням громадянства іншої держави. Стаття 8 передбачає різні випадки набуття особою громадянства України за територіальним походженням тільки у разі взяття зобов’язання припинити іноземне громадянство, лише після припинення іноземного громадянства або подання декларації про відмову від іноземного громадянства (у разі, якщо особа з незалежних від неї причин не може отримати документ про припинення іноземного громадянства або якщо їй надано статус біженця в Україні чи притулок в Україні). Особливо важливим є положення цієї статті про те, що ‘особа, яка набула громадянство України і подала декларацію про відмову від іноземного громадянства, зобов’язується повернути паспорт іноземної держави до уповноважених органів цієї держави’ (ч. 8).

Стаття 9 встановлює: ‘Іноземець або особа без громадянства можуть бути за їх клопотаннями прийняті до громадянства України’ (ч. 1);

¹⁶ Про громадянство України: Закон України від 18 січня 2001 р. № 2235-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2235-14#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

¹⁷ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

¹⁸ Про громадянство України (н 16).

‘Умовами прийняття до громадянства України є: <...> 2) зобов’язання припинити іноземне громадянство або неперебування в іноземному громадянстві’ (ч. 2). Частина 1 ст. 19 передбачає, що

громадянство України втрачається: 1) якщо громадянин України після досягнення ним повноліття добровільно набув громадянство іншої держави <...>; 2) якщо іноземець набув громадянство України і не подав <...> документ про припинення іноземного громадянства або декларацію про відмову від нього <...>¹⁹.

Норма Закону України “Про громадянство України” про втрату громадянства України в разі добровільного набуття громадянином України громадянства іншої держави повністю відповідає положенню Європейської конвенції про громадянство, яку Україна ратифікувала 2006 р.: ‘Держава-учасниця не може передбачати у своєму внутрішньодержавному праві втрату її громадянства *ex lege* або на ініціативу самої держави-учасниці, за винятком таких випадків: а) добровільне набуття іншого громадянства <...>²⁰ (ст. 7). Щоправда, вирішення питання про збереження чи втрату особою у такому разі громадянства Конвенція відносить до відання держав-учасниць (ст. 15).

Чинне законодавство України про громадянство України, отже, не передбачає можливості “множинного громадянства” (цей термін вживається в Європейській конвенції про громадянство) у громадян України, містить застереження щодо недопущення в Україні подвійного громадянства. Відомі випадки, коли громадянин України втрачав громадянство України у разі наявності у нього громадянства іноземної держави. Дещо по-іншому вирішуватимуться питання набуття і припинення громадянства України у разі ухвалення Законопроекту.

Законодавчі новації

Законопроект є новою редакцією Закону України “Про громадянство України” від 18 січня 2001 р. Увагу в Законопроекті привертають уже визначення в ст. 1 деяких термінів, а саме:

декларація про визнання громадянином України – документ, у якому іноземець, який подає заяву про набуття громадянства України або його законний представник засвідчує, що в разі набуття громадянства України у правових відносинах з Україною особа визнає себе лише громадянином України на території України;
декларація про відмову від іноземного громадянства та визнання себе лише громадянином України – документ, що засвідчує відмову

¹⁹ Про громадянство України (н 16).

²⁰ Європейська конвенція про громадянство від 6 листопада 1997 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_004#Text> (дата звернення: 10.01.2022).

іноземця від громадянства (підданства) іншої держави або громадянства (підданства) інших держав <...>;

декларація про відсутність іноземного громадянства – документ, у якому особа без громадянства повідомляє про відсутність у неї іноземного громадянства (підданства) з обґрунтуванням причин такої відсутності;

зобов’язання припинити іноземне громадянство – документ, у якому іноземець, який подає заяву про набуття громадянства України, або її (його) законний представник, який є громадянином (підданим) держави, включеної Кабінетом Міністрів України до переліку держав міграційного ризику, засвідчує, що у разі набуття громадянства України він припинить громадянство (підданство) іншої держави або громадянство (підданство) інших держав і протягом двох років з моменту набуття ним громадянства України подасть документ про припинення громадянства (підданства) іншої держави або громадянств (підданств) інших держав до органу, що видав йому тимчасове посвідчення громадянина України²¹.

Стаття 2 Законопроекту закріплює принцип єдиного громадянства в редакції Закону України “Про громадянство України” від 18 січня 2021 р.

Ключовою щодо запровадження в Україні подвійного громадянства є ст. 9, яка передбачає, що

1. Іноземець або особа без громадянства можуть бути за їх заявою прийняті до громадянства України. 2. Умовами прийняття до громадянства України є: <...> 2) подання іноземцем декларації про визнання громадянином України або зобов’язання припинити іноземне громадянство, або декларації про відмову від іноземного громадянства та визнання себе лише громадянином України, або декларації про відсутність іноземного громадянства <...>²².

У контексті проблематики цієї статті особливо важливе значення має така умова прийняття до громадянства України, як “подання іноземцем декларації про визнання громадянином України”. Вона не передбачає подання іноземцем зобов’язання припинити іноземне громадянство або декларації про відмову від іноземного громадянства чи декларації про відсутність іноземного громадянства. Іноземець, згідно із Законопроектом – ‘особа, яка не перебуває у громадянстві України і є громадянином (підданим) іноземної держави (іноземних держав)’²³, який подав декларацію про визнання громадянином України (таку декларацію може подати і його законний представник) і прийнятий до громадянства України, залишатиметься громадянином іноземної держави (іноземних держав). Причому згідно з наведеним у ст. 1 Законопроекту визначенням така “особа визнає себе лише громадянином

²¹ Проект Закону про внесення змін до Закону України “Про громадянство України” щодо підстав і порядку набуття та припинення громадянства України (н 2).

²² Там само.

²³ Там само.

України на території України”. Виходить, що такий “громадянин України” в Україні користуватиметься правами громадянина України, а за межами території України вона не матиме стосовно нього жодних прав, а він щодо України – жодних обов’язків. Таке становище прямо суперечить наведеному вище принципу єдиного громадянства, згідно з яким “якщо іноземець набув громадянство України, то у правових відносинах з Україною він визнається лише громадянином України”²⁴.

Інші умови прийняття іноземців до громадянства України (подання зобов’язання припинити іноземне громадянство або декларації про відмову від іноземного громадянства та визнання себе лише громадянином України, або декларації про відсутність іноземного громадянства) самі собою не означають запровадження подвійного громадянства в Україні, хоча потенційно створюватимуть умови для всіляких маніпулювань і зловживань у цьому руслі.

Причини і наслідки біпатризму

Можна виокремити декілька причин такого вирішення питання: набуття громадянства України і запровадження в Україні подвійного громадянства.

По-перше, це прагнення спростити умови набуття громадянства України (щодо безперервного проживання на території України протягом певного часу, володіння державною мовою, наявності законних джерел існування та припинення іноземного громадянства), зокрема, іноземцями, які в установленому законодавством України порядку проходять (проходили) військову службу за контрактом у Збройних Силах України, Національній гвардії України, нагороджені державною нагородою України, іноземцями, які мають визначні заслуги перед Україною, або іноземцями, прийняття яких до громадянства України становить державний інтерес для України (ст. 9)²⁵.

По-друге, прагнення не допустити набуття громадянства України особою, яка вчинила злочин проти людства чи здійснювала геноцид або вчинила на території іншої держави діяння, яке визнано законодавством України тяжким або особливо тяжким злочином (пункти 1, 3 ч. 6 ст. 9)²⁶ і водночас спростити умови набуття громадянства України іноземцями, які є громадянами держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресоркою або державою-окупанткою, що зазнали у країні своєї громадянської належності переслідувань через політичні переконання (ст. 9)²⁷.

²⁴ Проект Закону про внесення змін до Закону України “Про громадянство України” щодо підстав і порядку набуття та припинення громадянства України (н 2).

²⁵ Там само.

²⁶ Там само.

²⁷ Там само.

По-третє, наполягання української діаспори, особливо в США та Канаді, багато представників якої прагнуть стати повноправними громадянами України, не відмовляючись від наявного у них громадянства. У Законопроекті про них ідеться як про осіб, “які мають визначні заслуги перед Україною, або прийняття яких до громадянства України становить державний інтерес для України”. Згідно зі ст. 1 Законопроекту такими особами є

іноземці та особи без громадянства, які мають визначні заслуги перед Україною в економічній, гуманітарній сферах, зокрема в галузі освіти, науки, культури, мистецтва, спорту, соціальної сфери та сфери охорони здоров'я, державного управління, у сферах національної безпеки та оборони, боротьбі зі злочинністю, захисті конституційних прав і свобод громадян, зміцненні міжнародного авторитету України, здійснюють визначну благодійницьку, гуманістичну та громадську діяльність в інтересах України або становлять державний інтерес для України у відповідних сферах діяльності²⁸.

Передбачена Законопроектом можливість набуття громадянства України особами, які мають визначні заслуги перед Україною, або прийняття яких до громадянства України становить державний інтерес для України²⁹ через подання декларації про визнання громадянином України (без припинення іноземного громадянства) розрахована передусім на українську діаспору.

14 грудня 2021 р. Верховна Рада України ухвалила Закон України “Про внесення змін до Закону України ‘Про громадянство України’ щодо спрощеного набуття громадянства України окремими категоріями осіб”³⁰, проект якого під назвою “Про внесення змін до Закону України ‘Про громадянство України’ щодо спрощеного набуття громадянства України іноземцями та особами без громадянства, які брали участь у захисті територіальної цілісності та недоторканності України”³¹ був внесений Кабінетом Міністрів України ще на початку червня 2021 р. і зареєстрований у Верховній Раді України 7 червня 2021 р. під № 5630. Зміст цього Закону переважно збігається зі змістом Законопроекту, але не містить розрахованого на українську діаспору положення про можливість набуття громадянства України через подання декларації про визнання громадянином

²⁸ Проект Закону про внесення змін до Закону України “Про громадянство України” щодо підстав і порядку набуття та припинення громадянства України (н 2).

²⁹ Там само.

³⁰ Про внесення змін до Закону України “Про громадянство України” щодо спрощеного набуття громадянства України окремими категоріями осіб: Закон України від 14 грудня 2021 р. № 1941-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1941-20#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

³¹ Проект Закону про внесення змін до Закону України “Про громадянство України” щодо спрощеного набуття громадянства України іноземцями та особами без громадянства, які брали участь у захисті територіальної цілісності та недоторканності України від 7 червня 2021 р. № 5630 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=5630&skl=10> (дата звернення: 10.01.2022).

України, яка не передбачає припинення іноземного громадянства. Це можна розглядати як свідчення того, що саме українська діаспора відіграє вирішальну роль у запровадженні в Україні подвійного громадянства.

Передбачені Законопроектом зміни у разі їх запровадження матимуть негативні наслідки. Зокрема.

Запровадження в Україні подвійного громадянства означатиме легалізацію іноземного громадянства тих громадян України, які вже мають польські, угорські, румунські, російські, ізраїльські чи інші паспорти, оскільки в законодавстві України про громадянство України вже не буде норми про втрату громадянства України у разі добровільного набуття громадянства іншої держави. Хоча наявність таких паспортів не розширюватиме їхні права в Україні, відповідні держави зможуть вже офіційно заявляти про свої права стосовно них як своїх громадян, втручатися у внутрішні справи України, наприклад, під приводом захисту їхніх прав.

Іноземці, які набудуть громадянство України з поданням декларації про визнання громадянами України, автоматично набуватимуть й усіх конституційних прав громадян України, зокрема й пов'язаних із безоплатним наданням соціальних благ: права користуватися об'єктами права державної та комунальної власності для задоволення своїх потреб; права на соціальний захист (включає право на забезпечення у разі повної, часткової або тимчасової втрати працездатності, втрати годувальника, безробіття, у старості тощо); права на надання житла державою та органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну плату; права на надання безоплатної медичної допомоги у державних і комунальних закладах охорони здоров'я; права безоплатно здобути вищу освіту в державних і комунальних навчальних закладах, які є результатом праці багатьох поколінь українців і до створення яких вони не мали жодного стосунку. Причому громадянами України будуть і їхні новонароджені діти (за принципом "права крові"). А от сплачувати в Україні податки, захищати Україну, її незалежність і територіальну цілісність, відбувати військову службу, перебуваючи за межами території України, вони не зобов'язані.

Негативні наслідки матиме набуття громадянами України, які мають громадянство іноземної держави, конституційних політичних прав: права на об'єднання у політичні партії та громадські організації; права брати участь в управлінні державними справами, у всеукраїнському та місцевих референдумах; права вільно обирати і бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування; права доступу до державної служби та служби в органах місцевого самоврядування, користування якими надасть їм можливість справляти відчутний вплив на політичне життя в Україні.

Слід враховувати і те, що українську діаспору становлять вихідці переважно із західних регіонів України, які мають відповідні політичні уподобання, і набуття ними виборчого права може істотно впливати на

результати президентських чи парламентських, а то й місцевих, виборів в Україні, особливо якщо набуття громадянства України представниками української діаспори набуде масового характеру (“Нас 65 мільйонів”!). До останнього часу саме необхідність припинення наявного громадянства була для представників української діаспори визначальним стримувальним чинником щодо набуття громадянства України.

Щоправда, внесені Президентом України В. Зеленським до Верховної Ради України супутні аналізованому Законопроекту законопроекти “Про запобігання та протидію загрозам національній безпеці України у сфері громадянства”³², “Про внесення змін до статті 570 Митного кодексу України щодо запобігання та протидії загрозам національній безпеці України у сфері громадянства”³³, “Про внесення змін до Закону України ‘Про судоустрій і статус суддів’ щодо запобігання та протидії загрозам національній безпеці України у сфері громадянства”³⁴, “Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо відповідальності за порушення законодавства у сфері громадянства”³⁵ передбачають низку обмежень політичних прав громадян України, які мають громадянство іноземної держави. Проте такі обмеження вони зможуть не без успіху оскаржувати в судовому порядку, оскільки згідно з Конституцією України ‘громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом’ (ч. 1 ст. 24)³⁶. Та й Законопроект передбачає закріплення принципу ‘б) рівності перед законом громадян України незалежно від підстав, порядку і моменту набуття ними громадянства України’ (п. 6 ст. 2)³⁷.

Особливо негативні наслідки матиме набуття громадянами України, які мають громадянство іноземної держави, права власності на землю (землі сільськогосподарського призначення), якого законодавство України за іноземцями поки що не визнає. Як заможніші, порівняно з українцями, люди, вони матимуть змогу скуповувати українську землю. Та й у партнерів України з Європейського Союзу варто було б запитати, чи

³² Проект Закону про запобігання та протидію загрозам національній безпеці України у сфері громадянства від 2 грудня 2021 р. № 6369 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/38471>> (дата звернення: 10.01.2022).

³³ Проект Закону про внесення змін до статті 570 Митного кодексу України щодо запобігання та протидії загрозам національній безпеці України у сфері громадянства від 2 грудня 2021 р. № 6370 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/38472>> (дата звернення: 10.01.2022).

³⁴ Проект Закону про внесення змін до Закону України “Про судоустрій і статус суддів” щодо запобігання та протидії загрозам національній безпеці України у сфері громадянства від 2 грудня 2021 № 6371 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/38473>> (дата звернення: 10.01.2022).

³⁵ Проект Закону про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо відповідальності за порушення законодавства у сфері громадянства від 2 грудня 2021 р. № 6372 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/38475>> (дата звернення: 10.01.2022).

³⁶ Конституція України (н 17).

³⁷ Проект Закону про внесення змін до Закону України “Про громадянство України” щодо підстав і порядку набуття та припинення громадянства України (н 2).

згодні вони визнати право на безвізове відвідування їхніх країн громадянами України, які мають громадянство іноземної держави.

Висновки. Закон України “Про громадянство України” торкається фундаментальних засад української державності. Він є документом довготривалої дії і не повинен ухвалюватися чи змінюватися під визначальним впливом поточних політичних подій, політичної кон’юнктури. Держава, яка поважає себе і своїх громадян, не повинна легковажити з наданням громадянства іноземцям. Багато європейських держав не спрощують, а навпаки, ускладнюють умови щодо прийняття до громадянства, зокрема, встановлюючи максимально можливий строк безперервного проживання на території держави претендента на її громадянство (згідно з ч. 3 ст. 6 Європейської конвенції про громадянство він не повинен перевищувати десять років). Масове прийняття до громадянства України у спрощеному порядку осіб, які мають дійсні, а то й сумнівні заслуги перед Україною, запровадження в Україні подвійного громадянства, не надаючи Україні якихось вагомих переваг, матиме негативні і навіть небезпечні для державності наслідки, значну частину яких навіть важко передбачити. То навіщо відкривати “схривку Пандори”?

Petro Shliakhtun
Valeriy Kolyukh

MULTIPLE CITIZENSHIP IN UKRAINE: PANDORA’S BOX TO OPEN?

ABSTRACT. Constitutional experience of foreign countries (the republics of the former USSR, which became independent states) in solving the issue regarding multiple citizenship is summarized. The law on Ukrainian citizenship and its changes in the independence years are analyzed. The bill “on amendments to the law on Ukrainian citizenship on the grounds and the procedure of acquiring and suspension of citizenship of Ukraine”, submitted by the president of Ukraine Volodymyr Zelensky to the Verkhovna Rada of Ukraine, registered at the Verkhovna Rada of Ukraine under no. 6368 on December 2, 2021 to introduce dual citizenship in Ukraine, has been analyzed. The reasons for the implementation of dual citizenship in Ukraine are investigated as well as its possible negative consequences are predicted. The implementation of dual citizenship in Ukraine has been considered inadvisable.

KEYWORDS: citizenship; multiple citizenship; dual citizenship; Ukrainian citizenship; constitution.



Родіон Поляков

аспірант Запорізького національного університету
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-5266-224X>
(Київ, Україна)
rodion.pol@ukr.net

УДК 347.736

ХАРАКТЕРИСТИКА ІНСТИТУТУ ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНІВ НЕДІЙСНИМИ У ПРОЦЕДУРІ БАНКРУТСТВА В УКРАЇНІ*

АНОТАЦІЯ. Інститут визнання правочинів недійсними у процедурі банкрутства має безпосередній вплив як на перебіг усієї процедури банкрутства загалом, так і на повернення активів боржника, наповнення ліквідаційної маси, а також захист інтересів кредиторів зокрема. Це пояснюється тим, що при наближенні до неминучого економічного краху боржник, намагаючись уникнути неплатоспроможності, вчиняє абсолютно невигідні для нього правочини або ж, навпаки, зі злісним умислом намагається врятувати своє майно, передавши його третій особі. Ба більше, досліджуваний інститут настільки глибоко пускає своє коріння, що його прообраз траплявся навіть у праві Стародавнього Риму.

Метою статті є комплексний аналіз інституту визнання правочинів недійсними у процедурі банкрутства в Україні, актуальних позицій судової практики, виявлення колізій і прогалин у правовому регулюванні цього інституту, а також надання пропозицій щодо його удосконалення.

Підкреслюється, що в частині оскарження правочинів боржника нововведенням у Кодекс України з процедур банкрутства (КУЗПБ) є заміна “конкурсного кредитора” на “кредитора”, що призводить до розширен-

* Стаття є продовженням дослідження автора інституту банкрутства, попередні результати якого оприлюднені у таких працях, як: Р. Поляков, ‘Інститут банкрутства (неплатоспроможності) в юридичній доктрині України’ (2021) *Право України*; Р. Поляков, *Порівняльно-правові аспекти регулювання процедури банкрутства в Німеччині та Україні* (Технодрук 2021); В. Радзивілюк, Р. Поляков, ‘Проблеми застосування господарсько-процесуальних норм у процедурі банкрутства (неплатоспроможності)’ (2020) 7 *Право України* 147–58; М. Микієвич, Р. Поляков, ‘Порівняльно-правовий аналіз правового статусу кредиторів та їхніх органів самоуправління у процедурі банкрутства (неспроможності) за правом України та Німеччини’ (2021) 4 *Право України* 57–70 та інших.

ня суб'єктного складу, якому надається право на таке оскарження (спростування майнових дій) і може мати наслідком безпідставне затягування процедури банкрутства.

Відзначено, що з огляду на приписи ч. 3 ст. 42 КУзПБ, у випадку визнання господарським судом правочину недійсним, треті особи, які вчинили такий правочин із боржником, зобов'язані повернути майно до ліквідаційної маси. Водночас за відсутності у вказаній нормі положень щодо двосторонньої реституції існує ризик порушення права власності добросовісних набувачів.

Констатовано, що визнавати недійсними правочини боржника у процедурі банкрутства необхідно як у випадку наявності умислу приховати кошти, так і в разі їх збитковості чи квазіделікту.

Запропоновано диференціювати строк “недовіри” залежно від ситуації, зокрема, тривалістю в один рік – для оскарження збиткових правочинів, вчинених без злого умислу боржника, три роки – в разі наявності квазіделікту, від 10 до 15 років – у випадку, якщо у боржника був умисел приховати свої активи.

Визначено, що у разі, якщо до початку періоду “недовіри” у боржника є ознаки неплатоспроможності, то початком перебігу цього періоду варто вважати саме момент настання ознак неплатоспроможності.

Запропоновано встановити заборону на визнання договору пожертви недійсним, якщо його укладено боржником не раніше одного року, який передував відкриттю провадження у справі про банкрутство і він не супроводжувався злим умислом боржника чи його контрагента з метою зменшення ліквідаційної маси, а сума пожертви не перевищує 100 мінімальних заробітних плат на момент укладання договору і це не призвело до неплатоспроможності боржника чи її загрози, а також за умови, що обдарований у подальшому не відчужив пожертвоване майно.

Запропоновано передбачити можливість спростування мирової угоди та визнання позову як майнових дій боржника, якщо він ними завдає збитків кредиторам або зменшує розмір ліквідаційної маси.

Висловлюється погляд щодо зміни позиції Верховного Суду у частині нерозповсюдження нових підстав для визнання правочинів боржника недійсними, що передбачені ст. 42 КУзПБ щодо справ, відкритих за положеннями цього Кодексу і для яких не сплинув трирічний строк.

Ключові слова: неплатоспроможність; банкрутство; боржник; період “недовіри”; визнання правочинів недійсними.

Загострена увага до визнання правочинів недійсними у конкурсному процесі полягає у тому, що при наближенні до неминучого економічного краху боржник, намагаючись уникнути неплатоспроможності, вчиняє абсолютно невігідні для нього правочини або ж, навпаки, зі зліс-

ним умислом намагається врятувати своє майно, передавши його третій особі. Кредитори, спостерігаючи за зовнішніми ознаками несприятливого економічного становища боржника, починають дбати про задоволення власних інтересів, підштовхуючи його своїми діями до безповоротної економічної загибелі.

Окремі проблемні питання процедури банкрутства ставали предметом дослідження таких сучасних науковців, як: О. Беяневич, А. Бутирський, О. Гончаренко, О. Ковалишина, Б. Поляков, В. Радзивілюк, М. Телюкіна, О. Черненко. Проте актуальним залишається здійснення комплексного дослідження інституту визнання правочинів недійсними, який має безпосередній вплив як на перебіг усієї процедури банкрутства загалом, так і на повернення активів боржника, наповнення ліквідаційної маси та захист інтересів кредиторів зокрема.

Метою дослідження є комплексний аналіз інституту визнання правочинів недійсними у процедурі банкрутства в Україні, актуальних позицій судової практики, виявлення колізій і прогалин у правовому регулюванні цього інституту, а також надання пропозицій щодо його удосконалення.

Свого часу Б. Поляков наводив позицію Г. Шершеневича, який називав його “хворим місцем російського законодавства”¹.

Питання визнання правочинів боржника недійсними у процедурі банкрутства завжди було актуальним. Цей інститут конкурсного процесу настільки глибоко пускає своє коріння, що його прообраз ми можемо віднайти у праві Стародавнього Риму. Здебільшого науковці звертають увагу на *actio Pauliana*, адже саме завдяки цьому указу кредитори отримували можливість оскаржувати умисні дії боржника, що були вчинені на шкоду їхнім інтересам. Однак, як зазначає Г. Шершеневич, окрім зазначеного акта, існував ще й *interdictum fraudatorium*². К. Малишев зауважує, що різниця між цими двома актами скоріше процесуальна³. Основною умовою визнання правочинів боржника недійсними була наявність злого умислу, а також заподіяної шкоди кредиторам⁴.

Зважаючи на давній історичний розвиток, а також на безумовну істотну важливість такого інституту конкурсного процесу, як визнання недійсними правочинів боржника, його законодавче закріплення міститься, зокрема, у Кодексі України з процедур банкрутства (далі – КУзПБ, Кодекс)⁵.

Слушно підкреслює О. Беяневич:

¹ Б Поляков, *Право неспроможності (банкрутства) в Україні: підручник для студентів вищих навчальних закладів* (Ін Юре 2011) 378.

² Г Шершеневич, *Конкурсное право. Второе издание* (Типография Императорского университета 1898) 9.

³ К И Малышев, *Исторический очерк конкурсного процесса* (Типография Товарищества “Общественная польза” 1871) 44.

⁴ Шершеневич (н 2) 4.

⁵ Кодекс України з процедур банкрутства: Закон України від 18 жовтня 2018 р. № 2597-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

Провадження у справах про банкрутство є самостійним видом судового провадження і характеризується особливим процесуальним порядком розгляду справ, специфічністю цілей і завдань, особливим суб'єктним складом, тривалістю судового провадження, що істотно відрізняють це провадження від позовного⁶.

Із цього приводу Б. Поляков зазначає:

Саме з метою захисту майнових інтересів кредиторів боржника законодавець встановив дві форми оскарження угод боржника: загальну та спеціальну <...> Загальна, або позовна, форма оскарження чи визнання угод недійсними здійснюється в позовному провадженні на загальноцивільних підставах <...> Друга форма оскарження – спеціальна – наявна в процедурі банкрутства⁷.

Подібної позиції дотримується й судова палата для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду (далі – КГС ВС), яка у своїй постанові у справі від 20 лютого 2020 р. № 922/719/16 вказала:

<...> З огляду на сферу регулювання Закону про банкрутство загалом і за змістом зазначеної норми статті 20, вона є спеціальною щодо загальних, установлених ЦК України підстав для визнання правочинів недійсними, тобто ця норма передбачає додаткові, специфічні підстави для визнання правочинів недійсними, які характерні виключно для правовідносин, що виникають між боржником і кредитором у процесі відновлення платоспроможності боржника чи визнання його банкрутом⁸.

А. Бутирський вказує:

У процедурах неспроможності під сумнів може бути поставлено багато угод боржника, які передували початку справі про банкрутство, а тому, досить важливо, щоби спростовувалися саме ті угоди, які йдуть на шкоду кредиторам, для чого необхідно якомога ретельніше виписати норми Закону про банкрутство <...> Визнання угод недійсними надає можливість створення сприятливих умов для відновлення платоспроможності боржника та охороняє інтереси кредиторів шляхом повернення до конкурсної маси майна, що незаконно вибуло⁹.

⁶ О. Беляневич, 'Про особливості застосування норм про позовну давність у справах про банкрутство' (2017) 10 Підприємництво, господарство і право 8.

⁷ Поляков (н 1) 183.

⁸ Постанова Верховного Суду у складі Касаційного господарського суду у справі від 20 лютого 2020 р. № 922/719/16 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/88211046>> (дата звернення: 30.11.2021).

⁹ А. Бутирський, *Заходи щодо відновлення платоспроможності боржника як шлях подолання банкрутства*: (Книги 2008) 89–90.

Як не дивно, український законодавець присвячує настільки значущому питанню у КУЗПБ лише одну статтю під номером 42¹⁰. Втім, такий стан речей не є найгіршим, адже, наприклад, у Законі України “Про відновлення платоспроможності боржника, або визнання його банкрутом” (далі – Закон про банкрутство) в редакції до 2011 р.¹¹ вказаному питанню було приділено навіть не статтю, а лише її частину.

З аналізу вказаної вище статті Кодексу стає зрозуміло, що право оскарження правочинів боржника надається арбітражному керуючому та будь-якому кредитору боржника у процедурі банкрутства. Також привертає увагу строк оскарження, він встановлений тривалістю три роки до відкриття провадження у справі про банкрутство (частини 1, 2 ст. 42), або ж правочин має бути вчинений після відкриття провадження у справі (ч. 1 ст. 42)¹².

Варто наголосити, що певним нововведенням є заміна “конкурсного кредитора” на “кредитора”. Такий стан речей видається дещо дивним. Безумовно, завдяки такому більш ширшому тлумаченню певною мірою захищаються інтереси й інших кредиторів, однак, чи потребують вони такого захисту? Річ у тім, що інші категорії кредиторів і так є достатньо захищеними. Зокрема, вимоги забезпеченого кредитора задовольняються за рахунок предмета забезпечення. Якщо вартості предмета забезпечення недостатньо для покриття його вимог, то решта вимог вважається незабезпеченою. У цьому випадку такий кредитор буде вважатися конкурсним щодо незабезпеченої частини вимоги. Та й узагалі, враховуючи позицію судової палати для розгляду справ про банкрутство КГС ВС, яка у своїй постанові у справі від 4 лютого 2021 р. № 904/1360/19 доходить висновку, що кредитор є забезпеченим на всю вимогу, навіть якщо вартість предмета забезпечення є нижчою¹³, вдається констатувати, що забезпеченому кредитору не має бути цікавим спростування майнових дій боржника.

Подібна ситуація і з привілейованими кредиторами, адже їхні вимоги задовольняються насамперед. Причому незрозуміло, чому такі кредитори на зборах кредиторів мають право лише дорадчого голосу, що за своєю суттю жодним чином не впливає на рішення цього органу самоуправління кредиторів, але водночас вони отримують право на оскарження правочинів боржника. Щодо поточних кредиторів, то їхні вимоги самі собою можуть стати предметом оскарження, адже вони з’явилися після

¹⁰ Кодекс України з процедур банкрутства (н 5).

¹¹ Про відновлення платоспроможності боржника, або визнання його банкрутом: Закон України від 22 грудня 2011 р. № 4212-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/4212-17/ed20130807#n3>> (дата звернення: 30.11.2021).

¹² Кодекс України з процедур банкрутства (н 5).

¹³ Постанова Верховного Суду у складі Касаційного господарського суду у справі від 4 лютого 2021 р. № 904/1360/19 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/94999344>> (дата звернення: 30.11.2021).

відкриття провадження у справі про банкрутство. Крім того, такому кредитору було відомо про несприятливий фінансовий стан боржника.

Враховуючи ці обставини, спростування майнових дій боржника різними категоріями кредиторів може стати причиною для безпідставного затягування процедури банкрутства. Із цього приводу влучно висловлювався Б. Поляков:

Збереження за окремими кредиторами права визнання недійсними заінтересованих угод боржника відіграватиме негативну роль, оскільки буде сприяти конфлікту з арбітражним керуючим, більшістю кредиторів і навіть з контрагентами боржника – господарюючого суб'єкта, що, зі свого боку, негативно відобразиться на всій процедурі банкрутства та відновлення платоспроможності боржника¹⁴.

Пропонуємо перейти до аналізу підстав для визнання недійсними правочинів боржника. Так, законодавець вимагає наявності завданих збитків кредиторам задля визнання правочину недійсним із таких підстав (ч. 1 ст. 42 КУзПБ):

- 1) боржник виконав майнові зобов'язання раніше встановленого строку;
- 2) боржник до відкриття провадження у справі про банкрутство взяв на себе зобов'язання, внаслідок чого він став неплатоспроможним або виконання його грошових зобов'язань перед іншими кредиторами повністю або частково стало неможливим;
- 3) боржник здійснив відчуження або придбав майно за цінами, відповідно, нижчими або вищими від ринкових, за умови, що в момент прийняття зобов'язання або внаслідок його виконання майна боржника було (стало) недостатньо для задоволення вимог кредиторів;
- 4) боржник оплатив кредитору або прийняв майно в рахунок виконання грошових вимог у день, коли сума вимог кредиторів до боржника перевищувала вартість майна;
- 5) боржник узяв на себе заставні зобов'язання для забезпечення виконання грошових вимог¹⁵.

Розглянувши ч. 2 ст. 42 КУзПБ, наголошується, що законодавець передбачає випадки, у яких для визнання недійсними правочинів боржника не вимагається настання негативних наслідків для кредиторів. Такими випадками є:

- 1) боржник безоплатно здійснив відчуження майна, взяв на себе зобов'язання без відповідних майнових дій іншої сторони, відмовився від власних майнових вимог;

¹⁴ Поляков (н 1) 188.

¹⁵ Кодекс України з процедур банкрутства (н 5).

- 2) боржник уклав договір із заінтересованою особою;
- 3) боржник уклав договір дарування¹⁶.

З аналізу зазначеної норми можна дійти висновку, що в наведених випадках правочини можуть бути визнані недійсними через презумування умислу боржника. Тому виникає питання: чи варто вдаватися до такої презумпції? Свого часу А. Гольмстен вдало зазначав: '<...> перенести відповідальність за *omnis causa* на випадки простого збагачення не можна: це значило б заперечувати будь-яке юридичне значення відмінності *bona* від *mala fide* <...>'¹⁷.

Окремого аналізу потребують підстави, які були визначені в ч. 1 ст. 42 КУзПБ. Не зовсім зрозуміло, чому необхідно визнавати правочин недійсним, за яким майно було відчужене за ціною нижче ринкової вартості або придбане, відповідно, за ціною вище ринкової вартості. Такі умови продажу лише можуть свідчити про наявність злого умислу у боржника, однак про це неможливо стверджувати, оскільки, наприклад, в основу ділового обороту між заводом та дистриб'ютором здебільшого якраз і закладене відчуження майна за нижчою ринковою вартістю, адже дистриб'ютор, зі свого боку, ще має його реалізувати в роздріб. І навпаки, можлива ситуація, коли підприємству необхідно придбати певний товар із високим попитом. Зрозуміло, що на такий товар ціна буде вище ринкової.

Аналогічна позиція і щодо заставних зобов'язань задля забезпечення виконання грошових вимог. Безумовно, погоджуючись, що при цьому може існувати злісна домовленість між боржником і кредитором, однак, ненароком, під це законодавче положення може потрапити й добросовісний кредитор, який, на відміну від інших, завчасно подбав про власні інтереси та отримав забезпечення власних вимог. Річ у тім, що будь-яке забезпечення вимог кредитора майном боржника точно не відіграватиме позитивної ролі для майнових інтересів інших кредиторів.

Втім, незважаючи на все це, у світлі теперішніх законодавчих положень є ризик порушення права власності добросовісних набувачів. Такі особи не мали жодного злого умислу під час укладання договорів із боржником, однак все одно можуть зіштовхнутись із несприятливими правовими наслідками. Причому за приписами ч. 3 ст. 42 КУзПБ не передбачено двосторонньої реституції, адже треті особи, які вчинили визнані судом недійсними правочини із боржником, мають повернути майно до ліквідаційної маси.

Свого часу Г. Шершеневич із цього приводу зазначав:

¹⁶ Кодекс України з процедур банкрутства (н 5).

¹⁷ А. Х. Гольмстен, *Учение о праве кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб, в современной юридической литературе* (Тип М. М. Стасюлевича 1894) 7.

У такому випадку законодавець, стаючи на захист інтересів кредиторів, зустрічається із протилежними та не менш обґрунтованими інтересами третіх осіб, які, вчиняючи правочини із неспроможним боржником, були введені в оману, як і все суспільство, та не знали істинного стану речей. Вони наполягають на збереженні сили за вчиненими правочинами, вказуючи на той підлив суспільного кредиту довіри, який може спричинити знищення безлічі правочинів, вчинених цілком добросовісно. Таке ставлення законодавця спричинило б значні труднощі для всього цивільного обороту, оскільки кожен, вчиняючи правочин, побоювався б неспроможності контрагента¹⁸.

Підтримуючи наведену позицію, варто брати до уваги також положення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод¹⁹ та ст. 41 Конституції України²⁰. До речі, в цій статті Основного Закону зазначається про необхідність повного відшкодування вартості в разі відчуження приватної власності²¹.

Доцільним видається визнавати недійсними правочини боржника у процедурі банкрутства як за наявності умислу приховування коштів, так і в разі їх збитковості, адже в такий спосіб вдасться захистити й інтереси інших кредиторів боржника. При цьому збиткові правочини мають бути вчинені безпосередньо в чітко визначений період.

Тому, на жаль, складно погодитися із висновком О. Гончаренко, О. Черненко, О. Ковалишина про те, що '<...> особливий порядок визнання недійсними правочинів жодним чином не впливає на стабільність суспільних відносин <...>'²².

Річ у тім, що цей інститут конкурсного процесу безпосередньо впливає на стабільність суспільних відносин, адже, як зазначав Г. Шершеневич, завдяки йому видається можливим "знищити" абсолютно законний правочин²³, що, зі свого боку, не може не викликати обурення контрагентів боржника. Однак законодавець допускає таке порушення стабільності суспільних відносин винятково з метою дотримання справедливого розподілу майнових активів боржника між його кредиторами та захисту законних інтересів усіх осіб, які певною мірою залучені до конкурсного процесу. Із цього приводу влучно висловились судова палата для розгляду справ про банкрутство КГС ВС, яка у постанові у справі від 20 лютого 2020 р. № 922/719/16 зазначила:

¹⁸ Шершеневич (н 2) 261–2.

¹⁹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. (дата звернення: 30.11.2021).

²⁰ Конституції України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 30.11.2021).

²¹ Перший протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535#Text> (дата звернення: 30.11.2021).

²² О Гончаренко, О Черненко, О Ковалишина 'Правова природа трирічного строку, передбаченого статтею 42 Кодексу України з процедур банкрутства' (2021) 6 Підприємництво, господарство і право 77.

²³ Шершеневич (н 2) 262–3.

Інститут визнання недійсними правочинів боржника у межах справи про банкрутство є універсальним засобом захисту у відносинах неплатоспроможності та частиною єдиного механізму правового регулювання відносин неплатоспроможності, що спрямована на дотримання балансу інтересів не лише осіб, які беруть участь у справі про банкрутство, а й осіб, залучених у справу про банкрутство, наприклад, контрагентів боржника. Визнання недійсними правочинів боржника у межах справи про банкрутство спрямоване на досягнення однієї з основних цілей процедури неплатоспроможності – максимально можливе справедливе задоволення вимог кредиторів²⁴.

З огляду на описану позицію суду доречно навести думку М. Телюкіної:

<...> логічним було б надати можливість заявляти до суду клопотання про спростування правочинів усім зацікавленим особам, у тому числі тим, які не є кредиторами. В якості найбільш зацікавлених можливо відзначити засновників (учасників) боржника, які не мають можливості впливати на дії (конкурсного – Р. П.) керуючого, але прямо зацікавлені у відновленні платоспроможності боржника²⁵.

Безумовно, із цього приводу можна згадати про загальновідому римську максиму, яка набула свого широкого використання і тепер, зокрема в постанові Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справі від 7 жовтня 2020 р. № 450/2286/16-ц²⁶ – “*non concedit venire contra factum proprium*” (“ніхто не може діяти всупереч своїй попередній поведінці”). Однак наявні певні сумніви щодо доречності застосування цієї максими, оскільки в цьому конкретному випадку йдеться про правочини, які були вчинені у період “недовіри”. Ба більше, говорячи про захист інтересів як осіб, що беруть участь у справі про банкрутство, так і осіб, які залучені у справу про банкрутство, то, відповідно, необхідно забезпечити й захист інтересів боржника. У такому випадку можливо вберегти суб’єкт підприємництва від повної ліквідації через збільшення ліквідаційної маси завдяки поверненню до неї майна боржника.

Щодо необхідності чіткого визначення часових меж періоду “недовіри”, варто зазначити, що вони зумовлюються збереженням балансу справедливого господарсько-ділового обороту, а також відокремлення правочинів, які вчинені з певною часткою підприємницького ризику у зв’язку з явно невігідними правочинами, що вчиняються боржником

²⁴ Постанова Верховного Суду у складі Касаційного господарського суду у справі від 20 лютого 2020 р. № 922/719/16 (н 8).

²⁵ М. Телюкіна Конкурсное право: Теория практика и процесса (Дело 2002) 293.

²⁶ Постанова Верховного Суду у складі Касаційного цивільного суду у справі від 7 жовтня 2020 р. № 450/2286/16-ц <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/92173296>> (дата звернення: 30.11.2021).

із метою приховування чи покращення власного безнадійного фінансового становища, задоволення вимог кредиторів, які поводять себе найактивнішим способом, від правочинів, вчинених із недоброчесною третьою особою, яка вирішила збагатитись, усвідомлюючи реальний стан речей. Насправді в обох випадках такі правочини є вельми подібними, адже боржник погоджується на не дуже привабливі умови. Однак, якщо в першому випадку він перебуває у здоровому фінансовому стані й готовий піти на ризик, який має “окупитись” у майбутньому, то в другому випадку боржник відчайдушно шукає шляхи порятунку, тим самим остаточно знищуючи своє господарство.

На практиці розрізнити ці два варіанти правочинів доволі складно, а тому, з метою унеможливлення неправильного тлумачення правової норми судовими установами, законодавець має чітко визначити період “недовіри”, протягом якого збиткові угоди боржника можуть бути визнані недійсними. Нині такий період становить три роки до відкриття провадження у справі про банкрутство. Проте такий строк є занадто тривалим, адже навряд чи кожне підприємство планує власне банкрутство за три роки.

Водночас все одно залишається ймовірність того, що у боржника будуть ознаки неспроможності більш ніж за рік до процедури банкрутства. Така ситуація здебільшого є винятком із правил, однак її існування варто передбачити. Як зауважував Е. Талер: ‘Банкрутство рідко трапляється непомітно; воно з’являється з попереджувальними симптомами, такими, як гроза з віддаленим гуркотінням чи хвороба з лихоманкою’²⁷.

Інакше кажучи, перед тим, як боржник стане неплатоспроможним, він викаже себе зовнішніми ознаками. Тому доцільно встановити період “недовіри” тривалістю один рік до відкриття провадження у справі про банкрутство, а в разі наявності ознак неплатоспроможності боржника до початку перебігу встановленого періоду “недовіри”, відповідно, початком перебігу цього періоду слід вважати момент настання цих ознак.

Щодо наявності такого елемента, як збитковість майнової дії боржника, то річ у тім, що майно, у випадку визнання цього правочину недійсним, буде передано до ліквідаційної маси, а третя особа, в цьому випадку покупець, отримає задоволення власних вимог на рівні з конкурсними кредиторами. Далеко не факт, що арбітражному керуючому вдасться продати товар за вищою, та й навіть за ринковою вартістю. З огляду на це, оскарженню мають підлягати тільки правочини, які є не вигідними для боржника або для кредиторів, що, зрештою, взаємопов’язано.

Наступна підстава для спростування майнових дій боржника – це дії зі злісним умислом приховування активів. Тому доволі непоодиноким

²⁷ W Endemann, *Das Deutsche Konkursverfahren* (Fues’s Verlag 1859) 373.

явищем є ситуація, коли боржник, розуміючи реальний стан речей, наважується на приховування активів з метою обману кредиторів.

Однак доведення злого наміру боржника є доволі складною справою, адже нерідко злий умисел криється лише у внутрішній волі. З другого боку, контрагент боржника так само має бути обізнаний у його намірах, адже інакше боржник не зможе заново заволодіти власним майном.

Варто зауважити, що нині в українському законодавстві відсутні положення щодо злого умислу боржника в разі відчуження майна. Залишається задовольнятися лише квазіделіктними нормами, тобто такими, які за своєю суттю презумують наявність делікту боржника в разі вчинення певних дій (ч. 2 ст. 42 КУзПБ).

Підтримується позиція В. Радзивілюк, яка зазначає:

Безспірно, що законодавцем мають бути враховані внутрішні або суб'єктивні критерії, які мають застосовуватись додатково до зовнішніх критеріїв. У якості основного внутрішнього критерію можна назвати недобросовісну поведінку сторони правочину (договору), яка безпосередньо або у кінцевому результаті має на меті заподіяння майнової шкоди кредиторам. <...> А якщо додаються такі критерії суб'єктивного порядку, то має відбутися диференціація спеціальних періодів визнання правочинів (договорів) недійсними²⁸.

Безумовно, наявність квазіделікту може відігравати позитивну роль, адже за своєю суттю компенсує складність доведення делікту. Однак наголошується, що українська процедура банкрутства лише виграла б, якби в КУзПБ містилися норми про спростування майнових дій боржника, які були вчинені зі злісним умислом приховування активів. Для спростування таких дій можна було би встановити строк тривалістю 10 чи 15 років до відкриття провадження у справі про банкрутство або з моменту, коли боржник усвідомлював неминучість своєї неплатоспроможності.

З другого боку, положення ч. 2 ст. 42 КУзПБ потребують невеликого уточнення. Зокрема, у випадку, якщо майно безоплатно відчужене з доброї волі у благодійних цілях, то вилучати його неправильно й дещо аморально. Тому пропонується доповнити ст. 42 частиною такого змісту: *“Не може бути визнаним недійсним у процедурі банкрутства договір пожертви, в якому боржник виступає пожертвувачем, за умови, що жертва відбулась не раніше одного року з моменту відкриття провадження у справі про банкрутство, не супроводжується злим умислом боржника чи його контрагента у зменшенні ліквідаційної маси, сума пожертви не перебільшує 100 мінімальних заробітних плат на момент укладання до-*

²⁸ В Радзивілюк, ‘Визнання недійсними та відмова від правочинів (договорів) боржника у судовій процедурі санації’ (2013) 3 Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки 46.

говору та не призвела до неплатоспроможності боржника чи її загрози, а також за умови, що обдарований не відчужив пожертвоване майно. Обдарований позбавляється права відчуження пожертвованого майна протягом 10 років з моменту закриття провадження у справі про банкрутство". Таким чином, інтереси набувача пожертвованого майна будуть більш захищеними в разі укладання договору пожертви з *bona fide*. Ба більше, у випадку незгоди із таким положенням кредитор чи арбітражний керуючий, та навіть і боржник, матимуть можливість звернутися до суду й визнати договір пожертви недійсним на загальних цивільно-правових підставах.

Отже, видається доречною тривалість періоду "недовіри", яка передбачена у ч. 2 ст. 42 КУЗПБ. Не варто робити його гнучким, оскільки у випадку квазіделікту можна тільки презюмувати злий умисел у боржника. У запропонованих вище випадках є можливість розширення періоду "недовіри" та його корегування під кожен конкретну ситуацію саме через наявність об'єктивних на те підстав (вчинення збиткових правочинів та вчинення правочинів зі злісним умислом), коли в цьому випадку підстава являє собою лише домисел, а тому, безумовно, не може претендувати на об'єктивність.

Окрім викладеного вище, щодо підстав оскарження правочинів боржника варто зазначити таке. За КУЗПБ на відміну від Закону про банкрутство в редакції 2011 р. стало неможливим спростування майнових дій боржника. Безумовно, за своїм змістом положення частин 1, 2 ст. 42 КУЗПБ здебільшого містять у собі майнові дії боржника. Але саме собою формулювання в правовій нормі більше не фігурує.

Також слід приділити увагу й таким випадкам, коли боржник уклав мирову угоду із кредитором у наявному господарському спорі до відкриття провадження у справі про банкрутство або ж визнав позов. Безумовно, що такі інститути в господарському процесі, як мирова угода та визнання позову боржником, мають ознаки правочину, проте, на відміну інших правочинів, вони наділені важливою особливістю – затвердження судом. Однак ці процесуальні документи теж мають спростовуватись у процедурі банкрутства.

Вказана позиція обґрунтовується тим, що мирова угода чи визнання позову хоч і є абсолютно законними, через що, власне, і затверджені судом, однак вони були вчинені в період "недовіри", так само, як й інші абсолютно законні правочини боржника, що завдають збитків кредиторам та вчинені у період "недовіри", про що зазначалося вище. Тому, з огляду на це та на попередню обставину, пропонується внести зміни до КУЗПБ, додавши нову частину до ст. 42 у такій редакції:

"Господарський суд за заявою конкурсного кредитора, арбітражного керуючого або боржника може спростувати й інші майнові дії боржника,

майнові дії третіх осіб щодо майна боржника, визнати недійсною мирову угоду, укладену між боржником і кредитором та затверджену судом, а також визнання позову боржником, яке затверджене судом, за умови, що вони завдають збитків іншим кредиторам та зменшують чи направлені на зменшення ліквідаційної маси.

Спростування таких дій боржника можливе за умови, що вони були вчинені після відкриття провадження у справі про банкрутство або протягом одного року, що передував відкриттю провадження у справі про банкрутство.

При визнанні недійсною затвердженої мирової угоди або визнанні позову боржником відповідні судові рішення мають бути переглянуті за нововиявленими обставинами”.

Ще одне важливе практичне питання із приводу застосування ст. 42 КУзПБ стосується дії закону в часі. Річ у тім, що до моменту набрання законної сили КУзПБ був чинним Закон про банкрутство, за ст. 20 якого період “недовіри” становив лише один рік. Тому виникає запитання: чи можливе застосування ст. 42 КУзПБ щодо правочинів, які були вчинені до набуття чинності КУзПБ? Адже у “Прикінцевих та перехідних положеннях” Кодексу зазначено, що подальший розгляд справ про банкрутство здійснюється відповідно до його положень незалежно від дати відкриття провадження у справі про банкрутство.

Утім, відповідь на це запитання була надана судовою практикою. Так, Північний апеляційний господарський суд у своїй постанові у справі від 12 серпня 2020 р. № 911/956/17²⁹ зазначив про відсутність зворотної дії закону в часі. Касаційна інстанція у своїй постанові у справі від 12 листопада 2020 р. № 911/956/17 погодилась із висновками апеляційної інстанції та зазначила, що

<...> до договорів, які укладені до моменту набрання чинності КУзПБ, застосовуються загальні чи спеціальні норми матеріального права, які визначають підстави недійсності цих договорів та існували на момент укладення договору (вчинення правочину)”³⁰.

Щодо позиції науковців, то О. Гончаренко, О. Черненко, О. Ковалишина зазначають:

Такий строк має ретроспективний характер, тобто стосується дій та правочинів, які відбулися у минулому. У цьому випадку не йдеться про

²⁹ Постанова Північного апеляційного господарського суду у справі від 12 серпня 2020 р. № 911/956/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/91041106>> (дата звернення: 30.11.2021).

³⁰ Постанова Верховного Суду у складі Касаційного господарського суду у справі від 12 листопада 2020 р. № 911/956/17 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/92971718>> (дата звернення: 30.11.2021).

ретроактивність дії закону (зворотну дію закону) та невідповідність положенням ст. 58 Конституції України³¹.

Варто певною мірою не погодитися із позицією судової практики та частково підтримати позицію цих науковців. Річ у тому, що про порушення положень ст. 58 Основного Закону може йтися винятково у випадку застосування трирічного періоду “недовіри” у провадженнях у справах про банкрутство, які були відкриті до набуття чинності КУзПБ. Якщо ж провадження у справі про банкрутство було відкрите після набуття чинності КУзПБ, то про зворотну дію закону не йдеться.

Необхідно вказати на позицію судової палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду у справі № 911/1012/13, висловлену у постанові від 28 жовтня 2021 р.:

<...> критерієм для застосування норм ст. 42 Кодексу України з процедур банкрутства та ст. 20 Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”, у тому числі і до заяв, поданих після введення в дію Кодексу України з процедур банкрутства, є дата відкриття провадження у справі про банкрутство³².

З аналізу постанови вбачається, що касаційна інстанція відійшла від сформованих раніше позицій щодо критерія застосування ст. 42 КУзПБ відносно справ, які відкриті за КУзПБ. Так, за цією новою позицією, якщо справа про банкрутство відкрита у період дії Закону про банкрутство, то використовується ст. 20 цього акта, і строк “недовіри” становить один рік, та навпаки, якщо справу відкрито за КУзПБ, то застосуванню підлягає його ст. 42, відповідно, зі строком “недовіри” у три роки.

Загалом слід погодитися з позицією касаційної інстанції щодо розповсюдження строків для визнання правочинів недійсними, які передбачені ст. 42 КУзПБ щодо справ, які відкриті за зазначеним актом. Що стосується застосування підстав для визнання правочинів недійсними, то тут погодитись повністю не можна. Треба підходити з позиції наявності чи відсутності на момент вчинення правочину підстав для визнання його недійсним.

Якщо на момент вчинення правочину набув чинності Закон про банкрутство, то застосовуються положення щодо підстав визнання правочину недійсним ст. 42 КУзПБ, які збігаються з такими ж підставами, що були передбачені ст. 20 Закону про банкрутство. Що стосується інших підстав для визнання правочину недійсним, яких не було передбачено

³¹ Гончаренко, Черненко, Ковалишина (н 20) 78.

³² Постанова Верховного Суду у складі суддів судової палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду у справі від 28 жовтня 2021 р. № 911/1012/13 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/101424055>> (дата звернення: 30.11.2021).

ст. 20 Закону про банкрутство, і які з'явилися лише в ст. 42 КУзПБ, як-то: укладення договору дарування чи договору з заінтересованою особою, то вони відповідно до ст. 58 Конституції України застосуванню не підлягають, оскільки на час вчинення правочину не існували.

Слід зазначити, що у процедурі банкрутства можливо визнати недійсним абсолютно законний із позиції цивільного права правочин, тому в будь-якому разі сторони здебільшого не можуть передбачати настання таких негативних наслідків, які передбачені як у ст. 20 Закону про банкрутство, так і в ст. 42 КУзПБ. А отже, постає питання лише стосовно визначення “відправної точки”, тобто моменту, з якого буде розпочинатися відлік періоду “недовіри”. І якраз у цьому й полягає питання застосування приписів ст. 58 Конституції України. Адже, якщо провадження у справі про банкрутство було відкрите після 21 жовтня 2019 р., слід використовувати трирічний період “недовіри”, оскільки на момент початку його відліку КУзПБ набув чинності.

Висновки. Проведений комплексний аналіз інституту визнання правочинів недійсними у процедурі банкрутства дає змогу дійти таких висновків:

1. Констатовано, що визнавати недійсними правочини боржника у процедурі банкрутства необхідно як у випадку наявності умислу приховати кошти, так і в разі їх збитковості чи квазіделікту. Доцільно встановити строк “недовіри”, диференціювавши його залежно від ситуації, зокрема, тривалістю в один рік – для оскарження збиткових правочинів, вчинених без злого умислу боржника, три роки – у разі наявності квазіделікту, від 10 до 15 років – у випадку, якщо у боржника був умисел приховати свої активи.

2. Визначено, що у випадку, якщо до початку періоду “недовіри” у боржника є ознаки неплатоспроможності, то початком перебігу цього періоду варто вважати саме момент настання ознак неплатоспроможності.

3. Запропоновано встановити заборону на визнання договору пожертви недійсним, якщо його укладено боржником не раніше одного року, який передував відкриттю провадження у справі про банкрутство і він не супроводжувався злим умислом боржника чи його контрагента з метою зменшення ліквідаційної маси, а сума пожертви не перебільшує 100 мінімальних заробітних плат на момент укладання договору і це не призвело до неплатоспроможності боржника чи її загрози, а також за умови, що обдарований у подальшому не відчужив пожертвоване майно.

4. Запропоновано передбачити можливість спростування мирової угоди та визнання позову як майнових дій боржника, якщо він ними завдає збитків кредиторам або зменшує розмір ліквідаційної маси.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Endemann W, *Das Deutsche Konkursverfahren* (Fues's Verlag 1859) (in German).
2. Butyrskiy A, *Zakhody shchodo vidnovlennia platospromozhnosti borzhnyka yak shliakh podolannia bankrutstva* (Knyhy 2008) (in Ukrainian).
3. Golmsen A, *Uchenye o prave kredytora oproverhat yurydycheskye akty, sovershennyye dolzhnykom v ego ushcherb, v sovremennoi yurydycheskoi lyterature* (Typ M M Stasiulevycha 1894) (in Russian).
4. Malyshev K, *Ystorycheskyi ocherk konkursnoho protsessa* (Typ Tovaryshchestva "Obshchestvennaia polza" 1871) (in Russian).
5. Poliakov B, *Pravo nespromozhnosti (bankrutstva) v Ukraini: pidruchnyk dlia studentiv vyshchyyh navchnyh zakladiv* (In Yure 2011) (in Ukrainian).
6. Shershenevich G, *Konkursnoe pravo. Vtoroe yzdanye* (Typ Ymperatorskoho unyversyteta 1898) (in Russian).
7. Telyukina M, *Konkursnoe pravo: Teoriya praktika i processa* (Delo 2002) (in Russian).

Journal articles

8. Belianevych O, 'Pro osoblyvosti zastosuvannia norm pro pozovnu давnist u spravakh pro bankrutstvo' (2017) 10 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 8 (in Ukrainian).
9. Honcharenko O, Chernenko O, Kovalyshyna O, 'Pravova pryroda tryrichnoho stroku, peredbachenoho statteiu 42 Kodeksu Ukrainy z protsedur bankrutstva' (2021) 6 *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo* 77, 78 (in Ukrainian).
10. Radzyviliuk V, 'Vyznannia nediiisnyh ta vidmova vid pravochyniv (dohovoriv) borzhnyka u sudovii protseduri sanatsii' (2013) 3 *Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka. Yurydychni nauky* 46 (in Ukrainian).

Rodion Poliakov

CHARACTERISTIC OF INSTITUTE OF INVALIDATION OF TRANSACTIONS IN BANKRUPTCY PROCEDURE IN UKRAINE

ABSTRACT. The institute of invalidation of transactions in the bankruptcy procedure has a direct impact on the course of the entire bankruptcy procedure in general, and on the return of the debtor's assets, filling the liquidation mass, as well as protecting the interests of creditors in particular. This is due to the fact that in approaching the imminent economic collapse, the debtor, in order to avoid insolvency, commits transactions that are completely unfavourable to him, or, conversely, maliciously tries to save his property by passing it to a third party. Moreover, the institute under study is so deeply rooted that its prototype is found even in the law of the ancient Rome.

The purpose of the article is a comprehensive analysis of the institute of invalidation of transactions in the bankruptcy procedure in Ukraine, current positions of judicial practice, identification of conflicts and gaps in the legal regulation of this institution, and provide suggestions for its improvement.

It is emphasized that in terms of appealing the debtor's transactions, the innovation in the Bankruptcy Code is the replacement of the "competitive creditor" by "creditor",

which in turn leads to the expansion of the entity entitled to such an appeal (impugnment of property actions) and may result the unreasonable delay of the bankruptcy procedure.

It is highlighted that given the requirements of Part 3 of Art. 42 of the Bankruptcy Code, in case the commercial court declares the transaction as invalid, third parties who have made such a transaction with the debtor are obliged to return the property to the liquidation mass. At the same time, in the absence of provisions on bilateral restitution in mentioned legal norm, there is a risk of violation of the property rights of bona fide acquirers.

It is stated that it is necessary to invalidate the debtor's transactions in the bankruptcy procedure both as in case of intent to conceal funds, as well as in case of their unprofitableness or in case of the presence of quasi-tort.

It is proposed to differentiate the period of "distrust" depending on the situation, in particular, one year – to appeal unprofitable transactions committed without the intent to defraud the creditors, three years – in case of quasi-tort, from ten to fifteen years – in case of debtor's intention to conceal the assets.

It is determined that if before the beginning of the period of "distrust" the debtor has signs of insolvency, then the beginning of the mentioned period should be considered at the moment of manifestation of insolvency signs.

It is proposed to establish the prohibition on invalidation of the donation agreement if it is concluded by the debtor not earlier than one year preceding the opening of bankruptcy proceedings, and it was not accompanied by malicious intent of the debtor or his counterpart to reduce liquidation mass, and the amount of donation does not exceed from 100 minimum wages payments at the time of the contract conclusion and this did not lead to the insolvency of the debtor or its threat, as well as provided that the gifted person did not further alienate the donated property.

It is proposed to provide for the possibility of impugnment of the amicable agreement and claim recognition as the debtor's property actions, if he causes damage to creditors or reduces the volume of the liquidation mass.

The view is expressed regarding the change of the position of the Supreme Court in terms of non-dissemination of new grounds for invalidation of the debtor's transactions, provided for in Art. 42 of the Bankruptcy Code in cases which were opened under the provisions of this Code and for which the three-year period has not expired.

KEYWORDS: insolvency; bankruptcy; debtor; period of "distrust"; invalidation of transactions.



Анатолій Литвиненко

аспірант відділення юридичних наук
Балтійської міжнародної Академії (Рига, Латвія),
аспірант школи права Університету ім. Р. Гордона
(Абердін, Шотландія, Сполучене Королівство),
аспірант кафедри міжнародного права
Львівського національного університету імені Івана Франка,
асистент кафедри медичного права
Львівського національного медичного університету
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7410-5292>
anat.lytvynenko@gmail.com

УДК 347.121.2

КАСАЦІЙНА ПРАКТИКА ВЕРХОВНОГО СУДУ В СПРАВАХ ЩОДО ЗАХИСТУ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ У СФЕРІ ОХОРОНИ ЗДОРОВ'Я

АНОТАЦІЯ. Позови проти лікарів і лікарень через розголошення інформації, що становить медичну таємницю, давно не є новими в країнах Європи, оскільки найстарішим із таких судових процесів значно більше 100 років. Дедалі більше аналогічних справ розглядають і суди України, що вказує на високий рівень актуальності цієї проблеми у динамічному розвитку медичного права України. Яскравим показником цього є розгляд Верховним Судом низки справ, в яких позивачі воліли домогтися відшкодування збитків через розголошення інформації, що становила медичну таємницю, чи домогтися отримання доступу до інформації стосовно їхнього стану здоров'я.

Метою статті є огляд актуальної касаційної практики Верховного Суду в справах щодо захисту персональних даних у сфері охорони здоров'я. Медична інформація є "чутливими" персональними даними, розголошення якої може призвести до вкрай негативних наслідків для позивача, і сильно позначитися на його працевлаштуванні, трудовій та професійній діяльності й особистому житті. Окрім цього, автор звертає увагу на тлумачення того, яка інформація належить до медичної таємниці в касаційній практиці Верховного Суду, адже це поняття потребує ретельної категоризації. Технології ХХІ ст. дають змогу ідентифікувати пацієнта за біологічними зразками, а отже, поняття "персональні дані" більше не можна розцінювати як інформацію, записану виключно на паперовому чи електронному носіях.

У статті використовуються такі методи дослідження: історико-правовий – для дослідження витоків поняття "медична таємниця" та перших спроб судів визначити, що входить до її змісту, герменевтичний – для опису актуальної практики Верховного Суду, та компаративний, що застосовується для порівняння вітчизняної та зарубіжної судової практики.

Ключові слова: медична таємниця; захист персональних даних; медичне право; Верховний Суд; касаційна практика Верховного Суду; права пацієнта.

Метою дослідження є огляд актуальної касаційної практики Верховного Суду в справах щодо захисту персональних даних у сфері охорони здоров'я.

Професійна таємниця є одним із центральних інститутів медичного права, оскільки є головною запорукою довіри пацієнта до свого лікаря. У нещодавньому рішенні Верховного Суду Латвійської Республіки № SKA-41/2020¹ знаходимо твердження: інститут медичної таємниці направлений не тільки на те, аби захистити право пацієнта на приватність, а й захистити його впевненість (у контексті *довіри*) у медичній професії та системі охорони здоров'я загалом; якби такого принципу не існувало, це б відваджувало громадян від надання необхідної інформації лікарям задля того, щоб отримати необхідну медичну допомогу, або й узагалі могло призвести до того, що пацієнти відмовлялися б від отримання медичної допомоги в закладах охорони здоров'я (очевидно, знаючи, що будь-яка інформація, за таких обставин, може бути передана невизначеному колу третіх осіб)². З позицією Верховного Суду Латвійської Республіки погодимось. Цілком очевидно, що звертаючись за медичною допомогою, пацієнт має бути впевненим не тільки в тому, що йому буде надано якісну та фахову медичну допомогу, а й у тому, що інформація стосовно його стану здоров'я зберігатиметься в таємниці. Віднесення інформації стосовно стану здоров'я пацієнта до категорії “чутливих” персональних даних є зовсім не ефемерним, оскільки розголошення таких даних може призвести до вкрай негативних наслідків у житті пацієнта (потенційного позивача), позначившись на його професійній діяльності та особистому житті, про що, зокрема, вказує Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) у рішенні у справі “*Z. v. Finland*” (1997 р.)³. Саме цим і визначається “чутливість” персональних даних – як їх розголошення може позначитися на самому позивачеві. Віднесення цієї категорії інформації до “чутливих” даних продиктовано постулатом французького права XIX ст., випрацюваного в судовій практиці, за яким інститут медичної таємниці є питанням “*ordre publique*”, тобто “*громадського порядку*”, метою якого є насамперед захист пацієнта і членів його родини від “незугарних” розголошень особами, які зберігають таємницю внаслідок своєї професії. Жодної ефемерності в понятті “*ordre publique*”, згідно з рішенням Корекційного

¹ Див. коментар щодо цієї справи: Anatoliy A. Lytvynenko, ‘Senate Rules that Transfer of an In-patient’s Health Data without his Consent to the State Police Violates Medical Confidentiality: Judgment SKA 41/2020’ XI International Scientific Conference “Time of challenges and opportunities: problems, solutions and prospects” (2021 Riga) 139–46.

² Див. *Latvijas Republikas Augstākās Tiesas, Senata Administratīvo lietu departamenta*, 2020 g. 6 novembra, Lieta Nr. A420305915, SKA-41/2020, para. 13–5.

³ *Z v. Finland*, [1997] ECHR 10; (1997) EHRR 371, App. № 22009/93, § 9–18 та § 96.

суду Сени (Париж) у справі Уателета і Далле (1885 р.) насправді немає. Так, ЄСПЛ пояснює цей термін таким чином:

Цей обов'язок зберігати таємницю був запроваджений у загальних інтересах, його порушення шкодить не тільки особі, що заповіла таємницю [лікареві], а й шкодить усьому суспільству, оскільки це [порушення] позбавляє професії, яким довіряє суспільство, тієї довіри, якою ці професії користуються⁴.

Тому належність інформації про здоров'я пацієнта до категорії “чутливих” персональних даних зумовлена дуальністю направленості інституту медичної таємниці як на захист приватних інтересів (збереження даних пацієнта в таємниці), так і суспільних (впевненість суспільства в довірі медичній професії). Як бачимо, цієї позиції дотримуються суди як у наші дні, так і понад століття тому.

Інститут медичної таємниці цікавить науковців у сфері кримінального, цивільного та медичного права майже два століття. Серед найбільш визначних юристів, що займалися тематикою медичної таємниці, слід назвати: А. Требуше⁵, Ш. Муте⁶, А. Шаве і Ф. Елі⁷, Дж. Зііно⁸, П. Бруардель⁹, А. Фазембат¹⁰, А. Луїджі¹¹, К. ДеВітт¹², С. Фрідман¹³, Р. Дансмор¹⁴, Р. Болдвін¹⁵, Д. Вейвер¹⁶, Ч. Рьодесхаймер¹⁷, В. К. Бернфельд¹⁸, О. Гоп-

⁴ Див. передрук рішення суду першої інстанції в рішенні Касаційного Суду Франції у справі *Watelet et Dallet, gerant du journal Le Matin, C. Min. publ., Cour de Cass., Cham. Crim.* 19 dec. 1885, *Jurisprudence Royaume* (Dalloz), *Dall. Per.* 1886 I 347, p. 347–8. Переклад цитати з рішення суду авторський.

⁵ Adolphe Trebuchet, *Jurisprudence de la medicine, de la chirurgie et de la pharmacie en France* (Librairie de L'Academie Royale de Medecine, Londres 1834) 273–86.

⁶ Charles Muteau, *Du Secret Professionnel: Traite Theoretique et Practique* (Marescq Aine, Libraire Editeur 1870) 248–56.

⁷ Adolphe Chaevau, Faustin Helie, *Theorie du Code Penal, Tome Cinquintiene* (Imprimerie et Librairie Generale de Jurisprudence. Place Dauphine 1872) 27.

⁸ Giuseppe Ziino, *Compendio di medicina legale e giurisprudenza medica: secondo le leggi dello stato* (Libreria nella R. Universita 1882) 21–3.

⁹ Paul Brouardel, *Le Secret Medical* (Librairie J. B. Bailliere et Pils 1887); Paul Brouardel, *La Responsibilite Medical* (Librairie J.B. Bailliere et Pils 1898).

¹⁰ Andre Fazembat, *Responsibilite legale des Medecins Traitants* (Bailliere et Fils 1903) *Bulletine de la Societe de Medecine legale de France* (Librairie de la 8. Cour de Cassation 1907) 38–43.

¹¹ Anfosso Luigi, *La legislazione italiana sui manicomi e sugli alienati: commento alla legge 14 febbraio 1904, n. 36 ed al regolamento approvato con R. decreto 5 marzo 1905, n. 158* (Unione Tipographico-Editrice Torinese 1907) 62–66.

¹² Clinton DeWitt, ‘Medical Ethics and the Law: The Conflict between Dual Allegiances’ (1953) 5 W. Res. L. Rev. 5, 19–23; Clinton DeWitt, ‘Privileged Communications between Physician and Patient’ (1959) 10 Wes. Res. L. Rev. 488, 492–5.

¹³ Samuel Friedman, ‘Medical Privilege’ (1954) 32.1 Canadian Bar Rev. 1, 7–11.

¹⁴ Robert. B. Dunsmore, ‘Hospital Records as Evidence’ (1959) 8 Cleveland-Marshall L. Rev. 459, 463–6.

¹⁵ Rignal W. Baldwin, ‘Confidentiality Between Physician and Patient’ (1962) 22 Md. L. Rev. 181, 182–5.

¹⁶ David Vaver, ‘Medical Privilege in New Zealand’, (1966) 6 Auckland L. Rev. 63, 66–70, 74–8.

¹⁷ Charles J Roedersheimer, ‘Action for Breach of Medical Secrecy Outside the Courtroom’ (1967) 36 U. Cin. L. Rev. 103, 103–15.

¹⁸ W. K. Bernfeld, ‘Medical secrecy’ (1972) 3 Cambr. L. Rev. 11, 12–16.

пер¹⁹, А. Семьюелс²⁰, Д. Шуманн²¹, Р. Шовалтер²², Е. Дойч²³, А. Макларен²⁴, Л. Уеллер²⁵.

Відзначимо, що недбалість медичних працівників може мати різноманітне вираження, за яке передбачено різні види юридичної відповідальності, на яких зупинятися, з огляду на вузьку направленість публікації, потреби немає. Водночас слід відзначити, що Верховний Суд України у постанові від 27 лютого 2019 р. стверджує, що протиправними діями у сфері надання медичної допомоги слід вважати ті дії медичного працівника, що не відповідають законодавству України в сфері охорони здоров'я, зокрема стандарти в сфері охорони здоров'я, а також нормативним локальним актам²⁶. Так, законодавство України передбачає право пацієнта на зберігання медичної інформації в умовах конфіденційності (статті 39–40 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я»²⁷) і право повнолітнього пацієнта на отримання інформації стосовно свого стану здоров'я (ч. 1 ст. 285 Цивільного кодексу України²⁸). Однак порушення цих прав стаються на практиці не так вже й рідко. Так, до останніх років позови стосовно порушення медичної таємниці або позови стосовно порушення права пацієнта на отримання даних щодо його стану здоров'я були нечастими. Утім, за останні кілька років декілька таких справ слухалися у Верховному Суді, правові висновки якого стосовно інформаційних прав пацієнта мають неабияку значущість для права України. Медичне право України є однією з тих галузей права, які демонструють стрімкий розвиток у вітчизняній юридичній науці, тому автор вважає, що огляд практики Верховного Суду у справах щодо захисту персональних даних у сфері охорони здоров'я є актуальним як у науковій, так і практичній площині. Варто зауважити, що окрім існуючої сьогодні практики Верховного Суду, перспективу розгляду в Верховному Суді має ще одна справа, де пацієнтка позивалася проти закладу охорони здоров'я

¹⁹ A. Hopper, 'The Medical Man's Fiduciary Duty' (1973) 7 Law Teacher 73, 75–6.

²⁰ Alec Samuels, 'The Duty of the Doctor to Respect the Confidence of the Patient' (1980) 20 Med. Sci. Law. 58, 60–4.

²¹ D. W. Shuman, 'The Origins of the Physician-Patient Privilege and Professional Secret' (1985) 39 Sw. L. J. 661, 667–72, 678–81.

²² Robert C. Showalter, 'Patient Access to Psychiatric Records: A Psychodynamic Perspective' (1985) 4 Med. & Law 351, 353.

²³ Erwin Deutsch, *Das Persönlichkeitsrecht des Patienten*, 192 Bd. H. (Archiv für die civilistische Praxis 1992) 161, 170–5.

²⁴ Angus McLaren, 'Privileged Communications: Medical Confidentiality in Late Victorian Britain' (1993) 37 Medical History 129, 137–40.

²⁵ Louis Waller, 'Secrets Revealed: The Limits of Medical Confidence' 9 (1993) J. Contemp. Health L. & Pol'y 183, 187.

²⁶ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 27 лютого 2019 р. у справі № 755/2545/15-ц, судово провадження № 61-47866ск18 <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/81020404>> (дата звернення: 10.01.2022).

²⁷ Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

²⁸ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

в Дніпрі і лікаря, що вчинив розголошення медичної таємниці²⁹, вказавши ВІЛ-позитивний статус позивачки у скеруванні до лікаря-психіатра, яке було видане чоловіку пацієнтки, що в подальшому призвело до вкрай негативних наслідків у житті позивачки. Суди першої та другої інстанцій її позов не задовільнили³⁰, адвокат позивачки заявив про наміри подати касаційну скаргу на рішення судів першої та другої інстанцій; якщо касаційна скарга не буде задоволеною, адвокат озвучив наміри позиватися до ЄСПЛ³¹. На час написання статті у відкритому доступі не містилося інформації з приводу розгляду цієї справи Верховним Судом.

*До питання обсягу того, що входить до поняття “медична таємниця”:
позиції Верховного Суду та “неписані” персональні дані*

Зауважимо, що досить довгий час у наукових колах точилися суперечки з приводу того, яку ж інформацію слід відносити до поняття “медична таємниця”, адже законодавство не надавало вичерпного переліку таких персональних даних. Але в постанові Верховного Суду у справі від 11 листопада 2020 р. № 442/4791/17 він доходить висновку, що беручи до уваги чинне законодавство України, до поняття “медична таємниця” слід віднести такі компоненти:

- 1) факт звернення пацієнта до лікувального закладу за медичною допомогою;
- 2) стан здоров'я пацієнта;
- 3) діагноз пацієнта;
- 4) обставини, які передували захворюванню пацієнта чи спричинили його;
- 5) функціональні особливості організму пацієнта;
- 6) шкідливі звички пацієнта;
- 7) особливості психіки пацієнта;
- 8) майновий стан пацієнта;
- 9) інша інформація, отримана під час медичного обстеження пацієнта. У цій категорії Верховний Суд доходить висновку, що до цієї інформації слід відносити дані про сімейне чи інтимне (статеве) життя пацієнта і дані про стан здоров'я родичів пацієнта³².

²⁹ Відповідно до матеріалів справи відповідачами в цій справі зазначено: КНП “Дніпровський центр первинної медико-санітарної допомоги № 10” та лікаря, який надав скерування до лікаря-психіатра, в якому був зазначений діагноз позивачки.

³⁰ (Рішення Самарського районного суду міста Дніпра від 27 жовтня 2020 р. у справі № 205/9115/19, судово провадження № 2/206/626/20; Рішення Дніпровського апеляційного суду від 31 березня 2021 р. у справі № 205/9115/19, судово провадження № 22-ц/805/2531/21).

³¹ Українська Гельсінська спілка з прав людини: Розголошення ВІЛ+ статусу медичним працівником є незаконним, навіть якщо діагноз розголошено найближчому родичу (06.07.2021) <<https://helsinki.org.ua/articles/rozgholoshennia-vil-statusu-medichnym-pratsivnykom-ie-nezakonnym-navit-iakshcho-diahnoz-rozgholosheno-nayblyzhchomu-rodychu>> (дата звернення: 10.01.2022).

³² Постанова Верховного Суду в складі колегії суддів I палати Касаційного цивільного суду від 11 листопада 2020 р. у справі № 442/4791/17, провадження № 61-37882-св18 <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/93666639>> (дата звернення: 10.01.2022).

Також зауважимо, що тлумачення того, яка інформація має відноситися до поняття “медична таємниця” надавали суди багатьох країн світу. Водночас ЄСПЛ розгорнутого тлумачення у своїй практиці ще не надавав. Так, низка рішень ЄСПЛ у справах щодо порушення права на приватність (гарантоване ст. 8 (1) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)³³) стосувався розголошення інформації, що становила медичну таємницю, наприклад: “*Biriuk v. Lithuania*” (2007 р.) (розголошення фактів щодо ВІЛ-статусу позивачки в засобах масової інформації); “*I v. Finland*” (2008 р.) (недбалість утримання інформації стосовно ВІЛ-статусу пацієнтки, яка в 1990-х роках працювала медсестрою в тому самому закладі охорони здоров’я, де вона і проходила лікування)³⁴. Низка справ (зокрема, з більш ранньої практики ЄСПЛ) стосувалися законності передачі персональних даних пацієнтів до інших інституцій (до прикладу, страхових компаній, справа “*M.S. v. Sweden*” (1997 р.))³⁵ чи правоохоронних органів та суду (справа “*Z. v. Finland*” (1997 р.))³⁶. Питання законності використання персональних даних неповнолітніх пацієнтів у межах медичних досліджень деякою мірою порушувалося у справі “*Gillberg v. Sweden*” (2012 р.)³⁷, хоча використання персональних даних не було предметом позову до ЄСПЛ, і пацієнти у цій справі не були сторонами процесу.

ЄСПЛ у своїх рішеннях вже неодноразово підкреслював недопустимість розголошення медичної інформації пацієнта, якщо інше не передбачено законом, вказуючи на те, що Конвенція гарантує медичній інформації пацієнта належну правову охорону в рамках ст. 8 (1) Конвенції³⁸. Щоправда, категоризацію того, яку інформацію слід відносити до медичної, ЄСПЛ ще не надавав. Водночас Сенат Латвії в рішенні № SKA-166/2020 відзначив, що до персональних даних також слід віднести інформацію на будь-яких носіях, якщо особу можна ідентифікувати за нею завдяки спеціальному технічному обладнанню; тому зразки аналізів крові, за умови того, що таке обладнання надає змогу ідентифікувати особу того, кому належить ця кров, також слід розглядати як персональні дані³⁹. Зокрема, саме до такого висновку дійшов і ЄСПЛ у справі “*S. & Marper v. United Kingdom*” (2009 р.), підтвердивши цілком реальну

³³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 10.01.2022).

³⁴ *Biriuk v. Lithuania*, [2008] ECHR 1528; App. No. 23373/03; Judgment of 25.11.2008; *I v. Finland*, [2008] ECHR 623; App. No. 20511/03; Judgment of 17.07.2008, § 5–7; § 35–47.

³⁵ *M.S. v. Sweden*, [1997] ECHR 49, App. No. 20837/92, Case No. 74/1996/693/885, Judgment of 27.08.1997 (також опублікована французькою мовою під назвою *Affaire M.S. c. Suede*).

³⁶ *Z. v. Finland*, [1997] ECHR 10; App. No. 22009/93; Judgment of 25.02.1997; Rep. Tijdschrift de Gezondheidsrecht / Revue Dr. Santé (Nederlands) 1997–1998, pp. 315–27.

³⁷ *Gillberg v. Sweden*, [2012] E.C.H.R. 569, App. No. 41723/06; Judgment of 3 April 2012.

³⁸ *Z. v. Finland*, [1997] ECHR 10; App. No. 22009/93; Judgment of 25.02.1997; Rep. Tijdschrift de Gezondheidsrecht / Revue Dr. Santé (Nederlands) 1997–1998, pp. 315–27, § 95.

³⁹ *A pret. Veselības ministrija, Latvijas Republikas Augstākās tiesas, Senāta Administratīvo lietu departamenta*, 2020 gada, 30 septembrī, Lieta Nr. A420260716, SKA-166/2020, § 11–12, § 14–15.

здатність сучасного високотехнологічного обладнання ідентифікувати особу за аналізом ДНК, також додавши, що застосування такого обладнання дає змогу виявляти інформацію про спадкові захворювання особи та її родичів, що може в різні способи порушувати їхні права та негативно впливати на їхнє життя⁴⁰. Таким чином, робимо висновок, що в поняття “персональні дані” (зокрема, і в сфері охорони здоров’я) не варто вкладати виключно інформацію, яка зберігається на паперових носіях (скажімо, лікарняна картка пацієнта), чи електронних носіях (електронний реєстр пацієнтів лікарні, чи реєстр пацієнтів на персональних комп’ютерах лікарів). Тому автор статті вважає за доцільне віднести до категорії персональних даних пацієнта всю інформації, незалежно від носія, яка дає змогу ідентифікувати його. До того ж сама ідея віднесення будь-якої інформації, що ідентифікує пацієнта, до медичної таємниці, є аж ніяк не новою: таку позицію відображено в рішеннях французьких судів кінця XIX – початку XX ст.⁴¹.

Зазначимо, що до персональних даних пацієнта також може відноситися зображення особи, яке, очевидно, ідентифікує особу пацієнта. Чи можна сказати, що фотографія пацієнта чи відеозапис за його участю, становлять персональні дані пацієнта, і використання яких без його згоди порушує медичну таємницю? Так, навіть достатньо стара зарубіжна судова практика це підтверджує. Наприклад, у справі “*Consul c. Pitres*” (1893–1895 рр.) у Франції відомий психіатр А. Пітр використав фотографію пацієнтки, дівчини, що страждала на “односторонній гіпноз”, як доповнення до опису історії її хвороби та її клінічних проявів у книзі, виданій у 1892 р.⁴² (пацієнтка померла незадовго до публікації книги). Тітка пацієнтки подала позов на А. Пітра, вважаючи його публікацію порушенням медичної таємниці. Суд дійшов висновку, що відповідач (А. Пітр) міг би понести відповідальність через порушення ст. 378 Кримінального кодексу у випадку того, якби пацієнт був живий, тому позов тітки пацієнтки міг бути задоволений лише на підставі того, якби дії А. Пітра певним чином ганьбили честь померлої, або завдавали шкоди її живим родичам, чого позивачка врешті не змогла довести⁴³. Касаційний суд Франції підтвердив рішення Апеляційного суду міста Бордо; у рішенні Касаційного суду Франції наводяться й інші обставини справи, зокрема згадується, що пацієнтка дуже позитивно сприймала записи А. Пітра, які він опублікував у своїй книзі, з задоволенням читала їх, і дозволила йому розмістити свою фотографію в книзі. Ба більше, А. Пітр вирішив піти назустріч позивачці, попрохавши вилучити фотографію пацієнтки з ти-

⁴⁰ *S. & Marper v. United Kingdom* [2008] ECHR 1581, App. No. 30562/04, Judgment of 4 December 2008, § 74–75.

⁴¹ Див. *Consul c. Pitres*, Cour. de Cass., Cham. civ., 9 avril 1895, Sirey 1896 I 81, 82–84.

⁴² *Consul c. Pitres*, Cour d’Appel de Bordeaux, 5 juillet 1893, Dall. Per. 1894 II 177, 177–178.

⁴³ *Consul c. Pitres*, Cour. de Cass., Cham. civ., 9 avril 1895, Sirey 1896 I 81, 82.

ражу своєї книги. Справа була вирішена на користь відомого психіатра. Зауважимо, що в справі Консула суди керувалися тим принципом, що порушення медичної таємниці відбувається тоді, коли пацієнта можна певним чином ідентифікувати – наприклад, фотографією або вказанням його імені та прізвища⁴⁴.

Якщо ж медична таємниця може порушуватися лікарями, чи може право на приватність пацієнта бути порушеним іншими особами? Так, може. Наведемо кілька яскравих прикладів. Так, у 1930 р. Верховний суд Джорджії (США) у справі “*Bazemore v. Savannah Hospital*” ухвалив рішення про судову заборону публікації фотографії тіла мертвого новонародженого з доволі рідкісною патологією в пресі та виплати збитків позивачам, батькам померлої дитини. Дитина народилася в 1928 р. з ектопією серця, померши невдовзі після свого народження: тогочасна медицина була безсила проти такої патології серця. Представники лікарні пропустили фотографа (одного з відповідачів) до закладу охорони здоров’я, який зробив фотографію тіла дитини, і став продавати фото, зокрема й виданню “*Savannah Press*”, передрук якого з’явився на шпальтах цього видання, що спричинило позов проти лікарні, фотографа та проти представників преси. Суд ухвалив рішення на користь позивачів на підставі порушення права на приватність позивачів (батьків померлої дитини), при тому, що власне їх право на приватність (у розумінні права США) не було, як таке, порушене⁴⁵. У 1993 р. Суд з трудових спорів міста Брюссель (Бельгія) відхилив апеляційну скаргу дослідниці з медичних наук, чий трудовий договір із науковою установою був розірваний через те, що вона неодноразово проводила відеозйомку пацієнтів, що перебували в лікарні, без їхньої попередньої згоди, чи їхні знання про факт такої відеозйомки. У рішенні, щоправда, не згадується, що самі пацієнти позивалися до суду проти дослідниці, чи вони мали наміри це зробити в майбутньому, і чи вони знали про факт проведення відеозйомки. Утім, згідно з матеріалами справи, обсяг відзнятого становив близько 240 хвилин (4 години), а відеозаписи містилися на 57 відеокасетах⁴⁶.

Огляд касаційної практики Верховного Суду в справах стосовно захисту персональних даних у сфері охорони здоров’я (2019–2020 рр.)

У цій частині статті автор пропонує розглянути дві актуальні постанови Верховного Суду 2019 та 2020 рр. У першій справі позивачем виступала жінка з вимогою спростування поширеної в певних інстанціях

⁴⁴ A. Pitres, *Leçons cliniques sur l’hystérie et l’hypnotisme. Faites à l’Hôpital Saint-André de Bordeaux, Tome Second* (Doin O, Editeur 1891) 321–8, 479–80.

⁴⁵ *Bazemore v. Savannah Hospital*, Supreme Court of Georgia, 01.10.1930, Supreme Court of Georgia Reports (United States of America), Vol. 171, pp. 257–256 (260–263), South Eastern Reporter, 1st Ser. (United States of America), Vol. 155, p. 194.

⁴⁶ Cour Trav. de Bruxelles, 23 mars 1993, *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 1995, pp. 296–301. Назва цієї справи позначена як (a.s.b.l. C.S.-P. c./ M.).

інформації про її перебування на диспансерному обліку в психоневрологічному диспансері в Київській області з початку 1970-х до початку 2000-х років та вилучення зазначених довідок із місць, куди подавалася вказана інформація; у другій справі позивачем виступила жінка з вимогою зобов'язати стоматологічну клініку у Львівській області (відповідача) надати доступ її представникові (адвокату) до медичної документації стосовно лікування позивачки у приватному закладі охорони здоров'я. Правові висновки Верховного Суду у двох цих справах є дуже вагомими для вітчизняної юриспруденції з огляду на стрімкий розвиток медичного права на теренах України і збільшення кількості позовів проти закладів охорони здоров'я, які виникають через розголошення інформації, що становить медичну таємницю, чи обмеження доступу пацієнтів до медичної документації, доступ до якої вони потребують із різних причин.

Фабула першої справи така. Позивачка звернулася з позовом до Київського міського психоневрологічного диспансеру № 5 (відповідача у цій справі), вимагаючи: 1) спростувати поширену цим закладом інформацію про те, що позивачка перебувала на обліку в лікаря-психіатра з 1972 до 2003 рр.; 2) зобов'язати відповідача вилучити довідки з недостовірною інформацією про перебування позивачки на обліку у вищевказаному закладі з органів поліції, прокуратури та інших інстанцій, куди раніше надсилалася ця інформація, з супровідними листами про визнання таких довідок недійсними; 3) зобов'язати відповідача перестати розповсюджувати вищевказані документи, що містять недостовірну інформацію стосовно перебування позивачки на лікуванні у цьому закладі з 1972 по 2003 рр. Про розповсюдження інформації стосовно перебування на обліку в психоневрологічному диспансері, позивачка дізналася з однієї з відповідей Управління поліції на своє звернення: до органів державної влади та до правоохоронних органів позивачка змушена була звертатися у зв'язку з конфліктними відносинами з сусідами. Аналогічна інформація містилася у відповіді Департаменту охорони здоров'я Київської обласної державної адміністрації у березні 2017 р. Позивачка, натомість, стверджувала, що ніколи в дійсності не перебувала на обліку в психоневрологічному диспансері, і ніколи не зверталася туди за медичною допомогою, а інформація про її перебування на обліку у вказаному вище закладі є неправдивою. Суд першої інстанції відмовив у задоволенні позову, оскільки дійшов висновку, що інформація, яку вимагала спростувати та припинити розповсюджувати позивачка, відповідає дійсності, бо позивачка перебувала на обліку в психоневрологічному диспансері у зазначені роки за власним зверненням. Окрім цього, позивачка не довела, що вказані нею дані були недостовірні; відповідач також надав медичну документацію, що підтверджує достовірність інформації стосовно перебування позивачки на обліку в психоневрологічному диспансері. Поста-

новою Київського апеляційного суду це рішення було залишене без змін, адже, на його думку, суд першої інстанції всебічно встановив обставини справи, перевірів їх доказами, а також цілком правильно застосував норми матеріального права при застосуванні норм процесуального права. Позивачка подала касаційну скаргу, в якій стверджувала, що судами першої та другої інстанцій не досліджено всі докази в справі, а також не враховано, що медична картка позивачки була сфальсифікованою, а медична документація була підробленою, а отже, ці документи не могли бути взяті судом до уваги. Окрім цього, позивачка також стверджувала, що суди не врахували, що позивачка в дійсності ніколи не перебувала на обліку й не отримувала лікування у вищевказаному психоневрологічному диспансері; а отже, і інформація, розповсюджена відповідачем, неправдива. Окрім цього, позивачка стверджувала, ця інформація є інформацією з обмеженим доступом; а суди (першої та другої інстанцій) не здійснили перевірки фактів та обставин, наведених позивачкою, і не витребували відповідних доказів.

З витребуваних судом документів встановлено. Так, позивачка неодноразово перебувала на стаціонарному лікуванні в психіатричних лікарнях, починаючи з 1972 р., про що свідчила виписка історії хвороби. У 1992 р. позивачку було рекомендовано зняти з диспансерного обліку, та прийняти на консультативний облік, а в 2003 р., враховуючи те, що позивачка понад 10 років не зверталася за медичною допомогою, вона була знята з нього. Верховний Суд вирішив частково задовільнити касаційну скаргу позивачки. Так, відповідь Солом'янського управління поліції міста Києва містила поширену відповідачем інформацію про те, що позивачка натеper на обліку в Київському міському психоневрологічному диспансері № 5 не перебуває, хоча перебувала там у 1972–2003 рр. (тобто протягом 31 року, що, очевидно, є тривалим періодом часу) з діагнозом, який містив відомості про психічний стан здоров'я позивачки. Вказана вище інформація наводилася і в листах-відповідях низки інших інстанцій. Таким чином, Верховний Суд дійшов висновку, що суди першої та другої інстанцій, відмовляючи позивачці в задоволенні позову, фактично вдалися до встановлення її психічного стану здоров'я у віддаленому минулому, та дійшли висновку щодо того, що її позовні вимоги недоведені. Верховний Суд зазначив, що суди першої та другої інстанцій не врахували того, що особа має право на таємницю стосовно свого стану здоров'я (ст. 285 Цивільного кодексу України)⁴⁷, а відповідно до ст. 11 Закону України "Про інформацію"⁴⁸, заборонено поширювати конфіденційну інформацію про особу (до якої, безсумнівно, належить інформація

⁴⁷ Цивільний кодекс України: Закон України від 17 листопада 2021 р. № 1892-IX <<https://ips.ligazakon.net/document/T030435>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁴⁸ Про інформацію: Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

щодо стану здоров'я пацієнта) без її згоди, окрім випадків, передбачених законом, про що також прямо вказує ст. 40 “Основ законодавства України про охорону здоров'я”. Статтею 6 Закону України “Про психіатричну допомогу”⁴⁹ заборонена передача відомостей про психіатричний стан особи, крім випадків, передбачених частинами 3, 4, 5 ст. 6, зокрема, для надання психіатричної допомоги особі, що страждає на психіатричний розлад, чи для провадження досудового розслідування, або судового розгляду за письмовим запитом прокурора, слідчого та суду. Однак жодних досудових розслідувань щодо позивачки, відповідно до матеріалів справи, не проводилося; так само, як не існувало згоди позивачки щодо розповсюдження цієї інформації, а оскаржена позивачкою інформація була надана Диспансером № 5 інспектору Солом'янського управління Національної поліції міста Києва в рамках проведення ним перевірки стосовно скарги сусідів позивачки. Верховний Суд, виходячи з практики ЄСПЛ, доходить висновку, що інформація щодо стану здоров'я, очевидно, відноситься до персональних даних позивачки; збирання, зберігання, поширення та інша діяльність стосовно обробки персональних даних, відповідно, також підпадає під ст. 8 (1) Конвенції. Встановлені обставини цієї справи, за твердженням Верховного Суду, не свідчили про правомірність використання даних у тій формі, в якій це було зроблено, чи виправданість обробки, враховуючи давність подій, до яких відносилася ця інформація (зокрема, з моменту постановки позивачки на облік минуло 47 років на час вирішення справи), а надана інспектору інформація становила лікарську таємницю. Суд також звернув увагу на наявність листа з вибаченнями від імені відповідача на адресу позивачки, де зазначалося про ненавмисне втручання в її особисте життя, що дає змогу зробити висновок, що втручання в особисте життя позивачки дійсно було необґрунтованим згідно зі ст. 8 (2) Конвенції. Верховний Суд постановив частково задовільнити касаційну скаргу позивачки, оскільки судами першої і другої інстанцій було допущене неправильне застосування норм матеріального права. Верховний Суд постановив скасувати ухвалені в справі рішення в частині вирішення позовних вимог (див. текст статті вище), у цій частині ухвалити нове рішення стосовно задоволення позовних вимог; в іншій частині ухвалені рішення залишити без змін⁵⁰.

Розглянемо Постанову Верховного Суду від 11 листопада 2020 р. у справі № 442/4791/17. У липні 2017 р. позивачка звернулася з позовом до приватного підприємства “Стоматологічний центр” (далі – відповідача) в особі його головного лікаря, вважаючи, що під час протезування зубів,

⁴⁹ Про психіатричну допомогу: Закон України від 22 лютого 2000 р. № 1489-III <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1489-14#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

⁵⁰ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 4 грудня 2019 р. у справі № 760/8719/17, провадження № 61-9359-ск19 <<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/86162369>> (дата звернення: 10.01.2022).

що було здійснене у цьому закладі у 2016 р., було допущено недбалість. Після лікування, позивачка, перебуваючи в місті Лерія (Португалія), була змушена звернутися за медичною допомогою до місцевої стоматологічної клініки через погіршення стану здоров'я, де їй було видалено імпланти, встановлені відповідачем раніше, що підтверджувалося висновком лікаря-стоматолога, завіреним нотаріально та перекладеним на українську мову; до висновку лікаря-стоматолога також були долучені видалені імпланти, та надано інші докази неналежного лікування, здійсненого відповідачем. У зв'язку з викладеним вище, позивачка звернулася до відповідача з проханням надати їй медичну картку та відшкодувати понесені нею збитки. Відповідач відмовив, мотивуючи відповідь тим, що законодавством не передбачено надання пацієнтам картки стоматологічного хворого. Відповідь на адвокатський запит, надісланий згодом, також була негативною. Позивачка просила суд надати її представнику (адвокату) її медичну документацію, а також надати інформацію про лікуючого лікаря, його кваліфікаційну категорію, копію акта виконаних робіт на лікування позивачки, а також копію сертифіката якості на імпланти, встановлені раніше позивачці, завірених копії квитанцій про оплату позивачкою виконаних робіт.

Судом першої інстанції позов було задоволено. Суд, виходячи з положень “Основ законодавства України про охорони здоров'я”⁵¹, а також спираючись на рішення Конституційного Суду України у справі К. Г. Устименка (1997 р.)⁵², зобов'язав відповідача надати представнику позивачки (адвокату) вищевказану документацію. Рішення Дрогобицького міськрайонного суду було оскаржене в Апеляційному суді Львівської області, який задовільнив апеляцію відповідача. Апеляційний суд скасував рішення суду першої інстанції, постановивши відмовити у задоволенні позовних вимог із таких причин. У позовній заяві позивачка просила суд зобов'язати відповідача надати її адвокату медичну інформацію та низку інших документів, перелічених вище. З долученого до матеріалів справи витягу з договору про надання правничої допомоги між позивачкою та адвокатом судом (від 31 березня 2017 р.) встановлено, що позивачка доручила адвокату представляти її інтереси перед фізичними та юридичними особами в органах влади, правоохоронних органах та судах, відповідно до п. 6.4. якого позивачка надала адвокату згоду на обробку її персональних даних і збір конфіденційної, зокрема й медичної інформації. Однак у договорі про надання правничої допомоги

⁵¹ Положення закону передбачають обов'язок медичних працівників надавати пацієнтам медичної інформації, отримання повної та достовірної інформації щодо про їх стану здоров'я, в тому числі, ознайомлення з медичною документацією, яка стосується їхнього стану здоров'я (ст. 39).

⁵² Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України “Про інформацію” та статті 12 Закону України “Про прокуратуру” (справа К. Г. Устименка) від 30 жовтня 1997 р. № 5-зс <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-97#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

між позивачкою та адвокатом від 31 березня 2017 р., який було передано для ознайомлення Апеляційного суду Львівської області такий пункт був відсутній. Оригінал іншого договору про надання правничої допомоги, зі змісту якого би вбачалося, що позивачка надасть адвокату дозвіл на збір вищевказаної інформації, представник позивачки не надав. Вказані обставини, відповідно, викликали сумнів в апеляційного суду щодо наявності в адвоката дозволу стосовно збору інформації, і що така згода в дійсності надавалася позивачкою. Апеляційний суд Львівської області дійшов висновку, що суд першої інстанції не повною мірою перевірів повноваження представника (адвоката) позивачки на збір інформації, вказаної вище. Позивачка та її адвокат вирішили оскаржити рішення, подавши касаційну скаргу. Зі змісту цієї скарги вбачалося, що на думку позивачки та її представника, апеляційний суд неправильно застосував норми матеріального та процесуального права. Їх доводи були такими:

1. Апеляційний суд порушив норми процесуального права, не перевіряючи повноваження представника позивачки на збір конфіденційної інформації.

2. Суд не врахував того, що в разі обмеження повноважень представника, ці застереження повинні зазначатися в ордері, що позивачкою не висувалося, і при укладенні договору між позивачкою та адвокатом 31 березня 2017 р., вона надала згоду на обробку та збір конфіденційної інформації; оригінал цього договору не було надано Апеляційному суду Львівської області через швидкоплинність судового засідання.

3. Апеляційний суд у Львівській області не звернув увагу, що від відповідача витребуувалася не тільки конфіденційна інформація, а й інформація, яка не є конфіденційною, а саме інформація щодо особи лікаря тощо, наведене вище.

Верховний Суд у своїй постанові зазначив. Беручи до уваги положення “Основ законодавства України про охорону здоров’я”, законів України “Про інформацію”, “Про захист персональних даних”⁵³, положення ст. 285 Цивільного кодексу України, рішення Конституційного Суду України у справі Устименка (1997 р.) та практику ЄСПЛ, Верховний Суд дійшов висновку, що позивачка має право на отримання медичної інформації стосовно себе, як і іншу інформацію, яку вона раніше просила суд надати її представникові (адвокату). Тому Суд погодився з висновками судів нижчих інстанцій у тій частині, що відмовою надати вищевказані документи відповідач порушив права позивачки на отримання доступу до інформації щодо себе, зокрема й медичної.

З приводу доводів про отримання конфіденційної інформації адвокатом, Суд зазначив. Для того аби отримати відповідь на адвокатський за-

⁵³ Про захист персональних даних: Закон України від 1 червня 2010 р. № 2297-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

пит, адвокатів, серед іншого, потрібно було надати згоду своєї клієнтки (у цьому контексті – позивачки) на отримання та інші дії з персональними даними щодо стану її здоров'я, та підтвердити свої повноваження щодо права на отримання даних такого характеру. Судами раніше встановлено факт того, що представник (адвокат) позивачки в адвокатському запиті (у 2017 р.) надав, серед іншого, витяг із договору про правничу допомогу, де у п. 6.4 його клієнтка (позивачка) уповноважувала адвоката на збирання конфіденційної інформації стосовно себе. Апеляційним судом, однак, було встановлено, що договір на правничу допомогу, долучений до матеріалів справи, такого положення не містив узагалі. Натомість у наданому до Верховного Суду примірнику договору цей пункт вже містився, що, на думку Суду, свідчило про суттєву різницю між примірниками договору, які були надані судам. Таким чином, вважає Верховний Суд, дії представника позивачки можуть свідчити про порушення законодавства, оскільки примірники договору про надання правничої допомоги, що були надані судам апеляційної та касаційної інстанцій, відрізняються у змісті, і кожен із них насправді не є витягом, а є повним текстом договору про надання правничої допомоги. Тому Верховний Суд дійшов висновку, що апеляційний суд зробив правильний висновок щодо того, що представник позивачки не надав доказів факту уповноваження його позивачкою на збір конфіденційної інформації, відповідно, і доводи, які були зазначені в касаційній скарзі стосовно надання апеляційним судом неправильної оцінки наявним у справі доказам, спростовуються висновками Верховного Суду у цій постанові: Суд підтверджує, що апеляційний суд надав належну оцінку доказам у справі, правильно встановив обставини справи й ухвалив законне та обґрунтоване рішення. Верховний Суд також відзначив, що позивачка аж ніяк не позбавлена права звернутися за отриманням медичної документації самостійно або через представника, за умови того, що повноваження представника належно оформлені; відповідач, натомість, не має права відмовити клієнтові в доступі до його медичної інформації. Таким чином, Верховний Суд постановив залишити касаційну скаргу без задоволення; постанову апеляційного суду залишити без змін⁵⁴.

Висновки. Медичне право України є однією з галузей вітчизняного права, яке розвивається чи не найбільш стрімко серед усіх інших. Окрім вдосконалення законодавства в сфері охорони здоров'я в Україні, щороку поповнюється обсяг судової практики в спорах, пов'язаних з аспектами надання медичної допомоги. Порушення конфіденційності медичної інформації та право пацієнта отримати інформацію щодо свого стану здоров'я стає об'єктом спорів усе частіше. У 2019–2020 рр. Верховний

⁵⁴ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 27 лютого 2019 р. у справі № 755/2545/15-ц, судово провадження № 61-47866ск18 (н 26).

Суд розглянув дві такі справи, що свідчить про актуальність питання до-тримання медичної таємниці і захисту права пацієнта на отримання до-ступу до медичної інформації щодо свого стану здоров'я. Також сучасна практика Верховного Суду у справах щодо захисту персональних даних у сфері охорони здоров'я містить важливі висновки в питаннях того, які дані слід відносити до медичної інформації, коли передача медичної ін-формації (зокрема, інформації про психіатричний стан здоров'я особи) є правомірною, щодо права пацієнта на отримання медичної інформації стосовно себе, і за яких умов інформація стосовно стану здоров'я пацієн-та може бути надана представнику інтересів пацієнта (адвокату). Автор статті висловлює сподівання, що постанови Верховного Суду у двох на-ведених вище справах збагатять вітчизняну судову практику в сфері ме-дичного права та зроблять вагомий внесок у сегмент юриспруденції як у сфері медичного права, так і в питаннях актуальних аспектів захисту персональних даних.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Brouardel P, *La Responsibilite Medical* (Librairie J. B. Bailliere et Pils 1898) (in French).
2. Brouardel P, *Le Secret Medical* (Librairie J. B. Bailliere et Pils 1887) (in French).
3. Chaevau A, Helie F, *Theorie du Code Penal, Tome Cinquantieme* (Imprimerie et Librairie Generale de Jurisprudence. Place Dauphine 1872) (in French).
4. Deutsch E, *Das Persönlichkeitsrecht des Patienten*, 192 Bd. H. (Archiv für die civilistische Praxis 1992) (in German).
5. Fazembat A, *Responsibilite legale des Medecins Traitants* (Bailliere et Fils 1903) (in French).
6. Luigi A, *La legislazione italiana sui manicomi e sugli alienati: commento alla legge 14 febbraio 1904, n. 36 ed al regolamento approvato con R. decreto 5 marzo 1905, n. 158* (Unione Tipographico-Editrice Torinese 1907) (in Italian).
7. Muteau Ch, *Du Secret Professionnel: Traite Theoretique et Practique* (Marescq Aine, Libraire Editeur 1870) (in French).
8. Pitres A, *Leçons cliniques sur l'hystérie et l'hypnotisme. Faites à l'Hôpital Saint-André de Bordeaux, Tome Second* (Doin O, Editeur 1891) (in French).
9. Trebuchet A, *Jurisprudence de la medicine, de la chirurgie et de la pharmacie en France* (Librairie de L'Academie Royale de Medecine 1834) (in Italian).
10. Ziino G, *Compendio di medicina legale e giurisprudenza medica: secondo le leggi dello stato* (Libreria nella R. Università 1882) (in Italian).

Journal articles

11. Baldwin R W, 'Confidentiality Between Physician and Patient' (1962) 22 Md. L. Rev. 181 (in English).
12. Bernfeld W K, 'Medical secrecy' (1972) 3 Cambr. L. Rev. 11 (in English).
13. DeWitt C, 'Medical Ethics and the Law: The Conflict between Dual Allegiances' (1953) 5 W. Res. L. Rev. 5 (in English).

14. DeWitt C, 'Privileged Communications between Physician and Patient' (1959) 10 Wes. Res. L. Rev. 488 (in English).
15. Dunsmore R B, 'Hospital Records as Evidence' (1959) 8 Cleveland-Marshall L. Rev. 459 (in English).
16. Friedman S, 'Medical Privilege' (1954) 32.1 Canadian Bar Rev. 1 (in English).
17. Hopper A, 'The Medical Man's Fiduciary Duty' (1973) 7 Law Teacher 73 (in English).
18. McLaren A, 'Privileged Communications: Medical Confidentiality in Late Victorian Britain' (1993) 37 Medical History 129 (in English).
19. Roedersheimer Ch J, 'Action for Breach of Medical Secrecy Outside the Courtroom' (1967) 36 U. Cin. L. Rev. 103
20. Samuels A, 'The Duty of the Doctor to Respect the Confidence of the Patient' (1980) 20 Med. Sci. Law. 58 (in English).
21. Showalter R C, 'Patient Access to Psychiatric Records: A Psychodynamic Perspective' (1985) 4 Med. & Law 351 (in English).
22. Shuman D W, 'The Origins of the Physician-Patient Privilege and Professional Secret' (1985) 39 Sw. L. J. 661 (in English).
23. Vaver D, 'Medical Privilege in New Zealand' (1966) 6 Auckland L. Rev. 63 (in English).
24. Waller L, 'Secrets Revealed: The Limits of Medical Confidence' 9 (1993) J. Contemp. Health L. & Pol'y 183 (in English).

Conference papers

25. Lytvynenko A, 'Senate Rules that Transfer of an In-patient's Health Data without his Consent to the State Police Violates Medical Confidentiality: Judgment SKA 41/2020' v *XI International Scientific Conference "Time of challenges and opportunities: problems, solutions and prospects"* (2021 Riga) 139–46 (in English).

Anatoliy Lytvynenko

CASSATIONAL PRACTICE OF THE SUPREME COURT
IN CASES RELATING TO DATA PROTECTION
IN THE SPHERE OF HEALTHCARE

ABSTRACT. Lawsuits against doctors and hospitals due to medical confidentiality breaches are not new in European states, as the oldest of such cases count over a hundred years. Far more similar cases are resolved by Ukrainian courts over the last few years, which indicates a high level of topicality in a dynamic development of Ukrainian medical law. A prominent example of it is the adjudication of a number of medical law cases by the Supreme Court of Ukraine, where plaintiffs demanded to recover damages because of a breach of medical confidentiality, or strived to obtain insight to their medical records.

The aim of the article is to conduct a review of the topical cassational practice of the Supreme Court of Ukraine in cases relating to data protection in healthcare. The medical information is considered as 'sensitive' personal data, the disclosure of which may bring to deplorable consequences to the plaintiff, which may considerably affect on his employment, working and professional activity, as well as personal life. Apart from this, the author pays attention on the explanation of what information the Supreme Court of Ukraine considers to be encompassed by the term 'medical secrecy' in its cassational practice, since

Анатолій Литвиненко

the said notion requires a thorough categorization. The 21st century technologies enable the identification of the patient upon biological samples, and so, the concept of personal data may not be merely regarded as information, which is recorded entirely on paper or electronic carriers.

The following methods of scientific research are used by the author in the given paper: the historical-legal in terms of researching the roots of 'medical confidentiality' and the first attempts of the courts to determine what information should be regarded in the scope of medical confidentiality, the hermeneutical one for the necessity of the description of topical practice of the Supreme Court of Ukraine, and the comparative one for the needs of comparing the national and foreign jurisprudence.

KEYWORDS: medical confidentiality; data protection; medical law; Supreme Court of Ukraine; cassational practice of the Supreme Court of Ukraine; patient's rights.

ДОКТРИНА У СУДОВІЙ ПРАКТИЦІ

ЗА ВІДСУТНОСТІ ДОКТРИНАЛЬНОЇ ЄДНОСТІ,
СУД НЕ МОЖЕ ПОКЛАСТИСЯ НА ЯКИЙСЬ ОДИН
ДОКТРИНАЛЬНИЙ ПІДХІД, НАТОМІСТЬ
ДОТРИМУВАТИМЕТЬСЯ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ,
ЯКА ОДЕРЖАЛА НАУКОВЕ ОСМИСЛЕННЯ*

<...>

4. Встановлені судами обставини

4.1. У зв'язку зі значною кредиторською заборгованістю Боржника прийнято рішення про проведення досудової санації, якою передбачено продаж частини нерухомого майна підприємства.

12.11.2009 план санації Боржника затверджений тимчасово виконуючим обов'язки Міністра оборони України і погоджений з департаментом економічної та господарської діяльності Міністерства оборони України й кредиторами: ОДПІ у м. Умань, ПФУ в м. Умань, ПП “Комунальник”, УКП “УТКЕ”, ПП Борейко, ТОВ УЦО, КЕЧ, ВАТ “Черкасиобленерго”.

У плані досудової санації відображено відомості про фінансово-господарський стан Боржника, а саме:

– за період з 01.01.2008 по 01.09.2009 загальна кредиторська заборгованість Боржника становила 4 533,0 тис. грн, з якої: 317,0 тис. грн – із заробітної плати, 247,0 тис. грн – зі сплати страхових внесків до Пенсійного фонду України, 2 892,3 тис. грн – до державного та місцевого бюджетів;

– підприємство Боржника стабільно збиткове та перебуває на межі банкрутства;

– складено перелік майна, яке не використовується у виробничій діяльності та пропонується до реалізації для погашення кредиторської заборгованості, згідно з порядком відчуження об'єктів державної власності, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 06.06.2007 № 803;

– відповідно до пункту 3.9 плану досудової санації термін дії досудової санації становитиме 12 місяців з дня його затвердження, тобто до 12.11.2010.

4.2. 28.05.2010 на відкритих торгах, які були проведені Товарною біржею “Універсальна”, продано майно Боржника, а саме виробничу будівлю (адміністративно-побутову будівлю) та ганок, літера В6, ІХ, площею 1 803,60 кв. м, що розташоване за адресою: АДРЕСА_1.

* Витяг із постанови Верховного Суду у складі судової палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду від 11 лютого 2020 р. № 10/5026/995/2012 <<http://reyestr.court.gov.ua/Review/88017551>> (дата звернення: 10.01.2022).

Згідно з протоколом проведення аукціону від 28.05.2010 переможцем цих торгів став ОСОБА_1, оскільки він запропонував найвищу ціну – 277 132 грн 55 коп. за лотом № 14/а. Вартість майна під час його продажу визначалася за звітом про незалежну оцінку, який виконано станом на 01.02.2010, продаж відбувався за участі представника Боржника – ОСОБА_4 за довіреністю від 05.05.2010. Претензій та зауважень щодо проведення аукціону учасники не мали, про що свідчать їх підписи: ліцитатора ОСОБА_5, покупця ОСОБА_1, представника продавця ОСОБА_6.

4.3. Ліквідатор Боржника – арбітражний керуючий під час виконання своїх повноважень встановив, що в результаті досудової санації Боржника шляхом продажу на аукціоні відчужено 21 об'єкт нерухомого майна, проте були реалізовані об'єкти нерухомості були відчужені об'єкти, які не зазначалися у плані досудової санації, у тому числі Об'єкт, придбаний ОСОБА_1. Це стало підставою для звернення ліквідатора до суду із заявою про визнання продажу майна незаконним.

4.4. З матеріалів справи не вбачається, а відповідачами не доведена наявність погодження Фонду державного майна України на внесення до проєкту санації Об'єкта, проданого на Аукціоні, та надання дозволу на його відчуження.

<...>

9. Розгляд справи судовою палатою

9.1. 30.09.2019 Суд ухвалив прийняти справу № 10/5026/995/2012 за касаційною скаргою ОСОБА_1 до розгляду судовою палатою для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду.

9.2. 24.10.2019 Суд ухвалив звернутися до фахівців Науково-консультативної ради при Верховному Суді для підготовки наукового висновку у цій справі з метою формування Верховним Судом єдиної судової практики.

9.3. Фахівцям Науково-консультативної ради при Верховному Суді поставлені такі запитання:

1. Чи мають спільний об'єкт (сферу) правового регулювання положення пункту 2 частини першої статті 263 ЦК України щодо відстрочення виконання зобов'язання (мораторій) та частини третьої статті 19 Закону України "Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом" щодо мораторію на задоволення вимог кредиторів?

2. Чи підлягають застосуванню положення пункту 2 частини першої статті 263 ЦК України у справах про визнання недійсними аукціонів, правочинів (договорів) з відчуження майна боржника, що розглядаються у межах справи про банкрутство?

ЗА ВІДСУТНОСТІ ДОКТРИНАЛЬНОЇ ЄДНОСТІ, СУД НЕ МОЖЕ ПОКЛАСТИСЯ НА ЯКИЙСЬ ОДИН...

3. З якого моменту розпочинається перебіг позовної давності у спорах про визнання недійсними аукціонів, правочинів (договорів) з відчуження майна боржника за заявою арбітражного керуючого, враховуючи положення частини першої статті 261 ЦК України та спеціальний (особливий) порядок призначення судом арбітражного керуючого у справах про банкрутство відповідно до Закону України “Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом”, а також судову практику Верховного Суду щодо застосування правила перебігу позовної давності до вимог про визнання правочину недійсним?

9.4. У наукових висновках, що надійшли у справі, надано різні, часом протилежні відповіді на кожне і поставлених запитань. Відзначаючи відсутність доктринальної єдності у вирішенні цих складних питань права, Суд не вважає за можливе покластися у цих питаннях на якийсь один доктринальний підхід, натомість у своїх висновках дотримуватиметься судової практики, яка одержала наукове осмислення.

<...>

<http://www.pravoua.com.ua>

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

“ПРАВО УКРАЇНИ”

1

2022

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красненко*
Комп'ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 28.01.2022. Формат 70х100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 19,5. Обл.-вид. арк. 20,45.
Ціна договірна.

АДРЕСА РЕДАКЦІЇ:
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),
+380(44) 537-51-10 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Віддруковано у друкарні ТОВ «Вістка»
Україна, 01014, м. Київ, Соловцова Миколи, буд. 2, оф. 38/1,
тел. +380(44) 583-50-94

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 7211 від 14.12.2020 р.